

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN EN
LAS SENTENCIAS DE FILIACIÓN:**

Ponderación del principio de cosa juzgada judicial ante la idoneidad de la prueba biológica en la realización del derecho fundamental/innominado de filiación.

**ÁLVARO EDUARDO MENA ORTEGA
Código Estudiantil No. 23052210**

**OMAR AUGUSTO CHAMORRO CALVACHI
Código Estudiantil No. 23052263**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
JUNIO
2010**

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN EN
LAS SENTENCIAS DE FILIACIÓN:**

Ponderación del principio de cosa juzgada judicial ante la idoneidad de la prueba biológica en la realización del derecho fundamental/innominado de filiación.

**ÁLVARO EDUARDO MENA ORTEGA
Código Estudiantil No. 23052210**

**OMAR AUGUSTO CHAMORRO CALVACHI
Código Estudiantil No. 23052263**

Monografía de Grado presentada para optar por el título de:

Abogado

**Docente Asesor:
Doctor Mario Fernando Ortega Jurado**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
JUNIO
2010**

“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado son responsabilidad exclusiva del autor”.

Artículo 1º del Acuerdo No. 324 del 11 octubre de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación.

Firma del jurado

Firma del jurado

San Juan de Pasto, 17 de junio de 2010 (Fecha de sustentación).

AGRADECIMIENTOS

Sea lo primero ofrendar infinitas gracias al Dios Rey Todopoderoso, Legislador del Primer Precepto y Juez Eterno, por guiar cada paso y decisión en la elaboración de este trabajo; así mismo, por abrir el corazón de los autores proveyendo sabiduría e inteligencia en la tarea de aportar un grano de arena a la tan compleja y delicada ciencia del derecho cuyo último propósito es la consecución de un mundo más justo.

En todo caso, si bien esta tesis ha requerido de esfuerzo y mucha dedicación por parte de los investigadores y su director, su finalización no hubiese sido posible sin el apoyo desinteresado y concurso permanente de quienes día a día lo coadyuvaron, son ellos:

Cada una de las personas que componen el núcleo familiar y afectivo de los estudiantes: a Raúl, Rosario, Enrique, Mary, Oscar y Claudia; a Adalis, Sergio, Lidia, Jaime R., Jaime O., Dora, Roger, Iván, Mauricio, Yurani y Julie.

A nuestro director de tesis, Doctor Mario Fernando Ortega Jurado, Abogado Especializado y Docente Titular de Derecho de Familia y Legislación del *Menor*, por su generoso aporte intelectual y académico en la concepción de los temas que conforman el trabajo, por su presta disposición para dilucidar y superar los cotidianos óbices sobrevinientes en cada etapa de la investigación y por haber despertado en nosotros genuino interés por estudiar a profundidad los vastos referentes que circundan la regulación jurídica de la institución familiar, núcleo fundante y fundamentador de nuestra sociedad colombiana.

Gratitud perenne para nuestra Alma Mater y dentro de ella para todo el talento humano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, poseedora de un alto grado de excelencia y exigencia académica que sin lugar a dudas nos ha permitido transitar hasta un mejor estadio personal bajo el ejemplo de compromiso social con la justicia material y constante inquietud de superación.

En general, a tod@s aquell@s que compartieron con nosotros los aciertos, expectativas y flaquezas que significaron este capítulo de nuestras vidas y que se tornaría extenso e imposible enumerar, no obstante ell@s y nosotros valoramos en alto grado la importancia de su apoyo, colaboración, opinión, palabras de ánimo y, por sobre todo, sincero cariño y amistad.

*“Al único y sabio Dios, sea gloria mediante Jesucristo
para siempre. Amén.”
Romanos 16:27*

RESUMEN

El avistamiento en el contexto local, regional y nacional de multiplicidad de casos de injusticia material representada en pronunciamientos judiciales que contradicen la realidad biológica acerca del vínculo filial de las personas, demanda de la Academia y del Poder Constituido del Estado una solución que, con el carácter general, abstracto e impersonal que reviste a la Ley, permita conjurar tales situaciones, para lo cual, de la mano del linaje ius fundamental del derecho de filiación, las conclusiones emanadas de la Corte Constitucional en los diversos pronunciamientos que se ocuparon del tema y el concepto de interés actual presente en varias normas civiles y de familia, es necesario proponer una reforma al artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, agregándole un inciso que permita superar el límite temporal de dos años consagrado en dicha norma, a manera de autorizar que, en todo tiempo, puedan los afectados, bajo el amparo de un dictamen genético que fundamente sus pretensiones, demandar la revisión en sede judicial de la sentencia de filiación que hace tránsito a cosa juzgada dictada sin la valoración de la prueba biológica idónea.

Palabras Clave: Filiación, Cosa Juzgada Judicial, Prueba Biológica, Ponderación y Colisión de Principios, Derecho Fundamental Innominado.

ABSTRACT

The sighting in the local, regional and national multi-material cases of injustice represented in judicial decisions that contradict the biological reality on the affiliate link people, demand from the Academy and the Government a solution, with the general, abstract and impersonal that lines the Law, allow avert such situations, for which, by the hand of ius fundamental character of the right of descent, the conclusions issued by the Constitutional Court in the various statements that addressed the issue and the concept of this current interest in various civil and family rules is necessary to propose an amendment to article 381 of the Civil Procedure Code, adding a clause that can overcome the two years time limit set out in this rule, as a permit at all times, to those affected, under the protection of a genetic opinion to substantiate their claims, sue in the review of the judicial decision of descent that res judicata does given without appreciation of the ideal biological test.

Key words: Descent, Judicial res judicata, biological testing, collision Weights and Fundamental Principles and Rights Unnamed.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
GLOSARIO.	
INTRODUCCIÓN.	16
1. Antecedentes de la investigación de la paternidad y del vínculo natural de las personas.	22
2. Origen y desarrollo del concepto de filiación.	25
3. La personalidad jurídica y su relación con el vínculo parental.	27
4. La filiación como derecho fundamental innominado y soporte axial de la personalidad jurídica.	36
5. Mecanismos judiciales para reclamar el derecho de filiación y su regulación en el derecho colombiano.	37
6. La idoneidad de la prueba biológica en la realización del derecho fundamental/innominado de filiación.	43
7. Colisión entre el principio de cosa juzgada judicial y el derecho iusfundamental/innominado de filiación y su solución jus constitucional.	52
8. Descripción previa de los niveles que componen el nicho citacional de la línea jurisprudencial propuesta para ponderar la colisión entre el principio de cosa juzgada judicial y el derecho fundamental de filiación.	55
9. Línea jurisprudencial propuesta para ponderar la colisión entre el principio de cosa juzgada judicial y el derecho fundamental de filiación.	61
9.1 1992-1993: La personalidad jurídica como derecho connatural y sustancial de las personas.	61
9.2 1994-2002: El derecho fundamental innominado de filiación y su relación con el avance científico de la prueba biológica.	62
9.3 2003-2006: La valoración pericial de la prueba genética y su incidencia en la investigación judicial de la filiación.	93

9.4 2007-2009: Subreglas constitucionales que resuelven la tensión entre el derecho de filiación y el principio de cosa juzgada judicial.	126
10. Posturas judiciales y doctrinales de derecho comparado para resolver la tensión entre el principio de cosa juzgada judicial y el derecho fundamental de filiación.	138
11. La importancia de la prueba biológica, como dictamen pericial, en la ponderación del principio de cosa juzgada judicial ante la realización del derecho fundamental de filiación.	144
12. Medios de impugnación contra la sentencia de filiación.	153
13. Necesidad de reformar el recurso extraordinario de revisión como remedio procesal para resolver la tensión entre el principio de cosa juzgada judicial y el derecho fundamental de filiación ante la idoneidad de la prueba biológica.	167
14. Aplicación de la fórmula del peso y la ley de la ponderación en la colisión del derecho de filiación con el principio de cosa juzgada judicial.	172
15. Propuesta de reforma al recurso extraordinario de revisión en los fallos de investigación del vínculo parental en la realización constitucional del derecho de filiación: prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales.	177
16. Anacronismo legal en materia de filiación de cara al desarrollo científico en la investigación del verdadero vínculo biológico de las personas	180
CONCLUSIONES.	183
RECOMENDACIONES.	188
BIBLIOGRAFÍA.	

TABLA DE ANEXOS

1. Análisis Gráfico del Nicho Citacional. 02 Folios.
2. Análisis Gráfico de los niveles que componen el Nicho Citacional. 01 Folio.
3. Análisis Gráfico del Precedente Jurisprudencial. 04 Folios.
4. Sentencia del día 21 de agosto de 1990 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres, Nariño. 10 Folios.
5. Prueba de ADN del Laboratorio SERVICIOS MÉDICOS YUNIS TURBAY Y CIA S. EN C. – INSTITUTO DE GENÉTICA, con resultados de paternidad “incompatible”, del 06 de enero de 2007.12 Folios.
6. Experticio biológico de DNA elaborado por el Grupo de Genética del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES que “excluye” la paternidad impugnada, adiado a 21 de diciembre de 2009. 02 Folios.

GLOSARIO

ANACRONISMO LEGAL: Incongruencia normativa que resulta de presentar algo como propio de una época a la que no corresponde. Guarda relación también con el carácter vetusto o derogado de las normas.

ANÁLISIS HEMÁTICO: Prueba biológica remitida al estudio de todos los componentes de la sangre: glóbulos rojos, hemoglobina, glóbulos blancos, plaquetas, factores de coagulación, entre otros.

COLISIÓN: Oposición o desacuerdo entre principios jurídicos.

COSA JUZGADA: Efecto de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla (sentencia en firme) y que se traduce en el respeto y subordinación a lo decidido en un juicio. Por ello, también se le define como la fuerza que atribuye el derecho a los resultados del proceso. Habitualmente se utiliza como un medio de defensa frente a una nueva demanda.

DECISUM: Decisión o parte resolutive de la providencia que se erige en solución específica del caso sometido a estudio, con los efectos que generalmente ella misma determina.

DERECHO FUNDAMENTAL: Derecho inherente a la persona humana.

DERECHO INNOMINADO IUS FUNDAMENTAL: Aquel que, si bien no surge de la enunciación formal de un derecho o garantía contenida en una norma, debe entenderse inherente a la persona humana y por lo tanto contenido en ellos.

DERECHO PROCESAL: Tiene por objeto regular la organización y atribuciones de la administración de justicia y la actuación de las distintas personas que intervienen en los procesos judiciales. El derecho procesal es el derecho de las formalidades que se deben cumplir frente a las células de justicia, a contrario sensu, el resto del derecho se refiere a la cuestión de fondo del conflicto llevado al debate.

DERECHO SUSTANCIAL: Poder reconocido por el ordenamiento jurídico a la persona para que, dentro de su ámbito de libertad actúe de la manera que estime más conveniente a fin de satisfacer sus necesidades e intereses junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad. Es la facultad reconocida a la persona por la ley que le permite efectuar determinados actos. Un derecho sustancial nace por una norma jurídica, que puede ser una ley o un contrato, a través de un acuerdo de voluntades para que pueda hacerse efectivo este derecho sobre otra persona determinada.

EXEQUIBILIDAD: Accesible, viable. En términos legales, se emplea para hacer referencia a la conformidad de una norma con el texto constitucional, esto es que su contenido sea acorde con los mandatos de la Constitución Política.

EXPERTICIO: Dictamen pericial - Peritazgo. Verificación de hechos de interés dentro de un proceso judicial, que requieren para su determinación especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

FILIACIÓN: Vínculo jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico.

IDONEIDAD: Aptitud, capacidad, suficiencia. Reunión de las condiciones necesarias para desempeñar una función.

IMPUGNACIÓN: Medio de defensa judicial. Referido a la paternidad, busca desvirtuarla en sede judicial.

IMPUTACIÓN: Se conoce también como acción de reclamación o vindicación de la filiación. Es el derecho de toda persona de acudir ante las instancias judiciales para resolver su estado de filiación.

INMEDIATEZ: Interregno razonable de tiempo entre los hechos y presentación de la acción de amparo constitucional, de tal suerte que debe ser interpuesta dentro de un plazo oportuno. Requisito indispensable para la procedibilidad de la acción de tutela.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL: Pregunta o un problema jurídico bien definido que sirve para graficar las soluciones que la jurisprudencia le ha dado al problema y para reconocer si existe un patrón de desarrollo decisional.

MATERNIDAD: Vínculo jurídico que, a diferencia de la paternidad, encuentra sustento probatorio, respecto a descendientes, en los hechos de la concepción, embarazo y parto, entendiéndose de la maternidad biológica. Puede surgir de un vínculo civil a través del instituto de la adopción.

MECANISMO SUBSIDIARIO: Mecanismo judicial de tipo residual no diseñado para sustituir los procedimientos ordinarios, ni para convertirse en una instancia adicional de discusión de los asuntos propios de otras jurisdicciones.

NICHO CITACIONAL: Lista de citas contenidas en una sentencia arquimédica y que, luego de replicar el procedimiento con respecto a cada una de estas citas, permite configurar varios niveles citacionales.

PATERNIDAD: Es un concepto biológico y jurídico. Desde un punto de vista biológico, la paternidad es la relación que existe entre un padre (entendiendo por tal al progenitor masculino) y sus hijos. Normalmente nos referimos en este concepto a hijos biológicos. Desde un punto de vista jurídico, aplicable únicamente a las personas, la paternidad no es sinónimo de filiación, pues la filiación es de forma descendente y la paternidad es de forma horizontal (y en algunas ocasiones sólo de la paterna o por parte de padre). La paternidad lleva aparejada la patria potestad y puede ser tanto natural como jurídica adopción.

PERITO: Especialista, conocedor, práctico o versado en una ciencia, arte u oficio. Aquella persona que interviene en el procedimiento civil, penal o de otra jurisdicción, como la persona que, poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber y experiencia.

PONDERACIÓN: Sopeso o balanceo de principios jurídicos que han de ser realizados en el mayor grado posible según las circunstancias fácticas y jurídicas existentes.

PRESUNCIÓN: Ficción legal a través de la cual se establece que un hecho se entiende probado.

PRINCIPIO: Regla o norma jurídica de conducta que orienta la acción de un ser humano, de la sociedad y del Estado. Se trata de normas de carácter general, máximamente universales.

PRUEBA ANTROPO HEREDO BIOLÓGICA: Dictamen pericial reconocido por la comunidad científica como el medio idóneo para excluir con absoluta certeza a los falsos imputados de paternidad o maternidad y para establecer éstas con una probabilidad del 99,99%.

PUNTO ARQUIMÉDICO: Punto de apoyo, entendiéndose por tal una sentencia con la que el investigador tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias para derivar la construcción de una línea jurisprudencial.

RECURSO: Los recursos constituyen una especie de los medios de impugnación. Es el sector más importante de los mismos. De acuerdo con Héctor Fix-Zamudio y José Ovalle Favela, los recursos son *"los instrumentos que se pueden interponer dentro del mismo procedimiento pero ante un órgano judicial superior, por violaciones cometidas tanto en el mismo procedimiento como en las resoluciones judiciales respectivas"*. Ver: Medios de impugnación, Procedimiento, Resolución judicial. BIBLIOGRAFÍA: FIX-ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José, "Derecho procesal", en Introducción al derecho mexicano, t. II, México, UNAM, 1981, pp. 1317-8.

REVISIÓN JUDICIAL: Acción de ver con atención y cuidado; acción de someter una cosa a nuevo examen para corregirla, enmendarla o repararla. En el derecho procesal es considerado como *excepción al principio casi absoluto de la cosa juzgada*, que conforme a las causales que le abren paso, permite advertir la presencia sobreviniente de nuevos aspectos ausentes al momento de emitir la sentencia atacada, ignorados por el respectivo juzgador, por lo que se le atribuye el rótulo de reclamo para atemperación de aquella con la justicia material.

SENTENCIA FUNDACIONAL: Fallo usualmente proferido en el período inicial de actividad de una Corte o Tribunal Judicial.

SENTENCIA HITO: Sentencia destacada dentro del cúmulo que conforma una línea jurisprudencial, entre las que se encuentran (i) las sentencias consolidadoras de la línea que “son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional” que condensa de manera sistemática las diversas posiciones hermenéuticas adoptadas por la Corte en las sentencias fundacionales; (ii) las sentencias modificadoras de la misma o de cambio de jurisprudencia; y (iii) las sentencias reconceptualizadoras, en las que se “revisa una línea jurisprudencial en su conjunto y la afirma, aunque introduce una nueva teoría o interpretación que permite arribar a la sentencia principal o dominante contentiva del criterio vigente utilizado para solucionar el problema jurídico planteado.

SUPRALEGAL: Carácter que reviste a una norma que se encuentra prevista en un instrumento internacional con la misma jerarquía de un precepto constitucional.

UNIVOCIDAD JURISPRUDENCIAL: Criterio unificado, reiterado, pacífico y uniforme emitido por una autoridad colegiada judicial respecto de determinada especie jurídica.

INTRODUCCIÓN

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 45 de 1936, la única posibilidad con que contaban los hijos extramatrimoniales¹ para el establecimiento de su paternidad, era el acto de reconocimiento voluntario por parte de su padre, mientras la maternidad aparecía determinada por el mero hecho del parto. No obstante, sólo a partir de la vigencia de la reseñada normativa el legislador ordinario proveyó instrumentos jurídicos para tal propósito, entre ellos: *i)* la firma del acta de nacimiento por el reconocedor, *ii)* escritura pública, *iii)* testamento y *iv)* reconocimiento expreso y directo ante un juez².

El procedimiento que con base en la citada norma adelantaron en un principio los jueces civiles de circuito, rol luego asumido por los jueces civiles de menores creados por la Ley 75 de 1968 y posteriormente por los jueces de familia en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2272 de 1989, que implementó dicha jurisdicción, contó en su caudal probatorio con elementos de juicio indirectos que otorgaba especial relevancia al testimonio, fotografías, comunicaciones confidenciales, sin siquiera considerar la obligatoriedad de valorar experticios biológicos que permitiesen realizar justicia con certeza y exactitud.

Más tarde, ante el innegable valor demostrativo ofrecido por las pruebas científicas fundadas en el análisis hemático, se impuso la necesidad de incluirlas en el pertinente acervo lo cual vino a materializarse con la expedición de la Ley 75 de 1968, que en su artículo 7º consagró el concurso entre el peritazgo de *las características heredo-biológicas transmisibles con las de los grupos sanguíneos* de los sujetos involucrados, a efecto de descubrir el verdadero vínculo filial de las personas, aunque todavía acudiendo al apoyo de elementos probatorios alternos, en especial, testimoniales, en todo caso, dirigidos a establecer o desvirtuar una o varias de las seis presunciones previstas por el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, siendo del caso advertir que algunas de ellas, tales como la referida a la existencia de relaciones sexuales durante la época de la concepción, son aún aplicables para efectos de elaborar el sustento fáctico de la demanda.

¹ Entiéndase extramatrimoniales a los que en ese momento se denominaba “naturales”, epígrafe derogado con la expedición de la Ley 29 de 1982, que, bajo el criterio de que ello constituía un atentado contra la dignidad, consagró la igualdad entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, asunto dilucidado por la Corte Constitucional en Sentencia C – 047 de 1994. M. P.: Jorge Arango Mejía.

² Esta cuarta causal fue introducida con ocasión de la expedición del Decreto 2272 de 1989. Por lo demás, el artículo 109 de la Ley 1098 de 2006 prevé la posibilidad de que tal reconocimiento pueda hacerse ante el Defensor de Familia, el Comisario de Familia y ante el Inspector de Policía.

No obstante, y como resultado obvio del vertiginoso e indetenible avance científico y tecnológico del que se han servido las vertientes del conocimiento humano, el desarrollo de la genética y la biología molecular generó un inevitable impacto en la disciplina del derecho, principalmente en la rama de familia y los procesos de investigación de la paternidad, fenómeno no ajeno a nuestro ordenamiento jurídico en tanto que, paulatinamente, permitió la promulgación de la Ley 721 de 2001 que, con la ayuda del trabajo jurisprudencial de las Altas Cortes, erigió al dictamen genético como piedra basal e idónea para declarar la paternidad e investigar el vínculo de las personas.

De manera que, frente al innegable apoyo que hace apenas unos años atrás ofrece la experticia de ADN a la loable pero compleja tarea de administrar justicia, sobrevino la preocupación y la duda sobre la legitimidad de las decisiones judiciales que no contaron con el apoyo de tal estudio. Es así que, por citar algunos de los varios ejemplos, principalmente la Corte Constitucional debió asumir la delicada faena de establecer la existencia de vías de hecho, o lo que actualmente se denomina causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela frente a providencias judiciales, en aquellos pronunciamientos en los que el juzgador, conforme al momento histórico y su correspondiente contexto científico, fulminó las instancias sin el recaudo de un medio idóneo que determinara, hay que decirlo, aún sin mayor probabilidad de verdad, la existencia de los vínculos filiativos, o cuando teniendo a su disposición este instrumento, no agotó los mecanismos adecuados y necesarios para su acopio.

Por consiguiente, dicha Magistratura ha enfrentado una ardua batalla en contra del formalismo nomativista que la cultura occidental legó a nuestro sistema jurídico, adoptando, en algunas oportunidades, posturas intrépidas y ecuanímenes confrontadas al rigorismo procesal. Para ello, se ha visto en la necesidad de estudiar dichas situaciones a través del mecanismo de amparo excepcional que, como bien se sabe, en las democracias modernas se reduce al último medio eficaz para corregir las actuaciones del Estado y que no siempre asegura una línea uniforme de decisión ni seguridad jurídica, amén que sus efectos devienen interpartes.

Es esa, y no otra, la razón que evidencia la existencia actual de un problema jurídico cifrado en la numerosidad de procesos de filiación cuyos fallos no consultan la realidad científica, y por ende contrastan con la verdad natural, soslayando de tal suerte caros derechos como son el de reconocimiento a la personalidad jurídica y de filiación auténtica, situación que reclama de la academia la formulación de una solución que se compadezca de manera *suficiente y adecuada*³ con la realidad en análisis.

³ GIRALDO ÁNGEL, Jaime, GIRALDO LÓPEZ, Mónica y GIRALDO LÓPEZ, Alejandro. Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica. Primera Edición. Editorial Legis. Bogotá D.C. 1999.

De este modo, nuestro trabajo pretende evidenciar la necesidad y ofrecer elementos fácticos y jurídicos que permitan diseñar el medio y el procedimiento judicial orientado a verificar la identidad de las personas, cuyo origen filial fue establecido, por diversas razones, sin el apoyo de la prueba de ADN o de aquella superada en su resultado a la luz de la ciencia, máxime si se trata de sujetos de protección preferente como los niños, niñas, adolescentes, discapacitados, personas en situación de debilidad manifiesta, etc., so pena de atentar en contra de los ya citados derechos ius fundamentales.

En punto, respecto a ciertos eventos, el Alto Tribunal ha advertido que, de alguna manera, ante la colisión que se presenta entre el derecho innominado fundamental de filiación y el principio de cosa juzgada judicial, la sentencia que define el vínculo parental de una persona y que hace tránsito a cosa juzgada dictada sin la valoración de una prueba biológica de paternidad y/o maternidad o la decisión judicial fundada en un experticio cuyo índice de probabilidad proporcionado a efecto de establecer el verdadero origen genético de las personas ha sido superado con los permanentes avances de la ciencia, vulnera los derechos constitucionales fundamentales a la personalidad jurídica, a tener un nombre y a la filiación.

Para cumplir ese objetivo, la Corporación en cita, en la mayoría de pronunciamientos, incluidas allí sentencias de constitucionalidad y de tutela, ponderó la tensión existente entre el derecho iusfundamental de filiación y el principio de cosa juzgada judicial, zanjando a favor de aquél la colisión en estudio. Como resultado, en algunos casos, previa la declaratoria de nulidad, otorgó al juez natural (de familia) un plazo para decidir nuevamente, y en otros, habilitó un término para que, a petición de parte, el funcionario de segunda instancia revise las sentencias de filiación protestadas e inscritas en las mencionadas características, tal como puede verse en los pronunciamientos de tutela distinguidos con la nomenclatura T – 411 y 1226 de 2004 y T – 584 de 2008, entre muchas otras.

Sin embargo, por razones de orden general, técnica y certeza jurídica, recordando además el efecto inter partes de los fallos de tutela en sede de revisión, y considerado el antecedente y el ejercicio de balanceo o ponderación elaborado por la Corte Constitucional, cabe preguntarse:

¿La Acción de Tutela es el mecanismo procesal adecuado para controvertir los efectos de cosa juzgada en la sentencia de filiación dictada sin la valoración de una prueba biológica idónea o la fundada en un experticio cuyo índice de probabilidad proporcionado a efecto de establecer el verdadero vínculo genético de las personas ha sido superado con los permanentes avances de la ciencia?

De manera preliminar, diremos que no, habida cuenta que en este trabajo, cuya finalidad se encamina a esbozar la tendencia actual del derecho de familia a la constitucionalización y establecimiento, por sobre todo, de derechos fundamentales como muestra de humanización y materialización de la justicia⁴, se propende por una salida que, a más de inscribirse en el orden constitucional, sea procesalmente ágil, idónea, autónoma, cierta y eficaz, como tal ocurre con el recurso de revisión sustentado en el dictamen biológico de ADN, empero sujeto a la modificación e interpretación del término para su interposición ante el juez natural del proceso.

Así, con el propósito de subsanar todas aquellas situaciones en las que por las anotadas razones se ha desconocido el vínculo biológico fidedigno de las personas vulnerando con ello su derecho a la personalidad jurídica y a la filiación, la base fáctica y jurídica orientada a la creación de un modelo procedimental que permita la verificación de la verdad material, deberá consultar la actualidad que la ciencia genética ofrezca en un momento histórico determinado, todo lo cual, con el fin único de realizar los derechos fundamentales enumerados y el deber del estado y de la organización jurídica de velar por la certeza del estado civil de sus asociados.

De ahí que, la importancia de la presente propuesta descansa en que nuestro ordenamiento jurídico, no obstante atemperó los juicios de investigación de paternidad y maternidad con los avances genéticos, carece de instrumentos legales idóneos, suficientes y adecuados para resolver la multiplicidad de hipótesis que han emergido con las soluciones hasta ahora ofrecidas por los fallos proferidos dentro de la jurisdicción de familia que en tanto se encuentran ejecutoriados y hacen tránsito a cosa juzgada, se erigen en obstáculos insalvables, amén que su fundamento probatorio ahora se ve palmariamente rebasado, o incluso rebatido, por la nueva realidad que brinda la ciencia molecular

⁴ A la postre, aquel propósito humanizador del constitucionalismo contemporáneo se muestra con todo su vigor desde el articulado de la Ley Fundamental de Bonn, que dice: "1. La dignidad del hombre es inviolable y constituye deber de todas las autoridades su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derechos directamente aplicable." Esta misma idea ética, política y jurídica se encuentra inmersa en la Constitución colombiana de 1991, aunque es preciso reconocer que el texto alemán tiene una fuerza y urgencia humanitarias que quizá se explique por las dramáticas condiciones morales que rodearon la redacción de la Ley Fundamental de Bonn y que no concurren con igual apremio en la Asamblea Constituyente colombiana de 1991. Con todo, la idea moral de la supremacía de los derechos fundamentales se encuentra también expresada en los artículos 4º, 5º y 86 de la C. N. Estos textos, como el alemán, también buscan que el discurso de los derechos fundamentales posibilite la creación de un modelo político y económico más incluyente y justo para todos. Cfr. LOPEZ MEDINA, Diego. Interpretación Constitucional. Consejo Superior de la Judicatura. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D. C. 2006. Págs. 04 y s. s.

y biológica, dado el margen de probabilidad de certeza que ampara a las pruebas de ADN.

Y es que la revisión de aquellos asuntos a la luz de la probanza biológica más actual e idónea es coherente no sólo con el tránsito legislativo impuesto por el avance de la genética sino con la previsión que con carácter iluminado introdujo el parágrafo 2º, artículo 1º de la Ley 721 de 2001, al señalar que: *“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.”*

Véase entonces que aquellas *“mejores posibilidades”* no son otras que las que comportan la calidad de pruebas que muy seguramente podrán ser descubiertas e implementadas a partir de la permanente investigación científica y a las que ineludiblemente el sistema jurídico deberá acudir en su misión de buscar incesantemente la verdad y el orden justo.

Así las cosas, para evidenciar la necesidad de la aludida reforma procesal hemos acudido al análisis pormenorizado de las múltiples contingencias a que se han visto abocados los usuarios de la administración de justicia conforme a los casos revisados por la Corte Constitucional en sede de tutela, proponiendo una línea jurisprudencial que resume los remedios adoptados por la Alta Corporación frente a la cuestión en estudio. De modo que el trabajo investigativo se encuentra delimitado por el examen del precedente jurisprudencial constitucional decantado entre los años 1992 y 2009, el mismo que tal como pasará a verse pone de manifiesto la limitación práctica de tales soluciones, que, se repite, se resumen en habilitación de términos para interponer recursos de revisión, declaratorias de nulidad y hasta reconocimientos de paternidad en ese estadio de jurisdicción excepcional.

Vale recalcar nuevamente que, lejos de dificultar, dicha circunstancia no hace sino refrendar nuestra propuesta, atendido el carácter general y abstracto que de la Ley se predica, en tanto que, se itera, el efecto de las decisiones de Tutela se surte entre partes (inter pares), sin perder de vista que no existe un criterio uniforme al interior de las salas que componen la Magistratura como bien lo demuestra la ausencia de una sentencia de unificación sobre el tema (SU), y por sobre todo, que dentro del marco de un Estado Social de Derecho el acudimiento al juez de amparo constitucional debe considerarse como remedio de última ratio siendo que precisamente desde el mismo Preámbulo el Estado está obligado a velar por la vida, honra y bienes de las personas, como tal es la misión estatutaria de la función pública de administración de justicia en cuanto a hacer efectivos sus derechos, obligaciones, garantías y libertades.

De suyo, esta observación exhorta a redefinir el papel del juez de tutela y a establecer un mecanismo ordinario, cierto y cercano al administrado que le

permita acceder a la jurisdicción y le otorgue la oportunidad procesal de revisar, en pos de la consecución de la verdad científica, la sentencia judicial ya descrita ante el funcionario competente y natural sin que el sujeto inconforme se vea supeditado a aventurar sus intereses ante el eventual y fluctuante criterio de revisión del superior horizontal de turno.

Así pues, la visión que acompaña este trabajo sobrepasa en ese sentido el remedio que por vía de jurisprudencia ofrece la Alta Magistratura y se proyecta, por tanto, a contribuir en la producción y enriquecimiento del conocimiento jurídico apelando a un espíritu crítico y social que, si bien denota juridicidad, trasciende las frías estructuras del andamiaje normativo y organizacional de la rama judicial para dar curso a la consecución genuina de la justicia, que cada día, por qué no decirlo, se ve más amenazada por el anacronismo legal al tiempo que resulta cuestionada por el colosal desarrollo de la ciencia.

Temas tan impactantes como la evolución de la Genética y la implementación de la prueba de ADN han asaltado los estrados judiciales morigerando ese “poder” que le asiste al juzgador en el momento de sobrellevar la instrucción en los procesos de filiación bajo su conocimiento por cuanto que precisamente tales adelantos científicos le brindan un alto nivel de probabilidad rayano con la certeza respecto al origen fidedigno de las personas lo que, no de otro modo, le conduce a decidir en cierto sentido, del que se presume, se sujeta a la realidad material puesta en juicio.

Por lo tanto, en nuestro afán por contribuir con probabilidad de éxito a la solución de la problemática planteada, deviene ya preciso exponer el contenido de esta investigación en un itinerario general por el *ius* universo que rodea el instituto de la filiación, la prueba biológica, la cosa juzgada, la constitucionalización del derecho de familia, la prevalencia del derecho sustancial sobre la ritualidad procesal, la ponderación de principios fundamentales y, cómo no, a los pronunciamientos que al respecto ha emitido la Corte Constitucional.

1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y DEL VÍNCULO NATURAL DE LAS PERSONAS.

Sabido es que, desde antiguo, la necesidad del ser humano por conocer sus orígenes no le ha sido extraña o ajena en tanto que deviene como expresión natural de la inquietud por hallar respuesta a cada una de las características que convergen en su fisonomía, intelecto, esencia y contexto personal, familiar, social, patrimonial e incluso geográfico, y del afán por edificar un sentido de pertenencia y procurarse el asidero de aspiraciones que orienta el trasegar vital de toda persona, siempre reducidas a la esfera particular, ya sea con el propósito de corregir, refrendar, mantener, transformar o superar el papel, las costumbres, los oficios, las creencias y, en suma, el legado que su estirpe, de una forma u otra, le ha entregado al mundo.

Específicamente, basta considerar que en la Roma Clásica, el advenimiento de la progenie se mostró como merced de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porque, con la perpetuación de la prole, se procuraba la existencia de seres que rindiesen culto a sus ancestros remotos y próximos, de donde el hijo sentía el compromiso intrínseco de indagar por la identidad de aquellos a fin de honrarlos con cada acto de su vida.

Para ilustrar, recordemos que con innegable arraigo, en una usanza patriarcal, con el claro propósito de confirmar el vínculo filial el hombre buscaba con avidez sus rasgos característicos en la criatura que le era presentada como su descendiente. Por el contrario, la maternidad devenía en un hecho indiscutido como quiera que se presumía por el sólo nacimiento.

Así lo enseña la historia cuando al respecto memora que en tratándose de definir la pertenencia a un determinado grupo social, variable en todo caso según el momento histórico, la estructura familiar imperante acudía al llamado “aire de familia”, a la denominada “rúbrica genealógica” o, si se quiere, a “técnicas” de identificación apoyadas en percepciones sensoriales dirigidas a establecer las similitudes o coincidencias entre las características de tipo físico y patológico exhibidas por ascendientes y descendientes⁵. En el primero y segundo grupo, tales caracteres podían presentarse a nivel craneal y vertebral o en las extremidades superiores o inferiores. En ambos casos, a manera de ejemplo, se otorgaba importancia al color de piel, ojos y cabello, a la forma de la nariz, labios (por ejemplo el labio de los Habsburgo⁶), orejas y rostro en general, a la poli y

⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Las pruebas biológicas en la investigación de la paternidad. Artículo consultado en: <http://enriquevarsi.blogspot.com/2008/05/1.html>. Fecha: 06 de octubre de 2008.

⁶ Ibídem. Al respecto, Varsi Rospigliosi anota: “*Labio de Habsburgo: labio inferior grueso y pendiente, característico de algunos miembros de la familia de los Habsburgo. Por ejemplo Carlos I de España recibió de los Habsburgo el prominente labio inferior y de la Casa de Borgoña el*

braqui - dactalia (número y extensión de los dedos de las manos⁷), al prognatismo (prolongación de la mandíbula inferior, como en la familia real española), a la forma de la columna vertebral, a la estatura, entre otros⁸. Todo lo cual, con el claro objetivo de dotar a determinado sujeto de cierto nombre, concretas facultades, deberes y cualidades y, en algunos casos, de limitadas aspiraciones como por ejemplo el poder político, la riqueza y la propiedad territorial.

Sobre los últimos tópicos, valga referir la utilización del “contubernio selectivo” de esclavos para garantizar la existencia de una prole igualmente sometida pero proveída de especiales características físicas coherentes con la labor agrícola, minera y de construcción propia de la edad antigua o, es de resaltar también, el clásico caso de Ptolomeo XV Filópator Filómetor César, apodado “Cesarión” o “Pequeño César”, hijo de Cleopatra a quien ésta llevó de Egipto hasta Roma reclamando de Julio César su paternidad, circunstancia que a la postre generó una disputa política en la civitas romana finiquitada el 15 de marzo del año 44 A. C. con el asesinato en la Curia del Teatro Pompeyo del propio miembro del triunvirato a manos de la conspiración que, en la búsqueda del poder y de la regencia territorial y fiscal, lideró el potentado Bruto, de quien, a su vez, se decía en los corrillos romanos podía ser el hijo mayor y heredero al trono de Cayo Julio César, el que por su parte le prodigaba trato como tal, amén que era descendiente biológico de Servilia, la más famosa de sus amantes.⁹

En resumen, sabemos que desde aquellos remotos tiempos y solo hasta el año 1900 el "parecido físico" era el único parámetro concreto mediante el cual se podía tratar de esclarecer si un hombre era o no el padre biológico de un niño, procedimiento que en casos aislados y específicos ofrecía resultados creíbles para cierto sector de la comunidad.

Pero además, dicha preocupación superó la esfera familiar al punto que trascendió al campo jurídico, dentro del que tiene gran relevancia para el área civil (Definición de filiación y personalidad jurídica) como penal (Resolución de casos criminales), sin dejar de lado ni reducir importancia al papel que denota en la medicina y sus disciplinas conexas. De ahí que, los respectivos instrumentos procesales de la

prognatismo del maxilar que le impedía cerrar bien la boca, rasgo que se cuidaron muy bien de no exagerar sus numerosos retratistas de la época, ni los pintores de tiempos posteriores”.

⁷ GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio. Prueba de ADN: Filiación, valoración y jurisprudencia. En Revista Judicial. Edición No. 07. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá D. C. 2007. Pág. 06 y siguientes.

⁸ Varsi Rospigliosi, Enrique. Op. Cit. Sobre el particular, téngase en cuenta que hoy en día, la prueba ANTROPOMORFOLÓGICA, la cual se basa igualmente en el parecido físico y que consiste en la comprobación de los caracteres hereditarios, los mismos que se transmiten según las leyes de Mendel, utiliza en el examen comparativo cerca de 360 caracteres diferentes, incluidos los ya enunciados.

⁹ DION CASIO (Dio Cassius Cocceianus). Historia Romana. Obra completa. Introducción, traducción y notas de José María Candau Morón y María Luisa Puertas Castaños. Libro LI. Editorial Gredos. Madrid. 2004.

actualidad, por virtud del inocultable avance de la ciencia y después de haberse desarrollado gran variedad de pruebas biológicas, erigieron el análisis de ADN como fundamento ya para la investigación judicial del rastro filial de las personas ora como válido instrumento para la erradicación de enfermedades y optimización de las condiciones físicas y psíquicas del ser humano, entre muchas otras aplicaciones que se encuentran en permanente y vertiginoso perfeccionamiento.

Nótese que aquel propósito en el mundo de lo jurídico no tiene otro norte que el de establecer derechos y obligaciones entre los miembros de una familia derivados del parentesco, de tal forma que el sistema legal no estaba en la posición de evadir su realidad ni los efectos que genera en las relaciones sociales, principalmente políticas y patrimoniales. En consecuencia, no hubo otro camino para la organización social, o a su turno para el Estado, que sistematizarlo a través del derecho civil, entendido este como ese conjunto de normas que regulan las situaciones de los particulares, siendo que entre estas últimas, desde vieja data, halló vital importancia el matrimonio y de su mano el instituto de la filiación, ésta inicialmente limitada a la paternidad para luego, ya con el tiempo, ser extendida hacia el establecimiento de la maternidad. Esto por cuanto que, vale decir, la filiación consta de una doble fuente de surgimiento representada en la paternidad y en la maternidad.

2. ORIGEN Y DESARROLLO DEL CONCEPTO DE FILIACIÓN.

En la Legislación Romana y en las Leyes de las Partidas, la paternidad, en tanto su acaecimiento tiene origen en un hecho anterior al alumbramiento, cual es la concepción, cuyas especiales condiciones están vedadas a los sentidos, fue considerada un “acto de fe” circunscrito a la institución del matrimonio o, en su caso, al concubinato. Así lo reza el digesto cuando señala *Pater vero is est, quem iustitiae nuptiae demonstrant, Mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit*¹⁰, máxima que, es de resaltar, obra recogida en nuestra Carta Civil en los artículos 213 y 214, como quiera que la maternidad, tal como se indicó, se entiende como un hecho indiscutido que se presume por el mero nacimiento del hijo, lo cual tiene apoyo racional en que tanto el embarazo como el parto la revelan, amén que son susceptibles de prueba, así la mujer intente ocultarlos.

En ese contexto, la filiación, término a la sazón derivado del latín *filius filii* que quiere significar hijo, lo que implicó de suyo la consideración de la línea únicamente descendente, sea consanguínea o civil derivada de una relación matrimonial, simplemente marital de hecho o jurídica, se afirmó, en sus orígenes, como consecuencia lógica de la formación de una familia y, por tanto, se definió como ligazón y a la vez estado jurídico, o *iuris vinculum*, que integra a un hijo con su madre o padre, fenómeno que determina indefectiblemente el parentesco y, de contera, el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones correlativas, entre las que a manera de ilustración pueden destacarse la crianza, los alimentos, la potestad parental, la custodia, el tutelaje de bienes, la representación legal, el respeto, la obediencia, el socorro, la herencia, entre otros.

Efectivamente, de esa forma lo ha defendido nuestro Código Civil que, como se sabe, desde su expedición siguió la tradición francesa, a su vez ampliamente permeada por la cultura jurídica romana, en la que cobró destacada importancia la regulación de las relaciones entre los miembros de una familia, incluidos los privilegios de que gozaban los hijos por tal condición. Así, el referido codex, en conjunto con sus múltiples reformas, es el referente para precisar ciertas instituciones del derecho de familia, entre ellas, la filiación, mismas que, incluso desde antes de 1991, han permanecido atentas al proceso de constitucionalización que importa la interpretación y aplicación de los preceptos referidos a los derechos de las personas.

Y precisamente, a partir de la promulgación de nuestra Carta Magna vigente, encontramos una norma inserta en su cuerpo dogmático que consagra el derecho

¹⁰ BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. La investigación de la filiación y las pruebas biológicas. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá D. C. 1994. Pág. 19. Su significado es “*Ciertamente es padre aquel que indican las justas nupcias. La madre siempre es cierta aunque hubiese concebido del vulgo*”.

que tiene toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica (Artículo 14), mismo que en criterio de la Corte Constitucional¹¹ no se limita únicamente a permitirle al ser humano actuar como tal en el mundo jurídico, sea directamente ora a través de representante, sino que comprende, igualmente, la posibilidad de ser titular de determinados atributos que edifican la esencia de su personalidad jurídica y materializan su individualidad como sujeto de derecho.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 109 del 15 de marzo de 1995. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

3. LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON EL VÍNCULO PARENTAL.

Nuestro Tribunal Constitucional advierte que el reconocimiento de la personalidad jurídica gravita en el campo de los derechos naturales, valga decir, dentro de aquellos consustanciales al ser humano, absolutos e inmutables, *“cuyo respeto es condición necesaria para que el derecho positivo exista o pueda considerarse derecho válido”*¹², siempre que no requieren de declaración previa alguna; son pues, la razón de ser del ordenamiento, que por su parte surge con el único propósito de garantizarlos mas no de otorgarlos a título de merced o dádiva. Por consiguiente, tales derechos emanados de la *Physis*, o en palabras corrientes, de las cualidades naturales de la especie humana, perviven sin condiciones espaciales o temporales a modo que las normas jurídicas en ellos cimentadas adquieren carácter permanente y validez universal¹³.

Así pues, el Alto Tribunal al referirse, bajo esa lente, a la personalidad jurídica de las personas, anotó: *“...el acto de reconocimiento por parte del sistema jurídico ‘atestigua que la personalidad es un atributo congénito a la persona’, por lo cual es anterior al mismo ordenamiento, que se limita a declararlo”*.¹⁴

Al efecto, al definir el “sentido básico” de la precitada garantía, la misma autoridad reseñó:

“La personalidad jurídica indica en el caso de la persona natural su idoneidad para ser titular de todas las posiciones jurídicas relacionadas con sus intereses y actividad. El reconocimiento que extiende la Constitución a la capacidad jurídica general de todas las personas naturales, es una concreción necesaria del principio de igualdad...”

*...se endereza a hacer de todo miembro de la sociedad -independientemente de su raza, sexo, edad y condición- un sujeto dotado de capacidad jurídica e inmune a la degradación legal de su indisputada personalidad, lo que no fue así históricamente en la sociedad esclavista y en los oprobiosos regímenes totalitarios de este siglo...”*¹⁵

Sin duda alguna, uno de los atisbos hermenéuticos en la construcción de esta posición lo encontramos en la Sentencia T - 476 de 1992, pronunciamiento en el que, de la mano de instrumentos internacionales que ponen de relieve la

¹² ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. Editorial Ariel. Madrid. 2001. Pág. 295.

¹³ BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. México D. F. 2007. Pág. 160.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 106 del 13 de marzo de 1996. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 486 del 28 octubre de 1993. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

consolidación del derecho público suprallegal, manifestó que la personalidad jurídica, bajo el acendrado talante de derecho connatural, reclama del aparato estatal un fin de “constatación” pero no de “creación”, sobre la base de que si hipotéticamente se aceptase que la persona es “alguien” para el orden jurídico, como ocurrió en alguna época en la que el reconocimiento como persona se reducía a determinados seres humanos, se impondría, como consecuencia, admitir que la personalidad jurídica es producto del derecho positivo, cuestión que riñe estruendosamente con la virtualidad reconocida por el contenido de los antedichos efectos internacionales¹⁶.

En efecto, la importancia que cobró dicho debate jurídico se advierte al estudiar las definiciones teóricas del kantianismo, la escolástica y la filosofía de la ilustración donde aparece el hombre como persona y, por ello, originario de derecho. Mientras que, por el contrario, Hans Kelsen, en la defensa de la norma como fuente del derecho, señaló que “ciertos hombres” gozaban de personalidad en tanto “condición atribuida y no consustancial”. Ello, sin dejar de lado la concepción que sobre el particular derive de cosmovisiones o posiciones metafísicas y religiosas, con influencia directa en el derecho autónomo de los pueblos, como sucede hoy entre los hindúes cuya religión divide al conglomerado social en castas, siendo los “parias” asimilados a animales y tratados como tales, bajo la convicción de que deben recibir castigo expiatorio por lo que “hicieron en vidas pasadas”.

Ahora bien, la postura, según la cual, los atributos de la personalidad son aquellas cualidades que le son inherentes a cada persona, es decir, aquellas propiedades que le corresponden por el simple hecho de serlo, en nada difiere de la teoría defendida por la doctrina, toda vez que sugiere a la persona como punto de partida del ordenamiento y no de otro modo, cuando al punto alude:

*“En la lengua del derecho, la persona es un sujeto de derechos y de obligaciones; es la que vive la vida jurídica... La personalidad es la aptitud para llegar a ser sujeto de derechos y obligaciones”.*¹⁷

Según Carlos Santiago Nino, los hombres en cuanto tales poseen personalidad jurídica, y como consecuencia, tienen derechos y adquieren obligaciones, lo cual también es, dice, propio de las personas jurídicas. Al punto, el Profesor Nino expone algunas teorías referidas a la personalidad jurídica y a su efecto en las personas naturales y jurídicas, como las que siguen¹⁸:

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 476 del 29 julio de 1992. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷ MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte I. Vol. 2º. E. J. E. A. Buenos Aires. 1965. Pág. 05.

¹⁸ Cfr. NINO, Carlos Santiago. Introducción al Análisis del Derecho. 2ª Ed. Ampliada y Revisada. 12ª Reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003. Págs. 233-234.

- TEORÍAS NEGATIVAS. Los juristas que hacen parte de esta teoría suelen decir que no existen sino las personas naturales, ya que las personas colectivas no pueden tener derechos ni obligaciones y que sus bienes carecen de dueño y buscan un cierto fin.
- TEORÍAS “REALISTAS”. Se dice que además de los hombres, también existen otra clase de personas que son entidades. Para algunos autores, las personas colectivas son “ideas fuerzas” que buscan alcanzar un objetivo y que están apoyadas por un grupo de hombres identificados con ese propósito.
- LA TEORÍA “DE LA FICCIÓN”. El creador de ésta teoría es Savigny, quien dice que no puede existir otro tipo de personas que no sean hombres, aunque ve la posibilidad de que en el ordenamiento jurídico existan normas que reconozcan la existencia de entes. En éste caso se hace un reconocimiento ficticio, puesto que los hombres son los únicos que pueden constituir derechos aunque a éstas entidades les sean atribuidas ciertas finalidades. Al contrario de las teorías realistas, Savigny cree que el Estado puede disponer de estas entidades a su antojo, debido a que las personas jurídicas no pueden cometer delitos, pues esto implicaría un mínimo de voluntad que ellas no poseen.
- LA TEORÍA DE KELSEN. Según ésta doctrina, el hombre es una entidad psicológica y biológica y la persona es una entidad jurídica, por lo que no hay una real diferencia entre persona natural y jurídica. Ambas constituyen un conjunto de normas que se aplican independientemente a una persona o a un conjunto de personas.

Visto de ese modo, y cualquiera sea la postura acogida para las personas naturales, tenemos pues, que la personalidad jurídica irradia unos atributos, que por su parte comportan derechos y obligaciones y, a su vez, se erigen como inseparables del ser humano habida cuenta que, al tenor de la evolución jurídica, como se observó, sostener lo contrario, vale repetir, pensarlo despojado de tal personalidad, entrañaría un atentado contra su propia esencia. De lo anterior, se sigue que cuando la Constitución reconoce a toda persona el derecho a la personalidad jurídica, le está reconociendo esos atributos cuya sumatoria es igual a tal personalidad.

Así, los atributos a que se hace referencia, son:

1. La capacidad de goce;
2. El patrimonio;
3. El nombre;
4. La nacionalidad;

5. El domicilio; y,
6. El estado civil, que corresponde sólo a las personas naturales.

Dicho de otra manera, emerge inaceptable: i) un ser humano desprovisto de facultad para adquirir derechos (capacidad de goce); ii) privado de patrimonio, entendido éste como la universalidad de derechos y obligaciones, actuales y futuros, radicados en cabeza de una persona; iii) carente de un nombre, elemento esencial del estado civil de las personas; iv) despojado de nacionalidad, atributo común a todas las personas, salvo casos excepcionales; v) que no tenga domicilio, es decir, una persona sin asiento o sede jurídica; o, vi) finalmente, sin el estado civil que le corresponde, es decir, despojado de la verdadera situación jurídica según el grupo filial al que pertenece.

Por ello, en tratándose del estado civil de la persona, y atendida su relevancia jurídica como quiera que halla sustento en el nacimiento, y en particular en la condición de hijo, cual se erige como su *fuerza principal*¹⁹, el legislador extraordinario de 1970, lo definió en el artículo 1º del Decreto 1260 del mismo año, como sigue:

"El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible y la asignación corresponde a la ley".

Sobre el particular, los tratadistas Mazeaud, en la obra citada, conciben el estado civil como "la imagen jurídica de la persona", axioma que recoge el artículo 5º de la normativa en reseña, y subraya además los hechos y actos relativos al estado civil de obligatoria inscripción en el instrumento público que le sirve de registro:

"Los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas, deben ser inscritos en el competente registro civil, especialmente los nacimientos, reconocimientos de hijos naturales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, habilitaciones de edad, matrimonios, capitulaciones matrimoniales, interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones, nulidades de matrimonio, divorcios, separaciones de cuerpo y de bienes, cambios de nombre, declaraciones de seudónimo, manifestaciones de avecindamiento, declaraciones de ausencia, defunciones y declaraciones de presunción de muerte, así como los hijos inscritos, con indicación del folio y el lugar del respectivo registro".

Así mismo, ha de considerarse que el ser humano desde el mismo momento de su nacimiento tiene derecho a su individualidad frente a la familia y la sociedad, lo

¹⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 004 del 22 de enero de 1998. M. P.: Jorge Arango Mejía.

que de suyo implica la asignación de un “nombre de pila” y la determinación de sus apellidos acorde a la realidad material de su origen, tomando en consideración, entre otros aspectos, *“la ciudad de origen (Tales de Mileto, Erasmo de Rotterdam), o su vinculación con la geografía como Montaña, Montañés, Costa, Mar; caracteres como Bravo, Valiente, Blanco, Rojas, Montenegro; Animales como Toro, Cabra, Vaca, Pájaro”*²⁰, todo lo cual, dirigido a establecer la familia de donde proviene o a la cual pertenece. Vemos entonces que el nombre, como atributo de la personalidad, lo integran el “nombre de pila” que le provee identidad frente a los miembros de su familia y los apellidos, como componente patronímico, que le atribuyen la pertenencia a una familia determinada y al mismo tiempo identidad frente a la sociedad en general, cumpliendo de tal forma una función jurídica de innegable importancia habida consideración de que coadyuva a consolidar la situación que genera el estado civil de las personas.

Se ha entendido entonces que el “nombre” es un derecho del ser humano, por el solo hecho de serlo. Luego, los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos²¹, para evitar la “cosificación” e “instrumentalización” de los miembros de la especie humana, estipulan sin discriminación y distingos de ninguna naturaleza el reconocimiento de la personalidad jurídica.

En ese sentido, nuestra legislación, a fin de brindar certeza a los vínculos familiares o a la filiación, establece la forma de probar los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas. En efecto, el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970²², dispone que *“[l]os hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos”*.

Por tanto, en Colombia la prueba idónea de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas es la copia de la correspondiente partida o folio de registro civil, salvo en los eventos de las personas nacidas con anterioridad a la Ley 92 de 1938, quienes pueden acreditar su estado civil con la partida de bautismo. En los demás casos, ningún otro documento puede reemplazar la copia de la correspondiente partida o folio, o los certificados expedidos con base en los mismos.

²⁰ GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio. Op. Cit. Pág. 06 y siguientes.

²¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consideran que las personas naturales tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Asimismo, los artículos 7, 8 y 18 de la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, consagran la obligatoriedad de la inscripción del niño y el derecho que le asiste para tener un nombre y una nacionalidad; establecen el compromiso de los Estados a respetar los derechos de los niños; el deber de asistencia y protección apropiados, y a garantizar el cumplimiento de las obligaciones que corresponde a ambos padres en la crianza y desarrollo del niño.

²² Por el cual se expide el estatuto del registro del estado civil de las personas.

Al respecto, la doctrina ha sido unánime al aceptar que “el apellido es el punto de confluencia del derecho de familia y el derecho de las personas, como lo afirma el profesor Jean Carbonnier en su tratado de Derecho Civil”²³. Bajo ese concreto entendimiento, los apellidos se orientan a establecer y revelar una relación de parentesco que implica conocer su auténtica procedencia, sea de naturaleza ordinariamente biológica ya excepcionalmente civil en el caso de la adopción.

Tanto es así que, para el caso de los niños, niñas y adolescentes, nuestra propia Carta Mayor, en su artículo 44, consagra entre sus derechos fundamentales el tener un nombre y una nacionalidad, así como una familia, norma que guarda armonía con el artículo 5º ibídem que reconoce sin discriminación la primacía de los derechos inalienables de la persona y ordena el amparo a la familia como núcleo fundante y fundamentador de la sociedad.²⁴

En ese orden, toda persona, pero especialmente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres sino a procurar certidumbre acerca de su filiación, tanto paterna como materna, a efectos de establecer su condición de hijo y para que se cumplan, en su beneficio, las obligaciones que el parentesco filial impone.

Sobre el particular, vale memorar que la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece en su artículo 7º que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a adquirir un nombre y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Dicho mandato, inicialmente se encontraba recogido en el artículo 5º del Decreto 2737 de 1989, otrora Código del Menor, en el siguiente tenor:

"Todo menor tiene derecho a que se defina su filiación. A esta garantía corresponde el deber del Estado de dar todas las oportunidades para asegurar una progeneritura responsable".

²³ CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo I. Casa Editorial Bosch. Citado en CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 390 del 14 de abril de 2005. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

²⁴ La Declaración de los Derechos del Niño fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, pero ya había sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924. Además, sus postulados y principios han sido desarrollados en varios instrumentos con fuerza vinculante, entre otros, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos e Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, especialmente en la Convención Sobre Derechos del Niño.

Sin embargo, luego del desarrollo normativo y tras reevaluar la vigencia del estatuto en cita, el artículo 25 de la Ley 1098 de 2006, actual Código de la Infancia y la Adolescencia, replanteó el anterior postulado de la siguiente forma:

“Los niños, niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia”.

Puestas de ese modo las cosas, el derecho de un niño, niña o adolescente a tener un nombre y a conocer su verdadero vínculo filiativo, en tanto devienen como prerrogativas de orden público revestidas de irrenunciabilidad e indisponibilidad, adquieren un plus iusfundamental por cuanto que, además de valerse del sustento superior y supraconstitucional ya visto, realizan el consabido principio de dignidad humana como quiera que ello les efectiviza tomar una posición diferenciada en cuanto al ejercicio de sus derechos, entre los cuales, pueden destacarse los relacionados con el régimen alimentario²⁵.

Visto desde ese ángulo, tal postulado halla asidero en el precitado artículo 14 superior, cual señala el reconocimiento de su personalidad jurídica.

Ahora, cuando el estatuto 1260 de 1970 señala que el estado civil de las personas es indisponible, indivisible e imprescriptible y, además, de orden público, previsión respaldada en los artículos 1, 2, 5, 13,14, 42 y 44 de la Constitución Nacional, entre otros, quiso señalar de manera imperativa que ni el estado civil de las personas, ni su registro, están sujetos al albedrío, arbitrio o disposición de los particulares. No puede catalogarse, por tanto, como un bien u objeto sometido a las reglas de enajenación del derecho privado, dada su naturaleza reglada, no discrecional. De ahí, que su mutación sólo puede responder a causales taxativamente señaladas por el legislador y dentro de la más estricta sujeción a los procedimientos señalados por él, pues, se itera, no es un asunto de interés individual sino que involucra el de toda la colectividad.

Así pues, el derecho al nombre y los derivados de tal atributo, han sido reconocidos no sólo por el orden constitucional y legal colombiano, a través de las reseñadas normas, sino también por diversos instrumentos internacionales. Entre ellos, se destaca, a manera de ejemplo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica, ratificado por la Ley 74 de 1986, mismo que, valga referir, conforma el denominado bloque supranormativo de constitucionalidad al tenor del artículo 93 del compendio superior.

²⁵ Sobre este tópico revisar: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 191 de 27 de abril de 1995. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

En ese contexto, debe agregarse que el derecho a la personalidad jurídica aunado a los atributos que la conforman, surge, sin duda, como manifestación concreta de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad jurídica, al libre desarrollo de la personalidad y de acceso a la administración de justicia consagrados respectivamente en los artículos 1, 13, 14 y 228 de la Constitución Política.

Es más, la personalidad jurídica, como derecho fundamental, ha hallado reconocimiento consagrado en normas de carácter internacional, como son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 6º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado bajo la Ley 74 de 1968, artículo 16; Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada igualmente en el país por la Ley 16 de 1973, artículo 3; y a nivel nacional en el artículo 74 del Código Civil.

A refrendar lo acabado de exponer concurren las siguientes granadas razones: No puede predicarse trato digno, como valor superior, respecto de quien permanece obligado a soportar una filiación falsa o incompleta, siendo que, por el contrario, el ser humano, en virtud de tal condición, tiene el derecho a ser reconocido como miembro de la familia que constituye núcleo básico de la sociedad, además, no puede perderse de vista que el derecho a obtener una filiación real, o a mantener la que se exhibe mientras no medie impugnación, permite, más que un mero reconocimiento, el ejercicio de derechos y obligaciones en la órbita personal, familiar y social, como un ser libre y digno²⁶; tampoco es aceptable que el desconocimiento del origen auténtico conlleve a obstruir o limitar el ejercicio de derechos que la ley otorga a quien pertenece a cierta familia, lo que de suyo entraña un trato discriminatorio, pues no podría predicarse igualdad si a algunas personas les fuera reconocida su verdadera filiación y su personalidad jurídica mientras que a otras, cuando dichas prerrogativas han sido objeto de debate, les haya sido cercenada la posibilidad de indagar por su establecimiento en razón a la ausencia de diversos factores, sean jurídicos, sociales e incluso tecnológicos; pierde razón de ser el desarrollo de una verdadera personalidad a partir de una filiación equívoca en tanto que esta impide desplegar libremente la calidad que realmente le asiste al ser humano en relación a una familia y un entorno social determinado, con las claras limitaciones impuestas por los derechos de sus congéneres; por último, dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, no se compadece que la verdad legal no consulte la realidad material, por cuanto el aparato judicial, en su labor de administrar justicia, está llamado a establecer, hasta el grado más cercano posible a la certeza, el verdadero vínculo

²⁶ Ha de recalcar además, que según la Corte Constitucional, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica el "...repudio de ideologías devaluadoras de la personalidad, que lo reduzcan a la simple condición de cosa. Debe en consecuencia resaltarse que este derecho, confirmatorio del valor de la sociedad civil regimentada por el derecho, es una formulación política básica, que promueve la libertad de la persona humana; y que proscribe toda manifestación racista o totalitaria frente a la libertad del hombre". Sentencia T - 485 del 11 agosto de 1992. M. P.: Fabio Morón Díaz.

filial de las personas a efecto de hacer viable el ejercicio pleno de derechos y obligaciones recíprocas entre los miembros de una familia, tal como pasó de verse, otorgando plena garantía a la prevalencia del derecho sustancial, la misma que debe salvaguardarse por el juez quien, como director del proceso y por expreso mandato legal, está en la obligación de ordenar la práctica de la prueba de ADN, sin que su rol se vea agotado en la expedición de dicha orden puesto que se reclama de él una actitud proactiva que permita su eficaz recaudo, pues no de otra forma puede preservarse el acceso efectivo a la administración de justicia.

4. LA FILIACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL INNOMINADO Y SOPORTE AXIAL DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

De lo expuesto en el acápite anterior, resulta diáfano señalar que la filiación puede entenderse de dos formas, a saber: como un atributo de la personalidad en tanto constituye parte inseparable del estado civil de la persona, este sí enlistado de manera expresa como tal en la norma especial ya citada²⁷; y además, como un derecho innominado²⁸, en cuanto que, según lo expuesto en el artículo 94 superior, *“la enunciación formal de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”*.

Por ende, la filiación se erige en un derecho constitucional fundamental como quiera que permite al ser humano reclamar el reconocimiento de su personalidad jurídica. De tal suerte, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica encuentra su génesis en el establecimiento del estado civil, el cual, se repite, a su vez, depende del reconocimiento de la verdadera filiación de una persona.

De ahí que, a voces del órgano de cierre constitucional se haya defendido que *“el reconocimiento del hombre por el hombre encuentra su primer lugar de verificación en las relaciones paterno filiales”*²⁹ por su estrecha relación con el derecho a la dignidad humana.

En gracia de lo dicho, atendida la relevancia de establecer una verdadera filiación en aras de definir con certeza el estado civil de las personas que, como se indicó, es fuente de derechos y obligaciones recíprocas entre ascendientes y descendientes, el Estado ha consagrado acciones de orden público a fin de salvaguardar su integridad y, en su caso, establecerla, sea por vía de impugnación o reclamación, tanto en el caso de la maternidad como en la paternidad. Así, tenemos que nuestro Código Sustantivo Civil se ocupa de regular los cauces legales para tales vías judiciales, al tiempo que señala las personas facultadas para acudir en desarrollo del derecho de acción a dichos instrumentos, estableciendo los términos preclusivos para ello.

²⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 109 de 1995 ya citada.

²⁸ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 488 del 09 de julio de 1999. M. P. (E): Martha Victoria Sáchica Méndez.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 243 del 27 de febrero de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

5. MECANISMOS JUDICIALES PARA RECLAMAR EL DERECHO DE FILIACIÓN Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO.

Toda vez que el estado civil de las personas no puede divagar en el mundo jurídico sino que, por el contrario, requiere de certidumbre jurídica y de un establecimiento inamovible que consulte la necesidad y seriedad de desarrollar una personalidad jurídica fidedigna, el legislador definió los mecanismos procesales, de imputación e impugnación, para la protección del derecho a la filiación.

Entre ellos, guardando cada uno de los previstos términos procesales para su iniciación, desarrollo, controversia probatoria y culminación, los cuales deben ser respetados por las partes, a voces de la Corte Constitucional³⁰, se encuentran:

1. *Impugnación de la paternidad por parte del padre respecto del hijo nacido dentro del matrimonio (Art. 214 Código Civil).*
2. *Impugnación de la paternidad por parte del hijo nacido dentro del matrimonio (Art. 3º, Ley 75 de 1968³¹).*
3. *Impugnación por herederos del marido (Art. 219 Código Civil).*
4. *Impugnación por ascendientes del marido (Art. 222 Código Civil).*
5. *Impugnación de la maternidad (Art. 335 Código Civil).*
6. *Reconocimiento del hijo extramatrimonial (art. 1º Ley 75 de 1968).*
7. *Impugnación del reconocimiento del hijo extramatrimonial (Art. 5º, Ley 75 de 1968).*
8. *Investigación de la filiación extramatrimonial (Art. 6º, Ley 75 de 1968).*
9. *Acción de tutela, como mecanismo subsidiario, en caso de que a través de los procesos antes mencionados no se haya respetado el derecho a la filiación (Art. 14 C.P.), por ejemplo, por la falta de realización de la prueba de ADN como sustento del fallo.*

De tal suerte, y a manera de ejemplo, encontramos que se reservó el derecho de impugnación en el tiempo únicamente al hijo, mientras que en lo que respecta al cónyuge o compañero permanente y a la madre, su ejercicio se restringe a los 140 días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no eran el padre o madre biológicos, conforme al artículo 4º de la Ley 1060 de 2006 que modificó el artículo 216 del Código Civil, mientras que, a su turno, el artículo 7º ibídem modificadorio del artículo 219 del Código Civil, prescribe que a los herederos les asiste la facultad de impugnar la paternidad o maternidad, desde el momento en

³⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 109 de 1995 ya citada.

³¹ Ver sentencia C-109 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. En consideración a que al hijo tenía restringidas notoriamente las causales para impugnar en comparación con las que estaban consagradas para el padre, la Corte profirió una sentencia integradora para que el derecho fundamental a conocer la filiación real se pudiera hacer efectivo. Así, permitió al hijo alegar las mismas causales que el presunto padre (artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 95 de 1890).

que conocieron del fallecimiento del padre o la madre, o con posterioridad a esta, o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, advirtiendo que, de lo contrario, el término para impugnar será de 140 días.

Por lo demás, en atención a las reseñadas fórmulas procesales y en lo que respecta al reconocimiento voluntario de la paternidad y a su relación con el derecho de filiación, la citada Corporación indicó:

“La paternidad se presume respecto de los hijos habidos dentro del matrimonio, como lo dispone el artículo 213 del Código Civil, a no ser que se desvirtúe judicialmente a partir de la impugnación que pueden intentar tanto el marido como el propio hijo, en los términos de los artículos 214 y siguientes del mismo estatuto, adicionado por el artículo 3 de la Ley 45 de 1936, a su vez modificado en su redacción por el 3º de la Ley 75 de 1968, a cuyos alcances se refirió esta Corte en Sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995.

También puede establecerse la paternidad a partir del reconocimiento hecho por el propio padre, antes o después del nacimiento, lo cual implica, por consecuencia, que aquél asume la integridad de las obligaciones inherentes a la filiación.

El acto de reconocimiento, como lo ha sostenido la Corte, obedece a la espontánea voluntad y a la convicción interna del padre (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-191 del 27 de abril de 1995) y, por tanto, en cuanto tal, no puede presumirse ni deducirse de actitudes, expresiones o acuerdos que tengan por objeto materias distintas del reconocimiento mismo. Otra cosa es que la ley, como se verá más adelante, permita al juez, en los procesos de investigación de la paternidad, precisamente cuando no media el reconocimiento, tomar ciertos hechos como indicativos de aquélla, en lo que constituye una presunción establecida por el legislador (artículo 4º Ley 45 de 1936, modificado por el 6º de la Ley 75 de 1968), pero entonces esos hechos tienen relevancia dentro del aludido proceso y no en otro, menos aún en el de tutela, al cual se ha señalado por la Carta un objeto distinto.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 45 de 1936, modificado por el 1º de la Ley 75 de 1968, el acto de reconocimiento es irrevocable y puede llevarse a cabo en el acta de nacimiento, firmando quien reconoce; por escritura pública; por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento; o -según la modificación introducida por el artículo 10 del Decreto 2272 de 1989-, por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido objeto único y principal del acto que lo contiene”.³²

³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 106 del 13 de marzo de 1996. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con la acción de reclamación del verdadero estado civil que en oposición a la de impugnación y frente a cualquier otra persona, permanece radicada sin límites temporales en cabeza de quien se presenta como verdadero hijo, padre o madre, sin que a dicha reclamación puedan oponerse términos ni providencias judiciales tal y como quedó previsto desde el siglo XIX por el artículo 406 del Código Civil otorgándole, de esta manera, el carácter de derecho inalienable e imprescriptible.

Al respecto, debe anotarse que, con anterioridad a la promulgación de la Ley 45 de 1936, la única posibilidad con que contaban los hijos extramatrimoniales³³ para ser filiados, era el acto de reconocimiento voluntario por parte de su padre bajo unas causales taxativas a saber: i) la aceptación bajo juramento invocada ante el presunto padre; ii) el concubinato, sin perjuicio de la facultad que le asistía al presunto padre de demostrar que en la época de la concepción no había podido tener acceso a su concubina; y iii) el rapto, por si la concepción acaecía en el término que la madre se encontraba bajo el amparo del raptor³⁴.

No obstante, sólo a partir de la vigencia de la reseñada normativa el legislador ordinario proveyó instrumentos jurídicos tanto para dicho propósito como para provocar la declaratoria judicial de la paternidad.

Por lo primero, tenemos la firma del acta de nacimiento por el reconocedor, escritura pública, testamento y reconocimiento expreso y directo ante un juez³⁵.

Para lo segundo, la Ley 45 citada autorizó la declaración judicial de paternidad estableciendo unas causales taxativas asentadas en una rígida tarifa legal de prueba que permitían presumirla, bajo un sistema restringido cuya base derivó de la expedición de la Ley francesa del 16 de noviembre de 1912³⁶, que en su orden se resumen así: i) rapto o violación; ii) seducción (antes conducta punible de estupro); iii) carta u otro escrito que contenga una confesión inequívoca de

³³ Entiéndase extramatrimoniales a los que el artículo 1° de la citada ley denomina en ese momento “naturales”. La evolución legislativa sobre la determinación de los hijos habidos fuera del vínculo matrimonial se resume así: A partir de la promulgación de la Ley 75 de 1968, la expresión “hijo natural” fue sustituida por la de “hijo extramatrimonial”, mas tarde el artículo 1° de la Ley 29 de 1982, que adicionó el artículo 250 del Código Civil, señalando que los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, otorgándoles iguales derechos y obligaciones, prescripción que encuentra abrigo constitucional en el inciso 6° del artículo 42 Superior.

³⁴ Cfr. Artículo 319 del Código Civil: “El hijo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, podrá pedir que su padre o madre le reconozca”, norma que inicialmente se sustituyó por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887 publicada en el Diario Oficial No. 7151 y 7152, de 28 de agosto de 1887, y que, con posterioridad, fue derogada por el artículo 30 de la citada Ley 45 de 1936. Ver SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II. Editorial TEMIS. 1999. Bogotá D. C. Págs. 51-52.

³⁵ Esta cuarta causal fue introducida con ocasión de la expedición del Decreto 2272 de 1989.

³⁶ ESCUDERO ALZATE, Maria Cristina. Procedimiento de familia y del menor. Editorial Leyer. Bogotá D. C. 2007. Pág. 598.

paternidad; iv) trato personal y social entre la mujer y el presunto padre dada su naturaleza, intimidad y continuidad del que puedan inferirse relaciones sexuales; v) trato personal y social dado a la mujer durante el embarazo y parto indicativo de paternidad; y vi) posesión notoria del estado de hijo, circunstancias antecedentes que, se insiste, debían emerger probatoriamente acompañadas de notoriedad y estabilidad. De donde la prosperidad de la pretensión filiativa, excepto la fundada en las señaladas en los numerales iii) y vi), requerían el establecimiento fehaciente de dos elementos axiológicos, que son:

a.- La existencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre del hijo, y,

b.- Que tales relaciones se hayan realizado durante el tiempo en que según la ley pudo tener lugar la concepción de aquel.

No obstante, la dificultad e incluso imposibilidad para los reclamantes de la filiación de demostrar el primero de los elementos anteriores, el texto original de la Ley 45 de 1936 fue reformado por el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, tomando en consideración que el carácter íntimo y privado que generalmente identifica las relaciones sexuales las torna de muy difícil y aún imposible verificación por percepción directa, terminando el legislador (extraordinario) de aquella anualidad en permitir que su establecimiento pudiera *“...inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad”*.

Como se aprecia, con el advenimiento de la Ley 75 de 1968 desaparecieron los elementos de notoriedad y estabilidad que, además de su pura existencia, se requerían para dar por acreditadas las relaciones sexuales y erigir sobre ellas la declaratoria judicial de la paternidad extramatrimonial y que, fuera de la unión marital de hecho (concubinato), tornaban prácticamente imposible su establecimiento probatorio e ilusoria la filiación deprecada, sea porque en sí mismo el ayuntamiento carnal era asunto generalmente vedado, oculto a los demás, o porque si bien excepcionalmente verificada de manera directa su existencia, su materialización en proceso podía resultar escandalosa e inmoral y, de todas maneras y en ese sentido, violatoria del derecho constitucional fundamental a la privacidad e intimidad personal, acarreando con ello la frustración de muchas personas que se verían impedidas de hacer realidad esa elemental, justa y trascendental aspiración y, de contera, haciendo nugatorios los objetivos de la Ley 45 de 1936.

A la postre, y como habíamos anunciado, una vez superada la prohibición legal que otrora recaía sobre la investigación de la paternidad, el procedimiento que con base en la citada norma adelantaron los jueces competentes, contó entre sus

probanzas con elementos de juicio indirectos sin otorgar mayor importancia al alcance probatorio de los experticios biológicos.

De allí que habiendo tomado atenta nota de tal realidad discriminatoria e injusta y el giro que la evolución personal, familiar, económica y social había impreso - y que continúa haciendo - a las costumbres, principios y valores de la sociedad colombiana, se eliminaron los requisitos de notoriedad y estabilidad de las relaciones sexuales y, en concordancia, facilitado su establecimiento por vía de inferencia a partir del trato personal y social que la madre y el presunto padre se hubiesen dispensado durante la época o tiempo en que aquellas tuvieron ocurrencia, con las connotaciones y en las circunstancias señaladas, las cuales, por tratarse de hechos, actos y comportamientos perfectamente perceptibles por los sentidos, se volvieron objetivamente demostrables.

Hoy sin embargo, salvo casos excepcionales o para establecer aspectos relacionados con la prestación alimentaria, y precisamente como culminación de ese proceso dialéctico del régimen legal nacional sobre filiación extramatrimonial, su establecimiento judicial trasciende del contexto puramente fáctico y circunstancial, en el cual el Juez actúa a partir de una serie de hechos y eventos que le propone la demanda y a través del proceso reconstruye para precisarlos, decantarlos y subsumirlos en la norma general y abstracta creada por el legislador, para finalmente declarar o reconocer o no el derecho invocado, hacia la radicación, eso sí, sin perjuicio del principio de la apreciación general de las pruebas (artículo 187 del Código de Procedimiento Civil), casi exclusivamente en el factor eminentemente científico y técnico a través del dictamen pericial, siempre que, se insiste, sea posible su recaudo, por concernir tales supuestos afirmados o en trance de verificación a hechos que escapan a su bagaje profesional general y jurídico en tanto atañen a especializados conocimientos de la ciencia, y porque de todas maneras, pero también sin menoscabo de su específica facultad de apartarse de las conclusiones periciales ofrecidas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia, a través de esos informes técnicos o científicos se ofrecen a las partes, y a la sociedad en general, mayores garantías de justicia pronta, recta e imparcial.

En conclusión, ya no es menester que las relaciones sexuales tengan el carácter de estables, frecuentes y notorias, como tampoco que sean la exteriorización o el reflejo de una relación amorosa o sentimental singular, continua y permanente, y, por el contrario, bien pueden ser el fruto de encuentros únicos, eventuales u ocasionales y, aún más, protagonizados por un hombre y una mujer extraños e indiferentes entre sí, y, por lo visto, sin arraigo en el amor o la convivencia formal (unión marital de hecho) o también irregular (adulterio), franca o velada a los demás, sino como expresión exclusiva de la satisfacción de un impulso meramente erótico sexual, consentido, remunerado y, aún, forzado.

Amén de lo expuesto, la misma normativa en clara consulta con el progreso de la ciencia, y especialmente de la genética y biología molecular, incluyó en su momento el análisis hemático como probanza de estudio obligado y de innegable talante para establecer la maternidad y la paternidad con altos niveles de probabilidad.

6. LA IDONEIDAD DE LA PRUEBA BIOLÓGICA EN LA REALIZACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL/INNOMINADO DE FILIACIÓN.

Sobre el desarrollo de dicha inclusión en el cometido de determinar con sustento científico el vínculo genético de las personas, nos permitimos citar el proceso evolutivo de la prueba biológica, del cual, ha de recordarse que:

“...en el Siglo XX, cuando en 1900, Karl Landsteiner describió el sistema de grupos sanguíneos ABO (antígenos tipo A ó tipo B que podían o no estar asociados a los glóbulos rojos) y posteriormente, en 1915, cuando la comunidad científica reconoció y aceptó que la forma de heredar dichos antígenos seguía el patrón descrito a fines del siglo XIX por Gregor Mendel en sus experimentos con vegetales. El patrón mendeliano de la herencia del sistema ABO, fue dilucidado por Félix Bernstein en 1924.

4.2. La determinación de paternidad mediante el análisis de los grupos sanguíneos ABO fue utilizada por primera vez de manera legal en Alemania en 1924. Tal fue el furor del análisis que se llegaron a procesar más de 5.000 casos legales sólo entre 1924 y 1929. Los tribunales de Italia, Escandinavia y Austria siguieron pronto el ejemplo de Alemania. En 1937 la American Medical Association aprobó el uso de esta técnica en los E.E.U.U., aunque ya en 1931 se había dado el primer caso de paternidad (Commonwealth vs Zammarelli) ventilado en tribunales de los E.E.U.U.

La utilidad de la determinación de paternidad mediante la comparación de los grupos sanguíneos del padre presunto, la madre y el niño(a) se notaba fundamentalmente en los casos de exclusión. En estos casos, la probabilidad de paternidad era de exactamente cero por ciento. Sin embargo, en grupos humanos de poca variabilidad étnica la preponderancia local de ciertos tipos de grupos sanguíneos hacía que en la mayoría de los casos sólo se concluyera "que el hombre era probable que pudiera ser el padre biológico de la criatura". Sin embargo, mientras más común era el tipo sanguíneo del padre presunto en el grupo étnico de la localidad, menor era su probabilidad de paternidad.

Entre los años 1940 y 1970 se realizaron avances importantes en la materia. En 1940 Levine y Stetson descubrieron el sistema Rh y en años sucesivos nuevos subgrupos sanguíneos empezaron a ser descritos. Sin embargo, aún persistía el problema de que lo único que se podía saber con 100% de certeza era si el padre presunto NO era el padre biológico, es decir, si aquél era excluido como padre. La metodología disponible hasta entonces no hacía posible designar con un grado de certeza aceptable si un padre presunto era el padre biológico (caso de inclusión).

4.3. El descubrimiento de los antígenos asociados a los glóbulos blancos llamados sistema HLA (Human Leukocyte Antigen) permitió la creación de un método más sofisticado para determinar la paternidad, así, cuando se pudo usar la tecnología del ADN aplicada a los antígenos HLA, se pudo conseguir probabilidades de

paternidad que se aproximaban al 80%. Sin embargo, éste era un valor aún insuficiente para encontrar inequívocamente al verdadero padre biológico. Es importante resaltar que hoy en día hay algunos laboratorios que equívocamente persisten en ofrecer pruebas de HLA hechas por ADN para determinación de paternidad, cuando la utilidad de este método es para determinar histocompatibilidad previa a un transplante de órgano.

4.4. En 1985 se describió por primera vez el uso de la técnica conocida como RFLP (restriction fragment length polymorphisms) para análisis de paternidad. En esta técnica, se utiliza encimas llamadas de restricción [por ejemplo, *HaeIII*] para cortar el ADN en sitios previamente conocidos por su gran variabilidad (regiones hipervariables) en la búsqueda de una secuencia específica. La técnica RFL se sigue usando en algunos laboratorios pero tecnológicamente es considerada obsoleta.

Desde mediados de los 90s, la técnica que es considerada como tecnología de punta en esta materia, es la que hace uso de la hipervariabilidad natural de ciertas regiones "silenciosas" del ADN conocidas como SRT (short tandem repeats).

El ADN (Ácido DesoxiriboNucleico) constituye el material genético de las células del cuerpo humano. Con un tipo de excepción, el ADN se encuentra exclusivamente en el núcleo de las células. En el genoma humano (conjunto integral y secuenciado del ADN) se estima que hay aproximadamente 40.000 ó más genes. Los genes son trozos funcionales de ADN compuestos a su vez de 1.000 hasta 200.000 unidades c/u llamadas nucleótidos. Los nucleótidos se encuentran organizados formando un par de cadenas apareadas que toman la forma tridimensional de un doble hélix.

Es importante resaltar que así como hay regiones con función conocida o supuesta (los genes), sucede que casi la mitad del ADN del genoma humano tiene regiones (intrones) con función hasta hoy desconocida.

Es precisamente de la hipervariabilidad (polimorfismo) de estas regiones del ADN lo que se aprovecha para detectar diferencias (o semejanzas) entre un ser humano y otro, estudiando su ADN. Las regiones repetitivas pueden presentarse como tandas repetitivas cortas o largas, a esto se le llama VNTRs (variable number of tandem repeats) entre los que están los STR (short tandem repeats), que son las regiones hipervariables que se estudian para las pruebas modernas de paternidad.

Toda célula nucleada contiene 46 cromosomas [excepto los gametos: Los espermatozoides en el hombre y los óvulos en la mujer, que tienen 23 cromosomas cada uno]. Los cromosomas son la forma como la célula ordena su ADN combinándolo con ciertas proteínas.

4.5. *En el momento de la concepción, se necesita 46 cromosomas para procrear un nuevo ser humano. En consecuencia, una persona debe recibir exactamente la mitad de su material genético de su madre biológica y exactamente la otra mitad del padre biológico.*

La prueba del ADN está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos de la madre del niño(a) y del presunto padre. Si se conocen los perfiles genéticos de la madre y de su hijo(a), el perfil genético del padre puede ser deducido con certeza casi total.

Si no se hace la prueba a la madre, los perfiles del ADN del niño(a) serán comparados al perfil del ADN del presunto padre. La técnica utilizada permite obtener el mismo grado de exactitud (probabilidad de paternidad) en los análisis en que no se examina el ADN de la madre sino sólo el del hijo(a) y el del padre presunto.

El ADN se puede extraer a partir de una variedad de muestras:

- 1- células epiteliales de la mejilla,*
- 2- glóbulos blancos de la sangre.*
- 3- folículos pilosos.*
- 4- células fetales (provenientes de líquido amniótico) en cultivo semen.”³⁷*

Capitulando, afirmamos que la hemogenética forense, con el descubrimiento de los grupos sanguíneos, específicamente el sistema ABO, por Karl Landsteiner en 1900, y la demostración de su transmisión hereditaria por Von Dugern y Hirschfeld en 1910³⁸, erigieron a la prueba sanguínea como un elemento básico para la identificación del origen auténtico de las personas, dejando atrás, de tal suerte, la valoración de caracteres morfológicos, fisiológicos, patológicos e intelectuales³⁹, apreciaciones que en tanto provienen de percepciones sensoriales, se encuentran necesariamente imbuidas de trazas subjetivas dependientes de factores como la agudeza, pericia y aún el estado de ánimo del observador y, que, en todo caso, deben irremediablemente ser sopesadas a la luz de la verdad científica que juega un papel de inapreciable importancia en su verificación.

En efecto, para el caso colombiano, la legislatura de 1968 introdujo como elemento probatorio el experticio biológico basado en el análisis hemático. No obstante, y aunque la ciencia ya había dilucidado el alcance de la reseñada

³⁷ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Concepto No. 3723 del 14 de diciembre de 2004 dentro del trámite de la demanda de inconstitucionalidad formulada ante la Corte Constitucional en contra de los artículos 3 y 8 de la Ley 721 de 2001, "Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968". Expediente No. D-5454. Sentencia C – 476 de 2005.

³⁸ YUNIS TURBAY, Emilio José y YUNIS L., Juan José. El ADN en la identificación humana. Editorial TEMIS. 2002. Bogotá. Págs. 23-24.

³⁹ Eiusdem.

probanza frente a los caracteres verificables empíricamente, dispuso en su artículo 7° que en esta clase de procesos el Juez, de oficio o a solicitud de parte, *“decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia”*. Así pues, se conjugó, sabemos, de manera anacrónica y antitécnica, la trascendencia y eficacia de la peritación sanguínea antropo heredo biológica con un elemento complementario como lo era el experticio de las características hereditarias ya enumeradas, pero, en tratándose de la investigación de la maternidad y la paternidad, quedó sentado un primero, pero decidido, antecedente de acogimiento legislativo respecto de la ayuda que la administración de justicia debe reclamar de la ciencia, que a la postre, años después, con vigencia de la Ley 721 de 2001, llevaría a excluir, en cierta forma, los medios de prueba indirectos frente a la contundencia del resultado de ADN, claro está, cuando haya sido posible el recaudo de este último.

Y es que sólo a raíz de la incorporación de la prueba biológica en este tipo de procesos judiciales pudo establecerse, respecto a la paternidad o maternidad debatida, su exclusión con certeza o, por el contrario, su afirmación con una probabilidad porcentual superior al 99%.

En Colombia, el precitado avance no fue fluido ni sencillo. Tal como pasó de verse, el trasegar de la prueba biológica gestó su primer progreso con el análisis de los Grupos Sanguíneos, los que, a la sazón, permitían alcanzar niveles mínimos de exclusión de los pretensos padres. Por ejemplo, el sistema ABO excluía al 18%, mientras que el denominado RH ofrecía un porcentaje de exclusión del 29%. A su turno, el sistema Duffy soportaba sus estudios de exclusión con base en el alelo Fya, razón por la que en 1990 la Oficina Federal de Salud alemana exigió que el análisis sanguíneo orientado a determinar la paternidad debía incluir al menos los siguientes 16 sistemas: 1) ABO; 2) MNSs; 3) Rhesus (Rh); 4) Kell (K); 5) Duffy (Fy); 6) Haptoglobina (Hp); 7) Gc; 8) Gammaglobulina Gm (Gm); 9) Gammaglobulina Inv (Inv); 10) Fosfatasa ácida; 11) Fosfoglucomutasa (PGM); 12) Adenosina Desaminasa (ADA); 13) Adenilato quinasa (AK); 14) Fosfoglic. Dehidrogenasa (PGD); 15) Estearasa (ESD); y 16) Glioxalasa (GLO)⁴⁰.

Al respecto, valga la oportunidad para referir el concepto vertido en el artículo “La prueba de ADN”, cuando el Doctor EMILIO YUNIS TURBAY, experto genetista nacional y autoridad mundial en la materia, expresa:

⁴⁰ BUSELMAIER, Werner y TARIVERDIAN, Gholamali. Humangenetik. Editorial Springer. Heidelberg y otras ciudades. 1991. Págs. 429 y siguientes.

“La definición de la paternidad por métodos de laboratorio se inició con el estudio de los grupos sanguíneos, incorporados uno tras otro tan pronto el saber científico precisaba su existencia y características. Primero fue el sistema ABO, luego el Rh, a los que siguieron los sistemas MNSS, Duffy, Kidd, Kell y otros. Durante décadas la serología de los grupos sanguíneos y otros marcadores de sangre, proteínas séricas, hemoglobinas y haptoglobinas, entre otros, fueron los estudios que auxiliaron a los administradores de justicia. Sin embargo, su poder de inclusión y de exclusión no permitía un mayor nivel de certeza para las sentencias, con base en las pruebas científicas.” En consecuencia, agrega: “La probabilidad acumulada de exclusión de la paternidad, sumados todos los grupos sanguíneos, es del 72.47%”⁴¹.

Más tarde, y gracias a lo anterior, se implementaron los sistemas HLA (Human Leukocyte Antigen A - Complejo Mayor de Histocompatibilidad que incluía clase I - serología- y clase I y II –molecular-), VNTR/RFLP (Minisatélites - Número Variable de Repeticiones Consecutivas o en Tandem), Proteínas Séricas, Enzimas Eritrocitarias, Inserciones ALU, Marcadores STR (Short Tandem Repeats – Secuencias Repetidas Cortas Consecutivas - Sistemas Polimórficos), Cromosoma Y, entre otros⁴².

Es bueno anotar que, conforme a la redacción del mencionado artículo 7° de la Ley 75 de 1968, quedó abierta la posibilidad de acudir a distintos expertos basados en análisis del fluido sanguíneo sin señalamiento ni restricción alguna, de tal forma que, en algunos procedimientos judiciales, la realización de la prueba que comprendió, entre otras la antropología biológica, los sistemas ABO, RH y menores – Kell-Cellano y el HLA, se llevó a término en los laboratorios que se habilitaron para el efecto en convenio con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la sazón, establecimiento público integrante del Sistema de Bienestar Familiar, creado a la luz de la misma norma.

Por último, como se avizoró renglones atrás, encontramos la prueba de ADN, dictamen biológico científico que al arrojar un 100% de posibilidades de acierto en lo que tiene que ver con la exclusión de la paternidad investigada, revaluó el cometido de las anteriores probanzas en los procesos de filiación. Sobre el particular, la ya citada autoridad genetista, en concepto rendido en desarrollo de la demanda de exequibilidad planteada en contra del artículo 92 del Código Civil y algunas otras normas concordantes y complementarias, acción abordada por la Corte Constitucional en la Sentencia C -004 de 1998, dijo:

⁴¹ Cfr. YUNIS, Juan José y Emilio J. La prueba de ADN en Familia, Tecnología y Derecho. Volumen 01. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C. 2002. Págs. 379-390.

⁴² YUNIS TURBAY, Emilio José y YUNIS L., Juan José. Op. Cit. Pág. 86 y siguientes.

"Las pruebas científicas disponibles en el mundo, y en aplicación en Colombia, permiten descartar en un 100% a los falsos acusados de paternidad y establecerla, cualquiera sean los fundamentos que rodean a la pareja, con una probabilidad de 99.999999..."

La inclusión o afirmación de la paternidad se expresa en términos probabilísticos (sic) porque se fundamenta en la frecuencia de cada uno de los marcadores genéticos que se analizan, en la población específica del país, región, departamento o municipio, de acuerdo con la heterogeneidad de la misma. La aplicación de la fórmula matemática al número de marcadores que se requieran para llegar a la probabilidad señalada, que es la única que se acepta a nivel internacional, aumenta la cola de nueves. Sólo en el caso -si llega a ocurrir, ya que hasta ahora se considera innecesario- de estudiar la totalidad de la mitad genética proveniente del padre, en el hijo -se considera que en el genoma humano hay entre 50.000 y 100.000 genes activos-, se podría hablar del 100%.

Existe otra forma de plantear la inclusión o afirmación de la paternidad como es la de hacerlo con cifras poblacionales, es decir, señalar la probabilidad de encontrar una persona idéntica para los marcadores genéticos estudiados siempre con relación al contenido étnico de la población. Se puede hablar entonces, por ejemplo, de la probabilidad de encontrar alguien idéntico entre 180 millones de individuos de raza negra, o entre 200 millones de caucasoides, o entre 190 millones de mestizos.

En documento adicional le incluyo información sobre el poder de exclusión de los diferentes marcadores genéticos. El documento no muestra tablas de inclusión porque dada la heterogeneidad genética de nuestra población cada caso se analiza de acuerdo con el origen regional y las características étnicas.

En síntesis, para la Ciencia, y en particular para la Genética Molecular, tanto la negación como la afirmación de la paternidad son inobjetables en el momento actual, lo que hace innecesario apelar a las nociones de tiempo en que pudo ocurrir la concepción, con las imprecisiones que le son propias, aumentadas cuando los ciudadanos disponen de opciones de embarazos diferidos en el tiempo, congelación de gametos y de embriones, entre otras posibilidades tecnológicas, que le adicionan otros embelecos al tema."

Ante una explicación científica tan persuasiva como fundamentada, el órgano legislativo, consecuente con su deber de garantizar la coherencia del orden jurídico, no tuvo otro remedio que responder a la evidente evolución de la ciencia genética, a cuyo efecto procedió a expedir la Ley 721 de 2001 que estableció:

"ARTÍCULO 1o. El artículo 7o. de la Ley 75 de 1968, quedará así:

Artículo 7o. 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 esperticios (sic) 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...

ARTÍCULO 3o. Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.”

Puestas de ese modo las cosas, a la vez que fulge manifiesto el dinamismo y la ductilidad que impregna el desarrollo del derecho, se revistió de un valor inestimable al dictamen de ADN y a la prueba biológica que, de conformidad con el desarrollo de la genética, *científicamente determine un índice de probabilidad superior al 99.9%*, como quiera que se constituyeron en el cuasi único medio “idóneo” para fundamentar con pretensión de acierto la filiación de las personas. Lo anterior, en tanto que, se resalta, el legislador condicionó el acudimiento a las demás probanzas indirectas relacionadas con la reconstrucción histórica de los pormenores fácticos que rodean la concepción, a la imposibilidad de contar con los estudios de DNA.

Ha de anotarse que no obstante las pruebas biológicas encuentran sustento científico en las reconocidas e irrefutables leyes de Mendel, según las cuales, a partir del conocimiento del perfil genético de un individuo se puede determinar, siempre en términos de probabilidad, su parentesco⁴³, únicamente con el dictamen de ADN se logró establecer que ninguna persona puede compartir el mismo patrón genético, en tanto que su ADN jamás será igual al de otra que haya vivido, viva o vaya a vivir (con excepción de los gemelos idénticos), amén que dicha molécula se encuentra presente de manera idéntica en cada célula del cuerpo de una persona por el hecho que cada una de ellas se ha formado a partir de la primera célula formada por la unión del óvulo con el espermatozoide, fruto del aporte genético por mitad, paterna y materna, cual será constante y el mismo en todas las células del nuevo organismo así formado.

⁴³ VARSÌ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit.

En punto a la evolución de la ciencia genética que condujo a señalar el ADN como molécula con vocación de perpetuar, sin mutaciones representativas que incidan en los correspondientes análisis, “información genética” o “instrucciones de ensamblaje”⁴⁴ en términos de la jerga propia de esa disciplina, debemos anotar que la estructura del ADN descubierta por James Watson y Francis Crick a comienzos de la segunda mitad del siglo pasado, planteaba un instrumento a través del cual la información hereditaria podía codificarse en dos cadenas entrelazadas, cada una complementaria de la otra, y opuestas entre sí⁴⁵. Más tarde, Crick propuso la idea de la denominada hipótesis de “secuencia”, según la cual, el ADN funciona como un sistema de letras alfabético (AGCT⁴⁶) que, en tanto lenguaje escrito con virtualidad de transmitir información dependiendo de su secuencia, podría generar la producción de una molécula idéntica.

Es así que en 1984, al tiempo que se desarrolla la técnica para establecer la reseñada secuencia, la comunidad científica concluyó que al cortar a través de “enzimas” o “tijeras biológicas” un fragmento de secuencias idénticas, o ampliamente repetidas, de ADN, V. Gr. ATGCCTAGCCAT, previo el análisis del caso, podría contemplarse la posibilidad de establecer el origen hereditario de cada uno de estos fragmentos. De tal forma, como lo dice Varsi Rospigliosi, *“...estudiándose el ADN del niño, los fragmentos no presentes en la madre deberán estar necesariamente en el otro progenitor, determinándose, de manera indubitable, la existencia del nexo biológico o su exclusión”*.

Así las cosas, si bien es cierto que el complejo estudio y análisis del ADN de una persona, bajo los procedimientos técnicos y especificaciones decantados por la comunidad científica, es propio del personal docto y experto en la materia, sujeto además, a los estándares normativos de calidad y funcionamiento, el derecho, lejos de intentar cuestionar su significación e incluso a ciegas, lo ha acogido toda vez que, de manera indubitable, demuestra la existencia o exclusión del nexo biológico para liberarse de acudir a una suerte de tarea metafísica consistente en plantear el acaecimiento de trato íntimo sexual entre los progenitores para confirmar el momento biológico de la concepción, al punto que dicha prueba, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 721, debe ser decretada, sin excepción, en todos los procesos de investigación filiativa dada la importancia del derecho

⁴⁴ MEYER, Stephen C. EL ADN y el origen de la vida: información, especificidad y explicación. Artículo consultado en: <http://www.discovery.org/scripts/viewDB/filesDBdownload.php?command=download&id=661>. Fecha: 06 de octubre de 2008.

⁴⁵ CRICK, Francis y WATSON, James. Structure - Genetical Implications. Una estructura para el Ácido Desoxirribonucleico Traducción del texto original. Artículo consultado en: <http://www.bioxeo.com/adn.htm>. Fecha: 06 de octubre de 2008.

⁴⁶ Abreviatura de las bases nitrogenadas del ADN: Adenina (A), Guanina (G), Citosina (C) y Timina (T). Esas cuatro letras hacen el lenguaje de la vida que se construye con apoyo en un reducido abecedario de A, G, C y T. Al respecto, ver: YUNIS TURBAY, Emilio José y YUNIS L., Juan José. Op. Cit. Pág. 66.

iusfundamental reclamado en este tipo de procesos, tal como se pasó de ver con anterioridad.

Por ello, luego de obtenido el dictamen, debe el operador judicial verificar en su contenido los requisitos a que se refiere el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil y por supuesto los requerimientos consagrados en el párrafo 3º, artículo 1º, de la Ley 721 de 2001, para determinar si le merece cabal crédito en la solución del conflicto, tarea que demanda del juez un acopio de meritorio conocimiento sobre esa ciencia particular (la genética), a modo que lo faculte con un mínimo grado de manejo conceptual para cuestionar válidamente la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, así como la competencia de los peritos.

Con todo, este raciocinio le conducirá en realidad al funcionario judicial a formular elementales interrogantes, acordes con su cultura humanística, siempre que los fundamentos teóricos y técnicos del dictamen de ADN son del resorte exclusivo del personal profesional en el ramo, a quien le asiste la autoridad de desarrollarlos y mejorarlos, empeño del que se verá ampliamente beneficiada la ciencia jurídica.

7. COLISIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA JUDICIAL Y EL DERECHO IUSFUNDAMENTAL/INNOMINADO DE FILIACIÓN Y SU SOLUCIÓN JUS CONSTITUCIONAL.

Como pasó de verse, el significado de la prueba biológica en los juicios de filiación tiene sus orígenes en el desarrollo del conocimiento humano, empero, su inclusión en el tráfico jurídico obedece al decurso dialéctico de la doctrina sentada en vigencia de la Carta Política de 1991, principalmente, al recogido en los pronunciamientos judiciales de las Altas Cortes, en especial, de la Corte Constitucional, atinente al estudio de la personalidad jurídica y los derechos constitucionales y fundamentales que de allí se derivan, entre los cuales basta citar, para nuestro caso, el estado civil, el nombre y el innominado de filiación, por cuanto que sólo a partir del actual artículo 14 superior es válido hablar de ellos con tales calidades, por lo que su irrupción así concebida, constituye el punto de partida del presente estudio.

Sin duda y haciendo honor a la brevedad, diremos que, en efecto, bajo el amparo de la Constitución Nacional de 1886, respecto de la personalidad jurídica, resultaban impensables los referidos alcances, en tanto que su artículo 50 limitó su regulación exclusivamente a uno de los atributos que la integran, y a los derechos y garantías que surgen específicamente del estado civil, encomendando su regulación al legislador, quien, dicho sea de paso, le imprimió el formalismo propio de la época, en todo caso nugatorio del establecimiento de la filiación verdadera, situación superada en parte sólo en 1968 cuando encontramos el primer referente histórico de inclusión de la prueba biológica en la investigación del vínculo parental con la Ley 75, reformatoria de la Ley 45 de 1936 ya vistas.

Para claridad, recordemos lo que prescribía la norma constitucional anotada:

“ARTÍCULO 50.- Las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y los consiguientes derechos y deberes”.

De esa suerte, tal postulado deja de lado la relevancia que para el desarrollo de la personalidad jurídica comporta el verdadero establecimiento de la filiación auténtica y, consecuentemente, del nombre que la desarrolla y consolida cuando se ocupa en forma literal y expresa del estado civil, cual apenas incluye una parte de aquellas facultades que le asisten al hombre como sujeto de derechos y obligaciones frente a sus coasociados, a la sociedad, al Estado y al Bienestar Social y Orden Justo.

Claramente, nuestro artículo 14 mayor está dotado de un propósito de contextualización sociológica, en tanto respuesta receptiva y amplia a las teorías humanistas de la personalidad jurídica que propenden por considerar al ser humano como aquel crisol donde convergen armónicamente compenetrados los

atributos que le son propios sin requerir reconocimiento legal o judicial por medio.⁴⁷

Precisamente, desde sus primeros años la Corte Constitucional acometió el análisis del referente conceptual del derecho a la personalidad jurídica para erigir a la filiación, como parte inescindible de aquella, en un derecho fundamental innominado e indisponible, el mismo que tiempo después, de la mano de la biología molecular y de la ciencia genética, obtendría plena realización a través de la idoneidad de la prueba biológica, postura que sería, por un lado, la base de la reforma contenida en la citada Ley 721 de 2001, por medio de la cual se estableció la obligatoriedad del dictamen de ADN en los juicios de filiación, hasta tanto *los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades*, y por otro, una de las razones de peso para inclinar a favor del derecho de filiación la tensión suscitada frente al principio de cosa juzgada en las sentencias que definieron el vínculo parental sin la valoración de aquella probanza, luego de realizar el correspondiente ejercicio de ponderación y test de proporcionalidad.

Por consiguiente, ante la prevalencia del derecho iusfundamental innominado de filiación sobre el principio de cosa juzgada judicial, a fin de solucionar la discordancia entre la realidad jurídica y la material, evidenciada al confrontar el vínculo declarado mediante la sentencia de filiación en firme pero carente de soporte biológico idóneo con el resultado que arrojan los exámenes de ADN recaudados posteriormente entre las partes, la Corte Constitucional en sede de revisión, circunscrita al trámite de acción de tutela, luego de un refinado trabajo hermenéutico que se resume en la construcción de la línea jurisprudencial propuesta, presentó a modo de solución las siguientes opciones: i) Declarar la nulidad de la sentencia de filiación que no cuenta con la valoración de prueba biológica idónea y ordenar al juez natural que profiera, dentro de un término prudencial, una nueva decisión teniendo en cuenta el dictamen de ADN, como sucede en la Sentencia T – 411 de 2004; y ii) Habilitar un término para que, a petición de parte, se adelante la respectiva revisión ante el superior jerárquico, con fundamento en la primera de las causales previstas en el listado que prevé el artículo 380 del C. P. C., según se expone en las Sentencias T – 1226 de 2004 y T – 584 de 2008, entre otras.

No obstante, semejante conclusión no tiene otro precedente que el trabajo jurisprudencial desarrollado por casi dos décadas, en las que podemos destacar, a modo de línea y tomando como base la metodología de ingeniería reversa y diseño del nicho citacional expuesta por el tratadista DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA⁴⁸, dentro del enfoque cualitativo – dialéctico hermenéutico, cuatro niveles

⁴⁷ Al respecto valdría tener en cuenta el precedente histórico de nuestro artículo 14 superior. Recomendamos el contenido en la Sentencia T – 485 de 1992.

⁴⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2006.

de producción decisional divididos por épocas: 1992-1993; 1994-2002; 2003-2006; y 2007-2009.

8. DESCRIPCIÓN PREVIA DE LOS NIVELES QUE COMPONEN EL NICHOS CITACIONAL DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL PROPUESTA PARA PONDERAR LA COLISIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA JUDICIAL Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE FILIACIÓN.

Entre las sentencias importantes que hacen parte de cada uno de los niveles del nicho citacional, se destacaron como hitos relevantes las siguientes:

CUARTO NIVEL:

- **Sentencia T – 476 de 1992.**- Considerada como la *sentencia fundadora* de la línea porque es la primera que recoge un pronunciamiento sobre el tema, al indicar que, de la mano de instrumentos internacionales que ponen de relieve la consolidación del derecho público suprallegal, a la personalidad jurídica, que bajo el acendrado talante de derecho connatural, reclama del aparato estatal un fin de “constatación” mas no de “creación”.

Esta providencia enfatizó, como respuesta al problema jurídico de la línea propuesta, que es función del Estado propender por la realización de la personalidad jurídica no desde una perspectiva del derecho positivo, sí en pro de materializar la veracidad y autenticidad de los elementos que la componen de manera ya formal como el nombre, la capacidad, etc., ora innominada como luego se definiría a la filiación y al origen veraz de las personas.

TERCER NIVEL:

- **Sentencia C-109 de 1995.**- Sentencia hito que reviste importancia en tanto concluye que el derecho a la filiación, como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica.

En la misma decisión se consigna que el reconocimiento de la personalidad jurídica tiene carácter de derecho fundamental, íntimamente articulado con otros valores constitucionales, tales como la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, contenidos en los artículos 1º y 16 superiores.

- **Sentencia C-004 de 1998.**- Importante pronunciamiento como quiera que, si bien la Corte Constitucional no le otorgó a la filiación la categoría de fundamental, la relacionó directamente como un atributo de la personalidad jurídica, éste sí presupuesto fundamental para el ejercicio y disfrute de otros derechos constitucionales y fundamentales. Empero, señaló de manera

explícita los derechos que se verían vulnerados al no establecerse la filiación verdadera, tales como, el nombre y el acudir a la administración de justicia para demostrarla. De tal suerte, al tiempo que analizó la exequibilidad de la presunción contenida en el artículo 92 de la Carta Civil, que fue declarada de carácter legal y por tanto susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario, valoró la ayuda de la ciencia médica en el cometido de definir la filiación de las personas dando especial relevancia al concepto del genetista nacional EMILIO YUNIS TURBAY, el mismo que años más tarde sería la base de la Ley 721 de 2001 para incluir la prueba de ADN como obligatoria en esta clase de procesos en contraposición al “absurdo científico” que identifica el anacronismo de algunas normas relacionadas con el tema.

- **Sentencia T-488 de 1999.-** Como hito destacado, resuelve que en virtud del carácter prevaleciente de la filiación catalogado ahora como derecho innominado fundamental por su estrecho vínculo con el artículo 14 de la Carta Mayor, los jueces deben obrar con una gran diligencia en el marco de los procesos de investigación de la paternidad o maternidad, con el fin de procurar la recaudación de las pruebas antropoheredobiológicas existentes para el momento de la sentencia.

Al efecto, como fuentes normativas del derecho fundamental innominado a la filiación se citó entre otras disposiciones constitucionales los artículos 14, que reconoce el derecho a la personalidad jurídica; 42, que contempla el derecho de los hijos a no ser tratados en forma discriminatoria por los padres; y 44, que contempla los derechos fundamentales de los niños, además de instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- **Sentencia C-807 de 2002.-** Pronunciamiento prominente para la línea estructurada como quiera que le atribuye un plus a la prueba de ADN en tanto la denomina *mecanismo idóneo* para establecer la filiación, derecho fundamental de carácter innominado, el cual, se itera, a su vez presenta íntima relación con otros derechos y, además, valores constitucionales. En esa medida, se advirtió que el juez debe ser especialmente diligente en su práctica durante los procesos de investigación de la paternidad, principalmente en aquellos en los que esté de por medio el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, donde, incluso, su valor debe ser asumido a priori por el Estado, aun cuando el padre tenga recursos económicos para sufragarlo.

SEGUNDO NIVEL:

- **Sentencia T-411 de 2004.**- Sentencia hito que además de ofrecer un punto de apoyo medular a nuestra disertación puede ser considerada, sin lugar a dudas, como *sentencia dominante* por sentar los criterios vigentes y de imperiosa aplicación al resolver el problema jurídico materia de este análisis.

De acuerdo con el *decisum* de esta providencia, adoptado en forma unánime, la Sala Primera de Revisión encontró que un Juzgado había dictado sentencia desestimatoria dentro de un proceso de filiación extramatrimonial sin esperar que arribaran los resultados de una prueba de ADN ordenada por el mismo Despacho. El resultado de la prueba genética, dado a conocer con posterioridad a la sentencia que decidía la filiación, señalaba una probabilidad de 99.99% de paternidad. Ahora bien, en el caso concreto los jueces de instancia denegaron el amparo porque el demandante había dejado vencer el término para interponer el recurso de apelación.

Ante esas circunstancias, la Sala determinó que el hecho de que el demandante dentro del proceso de filiación extramatrimonial hubiera omitido interponer el recurso de apelación al que tenía derecho debía *“ceder ante la contundencia de la verdad científica y ante la trascendencia de los derechos que se ponen en juego. De lo contrario, el señor (...) se vería abocado de por vida a una situación de flagrante vulneración de sus derechos fundamentales a la personalidad jurídica y a su estado civil. De igual manera, conociendo ahora sin posibilidad de duda la identidad de su padre, si se le negara el derecho que tiene a establecer su filiación y su estado civil, el señor (...) estaría recibiendo menoscabo también en relación con su dignidad como persona humana.”* A continuación, determinó que esos derechos eran indisponibles y, por lo tanto, anuló la sentencia y dispuso que el Juzgado dictara una nueva, en la cual habría de tener en cuenta el resultado de la prueba de ADN.

- **Sentencia T-1226 de 2004.**- Como sentencia hito, se resalta siempre que en el caso bajo estudio, tras agotar con resolución inhibitoria la investigación penal adelantada y después que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia había resuelto desfavorablemente el recurso extraordinario de revisión interpuesto al tenor del numeral 4º del artículo 380 del C. P. C.⁴⁹ en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en un proceso de investigación de la paternidad confirmatoria del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Tunja, que declaró al accionante

⁴⁹ Son causales de revisión:... 4ª. *Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.*

padre extramatrimonial de una niña, con base en distintos medios probatorios, entre ellos, una prueba antropoheredobiológica emitida por el Laboratorio de Genética del ICBF, se practicó luego, una nueva prueba de ADN cuyo resultado excluyó la paternidad del tutelante.

En efecto, la Corte Constitucional enfrentó la *paradoja* denotando que si bien *“de acuerdo con los conocimientos científicos actuales el actor no puede, de ninguna manera, ser considerado padre natural de la niña. Esa es la realidad a la luz de exámenes de ADN”*, en todo caso debido a que no se configuraba la causal de revisión alegada por el tutelante *“éste habrá de resignarse a aparecer como padre de la menor, con todas las consecuencias que ello apareja, no solo para él, sino sobre todo para la menor, que desconoce quién es su verdadero padre”*. No obstante, el Alto Tribunal concibió inaceptable tal situación, pues *“[o]bligar al actor a tener como su hija a una niña que no lo es – y a la menor a tener por padre a quien no lo es - constituye una afectación de sus derechos a la filiación (C.P., art. 14), a la familia (C.P., art. 42), al libre desarrollo de la personalidad (C.P., art. 16) y a la dignidad (C.P., art. 1), además de su derecho de acceder a la justicia y a la tutela judicial efectiva (C.P., art. 229) (...) Pero, además, también es claro que la situación descrita constituye una afectación de los derechos de la menor, quien no podrá establecer su verdadera filiación (C.P., art. 14), con todas las repercusiones que ello podrá tener sobre sus derechos fundamentales prevalentes como niña (C.P., art. 44), sobre el libre desarrollo de su personalidad (C.P., art. 16) y sobre su dignidad (C.P., art. 1)”*.

Por lo tanto, se estimó que ni el tutelante ni la menor estaban obligados a soportar dicha afectación, y concedió la tutela solicitada como una medida transitoria, hasta que la jurisdicción penal o la civil tomara la decisión de mérito, para lo cual éstas deberían atender el valor científico de los dictámenes genéticos en los que se declara que el actor estaba excluido de ser el padre biológico de la niña. En tal sentido se habilitó un término de tres (3) meses para que, si era su deseo, interpusiera un nuevo recurso de revisión invocando ya las causales tercera o primera previstas en el artículo 380 del C. P. C., a su elección, a saber: *1ª. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y la que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria...*, ó *3ª. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.*

PRIMER NIVEL:

- **Sentencia T-584 de 2008.**- Este pronunciamiento es, efectivamente, el punto arquimédico y el resultado indiscutiblemente decantado sobre el

problema objeto de estudio en esta investigación. En gracia a ello, dicha sentencia, después de ratificar la calidad ius fundamental del derecho de filiación y la obligatoriedad de la práctica del dictamen de ADN, resume las reglas relevantes al caso, así: “ (i) en primer lugar la Corte Constitucional ha insistido en la necesidad de decretar y practicar efectivamente la prueba de ADN en los procesos judiciales en los cuales se debate la filiación, (ii) en segundo lugar se ha señalado que el examen de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales debe ser menos riguroso en estos casos debido a la naturaleza fundamental y el carácter indisponible de los derechos en juego, (iii) por último ha estimado que privilegiar la fuerza de cosa juzgada de las sentencias ejecutoriadas que establecen la filiación, como resultado del rigor procesal de la configuración del recurso de revisión, sobre los resultados de los exámenes genéticos puede ocasionar una afectación inaceptable de los derechos fundamentales.” De ese modo, la Corte en una amplia interpretación indicó de manera expresa que el asunto puede encauzarse a través del numeral 1º de revisión, entendiéndose que este incluye no sólo el hallazgo sino también la práctica posterior de la prueba, vale decir, sin que sea condición la preexistencia de la misma, acudiendo así mismo a los argumentos ya expuestos en la Sentencia T-1226 de 2004 en el sentido de dar lugar al recurso de revisión para hallar solución al caso concreto.

Visto así el proceso de producción jurisprudencial que sobre el particular ha desarrollado nuestro máximo Tribunal Constitucional, podemos decir que en el cuarto nivel del nicho citacional se halla el concepto y se define la esencia connatural y sustancial de la personalidad jurídica, pétreo soporte para que en un tercer nivel se afirmara su estrecha relación constitucional con el derecho de filiación al punto que se aceptara de éste su categoría de fundamental innominado, a su vez, directamente ligado a los avances científicos, en lo tocante a su constatación. Precisamente, dicha calidad hizo que se concibiera de vital importancia la práctica de la prueba de ADN en los procesos de filiación, máxime si en ellos se ve involucrado el interés superior del menor de edad.

Por esas vastas y potísimas razones, al hallar un espacio fáctico que permitiera la aplicación de tal postulado, en el segundo nivel de las citas de la línea propuesta se concluyó que, en efecto, la sentencia de filiación que hace tránsito a cosa juzgada sin la valoración de una prueba biológica (de paternidad y/o maternidad) o fundada en un experticio orgánico cuyo índice de probabilidad proporcionado a efecto de establecer el verdadero vínculo genético de las personas ha sido superado con los permanentes avances de la ciencia, vulnera los derechos constitucionales fundamentales a la personalidad jurídica, a tener un nombre y a la filiación, aserto que, a su vez permitirá, resolver cuál es el mecanismo procesal adecuado para remediar dicha vulneración, aspecto que se abordará en el acápite de tesis propuesta.

Por lo tanto, ya en el primer nivel encontramos las subreglas constitucionales que conforman la solución actual expuesta por la Magistratura, finiquitando así el trabajo interpretativo que sobre el respecto y en una dura contienda frente a los formalismos jurídicos y a la evolución del conocimiento ha desplegado la Corporación durante varios años.

Para mayor ilustración sobre la metodología utilizada en la elaboración y análisis de la línea jurisprudencial propuesta, nos remitimos a los gráficos contenidos en los anexos 01, 02 y 03 del presente trabajo, cuales son:

- a. Análisis Gráfico del Nicho Citacional. 02 Folios.
- b. Análisis Gráfico de los niveles que componen el Nicho Citacional. 01 Folio.
- c. Análisis Gráfico del Precedente Jurisprudencial. 04 Folios.

9. LÍNEA JURISPRUDENCIAL PROPUESTA PARA PONDERAR LA COLISIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA JUDICIAL Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE FILIACIÓN.

9.1 1992-1993: LA PERSONALIDAD JURÍDICA COMO DERECHO CONNATURAL Y SUSTANCIAL DE LAS PERSONAS.

Ciertamente, la Sentencia T - 476 del 29 julio de 1992, con ponencia del Doctor Alejandro Martínez Caballero, en la que se resolvió negativamente el amparo solicitado para la inscripción de la representación legal de una empresa privada declarada judicialmente en quiebra, constituye el primer pronunciamiento constitucional dirigido a verificar la vigencia del criterio antes anotado como quiera que, con asidero en el derecho internacional, se erigió a la personalidad jurídica como derecho inherente que reclama del aparato estatal un fin de “constatación”, no de “creación”, aserto que entraña la premisa inicial y fundacional para requerir del Estado y de su aparato judicial el condigno pronunciamiento.

Por lo visto, es función del Estado propender por la realización de la personalidad jurídica no desde una perspectiva del derecho positivo, sí en pro de materializar la veracidad y autenticidad de los elementos que la componen de manera ya formal como el nombre, la capacidad, etc., ora innominada como luego se definiría a la filiación y al origen veraz de las personas.

Al año siguiente, en la Sentencia C – 486 del 28 de octubre, con argumentos del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, previo el estudio de exequibilidad del Decreto 410 de 1971, la Ley 04 de 1989 y los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 98 a 514 del Código de Comercio, al definir y desarrollar el “sentido básico” de la personalidad jurídica, la misma autoridad explica las razones que llevan a su constatación aduciendo que el **derecho fundamental a su verificación y reconocimiento** es un derecho exclusivo de la persona natural en la medida que permite al hombre ser sujeto activo en todas las eventualidades y circunstancias sobrevinientes a sus aspiraciones e intereses y, por lo demás, hace manifiesta expresión del derecho a la igualdad como quiera que proscribiera todo tipo de discriminación por razones de sexo, raza, credo o posición social, de modo que *“[n]o puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.”*

Bajo esas pautas, y ya en atención al aporte científico dado por la biología y la genética al campo jurídico, en el decurso hermenéutico que le permitió a la Alta Magistratura decantar las antedichas conclusiones, se abordaron luego diversas temáticas relacionadas con la mayoría de contingencias procesales y sustanciales acaecidas al interior de los procesos de investigación y de impugnación de paternidad como pasa a verse.

9.2 1994-2002: EL DERECHO FUNDAMENTAL INNOMINADO DE FILIACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL AVANCE CIENTÍFICO DE LA PRUEBA BIOLÓGICA.

A la sazón, recordemos que, en el ejercicio de su potestad integradora y moduladora, en la Sentencia C – 109 del 15 de marzo de 1995, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, al ocuparse de la demanda de exequibilidad formulada en contra del artículo 3° de la Ley 75 de 1968, con ocasión del desarrollo del derecho de filiación, para entonces ya de raigambre **fundamental** y susceptible de perseguirse judicialmente en aras de establecerlo fidedignamente valiéndose de los adelantos científicos, aseveró:

“Las personas tienen entonces, dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero ‘derecho a reclamar su verdadera filiación’, como acertadamente lo denominó, durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema de Justicia⁵⁰. Por consiguiente, si una persona sabe que es hijo extramatrimonial de otra, sería contrario a la Constitución que se le obligara jurídicamente a identificarse como hijo legítimo de un tercero.”

De igual forma, otro pronunciamiento de los que realizó la Corporación sobre el tema bajo la ponencia del Doctor José Gregorio Hernández Galindo, está contenido en la Sentencia T – 191 del 27 de abril de 1995. Al estudiar una acción de tutela incoada en contra del I. C. B. F. – SECCIONAL ANTIOQUIA a fin de que se ordene la práctica de las pruebas genéticas solicitadas por el actor con el propósito de adquirir certeza que le permitiera reconocer a sus dos hijos, menores de edad, la Corte denegó el amparo indicando que el acto de reconocimiento corresponde únicamente al padre y proviene de su convicción interna, libre y espontánea sin que pueda por ello trasladar la responsabilidad de ese constructo intelectual al Estado, pretextando la no práctica de pruebas genéticas para ese efecto.

En aquella oportunidad, la Magistratura hizo referencia al carácter fundamental que revisten los derechos del niño al nombre y a conocer su verdadera filiación, resaltando la importancia de éste último, por cuanto es el que permite el reconocimiento del primero y, de contera, se cumplan, en beneficio del menor de edad, los deberes y obligaciones de sus progenitores, amén que se hallan conexos el reconocimiento de la filiación, la personalidad jurídica y la dignidad humana.

De otro lado, la Corporación en su análisis se centra en establecer que respecto del pretenso padre también alcanza un interés fundamental lograr que la filiación jurídica corresponda a la real.

⁵⁰ Ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena. Sentencia del 20 de junio de 1990.

Al respecto, se anotó:

“Así, pues, toda persona -y en especial el niño- tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres sino a obtener certeza sobre su filiación, tanto paterna como materna, con el fin de reclamar su condición de hijo y para que se cumplan, en beneficio suyo, las obligaciones de sus progenitores...”

El derecho del menor a un nombre y al conocimiento de su filiación resulta fundamental no solamente por el ya aludido mandato constitucional sino por cuanto en ello está de por medio su dignidad humana, ya que supone la posibilidad de ser identificado y diferenciado respecto de los demás individuos y el ejercicio de otros derechos, como los relativos a su alimentación, crianza, educación y establecimiento.”

Empero, se niega el amparo deprecado, reiterando que el reconocimiento no es un acto que pueda supeditarse a la práctica de pruebas científicas y, como se dijo, debe nacer de la íntima convicción del progenitor debido a que es un acto unilateral, genitor de derechos y obligaciones.

Debe anotarse que la Corte se ocupa de exaltar el alto grado de certeza que sobre la paternidad aporta la prueba científica, lo que de suyo la torna obligatoria en los asuntos de investigación de la paternidad, sin perder de vista que para ese momento la ciencia estaba en la posibilidad de determinar con certeza quien no es el padre pero no quien sí lo es.

Con posterioridad, también bajo la ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, la Alta Corte en la Sentencia T – 106 del 13 de marzo de 1996, cuando estudió el amparo dirigido a que se garantizara el cumplimiento de la obligación alimentaria a favor de una niña que no había sido reconocida voluntariamente por el presunto padre extramatrimonial, no obstante negó las pretensiones a la luz de que no está concebida la acción de tutela como la cuerda procesal para definir la filiación, que a la postre constituye presupuesto para la reclamación de alimentos, respecto a la personalidad jurídica de las personas, parafraseando y otorgando validez a lo expuesto en Sentencia C – 486 de 1993, apuntó: *“...el acto de reconocimiento por parte del sistema jurídico ‘atestigua que la personalidad es un atributo congénito a la persona’, por lo cual es anterior al mismo ordenamiento, que se limita a declararlo.”*

Así mismo, en aras de relevar aquel sentido básico del que se sirve el derecho fundamental en comento, y que permite conferirle el atributo de inalienable, *“...factor indispensable para que opere el reconocimiento estatal a la personalidad jurídica de todo ser humano”*, se adujo:

“...el Estado no entrega una dádiva ni entrega un privilegio a la persona cuando la reconoce como sujeto del Derecho, con las consecuencias jurídicas que ello comporta. Ella está en posición de reclamar que así sea, pues se trata de uno de sus derechos básicos e inalienables, si bien la ley tiene la posibilidad de sujetar el ejercicio efectivo de la capacidad de actuar en el mundo jurídico a determinadas reglas y restricciones, concebidas en razón del interés general y para la protección de la persona misma y de su patrimonio e interés, como ocurre con las incapacidades.”

Meses después, el día 25 de julio de 1996, con el proyecto del mismo Juez Colegiado, la Corte Constitucional profiere la Sentencia T – 329. En dicho pronunciamiento, aborda el análisis de la acción de tutela formulada por la madre y representante legal de una niña menor de edad, pretensa hija póstuma extramatrimonial de quien tenía vínculo marital vigente, en contra de un juzgado de familia que se inhibió de fallar el mérito de la demanda ordinaria de filiación extramatrimonial con petición de herencia. Sostuvo la accionante que con esa decisión se había configurado una vía de hecho judicial y violentado los derechos del debido proceso, la primacía de los derechos inalienables de la persona, la prevalencia del derecho sustancial y los derechos fundamentales de todo niño, así como del acceso a la administración de Justicia, apuntando que su hija no tenía por qué soportar los efectos adversos representados en la indefinición de su vínculo paternal derivados de la falta a la debida diligencia profesional del togado postulante, quien omitió interponer los recursos de ley en contra de la citada providencia, en la que la célula judicial advirtió incuria de la parte demandante respecto a su deber procesal de aportar al libelo introductorio los certificados de registro civil que permitieran acreditar la invocada calidad de cónyuge y de hijas del pretenso padre, respectivamente.

En esa concreta situación, el amparo alcanzó prosperidad y señaló la Corte que en el caso de los niños, niñas y adolescentes, su indefensión se presume por esa sola condición y que sus intereses merecen especial protección como sucede por ejemplo, cuando el establecimiento de su derecho fundamental a la filiación se perpetúa en el tiempo, mismo que se erige como presupuesto para el goce efectivo de otros derechos fundamentales, entre ellos, la personalidad jurídica y la dignidad humana. Por lo anterior, tras ponderar el derecho al debido proceso de la mano de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal frente a la disponibilidad de los derechos, la que no halla aplicación en tratándose de derechos fundamentales, y luego de analizar el acervo probatorio advirtió la Corte que éste contaba con elementos suficientes para subsanar el vicio procesal de marras y, de contera, ordenó al juez suplicado proferir sentencia de fondo dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación del fallo.

Así, el Alto Tribunal, al tiempo que reconoce la importancia que reviste a las formas propias de cada juicio, estableció que éstas deben ceder ante la prevalencia del derecho sustancial y la trascendencia de los derechos

fundamentales de las personas, al punto que no pueden obstaculizar la búsqueda de la verdad y el establecimiento de la justicia máxime si es de aquellas que no guardan una relación directa con el punto medular del asunto debatido y por ello en modo alguno se puede frustrar el cometido procesal esencial, cual es, en el sub examine, la investigación de la paternidad de la niña accionante. Es pertinente anotar que, como se verá a su debido tiempo, el criterio antes expuesto constituye piedra angular para resolver el problema jurídico planteado en las sentencias T – 411 de 2004 y T – 584 de 2008, en cuyo desarrollo se estableció la inaplicabilidad de las sanciones procesales por no haber hecho uso de los correspondientes recursos en los eventos en que la verdad material no se encuentra plasmada en la decisión judicial que se ocupa de definir elementos de la personalidad jurídica de las personas.

Como argumentos destacados de dicha decisión, tenemos:

“La investigación de la paternidad debe llevarse a cabo dentro de las reglas del debido proceso y en estricto acatamiento a las disposiciones legales correspondientes, pero en tratándose de formalidades, no puede olvidarse, en esta ni en ninguna actuación ante los jueces, el postulado constitucional de prevalencia del Derecho sustancial, lo que hace evidente la necesidad de distinguir entre las formalidades procesales previstas, con el objeto de establecer cuáles de ellas guardan relación específica con la materia misma del asunto que se busca dilucidar y cuáles no. La eventual falta de una de estas últimas no puede frustrar el cometido esencial del proceso, obstruir el acceso a la administración de justicia, ni tampoco impedir que se adopte decisión de fondo...”

En determinadas situaciones la absoluta imposibilidad en que se halla el sujeto perjudicado por la omisión procesal para evitarla, o para ejercer los recursos que le permitan su defensa, lo libera plenamente de responsabilidad por la conducta omisiva y hace necesario que, con miras a la prevalencia del derecho sustancial, se atempere la rigidez de la exigencia expuesta y se otorgue la posibilidad del amparo judicial extraordinario. Tal ocurre, por ejemplo, cuando los intereses en juego corresponden a menores, cuya indefensión se presume, en especial si esos intereses corresponden a derechos fundamentales que pueden quedar vulnerados o amenazados en la hipótesis de una tutela denegada por no haber hecho su abogado uso oportuno de los recursos que los favorecían en el proceso ordinario. No debe ser sancionado el niño con la eliminación de toda posibilidad de hacer valer sus derechos fundamentales y que, mereciendo él la protección especial del Estado procede la tutela...”

Desde el punto de vista constitucional, puede concluirse sin dificultad que el Juez quebrantó las garantías del debido proceso, en cuanto dejó indefensa a la menor afectada y toda vez que no respetó las reglas propias del respectivo juicio (artículo 29 C.P.); cerró el paso al libre acceso de las partes a la administración de justicia (artículo 229 C.P.), pues se abstuvo de resolver, dejando el conflicto planteado sin

dilucidar y haciendo definitiva la incertidumbre acerca de la filiación de la niña, con flagrante desconocimiento de los derechos fundamentales de ésta (artículo 44 C.P.); y, por supuesto, hizo prevalecer formalidades inconducentes, que en todo caso tuvo oportunidad de subsanar desde el comienzo como conductor del proceso, sobre el fondo de la resolución a su cargo, sacrificando el Derecho sustancial (artículo 228 C.P.).”

En ese estado las cosas, en tanto la ciencia había introducido la prueba genética como especie del peritaje antropo heredo biológico, medio científico para establecer con un 100% de acierto la exclusión de la paternidad y/o maternidad y con un porcentaje de probabilidad superior al 99% para atribuirle, en desarrollo de la demanda de exequibilidad planteada en contra del artículo 92 del Código Civil, la misma Corte con sustento en el concepto vertido por el genetista EMILIO YUNIS TURBAY, ya transcrito, y basada en el análisis sistemático de algunas otras normas concordantes y complementarias, en la Sentencia C - 004 del 22 de enero de 1998, con aprobación de la propuesta del Magistrado Jorge Arango Mejía, dijo:

“...a quien en un caso determinado no tiene la posibilidad de probar su condición de hijo de alguna persona en particular, se le vulneran estos derechos fundamentales:

- a) El que tiene a un estado civil derivado de su condición de hijo de una determinada persona, atributo de su personalidad (arts. 14 y 42 de la Constitución);*
- b) El que tiene a demostrar ante la administración de justicia su verdadero estado civil (art. 228 de la Constitución);*
- c) Por lo anterior, se quebranta en su perjuicio el principio de igualdad (art. 13 de la Constitución).” (sentencia C-004 de 1998, M.P., doctor Jorge Arango Mejía)*

...¿Qué ocurre cuando a un ser humano que ha nacido, es decir, que se ha separado completamente de su madre y ha sobrevivido siquiera un instante (artículo 90 del Código Civil), como resultado de una gestación inferior a 180 días, o superior a 300 días, se le aplica la presunción de derecho del artículo 92? Sencillamente, se le impide demostrar ante la justicia su condición de hijo de una determinada persona, o se permite que se desconozca su condición de hijo legítimo si ha nacido durante el matrimonio...

A la altura de estos tiempos, existen, en Colombia, métodos científicos que permiten probar, casi con el 100% de posibilidades de acierto, la filiación. Así lo afirma el eminente genetista doctor Emilio Yunis Turbay, en concepto de septiembre 17 de 1997...

Dicho en otros términos: la duración de la gestación no es ya un factor definitivo en la prueba de la filiación. La filiación, fuera de las demás pruebas aceptadas por la ley civil, se demuestra ahora, principalmente, por el experticio sobre las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre, y por la peritación antropo-heredo-biológica, medios de prueba expresamente previstos por el artículo 7º de la ley 75 de 1968..."

En esas palabras, surge el primer intento, por vía jurisprudencial, de exaltar el papel de la prueba biológica de avanzada en el estudio de la filiación. De modo que se declaró inconstitucional la expresión "de derecho" contenida en el artículo 92 del Código Civil, para otorgar en consecuencia, un carácter netamente legal a la presunción establecida en esta norma, esto es, que admite prueba sí, pero de índole científica, en contrario.

Después, atendida aquella naturaleza iusfundamental de la filiación y la fuerza probatoria que reviste al experticio en comento, en la sentencia T – 488 del 09 de julio de 1999, bajo la ponencia de la Magistrada (E) Martha Victoria Sáchica Méndez, a fin de resolver una petición de amparo formulada en contra de una sentencia de filiación extramatrimonial proferida sin agotar los trámites necesarios y suficientes para obtener el recaudo de la prueba genética previamente decretada, aunado a falencias de orden secretarial y a un evidente sacrificio del derecho sustancial frente a la ritualidad procesal, la Corte Constitucional advirtió la configuración de una vía de hecho por defecto fáctico en el trámite particular de dicho asunto, para cuya tutela, argumentó que:

"...la actividad del juez en el transcurso del trámite de un proceso de esta naturaleza, demanda una mayor diligencia respecto de la práctica de la prueba en comento. Tanto es así, que siguiendo los criterios sentados por ese alto tribunal de la jurisdicción ordinaria bien puede asegurarse que 'el funcionario judicial que sea omisivo sobre el particular, bien porque siendo posible, deja de decretarlas, ora porque no controla que su práctica se realice con la idoneidad y cautela bastantes a garantizar el valor científico que de ellas se espera, compromete su responsabilidad; como también la comprometen en su caso los entes estatales encargados de su práctica cuando no la realizan, o la realizan deficientemente.' (Destaca la Sala)⁵¹.

Esa actividad impropia del juez o del ente estatal comisionado para su realización, una vez decretada la peritación antropoheredobiológica de oficio o a petición de parte, da lugar a una nulidad procesal por violación del derecho que tienen las

⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de abril de 1998, Expediente 5014. M. P.: Rafael Romero Sierra.

partes a proteger sus intereses en el trámite judicial respectivo, la cual debe ser alegada oportunamente. En palabras de la misma Corte Suprema de Justicia⁵²:

'De allí que, si aun con las previsiones mencionadas, se omite el período necesario para la práctica de esa prueba decretada de oficio, como acontece en aquel evento en que no puede cumplirse su realización, porque nunca se fijó fecha, hora, lugar y demás circunstancias para su práctica, o porque, habiéndolo hecho el juez o el encargado de practicarla, tampoco se la dio a conocer a las partes e intervinientes en ella; se incurre entonces en el vicio de nulidad del proceso contemplado en el numeral 6º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que puede alegarse inmediatamente después de ocurrida en la actuación siguiente (art.143, inc. 5º C.P.C.); pero en el evento en que tampoco haya existido esta oportunidad, por haberse proferido ya sentencia de segunda instancia, dicha irregularidad puede alegarse en casación.'...

...de esta forma, el reconocimiento de la personalidad jurídica y los atributos que a ésta acompañan, como son, ente otros, el estado civil y el nombre, de los cuales son titulares, priman en un proceso como el de filiación natural, de manera que es desde esta perspectiva constitucional, que debe analizarse las consecuencias de los yerros técnicos y procedimentales en que se haya podido incurrir dentro del respectivo trámite.

El proceso de definición judicial de la paternidad, por no existir un reconocimiento voluntario del padre hacia el hijo y consecuentemente la determinación de las responsabilidades, obligaciones y derechos de naturaleza económica, moral y afectiva de a que hubiere lugar, debe sujetarse a las formas legales establecidas, como garantía del derecho al debido proceso (C.P., art. 29), esto es, al procedimiento y mandamientos que trae la Ley 75 de 1968.

En este orden de ideas, esta Corporación en la sentencia T-329 de 1.996⁵³, de manera contundente recalcó la importancia de la vigencia del debido proceso en dicha investigación, así como la sujeción de la misma a las formas legales establecidas para adelantarla, pero sin pasar por alto la primacía del derecho sustancial que se pretende sobre las mismas, según su relación con la materia en cuestión:

'(...) la investigación de la paternidad debe llevarse a cabo dentro de las reglas del debido proceso y en estricto acatamiento a las disposiciones legales correspondientes, pero entratándose de formalidades, no puede olvidarse, en esta ni en ninguna actuación ante los jueces, el postulado constitucional de prevalencia del Derecho sustancial (artículo 228 C.P.), lo que hace evidente la

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de mayo de 1998, Expediente No. 5053. M. P.: Pedro Lafont Pianetta.

⁵³ M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

necesidad de distinguir entre las formalidades procesales previstas, con el objeto de establecer cuáles de ellas guardan relación específica con la materia misma del asunto que se busca dilucidar y cuáles no. La eventual falta de una de estas últimas no puede frustrar el cometido esencial del proceso, obstruir el acceso a la administración de justicia, ni tampoco impedir que se adopte decisión de fondo.’.

Omitir algunos de los procedimientos admisibles dentro del proceso de filiación natural para controvertir las decisiones o actuaciones judiciales allí producidas, como sería el caso de las nulidades ya enunciadas o de la sustentación del recurso de casación en debida forma, prima facie sería inaceptable ; pero ya frente a la validez del interés superior que reviste la garantía de los derechos fundamentales de los niños y la realización de los principios de igualdad y equidad en la administración de justicia en dicho trámite procesal, lleva necesariamente al juez constitucional a reconocer un predominio del derecho sustancial que ahí se discute, como es la decisión de fondo sobre el reconocimiento de la filiación natural del menor, en términos reales y ciertos.”

En ese sentido, vemos que en esta decisión se llega a concluir que, en virtud del carácter fundamental y prevaleciente del derecho a la filiación, los jueces deben obrar con gran diligencia en el marco de los procesos de investigación de la paternidad o maternidad, a fin de que contar efectivamente con las pruebas antropo heredo biológicas existentes para el momento de la respectiva sentencia.

Del mismo modo, ha de recalcar lo sentado por la Corte Constitucional en Sentencia C – 800 del 29 de junio de 2000, bajo la ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, cual estudió el cargo de inconstitucionalidad propuesto en contra del inciso 1° del artículo 217 del Código Civil que señala un término de sesenta días para que el marido pueda impetrar la acción de impugnación de la legitimidad (o paternidad) del hijo nacido dentro del matrimonio, plazo que a juicio del actor, además de anacrónico por su incoherencia con la realidad científica, coarta de manera ostensible el derecho de acceso a la administración de justicia del impugnante en tanto, agrega, que una vez precluida la oportunidad legal señalada, en el evento de acceder a un examen genético que arroje resultados excluyentes de la paternidad quedaría soterrada toda posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial acorde con la realidad material, tornándose en nugatorio el derecho de acceder a la justicia que tiene el que pasa por padre, lo que de suyo, enfatiza, implicaría obligar irrazonadamente al hijo a soportar un nombre que no consulta su verdadero origen biológico.

Al efecto, luego de aclarar la Corte que el vocablo legitimidad contenido en la norma acusada debe entenderse referido a la dicha condición de hijo del marido, que no a alguna clase de distinción entre el origen de los hijos habidos ya dentro o fuera del matrimonio ora por vínculo de adopción, considera que de conformidad con las potestades conferidas al órgano legislativo por virtud de la cláusula general de competencia, los límites temporales consagrados normativamente para el

acudimiento a la jurisdicción correspondiente no son necesariamente inconstitucionales en atención a su brevedad o amplitud por cuanto que cada caso amerita un estudio particular y ponderado según el legítimo consenso de la mayoría parlamentaria, concluyendo para ese preciso instante y de la mano de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de julio de 1970) y de argumentaciones de la doctrina francesa (Mazeaud. Leçons de Droit Civil. La famille. Séptima Edición. Montchrestien. París 1995. Pág. 299.), que el término de sesenta días debe conservarse en aras de impedir que la situación paterno filial del hijo se mantenga en vilo en el tiempo, situación ésta que señala, sí atentaría contra sus derechos fundamentales amén que la latencia de la posibilidad de impugnación permitiría con el transcurso temporal el deterioro o desaparición del correspondiente acervo probatorio.

Para arribar a dicha conclusión, y para superar el cargo de inconstitucionalidad formulado principalmente sobre el anacronismo y la realidad científica anunciada, se dijo:

“Para la Corte resultan infundados los cargos que se formulan contra el artículo 217 del Código Civil, pues una cosa es que en la actualidad, debido a los avances científicos, existan medios idóneos para determinar la filiación de una persona, y otra muy diferente -que no desconoce esa realidad- que el legislador tenga la facultad de fijar un plazo de caducidad para brindar al esposo la ocasión de promover un proceso judicial dirigido a impugnar la filiación. En el curso del mismo es posible, obviamente, acudir a las pruebas científicas para demostrar los hechos alegados por las partes. Pero, además, como antes se anotó, existen casos en los cuales la ley sí ha permitido que la acción se pueda ejercitar en cualquier tiempo.

*Encuentra esta Corporación que el legislador obró dentro de su órbita de competencia, sin quebrantar ningún precepto constitucional, ya que -es necesario repetirlo- la sola fijación de un término de caducidad no implica, **per se**, la violación del derecho de acceder a la administración de justicia (artículo 229 de la Carta), sobre todo si se tiene en cuenta que dicho plazo tiene una razonable justificación. En consecuencia, se declarará exequible, en los términos de esta Sentencia, la disposición acusada.”*

Sobre el particular, vale resaltar que, contrario a lo decantado en anteriores pronunciamientos, la Alta Corporación en defensa formal a un término procesal deja de lado el estudio del aporte científico ofrecido por la prueba biológica en la búsqueda de la verdad y se concentra únicamente en el respeto a las ritualidades del trámite sin considerar el fondo del asunto: el anacronismo legal, tema del que sí se ocupa con juicio en el siguiente caso y que posteriormente alcanzó consagración legal con la expedición de la Ley 1060 de 2006 que en su artículo 5º

excluyó la limitación temporal para reclamar, facultando a padre e hijo para atacar la legitimidad sin otra consideración que el recaudo de la prueba científica.

Luego, con ocasión de la declaratoria de inexecutable de los artículos 173 y 174 del Código Civil, contentivos de la prohibición que recaía sobre la mujer para contraer nuevas y posteriores nupcias encontrándose en estado de embarazo o sin estarlo, si no hubiesen transcurrido 270 días *subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad* del matrimonio anterior, la Corte expresó que si bien para la época de la consagración normativa de tales restricciones; estamos hablando de inicios del siglo XIX, tenían no otro sano propósito que el de proteger el patrimonio de los hijos habidos en el anterior vínculo matrimonial⁵⁴ y, además, evitar que presenten dudas sobre la paternidad del nasciturus en la nueva relación conyugal⁵⁵, en efecto, para el tiempo de su examen constitucional, dichas medidas aparecen exageradamente ingentes y oprobiosas por demás para la mujer, que ve afectado en grado sumo su derecho al libre desarrollo de la personalidad, siendo que, hoy de la mano de la prueba genética, cualquier dubitación al respecto puede ser perfectamente despejada. Al punto, en la Sentencia C - 1440 del 25 de octubre de 2000, actuando como ponente el Magistrado Antonio Barrera Carbonell, se dijo:

“...La finalidad que se proponen dichas normas, loable bajo la perspectiva que se manejó en su momento, puede alcanzarse ahora con el apoyo que la ciencia y la tecnología aportan, a través de métodos que resultan más confiable y eficaces, y sin las limitaciones que se imponen a la mujer para contraer nuevas nupcias, que comportan afectaciones irrazonables y desproporcionadas de los aludidos derechos fundamentales.

2.4. Encuentra la Corte, en consecuencia, que los artículos 173 y 174 del Código Civil, en cuanto condiciona las segundas nupcias de la mujer en ellos previstas, violan sus derechos a la libertad, a la honra y al libre desarrollo de la personalidad.

Es evidente que los dictados de las referidas normas no resultan hoy razonables, ni proporcionadas al fin perseguido, miradas las limitaciones que se imponen a los aludidos derechos fundamentales de la mujer...”

A su vez, el día 14 de noviembre siguiente (Sentencia C – 1492. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra), abordó el estudio de executable del artículo 215 de la Carta Civil, que a partir de la acreditación del adulterio de la mujer durante la época en la que pudo ocurrir la concepción permite al marido que pretende no reconocer al hijo que se le imputa, alegar otros hechos conducentes encaminados a tal fin.

⁵⁴ Sobre el particular, el vigente artículo 169 *ibídem*, señala la obligación de confeccionar inventario solemne de bienes del hijo, respecto de la persona con intención de contraer nuevas nupcias que tenga bajo su patria potestad, tutela o curatela, hijos de matrimonio precedente. Lo anterior, con la anuencia de Curador Especial.

⁵⁵ Cfr. VÉLEZ, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Imprenta París América. Tomo I. Pág. 152.

Expuso el demandante que el adulterio, como causal de impugnación de la paternidad a que se refiere la norma en cita, va en desmedro del derecho que tiene la mujer a su intimidad personal porque aquel *“es una concepción moral mas que una concepción jurídica”*, agregando que en los actuales momentos, bajo una óptica que propugna por la salvaguarda de los derechos humanos, en los procesos de filiación, incluida para este caso la impugnación, *“no es necesario tener por tema de prueba las relaciones sexuales, el tema de prueba debe ser la concepción, (demostrable científicamente).”*

En aquella oportunidad, enfatizó la Corte en que no riñe con los postulados de nuestro Texto Superior el hecho de que demostrado el adulterio de su cónyuge, el marido que pretende desconocer la paternidad del hijo que pasa por suyo puede invocar tal hecho como un indicio “contingente, concurrente y convergente” que aunado a otros indicadores de la misma índole permitan edificar en el juez de conocimiento la convicción que lleve a declarar la prosperidad de dicha pretensión, puesto que, bajo el principio de libertad probatoria que orienta nuestro estatuto adjetivo civil en esta materia, tal permisión no resta importancia al valor ofrecido por las pruebas científicas ni atenta contra el derecho a la intimidad de la mujer sino que, por el contrario, evidenciado un hecho tan poco usual como el adulterio, siempre que el mismo se armonice dentro de un haz probatorio necesario y suficiente, alcanza la vocación de permitir que el marido ataque con éxito la presunción legal de paternidad, permitiendo a la par la realización del derecho que tiene el hijo a conocer su verdadero padre, todo bajo la égida del debido proceso que por su parte garantice el derecho de defensa y contradicción.

De consiguiente, en atención a dichos argumentos, la Corte observó:

“Precisamente por ello el artículo 215 del Código Civil, admite que en un proceso de impugnación de la paternidad pueda el marido, para desvirtuar tal presunción, demostrar el adulterio de su cónyuge por la época de la concepción del hijo. Sin embargo, ese hecho no es prueba suficiente para excluir su paternidad, como quiera que, aún así, podría suceder que la mujer, de manera coetánea, por la misma época hubiere sostenido relaciones sexuales con el cónyuge y con otro u otros varones.

Tal es la razón por la cual, la norma en mención establece que probado el adulterio de su cónyuge, al marido que impugna la paternidad del hijo, se le admita, además, la prueba de otros hechos distintos conducentes a la demostración de que él no es el padre del hijo concebido por la época en que aquél ocurrió.

Como se observa, en este caso, el adulterio es simplemente un hecho indicador que permitiría concluir que el marido no es el padre del hijo concebido por la mujer casada, que, sumado a otros hechos que permitan llegar a la misma conclusión, le

sirvan al juez como fundamento para declarar la prosperidad de la pretensión impugnativa de la paternidad en el proceso correspondiente.

Si bien es verdad que en el estado actual de la ciencia es posible a través de la prueba antropoheredobiológica descartar la paternidad de un hombre respecto a alguien, así como establecer en muy alto grado de probabilidad quién es el padre de una persona, ello en nada se opone a la constitucionalidad del artículo 215 del Código Civil que ahora ocupa la atención de la Corte. No puede imponerse al marido que de manera ineludible acuda a la prueba genética aludida, pues ella es apenas una de las que pueden ser aducidas en el proceso de impugnación de la paternidad, sobre todo si se tiene en cuenta que en nuestro medio el principio que rige la materia es el de la libertad de medios probatorios, en virtud del cual pueden utilizarse en el proceso todos aquellos "que sean útiles para la formación del convencimiento del juez" (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil), circunstancia esta que refuerza, aún más si se quiere, la conclusión a que se llega por la Corte sobre la constitucionalidad del artículo 215 del Código Civil, objeto de la demanda en este proceso."

Hasta este punto, la Corte si bien acepta el valor científico de la prueba biológica, como se vio, veda a quien busca el verdadero vínculo filial de la posibilidad de acudir de manera ineludible a la prueba antropoheredobiológica, experticia idónea para tal fin, como se analizará a continuación.

Seguidamente, la Alta Colegiatura estudió la constitucionalidad del numeral 4, artículo 6 de la Ley 75 de 1968 que modificó el artículo 4 de la Ley 45 de 1936, referido a la denominada "*exceptio in plurimum costupratorum*", esto es la posibilidad que asiste al demandado de enervar la pretensión filiatoria mediando demostración de la existencia de relaciones sexuales entre la madre y otro u otros hombres diferentes en la misma época en que tuvo lugar la concepción⁵⁶, a menos de acreditarse que aquél acogió al hijo como suyo a través actos positivos. Nos referimos a la Sentencia C-243 sustentada por el Magistrado Rodrigo Escobar Gil, el 27 de febrero de 2001.

Anota la Corte, inicialmente, que por ser la paternidad una presunción simplemente legal (*iuris tantum*), esto es, que admite prueba en contrario, una de tales pruebas representada según el inciso 3º de la norma acusada en la excepción de pluralidad de relaciones carnales sostenidas por la madre, su objeto no distinto al de viabilizar la definición de la paternidad de aquellas personas respecto de quienes este hecho es incierto, consueña con el derecho a la dignidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica, desarrollando de este modo, los

⁵⁶ Conforme al inciso 3º *ibidem*, dichas relaciones "*podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad*"

valores y principios constitucionales que deben velar por el establecimiento de la verdad real en la definición de la relación paterno filial.

Memora que, de antiguo, el máximo tribunal de casación de la jurisdicción civil ha señalado que el medio exceptivo estudiado debe ser fidedignamente demostrado por el demandado y emerger acompañado con *“la triple prueba del hecho material de las relaciones sexuales concurrentes, de la determinación o individualización del hombre u hombres con quien las haya tenido y de la coincidencia de esas relaciones con la época legal de la concepción”*⁵⁷, apuntando que tras establecerse, para el tiempo de la concepción, que la madre sostuvo trato personal sugerente de relaciones sexuales, y por ende, de paternidad, con varios hombres, aflora duda del talante que impide señalar con certeza como padre a alguno de ellos.

Reconoce la Corporación que para la época del proveído, gracias a los avances de la ciencia, la prueba genética permite alcanzar un grado casi absoluto de certeza en el establecimiento del vínculo biológico real de las personas, amén que escruta de manera explícita por el hecho de la paternidad y no sobre las relaciones sexuales que la generan, por lo que subraya su preeminencia al interior del pertinente acervo. Destaca empero, que la lectura de la norma demandada debe realizarse de manera armónica y sistemática con el artículo 7° de la misma Ley, que faculta a las partes para solicitar e impone al juez el deber de decretar las pruebas científicas *“necesarias, conducentes e idóneas”* orientadas a determinar la paternidad, entre las cuales, señala, atendiendo el espíritu de la última norma citada, deben considerarse incluidas las de tipo genético, lo que conlleva a discurrir que dentro de la investigación judicial de la paternidad nunca es de recibo la sola prueba indirecta de aquellas relaciones, salvo, vale la pena resaltarse, cuando resulte imposible practicar las pruebas científicas, por lo que concluye que la pluricitada excepción debe mantenerse en nuestro ordenamiento. Así expone el pronunciamiento:

“Esta interpretación sistemática y evolutiva de los artículos 6° y 7° de la Ley 75 de 1968, resulta acorde, además, con libertad probatoria adoptada por nuestro régimen procesal civil, que abandonando el sistema de tarifa legal ha acogido desde 1971 el principio de la libertad de la prueba, el principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas y el principio de la evaluación o apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica. (Artículos 37, 167, 175, 187, y demás normas concordantes del Código de Procedimiento Civil). El juez puede, aun de oficio decretar las pruebas que estime conducentes, y entre ellas las científicas pertinentes en el juicio de investigación de la paternidad...”

...Esta regulación del sistema probatorio por el Derecho Procesal Civil, y especialmente en lo relativo a los juicios de filiación, es la que desarrolla

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 06 de abril de 1949.

fidedignamente los postulados y valores de la Constitución, puesto que permite asegurar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228) e incorporar la equidad y los principios generales del derecho a las decisiones judiciales. (Artículo 230). Es que con la adopción de los principios de la libertad probatoria, de la apreciación o valoración según la sana crítica y el inquisito probatorio, se supera definitivamente el sistema de la tarifa legal que ataba al juez a un marco preestablecido por el legislador sin ninguna posibilidad de realizar una valoración crítica lo que implicaba la prevalencia de las apariencias formales sobre la verdad. De esta manera, en el actual sistema probatorio el juez y las partes tienen a su disposición una amplia libertad para asegurar que en las decisiones judiciales impere el derecho sustancial, la verdad real y la justicia material.

10. De otro lado la Corte encuentra una razón adicional en pro de la exequibilidad de la disposición acusada. En efecto, su permanencia en el ordenamiento, si la norma es interpretada sistemática y evolutivamente en los términos expuestos, tiene la virtud de continuar regulando el juicio de declaración de paternidad en todos aquellos casos en los cuales por cualquier razón imaginable no es físicamente posible acudir a las pruebas científicas. Tal el evento de renuencia del presunto padre y de sus parientes a la práctica de los exámenes necesarios⁵⁸, o la de la desaparición de aquel o del cadáver del mismo, o la residencia en el exterior de aquellos, etc. En estos casos, la presunción de paternidad por la existencia de relaciones monogámicas de la madre y la exceptio in plurium costupratorum por la poliandria de la misma, persiguen una finalidad de interés público como es el reconocimiento de la personalidad jurídica y de la filiación del menor, a pesar que el Derecho Procesal Civil arbitra medios probatorios para que el juez pueda llegar a la convicción sobre la existencia de los mismos hechos.”

Después, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, la Sentencia T - 183 del 15 de febrero de 2001 fue fallada a favor de los accionantes disponiendo ordenar al I. C. B. F. – BOGOTÁ la determinación de una fecha cierta y razonable para la práctica de la prueba biológica en tanto su indefinición devenía violatoria de la Constitución, denotando el **carácter fundamental** del derecho a la definición del estado civil, la filiación y la personalidad jurídica de la mano de la ayuda probatoria ofrecida por los experticios antropo heredo biológicos, de los que explica su utilidad, importancia y por ende carácter obligatorio al definir la filiación de las personas, en especial la de los niños, niñas y adolescentes, en la medida en que desplaza en los casos de su posible recaudo a los medios de prueba indirectos, a los que se refiere como oferentes de un bajísimo grado de seguridad al encontrar base en deducciones y presunciones, trayendo a memoria citas textuales de pronunciamientos emblemáticos como las contenidas en las Sentencias C – 109 de 1995, C – 004 de 1998 y T – 488 de 1999, ya reseñadas.

⁵⁸ Sin perjuicio de que tal renuencia se interprete como indicio, al tenor de lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 7° de la Ley 75 de 1968.

En este caso, y particularmente con el anotado proveído, la Corte pasó de tratar a la investigación parental desde un punto de vista legal, fundado en el Decreto 1260 de 1970 (que la concebía como una ruta para determinar una situación jurídica) y en la Ley 75 de 1968 (que propició la igualdad para indagar la paternidad), hasta un campo constitucional desarrollado en los artículos 14, 29 y 228 superiores. De tal suerte que, se dijo: si la prueba que incide en derechos fundamentales observa un recaudo prioritario, mayor será el de aquella que goza de especial relevancia científica. En tal sentido, defendió el Alto Tribunal, que la incertidumbre y la suspensión indefinida e injustificada del trámite para la práctica del dictamen vulnera el derecho al debido proceso.

Así mismo, a través de la ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, en la Sentencia T - 641 del 15 de junio de 2001, revisó la acción de tutela impulsada en contra del I. C. B. F. – SECCIONAL NARIÑO por cuanto que, bajo razones administrativas y aún existiendo previos requerimientos y, para el efecto, incluso mediando un compromiso suscrito entre la accionante y el pretense padre del niño agenciado en la Comisaría de Familia de Pasto, Nariño, no se agilizaron los trámites dirigidos a practicar la correspondiente prueba genética, sino que, por el contrario, se recomendó a los implicados acudir a un laboratorio privado o adelantar el respectivo proceso judicial.

Puestas así las cosas, en desarrollo del *núcleo esencial del derecho a la personalidad jurídica*, la Corporación determinó que la demora en que incurrió el I. C. B. F. devenía inconstitucional, reprobando los argumentos de dicha entidad, sobre existencia de limitaciones presupuestales y alto número de pruebas pendientes de practicar en todo el territorio nacional, máxime cuando ya se había celebrado un Convenio Interinstitucional para la realización de los exámenes. Por ello, se ordenó al I. C. B. F. proceda a informar a la accionante sobre la fecha en que se realizaría el examen correspondiente, advirtiéndole que si bien la fecha señalada no podría generar la alteración de los turnos establecidos para las demás solicitudes represadas, la misma debería verificarse en un término *razonable y oportuno*.

Al respecto, y reiterando el precedente, sobre el derecho de filiación y la importancia que reviste sobre sí el recaudo expedito de la prueba biológica, adujo la Corte:

“Tal como se ha descrito, el hecho que el menor tenga certeza acerca de quien es su progenitor hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica. En estas condiciones, la prolongada incertidumbre que pesa sobre el niño no puede extenderse más allá de límites razonables, pues con su desconocimiento se afectan principios y valores consagrados en la Constitución, como son el derecho a la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad o los derechos a que alude el artículo 44.”

... Al respecto es necesario señalar, como se hizo en la Sentencia T-488 de 1999, que si bien la mencionada prueba por sí sola no representa un fundamento probatorio pleno, es imperioso recurrir a ella en razón al aporte científico confiable y riguroso que suministra para dilucidar sobre la paternidad de quien reclama su reconocimiento.

...es importante resaltar que los indicados derechos del niño resultan indudablemente afectados cuando no está definido lo referente a su paternidad, debido, en buena medida, a la no realización de las pruebas de genética por parte de la entidad pública correspondiente. Tal como lo consagran los principios constitucionales señalados, se pretende la efectividad de los derechos fundamentales y prevalentes del menor, sin que para ello pueda ser un obstáculo insalvable la actitud administrativa asumida por la entidad estatal encargada de su realización...”

Encontramos ulteriormente que el recurrente advenimiento de hechos como los últimos descritos, en los que arguyendo razones de índole administrativa, el I. C. B. F. no había definido una fecha concreta de realización de las pruebas antropo heredo biológicas decretadas por los jueces de familia, dio lugar a la Sentencia T – 966 de 10 de septiembre de 2001, donde los argumentos del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra se centraron en reiterar que tales situaciones entrañan el menoscabo de los derechos a la filiación, como atributo de la personalidad jurídica, y del derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres por cuanto que, como se dijo, ante la obligatoriedad de la prueba biológica en los asuntos de investigación de la paternidad, no es de recibo pretextar motivos logísticos, presupuestales y financieros para permitir la dilación en el efectivo recaudo de la prueba que por su parte posee innegable trascendencia en el grado de convicción que debe alcanzar el correspondiente juzgador.

En efecto, para llegar a esos términos, la Corte explicó:

“...por las razones expuestas en las sentencias T-183 de 2001, reiteradas en la T-641 del mismo año, la forma como está desarrollándose el proceso de establecimiento de citas de exámenes de paternidad, ADN, y la indeterminación en el tiempo para que tal hecho se produzca, está evidenciando el desconocimiento de los derechos fundamentales a la filiación, como atributo de la personalidad jurídica, y del derecho de toda persona de saber quiénes son sus padres, lo que adquiere especial connotación cuando corresponde a la filiación de menores de edad. Además, como se advirtió, dada la naturaleza de la prueba genética, su incidencia es esencial en el resultado del proceso de paternidad, al grado tal de que su omisión, puede convertir la sentencia respectiva en una vía de hecho.”

Mas tarde, bajo la radicación T – 1342 del 11 de diciembre de 2001 y con ponencia del Doctor Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional revisó la demanda

de tutela incoada por la señora Cristina Duarte de Ardila en contra del Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, señalando que dentro del proceso Ordinario instaurado por Patricia Name Vásquez en contra suya y de los herederos indeterminados de Jorge Ardila Duarte, reconoció a María Patricia Name Vásquez como hija de aquel, sin haberse practicado el examen H.L.A., con apoyo en algunas pruebas practicadas, entre ellas la peritación antropo heredo biológica con análisis de grupos sanguíneos, no obstante, sin la intervención de la Curadora ad litem, y sin la comparecencia procesal del señor Defensor de Familia. Indicó además, que dicha providencia fue confirmada por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y no fue casada por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

En aquella ocasión, luego de estimar pertinente y necesaria la efectiva práctica del dictamen biológico de H. L. A., y por cuanto el término para interponer el recurso extraordinario de revisión, cauce procesal aplicable a juicio de la Corte Constitucional, en contra de la providencia proferida, en sede de casación, por la Corte Suprema de Justicia estaba próximo a vencerse, el órgano de cierre en materia constitucional revocó las sentencias de instancia que denegaron el amparo con sustento en que la parte presuntamente afectada no insistió en la práctica del aludido peritaje (H. L. A.), para en su lugar conceder la tutela transitoria, disponiendo la suspensión por cuatro meses del término previsto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, a fin de que la actora solicite bajo el epígrafe de prueba anticipada la práctica del citado examen al grupo humano involucrado por parte del Laboratorio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y consecuentemente, después de analizar el eventual amparo de sus pretensiones a la luz de los resultados obtenidos, pueda presentar demanda de revisión contra la sentencia que reconoció a Maria Patricia como hija de Jorge Ardila y Patricia Name, a título de restablecimiento definitivo de su derecho. Adicionalmente, realizó advertencias a la madre de la niña demandante y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de prestar su concurso para que la prueba se lleve a efecto dentro del término establecido.

Para arribar a dicha conclusión, tomó en cuenta el linaje fundamental del derecho a la filiación cierta en gracia a su conexidad con el derecho a la personalidad jurídica, el deber radicado en cabeza del juez de conocimiento de ordenar los exámenes indispensables para determinar las características heredo - biológicas paralelas entre el presunto padre o madre y el hijo, los resultados concluyentes ofrecidos por la técnica genética en cuanto a exclusión y determinación de la paternidad y maternidad, y la naturaleza y alcance del recurso extraordinario de revisión ante las evidencias arrojadas por una prueba esencial y obligatoria que aunque decretada no fue practicada.

Aquí se advierte el propósito de salvaguardar la esencia del derecho de filiación mediante la adopción de medidas, hasta entonces sin precedente en juicios de filiación, y con clara incidencia en el rigorismo procesal civil, como la suspensión de términos y la posibilidad de acopio y valoración de nuevos elementos de juicio representados en pruebas biológicas para fundamentar el impulso del recurso de revisión con apego al numeral 1º del artículo 380 del C. P. C., incluso luego de encontrarse agotados los medios de impugnación e instancias correspondientes.

Indicó entonces la Corte:

“Sea lo primero recordar que el artículo 379 del Código de Procedimiento Civil regula el recurso extraordinario de revisión contra las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores, los jueces civiles y los jueces de familia, entre otras causales, cuando después de pronunciada la sentencia aparecen pruebas que permiten variar la decisión, y que el recurrente no las pudo aportar al proceso por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria –artículo 380.1 C. de P.C.-.

Ahora bien, tal como lo ha sostenido de manera reiterada ésta Corporación, atendiendo los dictados del artículo 86 constitucional, no le corresponde al juez de tutela poner en entredicho las decisiones que los jueces ordinarios adoptan, en los asuntos sometidos a su consideración, cuando el ordenamiento tiene previstos procedimientos especiales, mediante los que resulta posible infirmar tales decisiones, en cuanto contravienen reglas constitucionales.

Sin embargo, se podría afirmar que la causal a la que se ha hecho referencia no puede ser alegada por la señora Duarte de Ardila, para demandar la sentencia que reconoce a María Patricia como su nieta, en cuanto tal causal se encuentra instituida para hacer valer la prueba documental que el recurrente en revisión no pudo aportar sin culpa, y que en el caso de autos la omisión le es atribuible al juez, porque es de su responsabilidad no solo el decreto, sino la práctica misma de la prueba genética.

No obstante esta Corporación tiene decidido que ‘(..) la revisión, mas que un recurso, es un medio para conseguir la realización de la justicia, pero no de la justicia formal propia de las sentencias en firme contrarias a derecho, sino de aquella verdadera que demandan el Preámbulo y los artículos 1º, 228 y 230 del estatuto superior.’.

De tal manera que corresponde al juez de revisión admitir y tramitar la demanda presentada contra una sentencia que prescindió de la prueba en que debía fundamentarse, cuando ésta se presenta, porque se encuentra ante nuevos elementos probatorios que, de haberse conocido, habrían conducido a otro resultado, y respecto de los cuales las omisiones de las partes no cuentan,

porque las disposiciones imperativas del ordenamiento no pueden recibir el mismo trato que los derechos disponibles por las partes.

Ahora bien, si una vez utilizado tal mecanismo, la actora no consigue que la sentencia se adecue a los dictados constitucionales, puede invocar, por estos nuevos hechos la protección constitucional, porque la revisión se erige como el último recurso para que el fallador ordinario cumpla con su deber de someter los asuntos en litigio al Ordenamiento Superior...

No obstante, teniendo en cuenta que el juez de tutela no puede escatimar esfuerzos para la protección de los derechos fundamentales quebrantados, y ante la evidencia de que a las partes involucradas en el proceso que culminó con el reconocimiento de Maria Patricia como hija de Jorge Ardila, se les quebrantó el debido proceso, porque la prueba del HLA no se practicó estando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en posibilidad de hacerlo, práctica que habría disipado las dudas que le asisten a la accionada, ante la certidumbre de que su hijo no podía engendrar, procede conceder el amparo como mecanismo transitorio, con el objeto de evitar que quede definida la filiación de Maria Patricia, sin que la señora de Ardila pueda solicitar su revisión, y con miras a que tal cometido resulte posible –artículo 86 constitucional-.

Lo anterior porque la actora tendría que presentar la demanda de revisión, a que se ha hecho referencia, antes del 14 de febrero de 2002 -artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, y para ello debe contar con la prueba del HLA en su persona, en la de sus hijos, en la de Maria Patricia y en la de la madre de ésta - artículo 380 ídem- cometido que resulta imposible dada la inminencia de las vacaciones judiciales, debido al trámite al que debe someterse una solicitud de prueba anticipada con audiencia del contrario, y al procedimiento a que tal solicitud debe sujetarse –artículos 300 y 301 del Código de Procedimiento Civil-.

De tal suerte que el término de los dos años que tiene la señora Duarte de Ardila para presentar la demanda de revisión, en el caso de que el dictamen varias veces mencionado, arroje el resultado que la misma espera, deberá suspenderse por estar próximo a vencerse, con el objeto de que se practique la prueba que se dejó de practicar, y que la accionada evalúe la procedencia de su demanda.

Y, así mismo, se prevendrá a los implicados para que colaboren con tal propósito.

Ahora bien, podría argüirse que se está reviviendo un término que la actora ha dejado transcurrir, porque sin la intervención del juez de tutela hubiere podido solicitar la práctica del examen del HLA sin acudir al mecanismo de protección de los derechos fundamentales; sin embargo, cabe precisar que las pruebas genéticas, debido a que involucran a la persona misma –artículos 2º, 5º y 14 C.P.-, no pueden ordenarse sin una debida justificación, y sin que el juez que la ordena adquiera plena certeza de su procedencia y utilización, la que no se puede adquirir

con la simple solicitud que requiere un prueba extrajudicial –artículo 301 C.P.C.-; además, se reitera que no se pretende solventar la omisión de las partes, sino la de los jueces de la causa, a quienes les correspondía acatar el mandato imperativo del artículo 7º de la Ley 75 de 1968, para proferir su decisión, y no lo hicieron.

Lo anterior en razón de que -como quedó explicado- corresponde al juez de revisión considerar la prueba que los accionados dejaron de practicar, y con plena sujeción a las garantías constitucionales de todos los sujetos en conflicto, proceder a revocar o a confirmar las decisiones sujetas a controversia, y, al juez constitucional intervenir para que tal cometido resulte posible cuando la violación de las mentadas garantías, en las decisiones que se han de controvertir, resulte evidente.

En consecuencia, con miras a evitar que quede definida la filiación de María Patricia Ardila, sin que la actora pueda disipar las dudas que la acompañan, circunstancia que haría imposible que entre las mismas se de una relación verdadera y filial de parentesco, causándole tanto a la actora como a la menor un perjuicio irreparable, se revocarán las decisiones de instancia⁵⁹.”

Así mismo, en contra del I. C. B. F. – SECCIONAL CUNDINAMARCA se interpuso acción de tutela por considerarse vulnerados los derechos fundamentales al reconocimiento de la personería jurídica y a la igualdad en razón a que no se había practicado, en desarrollo de un trámite preliminar de reconocimiento voluntario, la prueba de A. D. N. ordenada por el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá dentro de un proceso de reconocimiento de paternidad. En consecuencia, con ocasión de la revisión constitucional, la Magistratura de cierre, en la Sentencia T – 231 de 04 de abril 2002 con ponencia del Doctor Alvaro Tafur Galvis, negó el amparo solicitado argumentando que no obstante la parte actora debía agotar el correspondiente medio de defensa judicial ante el juez natural del asunto, la sola dilación y pretermisión del correspondiente turno para la práctica de una prueba que define el estado civil de las personas, quebranta el derecho al debido proceso y los derechos de filiación de los menores de edad que resulten involucrados, situación ajena al caso concreto como quiera que el ente accionado ya había programado y notificado con anterioridad la fecha y hora para la toma de muestras hemáticas bajo la dirección del I. N. M. L. y C. F.

En ese entendido, asumiendo una postura de acatamiento a su propia jurisprudencia, la Corte resaltó de manera general que en tanto aquella prueba incide en la materialización de derechos fundamentales, como sucede en aquellos asuntos en los que se persigue establecer la filiación real de las personas, debe

⁵⁹ Sobre el perjuicio irremediable y la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, con el objeto de evitarlo, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T- 379, 383 y 521 de 2001.

observar un recaudo prioritario e igualitario, máxime si goza de especial relevancia científica en la búsqueda de la verdad.

Después, frustrada la interposición del recurso extraordinario de casación, en la Sentencia T – 346 de 09 de mayo de 2002, fungiendo como ponente el Magistrado Jaime Araujo Rentería, el Máximo Tribunal Constitucional avocó el conocimiento de la acción de tutela promovida, por la presunta vulneración al debido proceso, en contra de un fallo definitivo y declaratorio de filiación extramatrimonial que, si bien tenía a su disposición una prueba antropo heredo biológica “COMPATIBLE” pero “INSATISFACTORIA”, no contó en su haz probatorio con el decretado dictamen genético de histo compatibilidad HLA, sí con otras probanzas, aquel del que se prescindió en virtud a que en su práctica brilló la inasistencia de las partes y la renuencia de un tercero que, se indicó, durante la época de su concepción sostuvo relaciones sexuales con la madre de la filiada niña.

Por manera que, luego de analizar la procedencia de la tutela en contra de providencias judiciales (vía de hecho) y después de agotar el estudio sobre el invocado defecto fáctico en el que la parte actora inscribió sus glosas, empero se advirtió irregularidades de tipo procedimental y probatorio que se refrendaron por el mismo juez de instancia, la Sala de Revisión se ocupó de allegar con éxito a la foliatura la probanza ordenada en autos por cuanto que, se defendió:

“[e]n el evento de la investigación de la paternidad, siempre que se haya localizado al hombre demandado, el juez natural deberá obtener sin excepción la mencionada prueba pericial a efectos de fallar el caso dentro de los mejores parámetros de certeza probatoria. Pues bien vistas las cosas, no es recomendable ni conveniente que la premura judicial se constituya en óbice para la materialización del derecho positivo.”

En tal razón, encontrando que el dictamen genético confirmó la paternidad deprecada, la Corte decidió negar las pretensiones de amparo en el entendido que, ante la realidad demostrada tan evidentemente, la insuficiencia fáctica y probatoria que vició la actuación, causal a plena luz de nulidad, en nada afecta el resultado final del *sub examine*. En abono a dicha conclusión, se recalcó:

“Sobre este particular conviene destacar dos factores primordiales al desenlace del presente asunto, a saber: la imputación de la falencia probatoria alegada por el actor y la relevancia jurídica de una eventual nulidad. En cuanto a lo primero resulta suficientemente claro que a lo largo del proceso de filiación cada contendiente –a su manera- desatendió el deber de colaboración eficiente que le correspondía frente a la práctica de la prueba antropoheredobiológica (HLA). Respecto a lo segundo, habida consideración del resultado positivo de la prueba, la paternidad declarada no sufriría modificación alguna, es decir, la nulidad que llegare a decretarse no tendría la virtualidad de mutar en definitiva las relaciones jurídicas actualmente existentes entre las partes. En el mismo sentido, ¿a título de

qué podría declararse una nulidad que a más de ser intrascendente implicaría un inútil desgaste judicial y un quebrantamiento de la prevalencia constitucional de lo sustancial sobre las formas? Ciertamente, el debido proceso no puede mirarse como un culto a las ritualidades, antes bien, él debe entenderse y concretarse en la perspectiva de una materialización oportuna de los derechos vulnerados, en cabal consonancia con el razonable y proporcionado ejercicio de las etapas y actuaciones procesales: el debido proceso no le puede hacer concesiones a las actuaciones nugatorias de una definitiva solución de los conflictos de derecho.”

De igual forma, ante la mora del I. C. B. F. – SECCIONAL HUILA en agilizar el trámite dirigido a observar, previa solicitud de la parte actora, la práctica de la prueba genética de dos menores de edad y del presunto padre, al considerar vulnerados sus derechos a tener un nombre y una familia, la madre de aquellos interpuso la correspondiente demanda tutelar. De consiguiente, en sede de revisión, mediante la Sentencia T – 910 del 24 de octubre de 2002, la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, sobre el valor del dictamen de paternidad en esta clase de asuntos, indicó:

“...teniendo en cuenta el propósito de las pruebas solicitadas por las autoridades públicas al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuando se trata de establecer la paternidad respecto de un menor, los exámenes genéticos respectivos adquieren una importancia mayor, pues de su resultado depende, en buena medida, el desarrollo personal y la vida futura del menor, tanto en lo afectivo como en el plano económico.

La demora injustificada para llevar a cabo esta clase de exámenes trae consecuencias nocivas innegables y en algunos casos irreparables, para el menor y su núcleo familiar, ya que la falta temporal o definitiva de esta prueba separa al niño del afecto y del amor que normalmente le prodigan tanto sus padres biológicos, como las demás personas que hacen parte de su entorno familiar. Cuando los expertos en la materia demoran el concepto técnico sobre la paternidad de un niño, le causan al menor un daño inestimable, pues lo someten a una prolongada incertidumbre acerca de una información considerada básica para el desarrollo emocional y social de la persona.

La misma demora genera atentado contra el respeto por la dignidad de la persona representada en este caso por un niño, como también vulneración al derecho al debido proceso, en la medida que los intereses jurídicos del menor no obtendrán una decisión judicial oportuna, con las consecuencias que este hecho acarrea para el derecho a acceder a la administración de justicia, pues los procesos en los cuales se requiera esta clase de prueba, quedarán suspendidos hasta que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cumpla con el deber de enviarla.

...En casos como el que ahora ocupa la atención de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional viene concediendo la tutela del derecho fundamental a la

personalidad jurídica, argumentando que la indeterminación respecto de la fecha para llevar a cabo los exámenes de ADN requeridos por los accionantes, implica vulneración al mencionado derecho...”

En tal virtud, guardando el precedente y como quiera que no se había señalada una fecha cierta en la cual se llevaría a cabo el examen por requerido por la accionante, se consideró vulnerado el derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica del cual son titulares los dos menores agenciados, lo que dio lugar a que se ordenara al ente accionado informar a la accionante la fecha precisa en la cual serían practicados los exámenes genéticos de ADN, fundamento para determinar la paternidad debatida, concediéndose en ese sentido el amparo impetrado.

A esta altura, debemos anotar que con el advenimiento de la Ley 721 de 2001, es la prueba genética de ADN y no los testimonios o documentos (que de manera indirecta dan fe sobre el trato sexual e íntimo de las parejas), la que edifica un pronunciamiento confiable y consonante con los nuevos avances científicos, pero con la salvedad de que no es la única y determinante, sino que, en cuanto posible su recaudo, las reordena y sistematiza, alcanzando mayor jerarquía sobre las otras, no obstante sin excluirlas, razón por la cual su acopio obliga a un análisis en particular y en conjunto de las evidencias otorgando a cada una el valor correspondiente de conformidad con la apreciación que de ellas deba hacerse.

Por estas razones, dentro del estudio de constitucionalidad sobre la citada Ley realizado por la Honorable Corte Constitucional en las Sentencias C-807 y C-808 del 03 de octubre de 2002, echando mano del método de interpretación sociológico que se nutre con la asimilación de los avances tecnológicos y científicos entre otros, para atemperar la aplicación de la ley dentro del contexto histórico propio del desarrollo de la humanidad, se ha expresado la obligación ineluctable de realizar tal experticio, pero igualmente no solo la posibilidad sino la obligación de recurrir a esos otros medios de prueba, bien sea a petición de parte, ora decretándolos de oficio.

En efecto, en el primer fallo, con el proyecto del Doctor Jaime Araujo Rentería, el Tribunal citado advirtió que en los procesos de filiación y en el recaudo de la prueba de ADN, la ley atacada tiene inmersa la vocación de efectivizar los derechos al nombre, a tener una familia y al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que en tratándose de los niños, niñas y adolescentes, alcanza carácter fundamental y prevalente en razón al sujeto que protegen, lo que explica la naturaleza obligatoria de la mentada probanza, tanto para el juez como para las partes, por expreso mandato del órgano autorizado para hacer las leyes. Que bajo ese entendido, el dictamen biológico no puede encasillarse en el andamiaje general de las pruebas de oficio, referido a que las costas sean sufragadas por los litigantes en partes iguales sino que, hay que destacarlo, en

aras de garantizar los susodichos derechos, el costo de la primera prueba se asume por el Estado, sin perjuicio del cobro ejecutivo posterior a que haya a lugar.

Para el caso de la segunda prueba, tópico que la Corte abordó en el estudio de conformidad constitucional del inciso segundo del artículo 4 de la norma indicada⁶⁰, cual trata sobre la asunción de las costas por la parte que formule la objeción, consideró apegado a la Carta el primer aparte que impone al objetante la carga de asumir el costo de la prueba genética en tanto que la actuación incidental interesa a su posición procesal, enfatizando, no obstante, que la carencia de recursos de quien fundadamente objete el primer resultado, por error grave frente a la “falta de confiabilidad de los análisis por las técnicas utilizadas”, no puede erigirse en óbice para la práctica de un segundo experticio que lo refrende o lo infirme, pues ello, además de menoscabar aquellos derechos vulnera el derecho de contradicción, al debido proceso y, de contera, el de acceso a la administración de justicia, siendo que el código procesal civil prevé para estos casos la posibilidad de invocar el amparo de pobreza, razón esta última por la que devino inexecutable el segundo aparte cuestionado, mismo que declaraba: “...en caso de no asumirlo no se decretará la prueba”.

De esa manera, la Corte argumentó que:

“Teniendo como fundamento, las anteriores premisas es que el esquema probatorio de este proceso es diverso ya que no se trata de una prueba de oficio dejada a la voluntad del juez, sino que el propio legislador se la impone al juez y con mayor razón a las partes. Siendo impuesta por el legislador no puede seguir el esquema normal de las pruebas practicadas de oficio, donde cada parte debe pagar por partes iguales y si no lo hacen la prueba no se practica.

De lo anterior, podemos inferir que el legislador obligó al juez a decretar la prueba, que en el estado actual de la ciencia, es definitiva para que el niño pueda saber con exactitud quienes son sus padres y esta prueba y su práctica no puede estar inicialmente condicionada a que el presunto padre o madre aporte recursos económicos para su práctica, ya que se dejaría el interés superior del niño constitucionalmente protegido y prevalente a merced de la voluntad del presunto progenitor. La primera prueba de ADN que impone el legislador debe ser practicada aunque los padres no suministren recursos económicos (y aunque los tengan) y el costo inicialmente debe asumirlo el Estado; sólo después que el Estado asuma el costo y se practique la primera prueba de ADN, es que entra a jugar el elemento económico: Si es pobre o no el presunto progenitor, si tiene recursos debe asumir el costo y se aplican las reglas sobre costas para saber finalmente quien paga y quien no paga la prueba.

⁶⁰ Ley 721 de 2001, “por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968”, Artículo 4º, Inciso 2º... La persona que solicite nuevamente la práctica de la prueba deberá asumir los costos; en caso de no asumirlo no se decretará la prueba.

La Corte deja claramente establecido que la primera prueba se asume en su costo, inicialmente por el Estado, y éste la practica aunque el presunto padre tenga recursos económicos y se niegue a pagar lo que le corresponda. De no ser así el interés superior del niño quedaría a merced de la voluntad del presunto progenitor, a quien le bastaría con no suministrar los recursos, para que no se pudiera practicar la primera prueba de ADN e impedir que se le declare progenitor y no asumir sus obligaciones como padre. Esto sin perjuicio de que el Estado con posterioridad recupere lo gastado cuando resulte condenado el progenitor renuente o el que demandó a quien no era progenitor y deban reembolsarle los gastos.

... conforme a la regla general señalada en el ordenamiento procesal civil en su artículo 389, cada parte deberá pagar los gastos y honorarios que se causen en la práctica de las diligencias y pruebas que solicite y contribuir a prorrata al pago de los que sean comunes.

No obstante lo anterior, y acorde con la interpretación arriba indicada en relación con la primera prueba de ADN, que por su imperiosa obligatoriedad debe practicarse en el proceso por mandato del legislador, en forma oficiosa y a cargo del Estado; debemos interpretar el inciso 2º del artículo 4º en concordancia con lo expresado en el artículo 6º ibídem. Esto es, que para la segunda prueba debe primar y entrar a jugar el factor económico o de la solvencia económica y financiera de las partes, a efectos de no vulnerar el derecho a acceder a la administración de justicia, como tampoco los demás derechos fundamentales que discurren en el proceso de filiación, como el de la personalidad jurídica (derecho a un nombre, a conocer su origen, a la familia) y los derechos de los niños cuando es en nombre y representación de éstos que se adelanta la acción.

Por lo mismo conviene entender que para la segunda prueba, si la persona no cuenta con recursos económicos puede acogerse al amparo de pobreza, debiendo en su lugar sufragarla el Estado, independientemente de que al final del proceso deba reembolsar al Estado el padre o madre declarado como tal, según lo señalado en el parágrafo 3º del artículo 6º ibídem...

De lo cual se sigue que, el hecho de que el Estado asuma las costas del amparado por pobre para acceder a la administración de justicia y no haga lo mismo con quien sí tiene recursos para atender los eventuales costos, no vulnera el derecho a la igualdad, porque, precisamente se parte de una diferencia, la distinta situación económica en que se encuentra cada uno (los solventes respecto de los no solventes). Por ende, dicha diferencia justifica el trato distinto, garantizando al punto el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder a la administración de justicia...

Así entonces, bajo el pretexto del no pago del costo resulta inconstitucional que se le deniegue a una persona el decreto de la prueba pericial que ha solicitado con base en su objeción por error grave del primer dictamen. Como que, a instancias del condicionamiento pecuniario previsto en el inciso demandado se está quebrantando el principio de la contradicción de la prueba, y por tanto, el debido proceso, al propio tiempo que se desatiende el carácter amplio del derecho de acceso a la justicia.

La expresión: ‘en caso de no asumirlo no se decretará la prueba’, encierra un desacato que conspira contra el rigor, la coherencia y el respeto debidos a los mandatos constitucionales ya mencionados. Por consiguiente, y en armonía con las reglas del C. de P.C., especialmente los numerales 5 y 6 del artículo 236 ibídem, esta Corporación sólo declarará la exequibilidad parcial del segundo inciso del artículo 4 de la ley 721 de 2001, tal como pasa a verse.”

Anotamos que en dicho pronunciamiento, realiza la Corte un fundado despliegue argumentativo dirigido a dar relieve al grado de convicción otorgado por la prueba científica de ADN, atendida la fidedigna información que sobre el origen de la persona aporta al caudal probatorio sea en procesos de filiación, por cuanto permite descartar con absoluta certeza a quien no guarda relación biológica con el reclamante y, al mismo tiempo, determinar con alto grado de probabilidad al verdadero padre, ora en investigaciones penales ya de identificación de cadáveres.

Sobre el tema, apuntó:

“El avance de la ciencia y la tecnología han convertido en obsoletas muchas de nuestras leyes y nuestros códigos en especial nuestro Código Civil que cumple ya 114 años de vigencia y que entre sus disposiciones consagraba una serie de presunciones para establecer la filiación que hoy por hoy han quedado atrás respecto del avance científico mediante las pruebas antro-po-heredo-biológicas; por eso nuestros legisladores pensando en adecuar las normas a las actuales circunstancias del mundo moderno y acorde a los fines esenciales del Estado, como en el presente caso, han modificado la ley 75 de 1968 mediante la ahora demandada ley 721 de 2001 imponiendo como obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de filiación para establecer la paternidad o maternidad, desplazando los demás medios de prueba los que han pasado a tener un carácter meramente subsidiario, esto es, que se recurrirá a éstas solamente cuando sea absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, como se prescribe en su artículo 3º.

De esta prueba científica podemos decir que en cuanto tiene que ver con el genoma humano, éste no es otra cosa que una información sobre cada persona, sobre su familia biológica y sobre la especie a la que pertenece; esta información genética está contenida en el ADN (ácido desoxirribonucleico) que se copia a sí

mismo para poder conservarse y se transmite al ARN (ácido Ribonucleico) dando lugar a la síntesis de proteínas.

Como quiera, que la constitución genética del ser humano se determina en el momento mismo de la fecundación, al dar origen a un ser multicelular, donde la información biológica hereditaria se contiene en forma de molécula química con características especiales y datos que contiene el ADN, entre otros, el grupo sanguíneo, las características morfológicas, las predisposiciones y otros que están predeterminados.

La información genética en cuanto a su contenido tiene una naturaleza dual, ya que de un lado, da lugar a la identificación individual y por el otro aporta la información de filiación que identifica de manera inequívoca la relación de un individuo con un grupo con quien tiene una relación directa.

El descubrimiento del ADN ha sido de gran ayuda para la administración de justicia, especialmente en los procesos de familia (demandas de filiación) y en los procesos penales (en relación con hechos que pueden dejar vestigios biológicos del autor sobre la víctima, o en el lugar de comisión del hecho punible, también para la identificación de cadáveres) y esto por tratarse de una prueba de gran precisión por el grado de certeza que ofrece en el aspecto probatorio, de ahí que se le haya denominado ‘huella genética’.”

Bajo el planteamiento de que se condiciona el derecho a acceder a la administración de justicia, y en particular el derecho a objetar la prueba de ADN, a las condiciones económicas de las partes dentro de un proceso de filiación y de que el juez de conocimiento en dicho trámite, antes de proceder a dictar sentencia luego de agotar sin éxito los procedimientos para asegurar la comparecencia del demandado principalmente a la toma de muestras para el dictamen genético, debería acogerse a los demás medios de prueba previstos en la Ley 75 de 1968, so pena de vulnerar con ello el derecho al debido proceso y a la personalidad jurídica y a tener un nombre, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad se demandó un aparte de los artículos 4º y 6º, así como los parágrafos 1º y 2º del artículo 8º de la Ley 721 de 2001, “*Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968*”, por cuyo efecto, mediante Sentencia C – 808 de 2002 y también bajo la ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, la Altura Constitucional procedió a examinar la normativa impugnada.

En consecuencia, se verificó la constitucionalidad del texto acusado y, en acatamiento al principio de cosa juzgada, se estuvo a lo resuelto en la Sentencia C – 807 de 2002, decisión por medio de la cual, y tal como se estudió en precedencia, únicamente se declaró INEXEQUIBLE la expresión “*en caso de no asumirlo no se decretará la prueba*” del inciso segundo del artículo 4º de la Ley 721 de 2001 en el entendido de que para la práctica de la prueba el interesado

debe suministrar lo necesario dentro del término que señale el juez, conforme a lo previsto en la parte pertinente del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil.

Para sustentar la proferida exequibilidad, atendida la naturaleza jurídica del instituto de amparo de pobreza y las repercusiones legales y pecuniarias que su declaratoria extiende en cuanto a la objeción de la prueba de ADN se refiere y en relación a la capacidad decisoria del juez en los asuntos de filiación y los poderes de que se halla revestido para hacer efectivo el recaudo del examen biológico, la Corte en lo atinente reseñó:

“El actor parte de un presupuesto y una interpretación no acertada de la norma impugnada, ya que como se señaló en sentencia C – 807 de 2002, en la segunda prueba que se solicita y decreta para probar la objeción por error grave de la primera prueba de ADN, entra a jugar el factor de solvencia económica de la parte que la solicita, entendiéndose que el artículo 6º se aplica a esta prueba y por ende quien considere que no tiene recursos para sufragar dicha prueba debe manifestarlo así al juez a fin de que se le conceda el amparo de pobreza, caso en el cual, es el Estado quien asume en forma provisional su pago. Si se declara la maternidad o paternidad por el juez, se condenará al padre o madre vencido en el juicio de filiación a pagar las costas y por tanto los gastos que el Estado pagó por dicha prueba en virtud del amparo de pobreza, los que le serán reembolsados. Por el contrario, si se absuelve al padre o madre demandado (a), no deberá pagar nada.

...Con el amparo de pobreza establecido en el ordenamiento procesal civil, en sus artículos 160 y siguientes aplicable a cualquier proceso civil se garantizan precisamente los derechos a la igualdad y al acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad. Ahora, a más de la regla general, la ley 721 de 2001 en su artículo 6º se refiere a la institución del amparo de pobreza, pero, aplicable para la segunda prueba de ADN solicitada para demostrar el error grave.

...No quiere decir el precepto acusado que una vez utilizados por el juez los mecanismos compulsivos, sin obtener la comparecencia a la práctica de la prueba, deba proceder de plano a fallar, sino que debe remitirse a dar aplicación al artículo 3º de la ley que le permite decretar y practicar otros medios de prueba con el fin de establecer la verdadera filiación del actor o demandante, lo que en últimas le permitirá fallar de fondo las pretensiones demandadas. Por lo tanto, debe acudir a la interpretación sistemática, integrando las normas de la ley acusada a fin de armonizar el párrafo 1º del artículo 8º con el artículo 3º ibídem.

Bajo esta comprensión, la renuencia de los interesados a la práctica de la prueba sólo se puede tomar como indicio en contra, pero jamás como prueba suficiente o excluyente para declarar sin más la paternidad o maternidad que se les imputa a ellos. Es decir, acatando el principio de la necesidad de la prueba el juez deberá acopiar todos los medios de convicción posibles, para luego sí, en la hipótesis del

parágrafo 1º, tomar la decisión que corresponda reconociendo el mérito probatorio de cada medio en particular, y de todos en conjunto, en la esfera del principio de la unidad de la prueba...

.... En suma, lejos de intentar hallar ‘un padre a palos’, al tenor del párrafo impugnado debe propiciarse un campo probatorio que honre tanto los derechos del niño como el debido proceso. Tal es, pues, la inteligencia con que se debe apreciar y aplicar el párrafo 1º del artículo 8 de la ley 721 de 2001.

En relación con el párrafo 2º del artículo 8º el problema radica en el error de interpretación en que incurre el actor, ya que del sentido literal del párrafo se desprende que el juez fallará de acuerdo con el resultado de la prueba de ADN, lo cual hace suponer que ésta se practicó, ya con la voluntad del demandado o como consecuencia del ejercicio de los poderes coercitivos del juez, siendo en todo caso suficientemente claro que “en firme el resultado” se producirá la decisión.

El párrafo 2º implica entonces: (i) que la prueba se practicó y, (ii) que su resultado está en firme; pues, o bien no se objetó, o formulada la respectiva objeción ya se resolvió. Con fundamento en lo anterior el juez falla.

Sin lugar a dudas, con fundamento en el resultado de la prueba de ADN la decisión judicial no puede ser distinta a la señalada en la misma norma, que sólo tiene dos opciones, a saber: (i) si del resultado de la prueba se concluye la paternidad o maternidad, obviamente el juez tendrá que declarar probada la existencia de uno de tales vínculos, señalando al padre o madre verdadero; (ii) por el contrario, si del resultado de la prueba se determina que el demandado no es el padre o madre, o que el índice de probabilidad de la prueba no arroja el 99.9% de certeza, por fuerza deberá absolverse al demandado (a).”

En Sentencia T – 1008 del 21 de noviembre de 2002 la Corte Constitucional avocó discrecionalmente el conocimiento la acción de tutela instaurada, por la violación de los derechos fundamentales de la menor agenciada al debido proceso, al nombre, a tener una familia y a la subsistencia, en contra del Tribunal Superior que se inhibió de decidir de fondo sobre el proceso de investigación de paternidad promovido y tramitado, sin la representación judicial de un abogado inscrito, por la madre actora.

En efecto, bajo la ponencia del Doctor Alvaro Tafur Galvis, sobre la importancia del nombre en los menores de edad, la prevalencia del derecho sustancial y la naturaleza especial e incólume de la acción filial, dijo la Corte:

“De manera reiterada esta Corporación se ha referido al reconocimiento de la personalidad jurídica como derecho susceptible de ser amparado por vía de tutela, porque dicho reconocimiento comporta la definición de relaciones paterno filiales

de gran trascendencia en el desarrollo afectivo, emocional, social y económico de los menores de edad⁶¹ ...

Ahora bien, el derecho de los niños a la personalidad jurídica supone la posibilidad de gozar de una identidad que condiga con su relación paterno filial, como quiera que los menores tienen derecho a usar un nombre seguido de los apellidos de sus dos progenitores, como lo prevén las normas civiles, a fin de que puedan distinguirse y sean socialmente reconocidos, como se nombran todas las personas.

Pero la salvaguarda del derecho a la igualdad no es lo más importante del derecho fundamental a la personalidad jurídica, porque del establecimiento de su verdadera identidad depende que el niño pueda exigir de sus progenitores las condiciones afectivas, emocionales y físicas que le permitirán tener una infancia feliz, gozando de los derechos y libertades que requiere para alcanzar un desarrollo integral, en su propio bien y en el de la sociedad, tal como lo proclama la Declaración de los Derechos del Niño y lo desarrollan todos los instrumentos internacionales de derechos humanos...

De manera que si los apellidos que integran la inscripción de un menor no corresponden a su real identidad, o si la establecida está rodeada de incertidumbre, la obligación de desterrar toda duda y establecer la verdadera personalidad del nombrado permanece, hasta que la relación filial del niño quede definida.

Por ello la acción de investigación de paternidad no está sujeta a plazo, no pende de condición, no prescribe, y, además, debe interponerse, sin condiciones, ni miramientos, por quien ejerza la patria potestad del niño o su guarda, por el defensor de familia o por el Ministerio Público, e incluso por aquel que tenga, o haya tenido a su cargo el cuidado, la crianza o la educación del menor –artículo 13 Ley 75 de 1968-.

Lo anterior indica que la definición de la relación filial de un menor no puede permanecer en entredicho, porque el establecimiento de su identidad es asunto esencial y de imperativo cumplimiento, no sólo para las personas que de una u otra manera se relacionan o se hubieren relacionado con el niño, sino para el Estado, quien debe establecer condiciones propicias para que en la mayor brevedad, sin dilaciones, sin impedimentos, ni trabas, los menores puedan ser

⁶¹ Esta Corporación consideró contrarias a la Carta Política las disposiciones del Código Civil que restringían el derecho de los hijos a impugnar la paternidad, al igual que las disposiciones que no incluían los avances científicos que permiten esclarecer la filiación, con miras a hacer efectivos los derechos y las obligaciones paterno-filiales. Ver sentencias C - 109 de 1995, C - 004 de 1998, C - 800 de 2000, C - 1492 de 2000, C - 243 de 2001, T - 979 y 1342 de 2001, entre otras.

nombrados por su verdadera identidad, y así mismo demandar de progenitores y parientes el cabal cumplimiento de sus obligaciones...

Ahora bien, en reciente decisión –C-131 de 2002- esta Corporación se refirió a la prelación del derecho sustancial como ‘una nueva percepción del derecho procesal pues le ha impreso unos fundamentos políticos y constitucionales vinculantes y, al reconocerles a las garantías procesales la naturaleza de derechos fundamentales, ha permitido su aplicación directa e inmediata; ha generado espacios interpretativos que se atienen a lo dispuesto en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; ha tornado viable su protección por los jueces de tutela y ha abierto el espacio para que el juez constitucional, en cumplimiento de su labor de defensa de los derechos fundamentales, promueva la estricta observancia de esas garantías, vincule a ella a los poderes públicos y penetre así en ámbitos que antes se asumían como de estricta configuración legal⁶²’.

Dentro de la anterior concepción del derecho procesal, y de conformidad con lo previsto en los artículos 29 y 229 de la Carta, es dable afirmar que la actividad de las partes encaminada a hacer valer sus derechos e intereses está garantizada por el ordenamiento constitucional, en todas las actuaciones judiciales y administrativas, y que el contenido y alcance del deber de concurrir a tales actuaciones con la asistencia de un abogado es un asunto que compete definir al legislador y aplicar a los jueces. Quienes deberán consultar las reglas y principios que informan la normativa constitucional, entre los que se destacan el derecho de los niños al reconocimiento de su personalidad jurídica, el deber del Estado de protegerlos contra toda forma de abandono, y la prevalencia de los derechos de los menores sobre los de los demás. De manera que las disposiciones del ordenamiento procesal civil que regulan los requisitos y trámites a los que deben someterse las pretensiones y contradicciones encaminadas a defender los derechos fundamentales de los menores, deberán ser interpretadas conforme a los principios que informan sus derechos constitucionales, y los que apuntan a crear condiciones que generen un real y efectiva solidaridad en defensa de sus intereses y prerrogativas...

⁶² Ya en varios pronunciamientos la Corte ha destacado la importancia que el derecho procesal asume en el constitucionalismo. Así, en la Sentencia C-029-95, M. P. Jorge Arango Mejía, al declarar la exequibilidad del artículo 4° del Código de Procedimiento Civil expuso: “Las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales. Pretensión que sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho” – Sentencia C - 131 de 2002. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Empero la accionada no tuvo en cuenta las anteriores consideraciones, en cuanto, para inhibirse de decidir de fondo en el proceso de Investigación de Paternidad instaurado por la actora simplemente estimó i) que la demandante presentó la demanda sin ser abogada inscrita y que no estuvo asistida durante el proceso por un profesional del derecho, tal como lo disponen, para toda clase de procesos civiles, los artículos 63 del Código de Procedimiento Civil y 25 del Decreto 196 de 1971; y ii) que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que, en estos casos, no procede decretar la nulidad. No consideró entonces que la sentencia proferida por el Juez Segundo Promiscuo de Familia de Ocaña, recurrida por el presunto padre de la menor, si bien adolecía de la irregularidad de haberse proferido en un proceso de Investigación de Paternidad tramitado sin el concurso de un abogado inscrito, se constituía en el único medio para definir la personalidad jurídica de la niña y para hacer cesar el abandono al que la tiene sometida su progenitor.”

De allí que, bajo esas pautas, se concedió el amparo solicitado y, de consiguiente, se ordenó el resolver de fondo el recurso impetrado acudiendo en todo caso a la práctica de las pruebas genéticas necesarias para establecer la relación paterno filial de la menor demandante, recurriendo de tal suerte al trámite previsto en la Ley 721 de 2001 y al precedente constitucional ya reseñado.

9.3 2003-2006: LA VALORACIÓN PERICIAL DE LA PRUEBA GENÉTICA Y SU INCIDENCIA EN LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN.

Al año siguiente, el Magistrado Rodrigo Escobar Gil elaboró la ponencia de la Sentencia T – 305 pronunciada el 10 de abril de 2003 con ocasión del trámite de revisión de la acción de tutela interpuesta por la señora Bárbara Duque Sierra, en representación de su hija, la niña Daniela Duque Sierra, contra el Juzgado Tercero de Familia de Armenia, Quindío, tutela resuelta por la Sala de Decisión Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 08 de agosto y el 08 de octubre de 2001, en su orden, denotando en síntesis que dada la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela, cuando es incoada en contra de providencias judiciales se torna improcedente si se ha dejado de ejercer los medios de impugnación dotados por el ordenamiento y máxime cuando han transcurrido más de cinco años desde su ejecutoria.

Alcanza especial peso en la argumentación vertida por la Corte, el hecho de que la accionante desistió del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia dictada en el proceso de filiación paterna que denegó las pretensiones demandatorias señalando que la compatibilidad de paternidad arrojada por la prueba antropo heredo biológica practicada no era suficiente para declararla, pues, resaltó el juzgado, mediante la prueba testimonial no se pudo

demostrar que las relaciones íntimas entre la pareja hubiesen perdurado hasta la época de concepción de la niña.

Al punto, es bueno anotar que además de las prenotadas consideraciones, en su decisión denegatoria, los jueces de tutela de primer y segundo grado citaron jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, la citada prueba biológica no constituye por sí misma una causal independiente para reconocer judicialmente la relación paterno filial.

Enfatiza la Corte en que si bien la normativa que reglamenta la acción de tutela no ha establecido término de caducidad para su ejercicio, resulta irrazonable que la accionante haya esperado un tiempo superior a 5 años y 7 meses para acudir a este medio excepcional, amén que, expuso, no se evidenció la configuración de un perjuicio irremediable que determine su procedencia como mecanismo transitorio.

Apuntó la Corte:

“En efecto, la Sra. Bárbara Duque Sierra, a través de apoderado, presentó oportunamente el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 21 de diciembre de 1996 (fl. 83-86, cuaderno de primera instancia). Por consiguiente, el expediente fue remitido a la Sala de Decisión Civil y Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, con el fin de darle el trámite de segunda instancia. Sin embargo, el 21 de abril de 1997 la apoderada de la demandante, con la constancia del consentimiento de su poderdante, desistió del recurso de apelación interpuesto (fl. 128, cuaderno de anexos), renunciando con ello a la oportunidad de controvertir la decisión de primera instancia en relación con la valoración de la prueba antropoheredobiológica.

Ante la manifestación expresa de no ejercer los medios de impugnación previstos para dicho proceso, no puede la actora ahora solicitar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la filiación de su hija menor a través de la acción de tutela, la cual, se reitera, constituye un mecanismo residual y subsidiario, que no ha sido instituido para revivir instancias perdidas. La decisión tomada por la accionante de desistir del recurso de apelación interpuesto, determinó, no solo que la decisión proferida por el juzgado accionado de no haberse demostrado la paternidad del demandado obtuviera fuerza de cosa juzgada, sino que a su vez, cerró la posibilidad de acudir al mecanismo de amparo constitucional alegando una vía de hecho judicial...

Como se advierte, la determinación de la razonabilidad del plazo debe estimarse frente a las particularidades del caso, y en consecuencia, no puede desconocerse el hecho de que haya existido un motivo justificable para la demora en la solicitud de protección constitucional.

Por ello, y para efectos de determinar si el tiempo transcurrido entre el fallo controvertido y la presentación de la presente acción de tutela corresponde a un término razonable, esta Sala de Revisión tendrá en consideración las particularidades del asunto que se presenta.

La Sentencia objeto de controversia fue proferida el 18 de diciembre de 1996, y, sin embargo, sólo se recurrió al mecanismo de amparo constitucional el 22 de julio de 2002. Por consiguiente, fueron aproximadamente 5 años y 7 meses el tiempo que la accionante dejó transcurrir, para solicitar la protección de los derechos fundamentales de su menor hija que consideró fueron amenazados por la decisión del Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Armenia. A pesar de ello, en la acción de tutela ni en la sustentación de la impugnación, se adujo razón alguna para no haber ejercitado la acción en el tiempo oportuno.

Por consiguiente, el tiempo transcurrido entre el hecho generador de la amenaza o violación y la interposición de la acción de tutela resulta irrazonable y desproporcionado ante la supuesta actuación arbitraria y abusiva del juez, en particular, si la violación se trata del derecho fundamental a la filiación de su hija menor...”

De modo que, si bien en esta oportunidad no se hace referencia expresa a la prueba biológica, la que dicho sea de paso en el caso concreto versaba sobre la histocompatibilidad, no se releva el interés del derecho de filiación verdadera de la persona agenciada, pues se confiere mayor importancia a la ritualidad del proceso, en desmedro de la investigación paterna a la luz de la prueba científica idónea: el ADN.

Acto seguido y en el mismo sentido, en la Sentencia T - 307 de 11 de abril de 2003, bajo la directriz del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, previa diferenciación teórica sobre los criterios de procedibilidad y prosperidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, otorgando especial relevancia a la institución de la cosa juzgada y al rigor procesal, la Altura Colegiada dispuso denegar el amparo solicitado por quien resultara declarado padre extramatrimonial de la niña demandante como consecuencia de la negativa del accionante a sufragar los costos de la prueba biológica dentro del trámite de instancia y por cuanto, ante el fracaso del recurso de revisión, no interpuso oportunamente el extraordinario de casación, pese a que, después de culminado el correspondiente proceso judicial, se obtuvo el recaudo extraprocesal de una prueba genética con resultados excluyentes de paternidad.

Entre los argumentos asidos por la Alta Corporación para adoptar dicha determinación, se resaltan los siguientes:

“...Cuando en relación con una determinada controversia jurídica se ha adelantado un proceso que ha concluido mediante sentencia judicial, las partes

cuentan con la seguridad de que tal decisión tiene carácter permanente y sólo puede ser controvertida por las vías procesales previstas en la ley. En ese escenario, quien omite acudir a los recursos dispuestos en el ordenamiento para controvertir las decisiones judiciales que le son adversas, renuncia al instrumento de defensa que le ha sido otorgado por la ley y que se inscribe dentro del debido proceso para todos los interesados. No puede, entonces, con posterioridad, acudir a la vía de la tutela, a través de la cual podría sorprender a su contraparte, por fuera del proceso y de las instancias de decisión previstas en la ley.

...En este caso se tiene que los defectos tanto fácticos como sustantivos que el actor endilga a las providencias objeto de impugnación a través de la tutela, eran susceptibles de plantearse mediante el recurso extraordinario de casación, medio a través del cual el actor habría podido obtener plena protección para los derechos que estima le fueron vulnerados.

...En esas condiciones, encuentra la Corte que no cabe plantear por la vía subsidiaria de la tutela, precisamente aquello que habría debido resolverse por el juez de casación.

...La Corte, en Sentencia T-07 de 1992 señaló que si ‘... el titular de la acción ordinaria no hace uso de ella dentro del tiempo que la ley le otorga, no podrá esperar que el Estado despliegue su actividad jurisdiccional para ofrecerle la protección que necesita, pero su situación, entonces, no es imputable al Estado o a sus agentes, sino que obedece a su propia incuria, a su negligencia, al hecho de haberse abstenido de utilizar los medios de los cuales gozaba para su defensa. En tales situaciones, menos aún puede ser invocada la tutela, por cuanto no es ésta una institución establecida para revivir los términos de caducidad ni para subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante’.

Y en el mismo sentido, en la Sentencia C-543 de 1992, la Corte puntualizó que ‘...si pese a las ocasiones de defensa dentro del proceso y a las posibilidades de impugnación del fallo que le otorgaba el sistema jurídico en obediencia a claros principios constitucionales (artículos 29 y 31 de la Carta), el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última tabla de salvación de sus pretensiones, por cuanto ello implica el alegato de su propia incuria contra el principio universalmente aceptado y desvirtúa el carácter subsidiario de la acción’.

Y en la misma Sentencia la Corte señaló que “... tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes. Era allí, en el escenario del proceso de filiación en donde, a través de los recursos que le brindaba la ley, el demandante debió hacer valer sus reparos contra las decisiones judiciales que estimaba contrarias a derecho. El no haberlo hecho así, impide que por la vía de la tutela pretenda reabrir el debate, para controvertir la definición de unos derechos

judicialmente declarados en cabeza de una menor y que se encuentran amparados por la institución de la cosa juzgada.”

Más adelante, la Sentencia T - 363 del 08 de mayo de 2003, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, fijó unos requisitos mínimos que deben observarse al momento de practicar pruebas genéticas que involucren menores de edad, requerimientos que consideramos pertinente enumerar. Son ellos:

Que la prueba biológica se realice “...(i) con la presencia o autorización de la madre, del padre o de quien esté ejerciendo la patria potestad, (ii) con la asistencia del presunto padre o madre, (iii) con el pleno conocimiento y comprensión del alcance y finalidad del examen por parte del hijo, en la medida en que éste tenga capacidad para esto, y (iv) con ausencia de engaño o coerción al menor. En caso de que la prueba sea obtenida de forma subrepticia será nula de pleno derecho, según lo indicado en el artículo 29 C.P.”.

En gracia de lo anterior, y como quiera que el actor, luego de haber sido declarado padre extramatrimonial con fundamento en el resultado compatible ofrecido por un examen de “antígenos eritrocitarios” y en tanto fue señalado desierto el recurso de casación por él interpuesto en contra de la sentencia que agotó la segunda instancia, impetró la acción constitucional aportando una prueba genética que, no obstante haber arrojado un resultado de incompatibilidad, en criterio de la Corte, no se atuvo a las reglas descritas, razones que determinaron la negatoria del amparo constitucional al derecho de filiación.

Sin embargo, en concordancia con lo afirmado en la Sentencia T - 1342 de 2001, reconoció el Alto Tribunal la vigencia atemporal del derecho a la filiación verdadera y la posibilidad de acudir a las instancias judiciales con base en una prueba sujeta a los antedichos lineamientos. Al punto, dijo:

“Lo expuesto no permite afirmar que deja de existir el derecho fundamental a la filiación. En este sentido, en miras a la protección de éste, persiste la posibilidad de realizar la prueba antropoheredobiológica con las garantías que fueron señaladas en esta sentencia. En esa medida, el accionante podría practicarse, junto con el hijo, nuevamente la prueba antropoheredobiológica, pero con presencia y autorización de la madre del menor, quien ejerce la patria potestad sobre éste.

Por otro lado, en virtud de que el derecho a la filiación es imprescriptible, tanto el señor José Martín Sánchez Alcalá como el menor Over Alexis Sánchez Alape, por medio de quien ejerce la patria potestad, podrán procurar la protección de éste, a través de las vías procesales pertinentes, en caso de que lo estimen necesario.”

Ad empero, consideramos atinente destacar que la Magistratura dejó de lado la misión proactiva que le atañe como garante de los derechos fundamentales de las

personas ligada a su facultad oficiosa de decretar la práctica de pruebas, en virtud de lo cual, muy bien pudo disponer el recaudo de la probanza pericial avenido al procedimiento delimitado por la Corte para de esta manera ofrecer una solución definitiva al litigio planteado, realizando de tal suerte el principio de economía procesal sin la necesidad de acudir al nuevo impulso de una acción de tutela, posición hermenéutica expuesta por el Doctor Alvaro Tafur Galvis, miembro de la Sala de Revisión, quien aclaró su voto como sigue:

“En efecto, si bien es cierto que se afirma que el derecho fundamental a la filiación es imprescriptible y que en el caso analizado, por ende, permanece la posibilidad de hacerlo efectivo por parte de quien ha actuado como accionante se expresa que un nuevo e idóneo examen podría practicarse ‘pero con presencia y autorización de la madre del menor quien ejerce la patria potestad sobre éste’; así mismo se expresa que tanto el señor Martín Sánchez Alcalá como el menor, por medio de quien ejerce la patria potestad, podrán procurar la protección de éste ‘a través de las vías procesales pertinentes en caso de que lo estimen necesario’.

Al respecto cabe señalar que precisamente una de las vías procesales pertinentes es la acción de tutela y, siendo así, el juez competente para conocer de esa acción lo es para decretar y practicar, con el lleno de los requisitos legales y garantías constitucionales, las pruebas correspondientes con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental y ordenar las medidas judiciales consecuenciales respectivas, aún sin que medie la autorización de la madre del menor, pero, obviamente, con la presencia y audiencia de ésta dentro del proceso.”

Meses más tarde, el 24 de octubre de 2003, la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández tuvo a su cargo presentar el proyecto de la Sentencia T – 997 en la que se debatió la solicitud de amparo formulada en representación legal de un menor de edad, por posible vulneración de sus derechos a la vida, a la igualdad, al reconocimiento a la personalidad jurídica y a tener una familia, en contra de su pretense padre y del juzgado de familia que conocía del respectivo trámite de filiación por cuanto que, pese a los diversos requerimientos para que el demandado concurra a la toma de muestras destinada a la práctica del dictamen genético, éste había hecho caso omiso a todos ellos, sin que la célula judicial suplicada haya utilizado los mecanismos coercitivos para lograr dicho objetivo ni tampoco proferido decisión de fondo.

En este caso, la Corte denotó en primer lugar que el derecho a la personalidad jurídica y a la filiación natural son de estirpe fundamental unidos por conexidad, en virtud a que desarrollan en conjunto otros principios como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad; señaló el carácter obligatorio del dictamen de ADN en esa clase de trámite como elemento de neural importancia en el haz probatorio que valorará el juez natural para resolver el asunto; y describió los mecanismos para garantizar el recaudo del experticio conforme a lo establecido en el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, concordante con los artículos 71,

72 y 242 ibídem, al tiempo que recordó las consecuencias que se siguen cuando no es posible efectuar el examen genético según lo previsto en el primer párrafo del artículo 8º de la Ley 721 de 2001, como son, las de recurrir a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente, imponer sanciones de multa y arresto, condenar en costas, etc.

Al punto, argumentó:

“...En efecto, por mandato del Legislador en los procesos de investigación de la paternidad el juez tiene la obligación de decretar la prueba antro-heredobiológica y de no hacerlo incurre en violación al debido proceso por defecto procedimental que más adelante se podría traducir en defecto fáctico⁶³, pues con ello anula la oportunidad de contar con un valioso elemento de valoración para solucionar la controversia. Sin embargo, puede ocurrir que luego de haberse decretado la prueba no sea posible su realización, lo cual no necesariamente será responsabilidad de la autoridad judicial.

Por ejemplo, cuando una de las partes es renuente a la práctica del examen, la tarea del juez se entiende cumplida si ha hecho uso de los mecanismos que le ofrece la ley para lograr su concurrencia y pese a ello no obtiene éxito. A partir de ese momento el sujeto procesal renuente será responsable por sus omisiones y deberá asumir las consecuencias con el rigor que señala la ley.”

Por lo tanto, y toda vez que el plenario dio cuenta que el juzgado accionado atendió las solicitudes elevadas para lograr la comparecencia del demandado al laboratorio de genética, la Corte confirmó los fallos de instancia que denegaron la tutela, proferidos en su orden por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y como quiera que no encontró vulneración al trámite dispuso que, de persistir la renuencia del señor Jorge Alberto López Supelano para la práctica del examen genético dentro del proceso adelantado en ese despacho, haga uso de los demás mecanismos previstos en el ordenamiento para tal fin y decida con base en las demás pruebas acopiadas durante el proceso, siguiendo los parámetros consagrados en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Posteriormente, adoptaría la Superioridad Constitucional uno de aquellos remedios extremos, inusuales y generadores de escozor entre los dogmáticos del formalismo, como es la anulación en sede de tutela de fallos adoptados por el juez natural tras acreditarse la causal genérica de procedibilidad. Pues bien, en la Sentencia T - 411 del 06 de mayo de 2004, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, revocó los fallos de primera y segunda instancia proferidos por la Sala de Familia del

⁶³ Cfr. T -079/93, T-231/04, T-008/98, T-639/96, SU-087/99, SU-159/02, T-088/03, T-639/03, entre muchas otras.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, y en su lugar concedió el amparo constitucional del derecho al debido proceso deprecado por el señor Jairo Edmundo Pabón frente al Juzgado Sexto de Familia de Cali.

La Corte tuteló además el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, disponiendo como medida de protección excepcional **decretar la nulidad** de la sentencia proferida en única instancia por el citado despacho judicial el 04 de diciembre de 2002 dentro del proceso de filiación extramatrimonial instaurado por el accionante en contra del Señor Ricardo Segundo Córdoba, y ordenar al funcionario demandado que dentro de los 10 días siguientes a la notificación, profiera nuevo fallo teniendo en cuenta los resultados de la prueba antropoheredobiológica practicada por el Laboratorio de DNA, Convenio ICBF – INML y CF el 21 de julio de 2003.

Dentro del acervo argumentativo expuesto por la Sala se destacan como aspectos fundamentales: **i)** la irrefutable relevancia y el vigor probatorio irremplazable de la prueba de ADN en los procesos de investigación de paternidad y maternidad; **ii)** la necesidad de salvaguardar el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y rigorismos procesales; y **iii)** la procedencia de la acción de tutela como único mecanismo de defensa idóneo orientado a conjurar una situación jurídica consolidada bajo el instituto de la cosa juzgada, pero que al tiempo, lesiona de manera grave y evidente derechos fundamentales.

En cuanto a la importancia del dictamen de ADN como elemento de convicción con que nuestro ordenamiento dota al Juez encargado de proferir decisiones respecto a pretensiones filiatorias, denota la Sala el aporte brindado por la disciplina genética a la edificación normativa, al punto que el grado de certeza ofrecido por este tipo de pruebas en el cometido de excluir de manera incuestionable o establecer con certidumbre casi absoluta los vínculos biológicos pretendidos en dichos asuntos, verificable en todo caso a través de los procedimientos propios de las ciencias exactas, a su vez reconocidos y avalados por la comunidad científica internacional, impone según nuestra legislación vigente la obligatoriedad en cabeza del funcionario de obtener efectivamente su recaudo, sin que su misión se agote mediante el simple acto de decretar la pericia, como quiera que del establecimiento real de la filiación dimana la realización de derechos de indiscutible linaje fundamental como el reconocimiento de la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella, y a tener un estado civil, entre otros, los cuales alcanzan carácter prevalente cuando involucran a niños, niñas y adolescentes, entre otros.

La Corte sostuvo sobre el particular: *“Dado que el examen antro-heredo-biológico ha sido reconocido por la comunidad científica como el medio idóneo para excluir con absoluta certeza a los falsos imputados de paternidad o maternidad y para establecer éstas con una probabilidad del 99,999999%, dicha*

prueba guarda conformidad con lo dispuesto en la Ley 721 y siempre debe ser decretada. Como ya lo ha dicho esta Corte, y en ello se revela la importancia de que la prueba sea considerada científicamente idónea para establecer los verdaderos vínculos de filiación de una persona, el simple hecho de establecer la realidad de la relación de filiación involucra la protección de una serie de derechos: la personalidad jurídica (art. 14 C. P.), derecho a tener una familia y formar parte de ella (arts. 5, 42 y 44 C. P.), derecho a tener un estado civil; además, cuando se trata de menores los derechos fundamentales de éstos adquieren un carácter prevalente (art. 44 C. P.), y en la mayoría de los casos es en relación con dichos menores que se demanda en busca de establecer quien es su verdadero padre o madre.

Releva la Corte la importancia de velar por la aplicación material del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las meras formas y esquemas procedimentales, indicando que aplicar sanciones procesales por la ausencia de ejercicio de los medios de impugnación judicial cuando se encuentran en debate los derechos fundamentales de las personas, atenta contra dicho axioma pues comporta el desmedro de aquellos frente a las ritualidades y formalismos. Al punto se dijo:

Ha señalado esta Corporación, el principio de prevalencia estatuye el deber que tiene la autoridad judicial de proteger y salvaguardar las garantías individuales de las personas, en particular, en lo que se refiere a los derechos y libertades fundamentales, más allá del sometimiento a simples ritualidades y formalismos. La decisión rigurosa de declarar improcedente la acción de tutela cuando el actor no hizo uso del medio de defensa ordinario que tenía para hacer valer sus derechos, llevaría en determinados casos a que lo formal imperara sobre lo sustancial, pues, frente a la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales, prima la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa. De lo contrario, en aquellos eventos el juez de tutela estaría prestando su tácita aquiescencia frente a una vulneración de los derechos fundamentales de una persona, amparado en el subterfugio de la aplicación de una formalidad que debe ceder ante el derecho sustancial, por constituir éste la razón de ser de aquella. De acuerdo con lo estatuido en el artículo 228 de la Constitución Nacional, y tal como quedó expuesto en los numerales anteriores de esta sentencia, prevalece el derecho sustancial sobre las simples formalidades. La finalidad de las reglas procesales es otorgar garantía de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional. Entonces, en el caso concreto, el proceso de filiación extramatrimonial, en general, y la obligatoria práctica y consideración de la prueba antro-po-heredo-biológica, en particular, deben garantizar la certeza de la demostración de unos hechos-la existencia o la inexistencia de la filiación-que fundamentan los derechos a la personalidad jurídica y al estado civil del demandante en aquel. Es inobjetable que el actor dentro de la presente acción de

tutela es hijo del señor Ricardo Segundo Córdoba Morales. El medio probatorio primordial que da cuenta de ello no fue arrimado al proceso, es decir que fue omitida la prueba del hecho que da lugar al reconocimiento de derechos sustanciales del demandante. Esto, por causa de la negligencia que el Juez de conocimiento tuvo en su recaudo. En el ámbito del debido proceso, lo anterior debe ser comprendido en el espectro de lo que la doctrina de esta Corte ha denominado defecto fáctico. Como lo ha señalado la Corporación, este defecto comporta una dimensión omisiva que implica una falta en la producción o la valoración de pruebas determinantes de la veracidad de los hechos analizados por el juez y que, por consiguiente, obran como factores ineludibles en el reconocimiento del derecho sustancial. Consecuencialmente se configuró el llamado defecto sustantivo, en cuanto el Juez no aplicó las disposiciones que contemplan el reconocimiento de la condición de hijo, la cual acarrea derechos en el campo de las relaciones de familia, todo ello con manifiesta violación del ordenamiento jurídico.

No obstante, reconoce el Alto Tribunal la importancia del criterio jurisprudencial, según el cual, la procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales se subordina, por regla general, a la adecuada y oportuna utilización de los correspondientes medios de impugnación, insiste en que dicha regla debe condescender ante la necesidad de protección de derechos que revisten características de indisponibilidad tal es el caso de la filiación y el estado civil, los que en el caso concreto, al existir prueba que fehacientemente señala la identidad del progenitor del accionante tienen relación directa con su dignidad como persona, concluyendo que si bien en el asunto estudiado el actor dejó de interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia que denegó sus pretensiones, sus aludidos derechos no pueden resultar sacrificados por omisión de una diligencia que se constituye en palabras de la Corte en una carga procesal, con visos de actividad facultativa o discrecional que riñe de manera estruendosa con el carácter indisponible del estado civil de las personas. En palabras de la Magistratura:

“el hecho de que el actor dentro de la presente acción de tutela dejara de interponer, en el proceso de filiación extramatrimonial, el recurso de apelación al que tenía derecho contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto de Familia de Cali el 4 de diciembre de 2002, debe ceder ante la contundencia de la verdad científica y ante la trascendencia de los derechos que se ponen en juego. De lo contrario, el señor Jairo Edmundo Pabón se vería abocado de por vida a una situación de flagrante vulneración de sus derechos fundamentales a la personalidad jurídica y a su estado civil.

De igual manera, conociendo ahora sin posibilidad de duda la identidad de su padre, si se le negara el derecho que tiene a establecer su filiación y su estado civil, el señor estaría recibiendo menoscabo también en relación con su dignidad como persona humana. Señala el juez de primera instancia, para denegar el

amparo, que el actor en sede de tutela, al no interponer el mencionado recurso de apelación al que tenía derecho, consintió tácitamente el resultado adverso del proceso de filiación extramatrimonial.

La Sala debe señalar que existe un argumento de carácter sustancial que la lleva a disentir de los planteamientos hechos por el Juez y a considerar que la comprensión del problema por parte de éste no se ciñe a la doctrina constitucional. La interposición del recurso de apelación contra una sentencia, y en general de los recursos que la ley pone a disposición de las partes en un proceso, son una carga procesal.

La doctrina de esta corporación ha expuesto que la carga procesal es una conducta de realización facultativa establecida en beneficio del propio interés del gravado con ella, pero cuya omisión lo expone al riesgo de soportar consecuencias jurídicas desfavorables.

Así, pues, la carga procesal de interponer un recurso da la posibilidad al sujeto interesado de interponerlo o no, y si su decisión es la de no hacerlo, deberá aceptar las posibles consecuencias adversas a sus intereses que de ello deriven. No obstante, desde el punto de vista sustantivo las consecuencias desfavorables de la falta de interposición de un recurso pueden no ser aplicables, por tratarse de un derecho indisponible, como ocurre con los derechos fundamentales y, en particular, con el estado civil de las personas.

En tal sentido, el Art. 1º del Decreto-Ley 1260 de 1970 preceptúa que el estado civil es indisponible y el Código Civil establece que no se puede transigir sobre éste (Art. 2473). En el mismo orden de ideas, a manera de ejemplo, en la hipótesis de que un sindicado de un delito fuera condenado en Colombia a la pena de muerte y no apelara la decisión, de toda evidencia no sería constitucionalmente válido que se cumpliera la condena argumentando la existencia de una aceptación tácita por parte de aquel.”

También en el año 2004, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, en un caso similar a los descritos en anterioridad, evaluó la demanda tutelar deprecada, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, “la progenitura responsable”, a la alimentación, al nombre y a tener una familia de la niña agenciada, en contra del I. C. B. F. – SECCIONAL META en tanto se dilató y se omitió determinar una fecha probable para la práctica del examen con marcadores genéticos de ADN, requerido por un Juzgado de Familia dentro de un proceso especial de filiación extramatrimonial, con base en el excesivo número de pruebas pendientes de practicar en todo el territorio colombiano, todo lo cual, a pesar de que el presunto padre se mostró próximo a salir del país por un término indefinido. En dicho evento, atendiendo los planteamientos de la Doctora Clara Inés Vargas Hernández, a través de la Sentencia T – 609 del 17 de junio de 2004, el reseñado Cuerpo Judicial, tras afirmar el derecho de filiación como fundamental

y prevalente en el caso de los niños, niñas y adolescentes y el carácter imprescindible de la prueba genética en los asuntos de investigación de paternidad, en forma coetánea amparó el auxilio constitucional invocado, argumentando para ello, entre otras cosas, lo que sigue:

“...debe señalarse que a fin de que el derecho fundamental a la filiación se haga efectivo, existen mecanismos judiciales que permiten reclamar la filiación extramatrimonial a través de los procesos de investigación de paternidad regulados por la Ley 75 de 1968 y la Ley 721 de 2001, dentro de los cuales resulta fundamental la práctica de la prueba científica de marcadores genéticos de ADN, mediante la cual se puede establecer con un alto grado de certeza (99.9999 % de posibilidad⁶⁴) la filiación respecto a una persona.

Tal como la Corte Constitucional lo estableció en la sentencia C-807/02, M.P. Jaime Araujo Rentería, la práctica de esta prueba, no es el único medio probatorio que puede llevar al juez de familia a obtener la convicción que le permita declarar la paternidad solicitada en el curso de un proceso de investigación de paternidad, pues en virtud del artículo 3 de la Ley 721 de 2001, el juez puede acudir a otros medios probatorios que le permitan adoptar el respectivo fallo. No obstante, su práctica es obligatoria⁶⁵ y actualmente resulta indispensable para tener un soporte científico, confiable y riguroso con el que se pueda establecer la verdadera filiación garantizando el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Ahora bien, teniendo establecido que la prueba genética es un instrumento imprescindible en la búsqueda del establecimiento real de la filiación de una persona (generalmente, menor de edad), que garantiza la realización del derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica, es claro que el entorpecimiento de su práctica deviene no sólo en la vulneración de este derecho sino en el de otros principios y derechos fundamentales tales como el de dignidad humana (artículo 1 de la C. Pol.), el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la administración de justicia (artículo 229 de la C. Pol.) y el debido proceso sin dilaciones injustificadas, derechos que adquieren especial protección cuando están involucrados los menores de edad.

Esto por cuanto, tal como lo ha advertido esta Corporación⁶⁶, el derecho de toda persona a reclamar su filiación implica una resolución de fondo de las controversias planteadas en el proceso de investigación de paternidad en un lapso

⁶⁴ Concepto del Dr. Emilio Yunis Turbay, emitido el 17 de septiembre de 1997 en Sentencia C-04 de 1998 M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía.

⁶⁵ El Artículo 7 de la Ley 75 de 1968 modificado por el artículo 1 de de la Ley 721 de 2001 establece: “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%”. Al respecto ver sentencia T-997/03 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁶ Ver Sentencias T-431/92, T-348/93, T-604/95, T-190/95, T-502/97, T-577/98, T-1227/01.

de tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas, pues lo que se encuentra en juego es la consolidación de una serie de derechos y obligaciones que surgen a partir de la definición del estado civil de la persona, los cuales son básicos para la existencia digna del ser humano y el desarrollo libre de su personalidad...

... La Corte Constitucional en estos eventos, ha sido coincidente en establecer que con la conducta dilatoria adoptada por el ICBF, en la práctica de la prueba científica, se vulneran los derechos fundamentales del menor a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, la protección integral de la familia, la alimentación, la dignidad humana, la filiación, el reconocimiento de la personalidad jurídica y los derechos fundamentales del niño. Para el efecto ha considerado que la indeterminación respecto de la fecha en la cual se deben practicar los exámenes de ADN debidamente ordenados, implica la vulneración de tales derechos...

Así, siguiendo la técnica empleada por la Corte en anteriores pronunciamientos⁶⁷, se revocará la decisión de instancia, y se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, se le informe al grupo familiar de la menor Valentina Durán Blanco la fecha en que se practicará el examen con marcadores genéticos de ADN solicitado en el proceso de impugnación de paternidad señalado.”

Por lo tanto, y a fin de solucionar la problemática puesta a consideración, al tiempo que se ordenó al I. C. B. F. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, informe al grupo familiar de la agenciada, la fecha de toma de muestras para práctica de examen con marcadores genéticos de ADN solicitado en el proceso de paternidad, la Corte conminó al ente accionado para que en coordinación con la Superintendencia de Industria y Comercio, como entidad encargada de realizar la acreditación de los laboratorios de genética, agilice el proceso de certificación y acreditación de los laboratorios públicos y privados que se encuentren en capacidad de realizar la prueba genética en los términos contenidos en el artículo 10 de la Ley 721 de 2001, a efecto de cubrir la demanda actual y futura de este servicio.

Con posterioridad, advertido un supuesto de hecho similar al que motivó el pronunciamiento contenido en la ya reseñada Sentencia T - 183 de 2001, mediando ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, nuestro Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional revocó el fallo emanado del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva el 18 de noviembre de 2003, dentro de la acción de tutela instaurada por el Personero Municipal de La Plata, Huila, en nombre del niño Jesús Alfredo Peña, contra el I. C. B. F. - REGIONAL HUILA, y contrario a lo allí dispuesto, concedió el amparo excepcional de los derechos al debido proceso, a la definición de la filiación natural como atributo de la

⁶⁷ Ver Sentencias T-641/01 M.P.: Jaime Córdoba Triviño, T-183/01 M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, T-910/02 M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

personalidad y a la personalidad jurídica del agenciado. Nos referimos a la Sentencia T – 611 de 24 de junio de 2004, en cuya parte resolutive ordenó al accionado que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación, en coordinación con su sede central, informe al funcionario agenciante sobre la fecha en que tendrían lugar los exámenes decretados en el proceso de investigación de paternidad adelantado por el Juzgado Único Promiscuo de Familia de La Plata, a favor del niño en mención, bajo la advertencia de que las fechas deberían señalarse en un término razonable y oportuno, no obstante sin alterar los turnos previamente establecidos.

Como postulados para alcanzar la decisión, exaltó la Corporación el tiempo transcurrido desde que el Juez de Familia ordenó al Instituto demandado la práctica del experticio de ADN, en el que ni siquiera señaló fecha de ejecución ni suministró información alguna a los interesados, con excepción de la ofrecida ante el requerimiento formulado por el juez de amparo, según la cual, la prolongada irresolución obedecía a problemas de contratación administrativa entre el nivel central del ICBF y las entidades facultadas para realizar este tipo de pruebas en el país, explicaciones desestimadas por la Corte ante el evidente represamiento de las órdenes para práctica de los exámenes y la despreocupación de las seccionales en ofrecer soluciones a las inquietudes formuladas por sus usuarios, pretextando responsabilidad absoluta de los niveles directivos. Anotó la Corte en aquella oportunidad:

“Para esta Sala de Revisión no obstante las anteriores explicaciones del ICBF, esta acción de tutela debe concederse por las mismas razones por las que se concedió en la sentencia T-183 de 2001. En efecto, la situación fáctica no ha cambiado, pues, en los procesos de investigación de paternidad continúan represándose solicitudes de exámenes de ADN. Así mismo, el ICBF, Sede Central, está pendiente de resolver los asuntos concernientes a la contratación con las entidades y laboratorios para que realicen las pruebas de ADN en el país. Y continúa invariable la falta de información a quienes tienen interés legítimo de conocer en qué estado del trámite se encuentra la solicitud de la prueba y cuándo se realizará.

Aunado a lo anterior, para esta Sala de Revisión, tampoco constituye respuesta suficiente para un interesado el que el Instituto señale que la práctica de la prueba ya no es del resorte de la Regional sino del nivel Central del ICBF. Por el contrario, el ciudadano tiene el derecho a saber sobre el estado de la solicitud ordenada en el proceso y la fecha probable en que se resolverá, cuando la orden del juzgado se dirigió a la Sede Regional del Instituto. Esto quiere decir que permanece en cabeza de la oficina regional la obligación de resolver lo pedido en el proceso de filiación, obligación de la que no puede desprenderse simplemente manifestando que todo está en manos de la Sede Central del ICBF, como si fuera una entidad ajena a ella, porque para los interesados, la fuente inmediata de información y

resolución de estas solicitudes es la oficina regional y no la sede central y el ICBF es uno solo.

4.4 Se reitera, entonces, la jurisprudencia consignada en la sentencia T-183 de 2001 y se protegerán los derechos fundamentales del menor Jesús Alfredo Peña Cano relacionados con el debido proceso, el derecho a la definición de la filiación natural, como atributo de la personalidad y a la personalidad jurídica contenidos en los artículos 14, 29 y 44 de la Constitución...”

Sin embargo, el día 22 de julio de 2004 la Magistratura Constitucional, en la Sentencia T – 688 conducida por la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, negó el amparo al conocer de una demanda de tutela interpuesta, como fruto de estimar vulnerados los derechos fundamentales al reconocimiento de su personalidad jurídica, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso, en contra de la decisión de segunda instancia que, en virtud a un recurso de apelación y conforme a lo previsto en el artículo 5º de la Ley 75 de 1968 concordante con los artículos 248 y 335 del Código Civil, resolvió revocar la sentencia que declaró sin valor ni efecto el reconocimiento voluntario efectuado por el actor hacia septiembre de 1994, se aduce, como una manifestación no voluntaria, a favor de una niña, luego de que en el mes de septiembre del año 2001, ante los constantes requerimientos del impugnante que datan desde el año 2000, se practicara la prueba de ADN, dictamen que arrojó como resultado “Paternidad excluida”.

En tal sentido, luego abordar las causales genéricas de procedibilidad excepcional de la acción de tutela en contra de providencias judiciales y después de estudiar el fundamento del recurso de casación, la Corte Constitucional, negó el amparo deprecado señalando que era la casación el cauce legal que habilitaba al accionante para ventilar sus pedimentos, al tiempo que terminó efectivamente aceptando, como lo dijo el Tribunal accionado, que el demandante gozaba de trescientos (300) días subsiguientes a la fecha en que salió a la luz su interés actual de impugnar, dadas las condiciones que, indicó, afectaron la voluntad del acto de reconocimiento, esto es, a septiembre de 1994, de donde se tiene que, vencidos los mismos, recae sobre el asunto concreto el fenómeno de caducidad toda vez que la demanda de impugnación se interpuso el día 01 de octubre de 2001.

En ese orden de ideas y para claridad de lo anterior, dable es citar el argumento principal del pronunciamiento de la Corte Constitucional que a la letra reza:

“En el caso sub examine, el actor alega que la entidad accionada ha realizado una interpretación inconstitucional de la expresión “interés actual” contenida en el artículo 248 del Código Civil. Sin embargo, tal y como lo señaló la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, el actor contaba con la posibilidad de ejercer el recurso

extraordinario de casación, contra la providencia en la cual considera que fueron vulnerados sus derechos fundamentales.

En efecto, el artículo 366 del código de procedimiento Civil, señala que el recurso de casación procede contra las sentencias de 'segundo grado dictadas por los tribunales superiores en procesos ordinarios que versen sobre el estado civil, y contra las que profieran en única instancia en procesos sobre responsabilidad civil de los jueces que trata el artículo 40'.

En virtud de lo anterior, la Sala reitera que la tutela no ha sido establecida como un mecanismo paralelo o sustitutivo de los procedimientos legalmente establecidos, por cuanto su carácter subsidiario hace que su procedencia contra sentencias judiciales, tenga un carácter excepcional. Por tal razón, la acción de tutela impetrada es improcedente, ya que, como lo ha señalado reiteradamente esta Corporación, especialmente en la sentencia T – 108 de 2003, la Casación no está circunscrita únicamente a unificar jurisprudencia sobre normas de rango legal, sino que su función también comprende la aplicación de las normas constitucionales y la protección de los derechos fundamentales.

Para el caso objeto de estudio, la acción de tutela sería procedente contra la providencia del Tribunal, si se diera el caso de (i) no haber sido posible adecuar esa decisión a la normatividad constitucional por medio del recurso de casación, ii) no fuera posible ejercer ese recurso o iii) si se vislumbra un perjuicio irremediable, para lo cual la acción de tutela procedería como un mecanismo transitorio, hipótesis que en el presente caso no se cumplen.

En conclusión, cuando el actor no hace uso de este recurso, en la oportunidad procesal establecida, la acción de tutela se torna improcedente...

...Esta Corporación decidiría denegar el amparo solicitado, argumentando principalmente que el accionante había contado con la posibilidad de ejercer el recurso extraordinario de casación."

De ahí que el Tribunal Constitucional no profundizó sobre la cuestión jurídica puesta a consideración en cuanto que sobre este respecto puntualizó advirtiendo:

*"Con base en lo expuesto, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos. Primero, deberá establecer si la acción de tutela es el mecanismo adecuado para resolver las pretensiones del actor, debido a que contra la decisión tomada por el Tribunal demandado, procedía el recurso extraordinario de casación. **De resolverse afirmativamente el anterior cuestionamiento, entrará la Corte a resolver de fondo el presente asunto, determinando si la interpretación realizada por el Tribunal, constituye una vía de hecho con el cual son vulnerados los derechos fundamentales del actor.**" (Negritas fuera del original).*

Puestas en ese estado la cosas, no cabe duda de que el pronunciamiento reseñado desconoció el valor que antes se había otorgado a la prueba genética al tiempo que omitió de forma irreverente el significado que le fue atribuido al derecho a la filiación como parte innominada del derecho a la personalidad jurídica y a la garantía del debido proceso. Y es que se brindó particular relevancia al aspecto procedimental en detrimento de los intereses de tipo sustancial que se encontraban en el centro del debate, cuales son, velar por el amparo del derecho al nombre y a conocer el verdadero vínculo filial de una niña que, fuera de constituir el punto básico del asunto, se invocaron a favor de un sujeto preferente de derechos al tenor del consabido artículo 44 Superior.

Por su lado, en la Sentencia T- 690 del 22 de julio de 2004, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, tras ventilar la presunta vulneración a los derechos a la intimidad personal y a no recibir tratos crueles y degradantes por parte del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC, en lo que se refiere al procedimiento en operativos de requisas de rutina y control de visitas, denunciados por uno de los internos allí reclusos, luego de enumerar las diversas situaciones en que nuestro estatuto procesal civil contempla la posibilidad de realizar inspecciones a las personas, siempre bajo la óptica de que tales procedimientos se encuentran sometidos a reserva legal y judicial, amén que debe garantizarse en su realización el principio de dignidad humana, releva la importancia de la prueba de ADN en la consecución de la verdad porque, explica, el alcance de la Ley 721 de 2001 radica en permitir precisamente esta clase de injerencias con el propósito de establecer de manera fehaciente la paternidad y la maternidad. Lo dicho, fue abordado por la Corte en los siguientes términos:

“El Código de Procedimiento Civil, por su parte, regula el examen judicial de personas, lugares, cosas o documentos. Aclara que cuando se trate de inspección de personas el juez podrá ordenar exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquellas, dispone que la renuencia de las partes a permitir dichos exámenes será apreciada como indicio en su contra, y prevé que de lo acontecido dentro de la diligencia se levante una acta, que de cuenta de los hechos, respaldada con la firma de quienes intervinieron en su realización –artículo 246 del C.P.C.-

También la Ley 721 de 2001 permite la intervención corporal con el fin de comprobar la paternidad o maternidad, en cuando dispone que los jueces ordenarán la práctica de los exámenes que requiera la determinación por medios científicos de la filiación natural, con efectos contundentes respecto de los renuentes, porque, si los convocados no permiten su práctica, el juez ‘sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa’.

No queda duda, entonces, de la claras reservas legal y judicial que demandan las investigaciones, comprobaciones y registros corporales, porque en todos los casos que tales procedimientos se realizan, una norma los permite y son los jueces quienes los ordenan delimitan y garantizan, de manera que no se atente contra la integridad moral, física y mental de las personas, y de contera se respete su derecho a la defensa, y, por consiguiente, al silencio, amén de que en todos los casos tales injerencias demandan la intervención de profesionales idóneos y técnicas adecuadas.”

Ulteriormente, con fundamentación a cargo del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra en la Sentencia T – 730 del 05 de agosto de 2004, la Corte Constitucional revisó la acción de tutela que se propuso, por violación de los derechos fundamentales al debido proceso, protección especial del menor, derecho a la personalidad jurídica y acceso a la administración de justicia, en contra del Tribunal Superior de Ibagué, Sala Civil-Familia, como quiera que dicho cuerpo colegiado dentro de un asunto de filiación extramatrimonial decidió decretar, de manera oficiosa y como resultado del recurso de alzada formulado en contra del fallo de fondo del juez de primera instancia, el recaudo del registro civil de matrimonio de la actora que verificara si ésta poseía o no vínculo conyugal al momento de la concepción del niño demandante, todo lo cual, a fin de dar aplicación a la presunción legal de la paternidad legítima.

Para sustentar su reclamo, la accionante señaló que, al momento de la expedición del auto protestado, los términos procesales para el decreto y práctica de pruebas se encontraba vencido y que, además, la aludida probanza, ante la firmeza que halló el favorable dictamen científico de ADN en el decurso del trámite, violenta los derechos fundamentales del niño agenciado toda vez que, *“...mal se haría endilgar la paternidad al señor..., quien no es el padre del menor y permitir que no la asuma el demandado..., habiéndose comprobado su paternidad”*, en obediencia a tal presunción. En ese sentido, se solicitó declarar la nulidad del auto cuestionado por presunta incursión en vía de hecho y consecuentemente, ordenar al tribunal accionado decidir sobre el recurso sin más dilaciones bajo el tenor del parágrafo 2º de artículo 8º de la Ley 721 de 2001.

Como consecuencia, la Corte negó el amparo advirtiendo, entre otras cosas, que el cargo formulado no constituye una vía de hecho siempre que la autoridad judicial demandada bien hizo en contemplar *“...necesario el decreto de la prueba a que alude el auto cuya nulidad se solicita, con el fin de obtener mayores elementos de juicio que le permitieran establecer la verdad real del proceso de filiación sometido a su conocimiento, sin que ello pueda ser considerado como una actitud arbitraria o caprichosa, pues como lo expresa la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, el Código de Procedimiento Civil (arts. 179 y 180), faculta al juez o magistrado para decretar pruebas de oficio que considere útiles para la verificación de las alegaciones de las partes.”*

De esta suerte, en la especie de estudio surge evidente la tendencia formal del Tribunal Constitucional dirigida a concretar, en tratándose de los procesos de investigación de la paternidad, aquella “verdad real” no sólo en el respaldo científico del resultado de la prueba de ADN sino también en los medios documentales y testimoniales para hacer manifiesta la armonía del acervo probatorio que debe caracterizar la sentencia de filiación, tesis que revalúa en el presente caso el concepto de “tarifa legal o científica” en cuyo límite se ha inscrito en ciertas oportunidades al dictamen genético.

Más adelante, tenemos a la Sentencia T- 1226 del 07 de diciembre de 2004 siendo Magistrado Ponente el Doctor Manuel José Cepeda Espinosa, donde la Corte asumió la revisión de la acción de tutela impetrada por Benedicto Garavito Palacios en contra del proveído emanado de Sala de Casación Civil de la Corte de la Suprema de Justicia el 04 de diciembre de 2003, cual declaró infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso de investigación de la paternidad adelantado en su contra. La última providencia citada confirmó el fallo que en primera instancia profirió el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Tunja declarando al actor (en sede de tutela) como padre extramatrimonial de la niña Laura Vanessa Flórez Chiquillo, con base en distintos medios probatorios que incluían una prueba antropo heredo biológica producida por el Laboratorio de Genética del I. C. B. F.

Sucedió en aquel asunto que, con posterioridad al fallo de segunda instancia, se practicó una nueva prueba de ADN cuyo resultado excluyó la paternidad del tutelante, de modo que por tal razón instauró denuncia penal contra la Directora del Laboratorio de Genética del I. C. B. F. que fungió como tal para la época del primer examen e interpuso luego el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del Tribunal, con fundamento en la causal descrita en el numeral 4º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

Dentro del proceso penal, la Fiscalía ordenó la práctica de una adicional prueba de ADN a cargo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que confirmó que el accionante no podía ser el padre de la niña. Sin embargo, la Fiscalía decidió precluir la investigación contra la citada Directora del Laboratorio de Genética del I. C. B. F. pues estimó que para la época en que se realizó la primera prueba, la tecnología genética en el país no estaba suficientemente avanzada y, así mismo, concluyó que la sindicada no había tenido ánimo de perjudicar al denunciante cuando elaboró el dictamen.

En vista de que la Fiscalía había archivado la investigación penal, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia declaró infundado el recurso de revisión aduciendo que dicho recurso no constituye una tercera instancia en la cual se puedan replantear los problemas de fondo controvertidos en el proceso, señalando que en esa medida, no se configuraba la causal cuarta de revisión

alegada por el actor pues ésta exige la condena penal del perito que elaboró el dictamen que sirvió de base para proferir la sentencia.

Por otro lado, en consideración a la naturaleza extraordinaria del recurso de revisión, observó la Corte Suprema de Justicia que tampoco cabía examinar si los hechos alegados correspondían a otra causal de las señaladas en el artículo 380 del código adjetivo civil.

Adicionalmente, vale resaltar que la Fiscalía General de la Nación profirió, el día 13 de octubre de 2004, resolución de acusación contra la madre del menor por el delito de fraude procesal debido a que ella afirmó que el único hombre con el cual había tenido relaciones sexuales era el señor Garavito Palacios, afirmación derruida categóricamente dado que la prueba genética lo excluyó como padre de la niña.

En conclusión, se tuvo por cierto que de conformidad con los dictámenes científicos actuales (entre ellos, exámenes de ADN), el actor no puede, de ninguna manera, ser considerado padre extramatrimonial de Laura Vanessa. No obstante, en orden a que en el proceso penal no fue condenada la persona responsable de la prueba realizada en el Laboratorio de Genética del ICBF, decisión que sirve de base a la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que desestimó el recurso de revisión instaurado por el actor, éste seguiría apareciendo como padre de la menor, con todas las consecuencias que ello apareja, no solo para él, sino sobre todo para la menor, que desconoce quién es su verdadero padre.

Entonces, la Sala Tercera de Revisión Constitucional consideró que la situación planteada es inaceptable, habida cuenta que, so pretexto de la no configuración de la causal 4º del recurso extraordinario de revisión y pese a que el actor hizo uso de los medios de impugnación a su alcance, ante la contundente realidad científica, no se puede obligarlo a tener como su hija a una niña que no lo es, y consecuentemente, a ella a tener por padre a alguien ajeno a tal condición, todo lo cual constituye grave afectación de sus derechos a la filiación (C.P., art. 14), a la familia (C.P., art 42), al libre desarrollo de la personalidad (C.P., art. 16) y a la dignidad (C.P., art. 1), además de su derecho de acceder a la justicia y a la tutela judicial efectiva (C.P., art. 229).

Por otro lado, aparece claro que el actor hizo uso de todos los recursos para impugnar la decisión de la jurisdicción de familia: apeló el fallo de primera instancia, inició la acción penal contra la jefe del laboratorio del I. C. B. F. y presentó el recurso extraordinario de revisión ante la Corte Suprema de Justicia, y solamente cuando todos estos mecanismos judiciales fracasaron para sus intereses acudió a la tutela.

En ese orden, la Corte Constitucional revocó la sentencia que había denegado la solicitud de amparo elevada por el señor Benedicto Garavito Palacios contra la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para en su lugar concederla respecto de los derechos citados en precedencia, como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción civil o la penal decidían lo de su competencia, disponiendo la suspensión temporal de los efectos jurídicos del registro civil de la niña Laura Vanessa Flórez Chiquillo en relación con el señor Benedicto Garavito Palacios, mientras el juez penal, en el proceso adelantado contra Milene Claudia Liliana Flórez Chiquillo, o el juez civil en sede de revisión, adopten una decisión definitiva sobre dicho registro civil, y señalando que en el entretanto el actor no tendría ni los deberes ni los derechos inherentes a la paternidad contenida en dicho documento.

Adicionalmente, facultó al accionante para que con fundamento en la sentencia y conforme las previsiones del Código de Procedimiento Penal, solicite la aplicación de los artículos 21 y 43 del mismo código a fin de que se provea de manera cautelar o definitiva sobre la cesación de los efectos del registro civil en relación con él, en condición de padre. Conjuntamente, la Corte habilitó un término de tres meses para que el actor interponga un nuevo recurso de revisión contra la sentencia de filiación.

Los apartes destacados de dicho pronunciamiento son:

“En este caso, el remedio adecuado debe asegurar que el derecho fundamental a la filiación – y todos los demás que se desprenden de él - sea efectivamente aplicado, teniendo en cuenta el hecho determinante, y demostrado oportunamente en el proceso de revisión, de que el actor de este proceso está excluido de ser padre biológico de la menor. Así, la orden que se profiera debe estar dirigida a evitar tanto que la menor tenga por padre biológico a quien no lo es, lo cual le impediría averiguar quién es realmente su progenitor, como que el actor tenga que resignarse a aceptar como su descendiente a una niña que a todas luces no es su hija.

Ahora bien, el examen de la sentencia de revisión proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia conduce a la conclusión de que la providencia no constituye una vía de hecho, puesto que en ella la Sala de Casación Civil aplicó las leyes vigentes, de conformidad con la jurisprudencia de la misma Sala y con el texto del numeral 4 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, el perito no fue condenado penalmente, lo cual impide dar por demostrada dicha causal. Sin embargo, también encuentra la Corte que los derechos fundamentales del señor Garavito y de la niña no resultan efectivamente protegidos por la sentencia de revisión, porque los exámenes genéticos han demostrado a plenitud que entre los dos no existe un vínculo de filiación natural.

Por consiguiente, en este caso no es técnicamente apropiado declarar la existencia de una vía de hecho. En primer lugar, porque la sentencia de revisión aplicó el orden legal y la jurisprudencia civil, lo cual significa que no incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo. Y en segundo lugar, porque, si se atiende a las reglas que rigen el recurso de revisión civil, la Corte no podía partir de la prueba de ADN para quebrar la sentencia. Por consiguiente, tampoco se presentó una vía de hecho por defecto fáctico. Cabe entonces concluir que la situación que se analiza dentro de este proceso responde al orden legal vigente, que establece unos parámetros que restringen el alcance del recurso extraordinario de revisión.

Por otra parte, es importante anotar que no le corresponde a la Corte modificar la legislación por vía de tutela. Esa es una tarea propia del Congreso de la República, máxime cuando se trata de una materia de esta naturaleza. Sin embargo, sí es deber del juez de tutela proteger los derechos fundamentales. Pero para ello no es necesario dejar sin efectos la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, puesto que existe un remedio judicial aún más efectivo, como se explica a continuación.

La vulneración de los derechos constitucionales fundamentales del actor y de la niña se materializa en este caso en el registro civil de la niña Laura Vanessa Flórez Chiquillo, donde, por causa de las sentencias de investigación de paternidad, consta que el señor Benedicto Garavito Palacio es su padre. Dicho registro es contrario a la verdad demostrada en los procesos penales adelantados contra la jefe del Laboratorio de Genética del ICBF y contra la mamá de la niña, y en el presente proceso de tutela. Frente a esa discordancia entre la realidad y lo que dice el registro, y en vista de la vulneración de derechos fundamentales que ello genera, el juez de tutela, de acuerdo con lo que establece el artículo 23 del decreto 2591 de 1991, debe proferir un fallo que apunte a “garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cundo fuere posible”. Por lo tanto, en este caso lo procedente es que el juez de tutela disponga la suspensión de los efectos jurídicos de dicho registro civil y de todas las consecuencias jurídicas que de él se derivan en relación con la persona que fue declarada como padre, mientras el juez penal en el proceso contra Milene Claudia Liliana Flórez Chiquillo, o el juez civil en los términos que se señalarán más adelante, adopten una decisión definitiva sobre dicho registro civil. Por lo tanto, esta Sala declarará que, hasta que la jurisdicción civil o penal se pronuncien, el actor no estará obligado a cumplir, aunque de buena voluntad puede hacerlo, con los deberes de la paternidad ni podrá reclamar los derechos inherentes a la misma...”

Acto seguido, en la Sentencia T – 390 del 14 de abril de 2005, la Sala Segunda de Revisión, siendo ponente el Doctor Alfredo Beltrán Sierra y con salvamento parcial de voto del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, ventiló el caso de José Ignacio Estrada Arango, quien a través de apoderado interpuso acción de tutela ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín contra la Sentencia

dictada el 02 de agosto de 1988 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esa ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por Rosa María López de Estrada que culminó declarando la falsedad de la inscripción del estado civil de José Ignacio Estrada López, padre del actor quien aparecía registrado como hijo legítimo de José Ignacio Estrada Monsalve y Rosa María López Estrada, en el folio 577, tomo 21 de 1968 de la Notaría Primera de Medellín, asiento documental, conforme al que, Estrada López, nació el 6 de enero de 1966 en esa ciudad.

Como quiera que el 07 de abril de 1985 falleció Estrada Monsalve, su cónyuge supérstite y su hijo José Ignacio Estrada López demandaron la apertura del correspondiente proceso sucesoral, asunto en cuyo decurso falleció el mencionado hijo (padre del accionante), quien se encontraba casado con la señora María Liliana Arango, unión en la que fue procreado el demandante José Ignacio Estrada Arango, a quien en consecuencia le asistía el derecho de comparecer al sucesorio en representación de su difunto progenitor y de contera, con la calidad de único heredero, representado judicialmente por su madre. Ante tal escenario y por cuanto las acciones para atacar los vínculos de paternidad y maternidad habían caducado, Rosa María López de Estrada, madre de José Ignacio Estrada López, demandó la falsedad de la inscripción del estado civil de aquél, con el propósito de desconocer los derechos hereditarios de José Ignacio Estrada Arango.

El efecto del fallo del Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín fue el de suprimir el registro civil de José Ignacio Estrada López, quien, consecuentemente, quedó desprovisto de apellidos tanto paternos como maternos, lo cual se tradujo en la ausencia de filiación paterna de su hijo (el accionante), aunada a la afectación de sus derechos patrimoniales.

En su análisis, resalta la Corte que la jueza civil de instancia se limitó a declarar la falsedad del asiento registral con base en la falta de veracidad de los testimonios que lo soportaban, indicando como fundamento normativo el artículo 103 del Decreto 1260 de 1970, que a juicio de la Sala no era el atinente, en atención a que el verdadero objetivo de la demandante López de Estrada, era desconocer su propia maternidad respecto de José Ignacio Estrada López, alegando falso parto, acción que, indicó la Corte, se rige por lo preceptuado en el artículo 335 del Código Civil, pero respecto de la cual, el artículo 336 ibídem consagra un término de prescripción de 10 años, ampliamente superado para la época de radicación de la demanda, circunstancia que imponía a la funcionaria judicial el deber, por ella omitido, de rechazarla de plano al tenor del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil. Además, dijo, pese a que la parte demandada no alegó tal hecho por vía de excepción según lo señala el artículo 97 ejusdem, le atañía a la judicatura declararla de oficio como lo prevé el artículo 306 de la misma codificación, lo que tampoco hizo.

Es pertinente resaltar, tal como se duele el actor, que la causal de falso parto resultó probada a juicio de la funcionaria judicial con base en las declaraciones de personas que conocieron a la pareja Estrada Monsalve – López y el experticio médico arrojado al proceso según el cual “es *IMPOSIBLE CON ABSOLUTA CERTEZA*” que Rosa María López de Estrada hubiera tenido un hijo.

Muy a pesar de advertir el propósito desleal y torticero de mimetizar la verdadera pretensión de impugnación de maternidad demandando la falsedad del registro civil a fin de eludir la sanción de la caducidad que había operado respecto a la primera, con las graves implicaciones para los derechos del difunto José Ignacio Estrada López y toda su progenie, incluido el solicitante del amparo, la Alta Magistratura otorga gran relieve al hecho de que para el tiempo de iniciación del trámite ordinario, a pesar de ser éste menor de edad, estuvo representado judicialmente por el profesional del derecho designado por su madre y representante legal, litigante que dejó de proponer la indicada excepción de caducidad y además, se abstuvo de atacar la sentencia que le fue adversa, renunciando con ello a la posibilidad de acudir al recurso de casación en el evento de que la apelación hubiese fracasado, medio éste último con vocación de evitar el cumplimiento de la sentencia, según lo consagra el inciso primero del artículo 371 del Código de Procedimiento Civil.

En esos términos, remata la Sala apuntando que en tanto la filiación materna del accionante pervive, no existe vulneración al derecho que le asiste de ser individualizado frente a la familia y la sociedad, afirmando que la alteración de su apellido paterno, fue el producto de una decisión judicial, adoptada al interior de un proceso al que él compareció representado legalmente por su madre, y en el que se dictó sentencia que alcanzó legal ejecutoria el 22 de agosto de 1988, al no haberse interpuesto en su contra recurso alguno.

Así expuso la Corte sus planteamientos:

“Como se sabe, el legislador ha establecido diferentes procesos a través de los cuales se tramitan y resuelven las controversias que surjan de las relaciones entre las personas, ya sea familiares, civiles, comerciales, o de otra índole. Cada uno de esos procesos tiene unos procedimientos a los cuales han de sujetarse las partes y el juez a fin de garantizar el derecho de defensa y el debido proceso. Entre ellos están la práctica de pruebas, la proposición de excepciones o su declaración oficiosa cuando ello sea procedente, los alegatos de las partes, la proposición de recursos, todo ello con el propósito de dilucidar los hechos que se controvierten a fin de llegar a una solución del conflicto que consulte en la medida de lo posible la verdad de los asuntos objeto del litigio.”

En el proceso que dio lugar a la presente tutela, el apoderado designado por la representante legal de José Ignacio Estrada Arango, tuvo todas las oportunidades procesales para controvertir la pretensión de falsedad que se alegaba, y, una vez

proferida la sentencia, la cual a la postre resultó desfavorable a los intereses de su representado, contaba con la posibilidad de interponer el recurso de apelación, pero no lo hizo, y con ello, cerró la posibilidad de acudir al recurso de casación en el evento de que la apelación no le hubiere sido favorable, recurso éste último que impedía el cumplimiento de la sentencia, como lo consagra el inciso primero del artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, según el cual 'L]a concesión del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla, salvo en los siguientes casos: Cuando verse exclusivamente sobre el estado civil de las personas; cuando se trate de sentencia meramente declarativa; y cuando haya sido recurrida por ambas partes'.

Si bien cuando se profirió la sentencia (agosto 2 de 1988) el demandante contaba con dos años de edad, no puede ser aceptado el argumento esgrimido por su apoderado en la acción de tutela, en el sentido de que dada su condición de menor de edad se encontraba en la imposibilidad de ejercer sus derechos, pues para ello la ley ha establecido que quienes no tienen capacidad para comparecer al proceso por sí mismos, deberán hacerlo por intermedio de sus representantes legales⁶⁸, como en efecto sucedió en el caso que se analiza, como quedó visto. En el trámite del proceso, José Ignacio Estrada Arango actuaba como parte, por lo tanto, no se puede aceptar que desconocía la sentencia y que solamente tuvo conocimiento de ella a partir de su inscripción en el registro civil, pues ello se traduce en que hubo un ocultamiento deliberado de su verdadero estado civil por parte de su madre. Pero esa conducta de ella escapa al ámbito propio de la acción de tutela.

Mediante la acción de tutela no se pueden revivir oportunidades procesales que hubieran permitido subsanar los yerros cometidos en el curso del proceso, menos cuando ellos se derivan de la incuria del apoderado judicial pues, como se señaló, cada proceso judicial tiene establecidos sus propias formas para garantizar plenamente el derecho de defensa y permitir que los jueces tengan conocimiento de los cuestionamientos de sus actuaciones.

Ahora, podría argumentarse que pese al transcurso del tiempo (casi diecisiete años después de proferida la sentencia), el derecho fundamental al nombre y a la personalidad jurídica del demandante persiste en el tiempo, pues con la sentencia controvertida se desconoció su filiación paterna. Sin embargo, pese a la fuerza de dicho argumento, lo cierto es que su derecho a ser individualizado frente a la familia y la sociedad no ha sufrido menoscabo, pues su filiación materna permanece incólume, y la variación respecto del apellido paterno, ha sido la consecuencia de una decisión judicial, adoptada en un proceso en el que él fue parte por intermedio de su representante legal, y en el que se dictó sentencia que por no haber sido impugnada quedó ejecutoriada desde el 22 de agosto de 1988, circunstancia esta que impide a la Corte conceder la tutela impetrada..."

⁶⁸ Art. 44, modificado por el D.E. 2282/89 art. 1, num. 16. C. de P.C.

Según viene de verse la decisión mayoritaria de la Sala nada aporta al presente trabajo y a nuestra propuesta como sí lo hace el salvamento de voto, según el cual, el fallo finalmente plasmado subvaloró la relevancia que a la luz del derecho constitucional se debe conferir a los derechos a tener una familia y a la personalidad jurídica, cuya consagración supralegal para la fecha de expedición de la sentencia civil censurada (agosto 02 de 1988), constaba en sendos instrumentos internacionales⁶⁹, pues restó importancia al hecho de que la acción de impugnación de maternidad había caducado para el momento de incoación de la demanda, y además se desconoció el derecho de defensa del inscrito José Ignacio (antes Estrada López), quien había muerto y de su hijo José Ignacio Arango (antes Estrada Arango), quien tenía apenas dos años y no contó con la más mínima muestra de diligencia profesional por parte de su apoderado, por lo que resalta en su disenso: *“...desde el punto de vista constitucional, no del derecho civil, sí era posible adoptar remedios que salvaguardaran los derechos fundamentales a tener una familia y a la personalidad jurídica de los señores José Ignacio Arango, que perdió irremediablemente a la mitad de su familia -la paterna- y José Ignacio (padre), quien como ya se mencionó, carece de apellidos tanto paternos como maternos. Estos derechos, además de estar reconocidos por tratados internacionales vigentes para Colombia antes de que se profiriera la sentencia civil, están expresamente garantizados por la Constitución de 1991...”*

Finalmente, es preciso comentar que ante la confirmación en sede de revisión de la sentencia que denegó la tutela, a través de apoderado judicial, el accionante solicitó la nulidad de ésta, tildando a la misma de *“ampliamente violatoria del derecho fundamental al debido proceso”*, pues, señala, auspició el patente detrimento de los derechos fundamentales del accionante, desconociendo el alcance de tratados internacionales suscritos por Colombia sobre protección de los niños y de la familia, petición despachada en forma desfavorable por auto 057 del 15 de febrero de 2006 con proyecto a cargo del Doctor Alfredo Beltrán Sierra, en la que se reiteró los argumentos propios de la aludida providencia, resaltando el carácter *“sumamente excepcional”* del incidente de nulidad que bajo expresos presupuestos se abre paso, cuando por ejemplo se advierte evidente vulneración del debido proceso, que según enfatiza, se configura por desconocimiento de la existencia de cosa juzgada constitucional o cuando la jurisprudencia de la Corte

⁶⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante la Ley 74 de 1968), artículo 16: Derecho de todo ser humano al reconocimiento de la personalidad jurídica; artículo 23: derecho de la familia a recibir protección de la sociedad y del Estado, derecho a fundar una familia; artículo 24: Derecho de los niños a recibir protección de la familia, el Estado y la sociedad; derecho de todo niño a ser inscrito inmediatamente después del nacimiento y a tener un nombre. Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada mediante la Ley 74 de 1968); artículo 03: Derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica; artículo 18: Derecho de toda persona a tener un nombre propio y a tener los apellidos de sus padres o al menos los de uno de ellos dos; artículo 19: Derecho de todo niño a tener las medidas de protección que por su condición de menor requiera por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

sufre mutaciones por efecto de las decisiones de sus salas de revisión, competencia esta privativa de la Sala Plena de la Corporación, que no deviene de la simple disparidad del criterio del accionante o de su necesidad de hacer prosperar sus particulares pretensiones.

Posteriormente, tenemos la Sentencia T - 406 del 15 de abril de 2005, plasmada a partir de la propuesta del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, que confirmó el pronunciamiento nugatorio del amparo frente a las sentencias de primera y segunda instancia, proferidas, en su orden, por el Juzgado 5º de Familia de Cúcuta y la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de la misma capital, dentro del proceso promovido por Luz Marina Rodríguez Díaz con el propósito de obtener la determinación judicial de la filiación paterna de su hija, María Andrea, menor de edad, en las que no se calificó el efecto derivado de la renuencia del demandado a comparecer en varias ocasiones tanto a la prueba antropo heredo biológica como al interrogatorio de parte a que fue citado, procediendo, los jueces de instancia a dictar sentencias que negaron las pretensiones de la demandante con ausencia de una prueba técnica que diera cuenta sobre el pretendido vínculo parental.

En dicha oportunidad, a pesar de que reconoce la Corte que providencias judiciales de ese talante menoscaban normas legales sobre valoración probatoria, vulnerando con ello los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia de la parte vencida, centra su atención en calificar estrictamente los caracteres de subsidiariedad e inmediatez temporal que se reclaman del dispositivo excepcional de amparo, escrutinio que, apunta el Alto Tribunal, no soporta el caso analizado en el que a más de sustraerse la parte demandante de interponer el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de segunda instancia adoptada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cúcuta, se acudió a la acción constitucional después de veinte meses de proferida la última providencia, agregando que subsistía la posibilidad de invocar la revisión de la misma con base en la causal prevista por el numeral 6 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

Denotó la Corte Constitucional que:

“4. Si bajo esos presupuestos se analiza el caso que ocupa la atención de la Sala, se advierte que en él no están satisfechos los principios de subsidiariedad e inmediatez temporal.

En efecto, como en su momento lo indicó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la actora podía interponer recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cúcuta pues ese recurso suministraba la oportunidad idónea para promover un juicio de legalidad contra esa sentencia y para que la decisión se ajustara a la regulación legal de la prueba. Pero esa oportunidad se desaprovechó y de allí por qué la actora se vea en la necesidad de requerir amparo

constitucional. No obstante, este mecanismo, en tales condiciones, es improcedente pues la protección superior de los derechos fundamentales afectados no es posible cuando el actor no ha ejercido los medios ordinarios de defensa judicial que le suministra el ordenamiento jurídico. Si a pesar de ello se considerara la posibilidad de conceder el amparo, se estaría desconociendo una característica que el propio constituyente le atribuyó a la acción de tutela y se estaría asumiendo a ésta como un recurso idóneo para revivir una oportunidad procesal perdida.

Por otra parte, es también muy relevante que habiéndose dictado la sentencia de segunda instancia el 19 de diciembre de 2002, la solicitud de protección constitucional se haya interpuesto sólo el 18 de agosto de 2004, es decir, un año y ocho meses después de proferido el pronunciamiento judicial que se estima violatorio de los derechos fundamentales de la actora. Este proceder contraría el principio de inmediación temporal que rige en materia de tutela y que se orienta a someter a plazos razonables los requerimientos de protección de derechos fundamentales, mucho más cuando ellos se formulan contra pronunciamientos judiciales dotados del valor de cosa juzgada.

5. En estas condiciones, no hay lugar al amparo constitucional pretendido, motivo por el cual se confirmará la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2004 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Por último hay que indicar que la actora puede considerar la posibilidad de interponer acción de revisión contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, Sala Civil, pues la causal prevista en el numeral 6º del artículo 380 del CPC admite tal acción por ‘Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de la partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente’, supuesto al que podría adecuarse la actitud asumida por el demandado en ese proceso y en virtud de la cual se profirieron decisiones ilegales, susceptibles de afectar los derechos de la actora y de su pequeña hija...”

En esos términos, en perjuicio de los derechos fundamentales, la Corte dio lugar al rigorismo procesal y a la ritualidad del trámite, cuando su deber era propender, en sede de tutela, por el efectivo recaudo de la probanza científica a fin de verificar la vigencia del precedente, el que, para bien de la presente propuesta, se resaltaría en el siguiente caso.

Con sustanciación del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, analizó la Corte Constitucional, en Sentencia C - 476 del 10 de mayo de 2005, la demanda de inconstitucionalidad formulada por el ciudadano Johan David Saldaña Anzola contra el artículo 3 y el inciso 2º, artículo 8 de la Ley 721 de 2001 “por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968”.

Este es el texto de las normas acusadas:

“...Artículo 3º. Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente...”

Artículo 8º. El artículo 14 de la Ley 75 de 1968, quedará así:

Presentada la demanda por la persona que tenga derecho a hacerlo se le notificará personalmente al demandado o demandada quien dispone de ocho (8) días hábiles para contestarla. Debe advertirse en la notificación sobre los efectos de la renuencia a comparecer a la práctica de esta prueba.

Con el auto admisorio de la demanda el juez del conocimiento ordenará la práctica de la prueba y con el resultado en firme se procede a dictar sentencia.”

Señala el demandante que las normas en cita le imponen al juez que conoce procesos de filiación el deber de fundamentar su decisión únicamente en las resultas de la prueba de ADN, de tal suerte que se erige en “única e incontrovertible”, con lo que el experticio se traduce en sentencia judicial, lo cual, en su criterio, significa que el auxiliar de justicia asume en la práctica la labor de administrar justicia propia de los jueces, pues acusa, que una información probatoria a la que se otorga tal preponderancia cercena toda posibilidad de actividad racional analítica y ponderativa del funcionario judicial que se ve compelido simplemente a convalidar mediante sentencia la conclusión pericial, incluso en contra de la certeza subjetiva alcanzada en su estudio del caso.

Reseña el desarrollo legislativo de la investigación de la paternidad extramatrimonial y la paulatina incorporación, a partir de la Ley 75 de 1968, de las pruebas biológicas en el compendio con que debe contar al juez al momento de finiquitar procesos que indagan por el origen filiativo de las personas, objetivo por el cual, la Ley 721 de 2001 se ocupó de regular el recaudo del experticio con la técnica del ADN, disponiendo en su artículo 1º 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%”. Por su parte, el párrafo 2º de dicho artículo señala que “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.”

Para la Corte, al tiempo que la mencionada ley reconoce a la prueba de ADN un altísimo índice de probabilidad, admite, aunque en reducido margen, prueba en contrario, amén que su artículo 3º prevé la necesidad de acudir a otros medios

probatorios en el evento de no ser posible el recaudo de aquella, infiriendo así que la paternidad no queda demostrada con esa sola prueba y dando relieve a la posibilidad, advertida por el legislador, de que sus bondades sean superadas con el avance de la ciencia molecular, por lo que abogando por una interpretación armónica y total de cada parte de la normativa censurada que permite aprehender su verdadero objetivo y alcance, dictamina que el sentido del citado artículo no es darle a la prueba de ADN carácter único para decidir los procesos de investigación de paternidad o maternidad, advirtiendo que la misma no es suficiente ni completa ni absoluta, en tanto con ella no se alcanza a plenitud la certeza, sino tan solo un “porcentaje” de ella, vale decir, no la certidumbre absoluta sino un altísimo grado de probabilidad de paternidad o maternidad.

Descalificando de esta manera la acusación de retorno al sistema de tarifa legal que degenera en la imposición al juez de la certeza legal sobre la certeza judicial, indica que las normas cuya inexecutable se demanda no resultan violatorias del debido proceso ni menoscaban la autonomía judicial en tanto permiten la valoración de otros medios de prueba, posibilidad que realiza el propósito de una recta administración de justicia, y enfatiza que el dictamen se encuentra sometido, como cualquier otro, a las formalidades y a los requisitos consagrados por la ley, regido además, por los principios procesales de contradicción y publicidad de la prueba. Comenta que no se puede acusar la intervención de los peritos pues la labor de los auxiliares de justicia se hace necesaria en el desarrollo de la principal actividad de esta rama del poder público, quienes como miembros de la sociedad coadyuvan la labor del juez, sin que puedan considerarse ruedas sueltas o inarmoniosas del andamiaje habida cuenta de que su actividad debe estar precedida de total idoneidad y, por otra parte, sometida al sistema de impedimentos y recusaciones.

En este caso, la Corte no comparte la censura al decreto de la práctica de la prueba de ADN con el auto admisorio, ni lo considera atentatorio del debido proceso, pues dice que tal previsión puede entronizarse válidamente en nuestro ordenamiento por parte del legislador dentro de la amplia órbita de su competencia configurativa, que incluye además, precisar los requisitos de la demanda, las cargas procesales y el contenido de las providencias judiciales, todo concatenado con las normas adjetivas preexistentes. Aclara por último, que la segunda parte del inciso 2º del artículo 8º de la Ley 721 de 2001 que ordena proceder a dictar sentencia con el resultado en firme de la prueba científica así decretada, tampoco riñe con nuestra Carta Magna, en atención a que no puede asumirse que con ello haya querido el legislativo pretermitir el necesario traslado del resultado, ni prescindir de otros medios de prueba que bien pueden ser arrimados.

Así, la Corte declaró las normas ajustadas a la Norma Fundamental, exponiendo:

“En ese orden de ideas, ha de entenderse que el artículo 3º de la Ley 721 de 2001 no puede ser interpretado como si en él se instituyera una prueba única para

decidir los procesos de investigación de la paternidad o la maternidad, consistente en la obtención de la 'información de la prueba de ADN' con la cual habría que proferir el fallo correspondiente, salvo en aquellos casos en que dicha prueba no hubiere sido posible incorporarla al proceso, hipótesis en la cual, por excepción, podría recurrirse 'a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente' en los procesos de filiación. Tal interpretación no guardaría la debida armonía con el artículo 1º, inciso 1º y su parágrafo 2º, pues en el primero se reconoce que las pruebas científicas deben decretarse de oficio cuando 'determinen índice de probabilidad superior al 99.9%' en relación con la paternidad o maternidad que se investiga, al paso que en parágrafo 2º citado se indica cuál es la técnica que debe utilizarse en esos exámenes científicos mientras no existan otros que 'ofrezcan mejores posibilidades' para alcanzar 'el porcentaje de certeza' a que se refiere la norma en cuestión. De esta suerte 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 3º 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 tal 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.

Así, 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 de prueba permiten una recta administración de justicia que no resulta violatoria del debido proceso ni en desmedro de la autonomía judicial.

No puede el perito sustituir al juez del Estado, pues el dictamen es un medio de prueba que jamás puede confundirse con la sentencia. Una es la labor del auxiliar de la administración de justicia y otra muy distinta la que corresponde al juez que en ejercicio de la competencia que se le asigna por la ley para el efecto al dictar sentencia manifiesta la voluntad del Estado para el caso concreto y conforme a la ley. Por ello el dictamen pericial a que se refiere la Ley 721 de 2001 se encuentra sometido, como cualquier otro, a las formalidades y a los requisitos de fondo exigidos por la ley y rige respecto del mismo el derecho de contradicción y la

necesidad de la publicidad de la prueba, sin los cuales carece de validez. En tal virtud podrán las partes discutir, desde el principio, la idoneidad científica de quienes practiquen la prueba lo que incluye no solo a los profesionales sino a los laboratorios que actúen en la toma de las muestras que se requieran tanto respecto del padre presunto, de la mujer que se dice ser la madre, como del hijo cuya filiación se investigue y, cuando fuere el caso, de los parientes de estos e inclusive, podrá discutirse a cerca de estos y otros asuntos cuando hubiere necesidad de la exhumación de un cadáver para la práctica de tales exámenes...”

Efectivamente, en tratándose de la presunta transgresión de los derechos fundamentales a la personalidad jurídica, al debido proceso y los derechos fundamentales de los niños, la Corte Constitucional revisó la sentencia proferida dentro de un proceso de investigación de paternidad que estableció el parentesco filial de ciertos niños con una persona cuya individualización y clara identificación no se concretó en el trámite judicial y, a través de la cual, se les señaló a aquellos vínculo filial con una persona sin verificar si ésta corresponde verdaderamente a su padre.

Precisamente, con la aprobación del proyecto del Doctor Álvaro Tafur Galvis, mediante la Sentencia T – 489 del 12 de mayo de 2005, demostrada *“la radical importancia que comporta para los menores de edad el reconocimiento de su personalidad jurídica”* y en tanto que la célula judicial accionada *“...prosiguió el juicio sin hacer uso de las necesarias herramientas legales con que cuenta para resolver estas dudas fácticas ...pudiendo en consecuencia establecerse con certeza los derechos de los menores de edad que debieron recurrir a la vía judicial para que se diera su reconocimiento filial y se respetara su derecho a la personalidad jurídica, ordenando las pruebas científicas de ser necesario”*, la Corte insistió respecto a la trascendencia del dictamen biológico en los procesos de filiación, así:

“...la falta claridad absoluta acerca de la identidad del investigado, pudo haberse resuelto en su momento por el Juez, si éste hubiere practicado pruebas tan elementales como la planteada por la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, consistente en el careo (Arts. 202 y 230 del C.P.C.), y ordenando, como le corresponde hacerlo, la práctica de una prueba de orden científico como jurisprudencialmente esta Corporación en fallos anteriores lo ha indicado”.

Por manera que, al tenor de los artículos 14 y 44 constitucionales, concordantes con varios instrumentos internacionales, el Alto Tribunal declaró que la sentencia de filiación por cuanto define el estado civil de menores de edad reviste un significado especial, valioso e inestimable, es una decisión cuya motivación debe estar acompañada del acervo probatorio idóneo, cual lo sustenta la prueba científica que, entre otras cosas, dice, deviene obligatorio para el fallador. De modo que la materialización de los derechos alegados no sólo se consigue con

proferir una sentencia que resuelva de fondo y de manera definitiva todo lo actuado, sino que se requiere además que la reseñada decisión traduzca la verdadera filiación de las personas para lo cual emerge invaluable la prueba científica, so pena de arribar a una providencia inejecutable en cuanto a derechos se refiere.

En tal virtud, se otorgó la protección demandada confirmando la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia que concedió el amparo, la misma que ordenó al Juzgado accionado declarar la nulidad de lo actuado en el proceso que originó la queja constitucional y resolver nuevamente, previa la determinación de la identidad del demandado, acudiendo a la audiencia de *careo* entre las partes y al dictamen biológico.

Nótese que en aquella oportunidad, no obstante se defendió que la parte actora poseía otros medios de defensa judicial vigentes, el defecto fáctico de tipo probatorio que saltó a la vista, ocasionó la anteposición del principio de cosa juzgada y de ejecutoriedad de las providencias judiciales frente al especialísimo valor sustancial que reviste el derecho a la personalidad jurídica de los niños.

Bajo el mismo sentido, en el examen de exclusión de los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, “*por la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal*”, en la Sentencia C – 822 del 10 de agosto de 2005, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, luego de analizar el grado de invasión y afectación de derechos fundamentales y la necesidad consiguiente de contar con el apoyo de personal con *entrenamiento científico* al hacer efectivos los procedimientos relacionados con la inspección y el registro personal dentro del proceso penal, sobre la necesidad de establecer el ADN de las personas, señaló:

“...a la luz de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, según los cuales este tipo de medida de intervención corporal debe hacerse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado, resulta compatible con estas obligaciones que en la práctica de esta medida se incorporen los avances científicos que mejor garanticen el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.”

De allí que, verificada la categoría innominada - fundamental del derecho de filiación, en apego a los postulados consignados en la Carta Mayor, resulta preciso e indefectible, integrar tal observación al proceso civil de investigación de la paternidad en respuesta a la actualidad de la ciencia, campo en el que los adelantos de la biología molecular y la genética, por primera vez en la historia, brindan certeza respecto al origen auténtico de los seres humanos, habida consideración que excluyen con carácter definitivo a los falsos imputados de paternidad. Y es que la dicha es una manifestación que invade no sólo al derecho de familia sino a las demás ramas de este saber siempre que los beneficios en la consecución de la verdad, fin último de todo sistema jurídico, son incalculables.

9.4 2007-2009: SUBREGLAS CONSTITUCIONALES QUE RESUELVEN LA TENSION ENTRE EL DERECHO DE FILIACION Y EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA JUDICIAL.

En la sentencia T – 450 del 31 de mayo de 2007, la Guardiania del Texto Mayor, a través del Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, estudió la acción de amparo interpuesta en contra de un ente notarial y la Superintendencia de Notariado y Registro por la presunta vulneración de los derechos a la personalidad jurídica y al nombre de una niña en cuanto que, en gracia a una suplantación de la paternidad, el Registro Civil de la citada menor de edad fue reemplazado haciendo titular como padre de la pequeña a un tercero sin que la filiación hubiera sido impugnada judicialmente o rectificadas por orden judicial. Lo anterior, aunado al hecho de que la primera persona que extendió su reconocimiento contaba ya con el apoyo científico de la prueba de ADN que determinó compatibilidad en la paternidad.

En aquella oportunidad, siendo que de conformidad con los artículos 90 y 91 Decreto 1260 de 1970 “...los notarios no pueden autorizar a un tercero el otorgamiento de una escritura pública con miras al reconocimiento de quien en el registro del estado civil ostenta la calidad de hijo de otro, y menos disponer la modificación de la primera inscripción, para hacer figurar hechos y actos que la contrarían”, la Corte amparó los derechos reclamados, protegió la realidad material cuyo sustento se halla en la prueba biológica y, en consecuencia, ordenó a los accionados agilizar el trámite administrativo para la revocatoria directa del asiento notarial.

Para arribar a dicha conclusión, el Alto Tribunal adujo:

“Lo anterior, dado el carácter inalienable, imprescriptible e irrenunciable del estado civil y de las certificaciones que con efectos erga omnes lo exteriorizan,...inscripción que lo demuestra en el interés público y social que comportan la protección integral de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, y la necesidad de respetar los derechos y garantizar el cumplimiento de los deberes y obligaciones entre sus integrantes”.

En ese entendido, como quiera que había de remediarse una situación de indefinición respecto al origen filiativo de la niña agenciada provocada con la doble inscripción y fuera del apoyo científico del que gozaba el caso concreto, vemos como se dio especial relevancia al significado del Estado Civil y la Personalidad Jurídica y su incidencia en el ejercicio de derechos y obligaciones, aquellos que, para el caso, afloran preferentes según lo manda la Carta en el consabido y tantas veces decantado artículo 44 superior.

En seguida, a instancias del ciudadano Emilio José Yunis Turbay, mediante Sentencia T - 875 del 23 de octubre de 2007 y bajo el proyecto del Doctor Manuel

José Cepeda Espinosa, la Corte conoció en sede de revisión las sentencias proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en primera instancia, y la Sección Quinta de la misma Corporación, en segunda, dentro de la acción de tutela por él instaurada contra la Sección Cuarta, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al considerar que ésta vulneró su derecho fundamental al debido proceso, con ocasión del fallo proferido por dicha autoridad dentro de un proceso de acción de cumplimiento, mediante el cual denegó la pretensión del actor, de que se exija al Laboratorio de Genética del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses cumplir con el proceso de acreditación y certificación previsto en el artículo 10 de la Ley 721 de 2001.

En el trámite de la acción de cumplimiento surtido, como se dijo, en dos instancias, se logró tener por demostrado que mediante resolución No. 11021 de 2005 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, obtuvo acreditación como laboratorio de ensayo en el área de ADN del Grupo de Genética Forense de la Regional Bogotá a través del proceso voluntario señalado en el artículo 1º del Decreto 2112 de 2003. Además, el Tribunal estableció que de acuerdo con el numeral 8 del artículo 36 de la Ley 938 de 2004, en concordancia con lo dispuesto en los Decretos 2163 y 2269 de 1993, y 2112 de 2003, el Instituto demandado es en sí mismo un órgano certificador y acreditador. De esta manera, señala la Corte no era procedente ordenar a la mencionada institución realizar el procedimiento previsto en el mencionado artículo 10 de la Ley 721 de 2001, concluyendo que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no comporta vulneración al debido proceso, advirtiendo empero, que la ausencia de certificación del Laboratorio de Genética del Instituto de Medicina Legal comporta una vicisitud de orden constitucional y no legal respecto de la garantía de los derechos fundamentales a la dignidad, la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella, y el derecho a tener un estado civil de quienes acuden allí a que se les practique la prueba de ADN, pues tal certificado se erige en mecanismo que asegura la idoneidad de la mencionada garantía.

Por ello, analizada la trascendencia de los precitados derechos y dado que el mencionado laboratorio de genética está adscrito al Instituto de Medicina Legal y Ciencias, dotado legalmente de las facultades de certificación, la Corte adoptó como remedio la creación de una comisión especial de certificación de ese laboratorio en concreto, que sea imparcial, con miras a garantizar la protección de los derechos que en este caso se consideran amenazados con la falta del requisito, procedimiento que debía surtirse con amparo en las normas pertinentes, como medida de protección de los derechos a la dignidad, la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y el derecho a tener un estado civil de las personas que acuden al Laboratorio de Genética del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Indicó la Corte que:

“De acuerdo a lo anterior, esta Sala encuentra que la decisión de la Sección Cuarta, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no constituye una vía de hecho por vulneración al debido proceso. No obstante, la Sala encuentra que la falta de certificación del Laboratorio de Genética del Instituto de Medicina Legal presenta un problema del orden constitucional y no legal respecto de la garantía de los derechos fundamentales a la dignidad, la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y el derecho a tener un estado civil de quienes van al laboratorio del Instituto de Medicina Legal a que se les practique la prueba...”

Si bien en este caso no se analizan tutelas específicas sobre la vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad, la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y el derecho a tener un estado civil, todos los elementos involucrados en la acción de cumplimiento apuntan a garantizar el goce efectivo de esos derechos que de lo contrario se encuentran amenazados si un laboratorio, cualquiera que sea, no ha recibido de manera explícita y específica la certificación correspondiente. Así, la Corte debe considerar un mecanismo para asegurar que se siga un procedimiento de certificación imparcial del Laboratorio de Genética habida cuenta de que éste se encuentra dentro del Instituto Nacional de Medicina Legal, entidad facultada para certificar laboratorios. La Corte constata que el Instituto de Medicina Legal fue vinculado al proceso de tutela como tercero interviniente que podría ser afectado por la decisión y también resalta que el laboratorio de Genética pertenece a dicho instituto.

En este sentido, se ordenará la creación de una comisión especial de certificación para este laboratorio específico, que sea imparcial, con miras a garantizar la protección de los derechos que en este caso se consideran amenazados con la falta de certificación de un laboratorio que realiza pruebas genéticas de ADN para establecer la paternidad o maternidad.

De acuerdo a lo anterior la Corte ordenará que el laboratorio del Instituto de Medicina Legal al igual que todos los otros laboratorios públicos y privados que practican la prueba genética de ADN de paternidad o maternidad, surta el procedimiento de certificación contemplado en las normas para así respetar la garantía establecida para las personas que acuden a dicho laboratorio a la dignidad, la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y el derecho a tener un estado civil...”

Respecto de este pronunciamiento, el Magistrado Jaime Araujo Rentería presentó salvamento de voto, indicando que en su sentir el Laboratorio de Genética del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses sí estaba obligado a obtener la certificación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 721 de 2001, pues, anota, es

el único medio para demostrar que cumple con los requerimientos exigidos legalmente en cuanto a la calidad de sus servicios, generando así la confianza que necesita quien accede a las pruebas que allí se practican, que adquiere mayor preponderancia al relacionarse directamente con determinar quién es el padre o la madre de una persona y, por ende, con todos los derechos fundamentales que de ahí se derivan, comenzando por el de reconocimiento de la personalidad jurídica.

Discrepa de la postura mayoritaria que pregona la exención del ente mencionado frente a la obligación de obtener certificación por el hecho de que sobre sí recae la responsabilidad de acreditar y certificar laboratorios, pruebas y peritos en medicina legal y ciencias forenses, realidades que encuentra significativamente diferentes, pues advierte, resulta contrario a toda lógica que un establecimiento no certificado pueda otorgar tal certificación respecto de otros laboratorios. Sustentó su divergencia en que:

“...la posición mayoritaria de la Sala acepta el argumento según el cual la competencia general otorgada por la Ley 938 de 2004 al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el sentido ser organismo de acreditación y certificación de laboratorios, pruebas periciales y peritos en medicina legal y ciencias forenses, practicadas por entidades públicas y privadas, lo exime del deber de cumplir lo que exige el parágrafo 2º del artículo 10 de la Ley 721 de 2001. Manifiesto mi expreso disenso frente a este argumento, por cuanto una cosa es que dicho instituto pueda certificar y otra bien diferente es que esté en la obligación legal de, a su vez, obtener una certificación. Como ni la Ley 721 de 2001 ni la misma Ley 938 de 2004, lo excluyeron expresamente del deber de certificarse, no puede sustraerse del cumplimiento de la norma que le impone esta carga. Adicionalmente, acudiendo al principio de derecho que señala que ‘nadie puede dar más de lo que tiene’, es contrario a la lógica pensar que el Instituto, que no está certificado, pueda a su vez servir de certificador a otros laboratorios...”

Así mismo, en atención a la demanda de constitucionalidad invocada en contra del numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1060 de 2006, “por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad”, la Corte se ocupó en determinar si aquella norma le asigna a la prueba científica del ADN un valor *absoluto y definitivo* para desvirtuar la presunción de paternidad dentro del proceso de impugnación. En efecto, mediante la Sentencia C – 122 del 13 de febrero de 2008, cuyo ponente fue el Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, una vez se ratificó a integridad el contenido de la Sentencia C – 476 de 2005, y a fin de declarar la exequibilidad de la norma acusada, el cuerpo colegiado indicó:

“La prueba científica que obra dentro de un proceso de impugnación de la paternidad constituye, sin duda alguna, un elemento fundamental para la decisión que le corresponde tomar al juez. Sin embargo, dado que la prueba de ADN no aporta un resultado irrefutable, el juez puede apreciar dicha prueba científica con otras pruebas que integran el acervo probatorio, con el fin de poder llegar a la

decisión que le parezca la más ajustada a la normatividad y al expediente visto en su conjunto. Cabe resaltar que en la norma acusada no se exige que el juez se atenga únicamente a lo probado de manera científica. La remisión a la Ley 721 de 2001 ha de entenderse al texto de la misma, interpretado en los términos fijados por la Corte Constitucional en las sentencias respectivas, en especial en la sentencia C-476 de 2005.”

Por tanto, la Magistratura fue enfática en señalar que, interpretando de manera sistemática los numerales 1º y 2º del artículo 2º de la Ley 1060 de 2006, nada le impide al juez acudir a medios de prueba diferentes a la prueba científica para desvirtuar la presunción de paternidad, en tanto que la prueba de ADN, a su juicio, sólo brinda un alto “porcentaje de certeza” que sugiere “índice de probabilidad”, hecho éste que redundante en su falibilidad.

No obstante, el mismo año, la Corte Constitucional revisó la acción de tutela que se ventiló, por la presunta afectación a los derechos fundamentales a la filiación, al debido proceso, de defensa, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad y a la familia, en contra de la providencia que negó las pretensiones del recurso de revisión interpuesto por el actor en contra de una sentencia que, aún sin contar con prueba genética, lo declaró padre extramatrimonial de un menor de edad. Para ello, el accionante sostuvo que la decisión judicial atacada en sede de tutela quebrantó sus derechos fundamentales porque en ella se interpretó de manera errada el alcance de la causal primera del recurso extraordinario de revisión, que reza:

“Son causales de revisión:

1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria....”

Así, siendo que sólo después de un año de haberse dictado la sentencia de filiación se logró desvirtuar la paternidad endilgada a través de un dictamen de ADN, cuyo resultado se ratificó en sede de revisión a través de un nuevo experticio, el actor señala que tal examen biológico si bien no existía para la fecha del pronunciamiento que lo declaró padre del menor, ahora viene a constituir un documento “encontrado” con posterioridad a la sentencia, el mismo que no pudo ser aportado al proceso por fuerza mayor o caso fortuito en gracia a su precaria situación económica.

En ese estado de cosas, el Alto Tribunal, mediante Sentencia T – 584 del 12 de junio de 2008, bajo la ponencia del Doctor Humberto Antonio Sierra Porto, con el objeto de tomar una decisión de fondo sobre el asunto puesto a consideración, se vio obligado a concluir el precedente constitucional en el siguiente aparte:

“De la anterior exposición de la jurisprudencia constitucional sobre la materia se aprecia que la prueba de ADN tiene una especial relevancia por ser un mecanismo idóneo para establecer la filiación, derecho fundamental de carácter innominado, el cual a su vez está en íntima relación con otros derechos y valores constitucionales. En esa medida, el juez debe ser especialmente diligente en su práctica durante los procesos de investigación de la paternidad, pues esta Corporación ha señalado que en virtud del interés superior del menor, en juego en este tipo de procesos, su valor debe ser asumido a priori por el Estado, aun cuando el padre tenga recursos económicos para sufragarlo.”

En consecuencia, al tiempo que la Corte expuso las soluciones de tipo transitorio que se tomaron en hechos similares, esto es, habilitar un término para interponer el, o un nuevo, recurso de revisión, según sea el caso, o anular la sentencia disponiendo que se dictara una nueva, teniendo en cuenta, en uno y en otro evento, el resultado de la prueba de ADN, se establecieron tres criterios que sobre el particular, en tratándose de sentencias de filiación que no contaron con la práctica de un dictamen biológico de ADN y en atención a la indisponibilidad del derecho constitucional de filiación, deben observarse:

“De los precedentes antes mencionados es posible extraer algunas reglas relevantes para el caso sub examine (i) en primer lugar la Corte Constitucional ha insistido en la necesidad de decretar y practicar efectivamente la prueba de ADN en los procesos judiciales en los cuales se debate la filiación, (ii) en segundo lugar se ha señalado que el examen de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales debe ser menos riguroso en estos casos debido a la naturaleza fundamental y el carácter indisponible de los derechos en juego, (iii) por último ha estimado que privilegiar la fuerza de cosa juzgada de las sentencias ejecutoriadas que establecen la filiación, como resultado del rigor procesal de la configuración del recurso de revisión, sobre los resultados de los exámenes genéticos puede ocasionar una afectación inaceptable de los derechos fundamentales.”

En tal virtud, frente a la relevancia constitucional de la prueba de ADN, mecanismo idóneo desde la perspectiva científica para establecer el derecho iusfundamental de filiación, y toda vez que, *parafraseando la sentencia T-1226 de 2004*, se obligaría al accionante a tener como su hijo a un niño que no lo es, la Corte concluyó que surge diáfana una afectación a los derechos suplicados, lo que hace posible flexibilizar el rigorismo de la causal de revisión para el *sub examine* en el entendido de que la figura *“Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia...”* se adecua en la especie bajo estudio entendiéndose como tal no sólo el hallazgo sino también la práctica posterior de la prueba sin que ello obligue a valorar la preexistencia de la misma, elemento que se encuentra presente dentro del numeral en el que el recurrente inscribió sus glosas.

De consiguiente, como quiera que ya se hubiera dado trámite al recurso de revisión, la convicción extraviada del juzgador de instancia llevó a declarar la nulidad de la providencia impugnada y, de contera, se ordenó dictar una nueva providencia que resuelva el recurso extraordinario guardando obediencia al sentido expuesto, decisión que consideramos satisface, en términos del tratadista alemán Robert Alexy, la *pretensión de corrección* como quiera que, según lo expone el mismo Tribunal en la Sentencia C -739 del 11 de julio de 2001, la revisión, más que un recurso, es un medio para conseguir la realización de la justicia, pero no de la justicia formal propia de las sentencias en firme contrarias a derecho, sino de aquella verdadera que demanda la realización del Preámbulo y los artículos 1º, 228 y 230 del Estatuto Superior.

A continuación, vale resaltar la labor del ciudadano Francisco Edilberto Mora Quiñones quien demandó la expresión “o su representante”, contenida en el inciso segundo, párrafo único, artículo 2 de la Ley 721 de 2001⁷⁰ “por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968”, según la cual en las diligencias de exhumación programadas con el propósito de obtener muestras óseas y demás destinadas a la práctica de prueba de ADN debe estar presente el juez de conocimiento o un representante suyo, tras considerar que dicha previsión legal vulnera los artículos 29, 116 y 229 de la Carta Fundamental, pues a su juicio de manera imprecisa y ligera autoriza que el respectivo juez designe a un delegado, de quien no se exigen mayores requisitos como la necesaria investidura de jurisdicción, para que lo represente en la aludida diligencia de exhumación, equiparable a la de inspección judicial, dentro de litigios que buscan establecer el estado civil de las personas, y en la que, de ordinario habrá de adoptarse decisiones judiciales determinantes. El tema fue abordado por la Corte en Sentencia C-860 del 03 de septiembre de 2008, con ponencia del Doctor Mauricio González Cuervo.

Observa la Corte la innegable trascendencia que en los juicios de investigación de paternidad y maternidad posee la prueba de ADN, y por la misma razón, otorga especial relevancia a la diligencia de exhumación y toma de muestras, que precede el análisis y posterior emisión del dictamen, indicando que cada uno de estos pasos inciden de manera determinante en la calidad y fidelidad de los resultados, imponiéndose de esta manera la necesidad de que el juez de conocimiento presencie el acto, verifique la información previa, ubicación del cuerpo, selección, acopio, embalaje y rotulación de muestras, amén que debe avalar el registro inicial de cadena de custodia, por cuanto, conforme lo dispone el artículo 181 del Código de Procedimiento Civil, por regla general debe el juez practicar personalmente todas las pruebas, quedando facultado para comisionar a otro sólo por razones de territorio.

Encuentra la Corte que la expresión acusada, como lo advierte el actor y algunos intervinientes podría desencadenar que las delicadas funciones jurisdiccionales

⁷⁰ Diario Oficial No 44.661 del 29 de diciembre de 2001.

encomendadas por la Constitución y la Ley a los jueces, recaigan en empleados del despacho sin sus calidades ni autoridad o incluso, como se duele el demandante, en particulares, con claro menoscabo del derecho fundamental al debido proceso que le asiste a las partes e intervinientes en los citados asuntos, por lo que concluye la necesidad de excluirla de nuestro ordenamiento, como en efecto lo dispuso.

La Alta Corporación planteó que:

“La importancia de la prueba de ADN impone entonces al juzgador el deber no solo de analizar cuidadosa e integralmente el dictamen respectivo, para determinar la calidad, precisión y firmeza del mismo, derivada de la aplicación de técnicas reconocidas para este tipo de experticias, así como de la competencia de los peritos, tal como lo requiere el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, sino de presenciar directamente la diligencia de exhumación y la toma de muestras para el citado peritaje, pues esto, unido al resultado del dictamen, hace parte de los elementos de juicio que le permitirán al juez determinar que la probabilidad de parentesco así obtenida es el producto de los exámenes practicados respecto de la persona cuya filiación se reclama.

En este último sentido resultaría contrario a toda lógica que, tratándose de un medio de prueba tan importante como la prueba de ADN obtenida mediante la exhumación, se dejara la intermediación de obtención de las muestras para la misma y el cuidado sobre la iniciación de la cadena de custodia a funcionarios diferentes al juez, que es en últimas el responsable de establecer en materia de filiación los lazos de parentesco de las personas y a quien compete definir la fuerza de los medios probatorios que obren en el proceso respectivo para lograr la certeza legal que sus decisiones requieren.

En consecuencia, la expresión “o su representante” contenida en el inciso segundo del párrafo del artículo 2º de la Ley 721 de 2001 vulnera los artículos 29 y 116 de la Constitución Política al permitir delegar en los empleados de los despachos judiciales o en particulares, funciones de carácter judicial que comprometen además el principio de intermediación y por tanto la Corte declarará su inexecutableidad...”

Sea por último, hacer referencia a la Sentencia T – 156 del 13 de marzo de 2009, providencia en cuyo texto, la Alta Magistratura, con los argumentos del Doctor Luis Ernesto Vargas Silva, ubicó su atención en la tutela formulada por la madre de un niño discapacitado, por la posible vulneración de los derechos fundamentales al “debido proceso, libre acceso a la administración de justicia, la primacía de los derechos fundamentales del niño, derecho a tener una vida digna, el derecho a la igualdad ante la ley procesal y el derecho a las dos instancias”, en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Bolívar porque la primera Corporación citada inadmitió, por el factor objetivo de

competencia que hace relación a la cuantía de las pretensiones, el recurso de alzada incoado frente a la sentencia de fondo que declaró la caducidad de la acción de reparación directa ventilada en el citado Tribunal Administrativo en contra del I. S. S., trámite judicial en cuyo curso se buscaba la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la presunta negligencia médica al momento de atender el nacimiento del niño actor.

Al efecto, vale decir, los jueces de instancia que conocieron del escrito tutelar denegaron el amparo anotando su improcedibilidad por cuanto que no se había agotado el recurso de súplica que habilitaba al apoderado demandante para plantear su inconformismo en sede de tutela por vía subsidiaria.

No obstante, sobre la procedibilidad excepcional de la acción de tutela en contra de providencias judiciales que versan sobre derechos fundamentales y preferentes, en especial cuando éstos se hallan en debate respecto a menores de edad, la Corte Constitucional fue enfática en reiterar que en casos como el prenotado no se hace necesario el agotamiento de los recursos de ley a fin de dar cabida a la acción de amparo constitucional, como ciertamente ocurrió en el sub lite.

Así las cosas, una vez establecida la procedencia de la acción de tutela, la Corte entró a resolver de fondo la solicitud de tutela adoptando como solución ordenar al Tribunal Administrativo de Bolívar expida una nueva providencia que consulte las consideraciones que sostienen la inaplicabilidad del término de caducidad de la acción y la estimación de la cuantía de las pretensiones para el momento en que fue presentado el libelo introductorio de reparación.

Para ese propósito, el Alto Tribunal Constitucional, en relación a la habilitación del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela en lo atinente al ejercicio de los recursos dotados por el ordenamiento y su inobservancia en asuntos como el puesto a consideración, trayendo a memoria lo resuelto en sentencias anteriores que entronizaron la indisponibilidad del derecho fundamental de filiación, carácter que amerita celoso respeto en tanto rebasa las formalidades procesales aun cuando no se hayan activado dichos medios de impugnación, adujo:

“La observancia de este requisito conlleva... para la Corte la improcedencia del amparo cuando no se agotaron los recursos existentes⁷¹. Sin embargo, de forma excepcional este Tribunal ha avalado el incumplimiento de este requisito por la importancia de los derechos fundamentales en controversia⁷². En efecto, en las

⁷¹ Ver, entre otras, las sentencias T-1169 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil, T-613 de 2003 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-606 de 2004 M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes; T-834 de 2004 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1065 de 2004 M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto; y T-2002 de 2005 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷² Sentencia T-411 de 2004. M.P.: Jaime Araujo Rentería, y T-329 de 1996 M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

sentencias T-329 de 1996 y T-411 de 2004, esta Corporación consideró que la falta de interposición del recurso de apelación en procesos ordinarios que pretenden determinar la filiación de un menor no es óbice para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Para la Corte los derechos de los niños son de tal entidad que no pueden verse menoscabados por razones procedimentales, por cuanto las consecuencias, desde la óptica del derecho sustantivo, serían irremediabiles.

Bajo las consideraciones precedentes, por mandato constitucionales actuaciones de las autoridades judiciales que involucren menores deben regirse por el interés superior de los niños y niñas. Por consiguiente, para la Corte en atención a la valoración que merecen los derechos del menor..., quien se encuentra representado por su mamá, no es admisible constitucionalmente negarle el acceso a la administración de justicia⁷³ con base en la falta de agotamiento de su recurso. En efecto, en este caso resultan aplicables los precedentes jurisprudenciales mencionados en los que la corte ha avalado la procedencia de la acción de tutela pese a la no interposición de un recurso con base en la trascendencia de los derechos del menor.”

Advertimos entonces que una vez más concurre la argumentación de la Corte Constitucional a refrendar la superioridad de los derechos sustanciales, entre los cuales basta citar los fundamentales, que reclaman una lectura íntegra desde el punto de vista constitucional y ameritan especial cuidado al momento de establecer su vulneración de cara a las formas propias de cada juicio, principalmente, cuando de precisar las consecuencias adversas originadas en la inactividad procesal se trata, mayormente cuando en uno de los extremos de la litis milita un sujeto de especial protección.

Es esta la realidad supra normativa, constitucional, legal, jurisprudencial y procesal actual que gravita con ocasión al análisis de la tensión entre el derecho de filiación y el principio de cosa juzgada judicial y que, a su vez, permite resolver afirmativamente el siguiente problema jurídico:

⁷³ En la sentencia C-426 de 2002 M. P.: Rodrigo Escobar Gil, esta Corporación señaló sobre el alcance y contenido de este derecho, lo siguiente: (...) el acceso a la administración de justicia se define también como un derecho medular, de contenido múltiple complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: (i) el derecho de acción de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte de un proceso, y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares, (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo entorno a las pretensiones que han sido planteadas, (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas, (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso, y, entre otros (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos.

¿La sentencia de filiación que hace tránsito a cosa juzgada dictada sin la valoración de una prueba biológica de paternidad y/o maternidad o la decisión judicial fundada en un experticio cuyo índice de probabilidad proporcionado a efecto de establecer el verdadero vínculo genético de las personas ha sido superado con los permanentes avances de la ciencia, vulnera los derechos constitucionales fundamentales a la personalidad jurídica, a tener un nombre y a la filiación?

Ciertamente, resultan afectados los caros derechos enunciados, pues nótese que, desde la institucionalización de la Corte Constitucional, atendida la trascendencia del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en torno a la que confluye un vasto cúmulo de derechos de idéntica importancia como el derecho fundamental innominado a la filiación, el principio y valor constitucional a la dignidad humana y el derecho al nombre, en conjunto demandan del Estado y del aparato judicial una labor de esmerada verificación.

Luego, y en claro lo anterior, la Corte resaltó la naturaleza del trámite de filiación a la vez que lo confinó al respeto irrestricto de las formas establecidas por el estatuto adjetivo siendo entonces la acción de tutela el mecanismo subsidiario *per se* para discutir esa clase de pretensiones ante la configuración de vías de hecho, posteriormente redefinidas como causales de procedibilidad genérica del proceso de amparo constitucional. Precisamente, una muestra palpable del rigorismo procesal en la investigación filial se ve reflejada, después del avance científico y jurídico que trajo consigo el nuevo siglo, en la obligatoriedad que por vía legal y jurisprudencial se declaró respecto al decreto y práctica de la prueba biológica idónea para el establecimiento del verdadero vínculo parental de las personas, dictamen que en cierta manera desplazó, mas no excluyó, a los medios de prueba indirectos que hacen parte del respectivo haz probatorio.

Empero, dicha obligatoriedad en el contexto institucional entró en clara disputa con el principio de preclusión, referido al sometimiento de las distintas etapas procesales, entre ellas la probatoria, la de contradicción, la de impugnación y la de ejecutoria, a plazos determinados como sucedió con la problemática suscitada ante el ostensible represamiento de las pruebas de ADN en el I. C. B. F. y la firmeza de sentencias proferidas con ausencia de la prueba biológica idónea ya por su falta de consagración legal, por deficiencias logísticas, por error judicial, por superación científica y aún por contumacia de las partes, problemas que en su mayoría alcanzaron solución, previa intervención de la Corte Constitucional a través de los controles abstracto de exequibilidad y selectivo de revisión en sede de tutela, reflejados en sendos pronunciamientos orientados, en suma, a la defensa del reconocimiento de la indisponibilidad del derecho fundamental innominado a la filiación verdadera bajo la lente de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, con la virtualidad de erigirse en algunos casos en la

excepción al principio de cosa juzgada material – judicial, como, a manera de ejemplo, lo encontramos en la pluricitada Sentencia T – 584 de 2008 .

10. POSTURAS JUDICIALES Y DOCTRINALES DE DERECHO COMPARADO PARA RESOLVER LA TENSIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA JUDICIAL Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE FILIACIÓN.

Como quiera que del conjunto de soluciones reveladas en los pronunciamientos de la Corte Constitucional para el problema jurídico planteado en la línea jurisprudencial que sirve de base del presente trabajo, a nuestro modo de ver, ninguna lo hace satisfactoriamente, y en atención a que la doctrina nacional, después de un examen riguroso, tampoco se ocupa al respecto, se impone consiguientemente examinar los aportes realizados en el ámbito del derecho y la doctrina internacional, para luego proponer lo que a juicio propio constituye una verdadera respuesta o remedio procesal, con *pretensión de corrección*, para tal propósito, como pasa a verse enseguida.

Así que, en tratándose de la colisión entre el derecho de filiación y el principio de cosa juzgada judicial, al tenor del derecho comparado, encontramos referentes en los trabajos desarrollados por tratadistas y jueces de Argentina, Perú, Chile, Ecuador y Venezuela.

Para empezar, podemos citar a la profesora MILAGROS PIERRI ALFONSÍN quien en su escrito FILIACIÓN Y COSA JUZGADA, tras reseñar la importancia de la “presunción de justicia” contenida en el pronunciamiento decisorio de una litis, adoptado por el órgano del poder público competente que materializa el principio de cosa juzgada, que le dota de *inimpugnabilidad* (cuando no se han empleado los medios legales para atacarla en el mismo proceso o éstos se hubieran agotado, tendientes a su revocación), *inmutabilidad* (cuando no puede ser modificada o alterada por ninguna autoridad, ni de oficio ni a pedido de parte, por el mismo juez u otro en otro proceso), y *coercibilidad* (la posibilidad de ser ejecutada a pedido de parte en caso de tratarse de sentencias de condena), advierte sobre la flexibilidad y posibilidad rebatir en ciertos casos el vigor de la cosa juzgada, bajo el amparo de teoría de la **mutabilidad excepcional de lo inmutable**, lo que sigue:

“...se admite la mutabilidad de la cosa juzgada ante determinados supuestos y circunstancias. La inmutabilidad absoluta y rígida cede ante otros principios y valores, para que pueda operar la posibilidad de revisión de la sentencia con autoridad de cosa juzgada. Dentro de este supuesto ubicaríamos entonces una última causal que han sumado Gil Domínguez y algunos otros autores: la injusticia propiamente dicha. Se trata de aquellos casos en que si bien la decisión jurisdiccional cumple con los recaudos formales y sustanciales, su aplicación genera una situación de extrema injusticia. En la misma línea, Bidart Campos ha expresado ‘Hasta es viable que graves cuestiones éticas de trascendencia institucional presten sustento a la invalidación de una sentencia, como igualmente

ciertas situaciones en las que un pronunciamiento ha incurrido- también gravemente- en violación al deber preambular de afianzar la justicia’.”⁷⁴

Así, luego de poner en evidencia lo anterior, la autora asume la siguiente cuestión: *¿A la luz de qué valores o principios debe ceder su lugar el principio de cosa juzgada, en lo que nos atañe, en materia de filiación?*

Para responder, después de desarrollar la relación intrínseca que el derecho de filiación guarda con valores constitucionales como el derecho a la identidad, o *derecho a los papeles*, el derecho a la verdad, el derecho a relacionarse con la familia de origen y a la paternidad responsable y el derecho a la identificación y a la documentación, últimos de alto valor jurídico luego de la dictadura militar que aquejó a Argentina ocultando y destruyendo el estado civil de las personas, entre ellos multitud de menores de edad, resuelve la colisión entre la filiación y la cosa juzgada, con la ayuda de la ley de la ponderación y de la aplicación del test de proporcionalidad, de esta manera:

“...la esencia del problema es dilucidar si puede revisarse una sentencia de filiación que admitió o rechazó la pretensión en el pasado, frente a la aparición y desarrollo de una prueba inexistente al dictarse la sentencia que se revisa, o ante el desarrollo diferente de la técnica o prueba utilizada al momento de dictarse la sentencia...

...la revisión de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en materia filiatoria bajo el concepto de “prueba ignorada”, en el caso de que hayan sido dictadas cuando los estudios de histocompatibilidad e inmunogenética no eran conocidos o aplicados en nuestro medio, según lo desarrollado con respecto a las teorías admisorias de la revisión de la cosa juzgada.

Ahora bien, a partir de lo expuesto, puede afirmarse que el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada en materia filiatoria, implica sin lugar a dudas una intervención en varios derechos fundamentales, siendo la misma claramente desproporcionada en los términos analizados. Es decir, no significa una mera restricción a estos derechos, sino una seria vulneración de los derechos en juego en el proceso de filiación mencionados anteriormente.”⁷⁵

Concluye entonces que, de cara a la colisión de dos valores, constitucionalmente reconocidos en el orden jurídico argentino, como son, la seguridad jurídica y el derecho a la identidad, con todos los que él mismo integra, el primero debe ceder

⁷⁴ PIERRI ALFONSÍN, Milagros. Filiación y Cosa Juzgada en Revista Virtual Aequitas. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad del Salvador. Argentina. Consultado en <http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitas/NE/nrosiete/Derecho%20de%20Familia%20Filiacion%20%20Pierri.pdf>. Fecha: 29 de marzo de 2010.

⁷⁵ Ibidem.

ante el segundo, en pro de adecuar la verdad jurídica o formal con la verdad biológica, lo que implica, a su entender, “*al final de cuentas, una adecuación vinculada a la dignidad de la persona, la igualdad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad o autonomía.*”

En similar manera, ADRIANA N. KRASNOW, en su artículo titulado “La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza?”⁷⁶, emprende el estudio del fallo proferido por la Sala IV de la Cámara Civil y Comercial de Corrientes, República de Argentina, el 05 de julio de 2007, en el que se plantea una *acción de reclamación de filiación extramatrimonial* contra el presunto padre biológico, sustentada únicamente en prueba documental y testimonial, y rechazada por el juez de instancia quien arguyó falta de material probatorio y además omitió decretar de oficio la prueba biológica. La Sala III de la Cámara Civil y Comercial confirmó la sentencia de grado.

La acción es promovida posteriormente por las mismas partes y con el mismo objeto, siendo denegada en primera instancia con fundamento en el principio de cosa juzgada, aunque al resolverse la impugnación, el voto mayoritario entiende que no puede admitirse la defensa de la cosa juzgada cuando actúa como límite para el acceso a la verdad real, objetivo para el cual, se ocupa en determinar los alcances de dicho instituto en las acciones de filiación, así como la importancia de la prueba biológica en tales procesos, el concepto y fundamento de la cosa juzgada y su colisión con el derecho de identidad.

En conclusión, se indaga por la pugna entre el derecho a la identidad y la cosa juzgada y se afirma que tratándose de un proceso de filiación debe ser garantizado el citado derecho, que para el caso concreto se traduce en admitir la revisión de la providencia que negó las pretensiones por deficiencia probatoria a efecto de permitir el acceso a la verdad de origen mediante la realización de la prueba biológica.

Por su parte, el Tribunal Superior de Rancagua, provincia de Cachapoal, Chile, en sentencia del 14 de diciembre de 2006, resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandado, judicialmente declarado padre extramatrimonial de la niña demandante, en contra de la sentencia que tuvo por no probada la excepción de cosa juzgada alegada por aquel con fundamento en que el Juzgado Segundo de Menores de San Fernando, provincia de Colchagua, Chile, había tramitado un proceso de *reconocimiento de paternidad extramatrimonial* entre las mismas partes, en el que la madre y representante legal de la mencionada niña desistió de las respectivas pretensiones.

⁷⁶ KRASNOW, Adriana N. La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza? en la revista La Ley Litoral. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2007. Págs. 834-849.

La decisión adoptada descalificó el medio exceptivo y acogió los pedimentos de la demanda explicando los efectos de la figura del desistimiento y dando valor a la conducta desplegada por el demandado como quiera que consideró probado su ánimo de evadir la práctica de la prueba genética y el tratamiento social prodigado a la madre en la época de gestación expresado en apoyo económico.

En ese sentido, no se concede mérito a la excepción de cosa juzgada cuando el correspondiente juicio ha terminado por virtud de desistimiento por cuanto que, apoyado en normas del Código de Procedimiento Civil chileno, señala que, en estricto rigor, la configuración de tal instituto sólo es predicable de los asuntos finiquitados con sentencia de fondo.

Así, para ese caso concreto y dentro del orden jurídico chileno, los derechos, valores y principios involucrados en la contienda procesal, entre ellos, la filiación de una menor de edad, deben ceder respecto al principio de cosa juzgada, según el criterio mayoritario del citado Tribunal cuando acoge la postura que señala:

“El profesor Rene Abeliuk plantea la cosa juzgada en los juicios de filiación sólo en relación a las sentencias definitivas que en ellos se dictaren, respecto de la declaración de verdadera o falsa paternidad o maternidad del hijo, concluyendo que en tanto estén basadas en autoridad de cosa juzgada producen los efectos del artículo 315 del Código Civil, originándose la acción o excepción de cosa juzgada del artículo 175 del Código de Procedimiento Civil (“La Filiación y sus efectos- Tomo I Editorial Jurídica- año 2000 página 138).”

En caso examinado por la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Perú, la posición mayoritaria sostuvo que en los procesos de filiación basados en la causal de relaciones sexuales durante la época de la concepción se emite sentencia que declara infundada la demanda y posteriormente se inicia nuevo proceso basado en la prueba del ADN, no existe cosa juzgada material puesto que, al tenor del artículo 402 del Código Civil Local, las dichas relaciones y la prueba constituyen causales diferentes para impetrar el juicio de filiación, y porque el referido principio no se predica absoluto frente al derecho a la identidad constitucional de tinte indisponible, en atención a que la persona humana no tiene limitación para conocer su identidad.⁷⁷

En el mismo contexto, el señor Juez Especializado de Familia de Tacna, Perú, LUIS ERNESTO ROJAS FLORES, consciente del tremendo impacto que en el ambiente social alcanza la *bioprueba* en el cometido de establecer la filiación verdadera de las personas, critica la inmutabilidad de la cosa juzgada en aquellas sentencias que no contaron con la valoración del test de ADN. Así, planteando la

⁷⁷ Fuente: http://www.pj.gob.pe/cortesuperior/Arequipa/archivos-subidos/jur_PJCoCiFaCA06.pdf. Fecha de consulta: 29 de marzo de 2010.

colisión entre la verdad biológica y la cosa juzgada, y citando a varios autores, al respecto enseña:

“...una fuerte corriente doctrinal de inspiración brasileña, ante el conflicto de derechos suscitado, entiende que no puede impedirse el libre acceso a la justicia para el reconocimiento de la filiación, debido a una temporal imposibilidad probatoria, pero también a negligencia en subvencionar la formación de un juicio de certeza para el juzgamiento (Mauro Nicolau Junior, en “Investigação de paternidade procedente-coisa julgada material-prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade-exame de DNA negativo. Qual prevalece?”), otros autores –entre los que se cuenta el propio Plácido Vilcachagua–, se han mostrado más cautos a la hora de aceptar la preterición de la cosa juzgada frente a la prueba genética que se solicita tras la consolidación de aquella, y es que, como ha advertido el autor nacional Enrique Varsi Rospigliosi, se trata de un nuevo supuesto que se viene trabajando en el Derecho Comparado.”⁷⁸

Por lo tanto, una vez se sugiere que el reconocimiento de la prevalencia del derecho a la verdad biológica no conduce necesariamente a soluciones pacíficas, sobre todo si están en juego otros derechos de primer orden, como el de la llamada inmutabilidad de la cosa juzgada, el citado juez resuelve la tensión puesta a consideración argumentando a favor del derecho de filiación lo que sigue:

“...la cosa juzgada no puede constituirse en un límite para la interposición de un nuevo proceso de paternidad sustentado en el análisis genético, siempre que en el anterior proceso no se haya hecho uso de todas las pruebas, y en atención a la supremacía de los intereses involucrados en la determinación de la paternidad sobre los principios de orden procesal. Así, tales intereses se sobreponen al instituto de la cosa juzgada, por lo que no encuentra justificación ningún impedimento al libre acceso a la justicia, de cara al establecimiento de la filiación, como derecho de niños y adolescentes que –por ser la Convención sobre los Derechos del Niño que lo consagra un tratado de derechos humanos–, tiene rango constitucional. Varsi Rospigliosi ha apuntado con justicia que son postulados reconocidos en la Constitución y en la Convención prenombrada, que la filiación, la maternidad y la familia son derechos sociales, que el derecho a la identidad guarda relación implícita con la filiación y la investigación de la paternidad y que el derecho a conocer el propio origen biológico tiene un correlato en la legalidad constitucional de la aplicación de pruebas biogenéticas para verificar una relación filial. Se trata, entonces, de principios de orden constitucional que deben prevalecer sobre el de la autoridad de la cosa juzgada, en virtud al glosado interés superior del niño y el adolescente y a la primacía del valor justicia y el

⁷⁸ ROJAS FLORES, Luis Ernesto. Filiación extramatrimonial y cosa juzgada en Clasificados Perú. Ramiol. 2008. Artículo consultado en <http://www.clasificadosperu.com.pe/modules/smartsection/item.php?itemid=12>. Fecha: 29 de marzo de 2010.

*esclarecimiento de los hechos cuando está de por medio la indagación de la filiación, que es el sustento del derecho natural a conocer quién es nuestro padre biológico... Esta constatación debe estimular, a nuestro entender, un debate nacional en torno a la conveniencia de elevar expresamente a rango constitucional el derecho a la filiación, como derecho del que debe gozar cualquier persona, aunque haya dejado de ser niño o adolescente.”*⁷⁹

En la misma dirección, vale anotar que la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, es del parecer que las resoluciones judiciales dictadas en juicios de filiación en las que no se ha practicado la prueba del ADN no alcanzan autoridad de *cosa juzgada sustancial*.⁸⁰

Y por lo que toca al derecho venezolano, el tratadista OSCAR E. OCHOA G., en su obra Derecho Civil I: Personas, ilustra sobre la denominada autoridad de cosa juzgada en los juicios de estado en materia de filiación, denotando que, conforme al artículo 507 del Código Civil de la República Bolivariana de Venezuela, debe distinguirse entre las sentencias constitutivas y declarativas, siendo que únicamente en las últimas citadas se predica la cosa juzgada relativa en tanto sobrevenga la actuación de un tercero no interviniente, a quien en modo alguno puede oponerse aquel instituto, como sucede en las decisiones de filiación. Así las cosas, ante la colisión en estudio, el derecho del país vecino se inclina por el respeto a la formalidad procesal, que propende por realizar la cosa juzgada absoluta y material en los procesos de investigación de la paternidad.⁸¹

Empero, como quiera que el estado actual de la cuestión examinada corresponde a lo que acaba de verse, y toda vez que tanto en el escenario colombiano como en el foráneo según se desprende de los referentes analizados, del conjunto de soluciones reveladas para el presente trabajo en los pronunciamientos de la Corte Constitucional y demás autoridades y doctrinantes citados, a nuestro modo de ver, ninguna lo hace satisfactoriamente, pues también se limita a recurrir para tales efectos al ejercicio jurisprudencial, es del caso proponer, como se avizoró desde un inicio, lo que a juicio propio, constituye el remedio procesal idóneo, como pasa a verse enseguida, acudiendo para ello a la importancia de la prueba biológica como dictamen pericial.

⁷⁹ Ejusdem.

⁸⁰ Cfr. Gaceta Judicial N° 1 Serie XVII. Investigación de paternidad Res. N° 83-99. J. N° 170-97. Investigación de paternidad Res. N° 183-99. J. N° 1 50-98. Investigación de paternidad Res. N° 480-99. J. N° 62-99. Consultado en: http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4008. Fecha: 29 de marzo de 2010.

⁸¹ OCHOA G., Oscar E. Derecho Civil I: Personas. Editorial Texto C. A. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2006. Págs. 299 y s. s.

11.LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA BIOLÓGICA, COMO DICTAMEN PERICIAL, EN LA PONDERACIÓN DEL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA JUDICIAL ANTE LA REALIZACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE FILIACIÓN.

Bien se sabe que la prueba pericial es la declaración especial de conocimiento exteriorizada por un tercero no necesario en el proceso y dirigida al fin de la prueba sobre un hecho litigioso, cuya obtención se logra con sujeción a lo dispuesto por la ley y valiéndose de determinados conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos. De ahí, tal como lo afirma la doctrina, que:

“Sólo puede reconocerse valor de plena prueba al dictamen proveniente de verdaderos expertos, emitido sobre le caso concreto razonado, objetivo, uniforme, sin reticencias ni vacíos, seguro en la verificación de los medios que lo fundan y perfectamente definido en las consideraciones y en la resolución de los puntos propuestos por el juez. En cualquier otra situación, el dictamen es prueba incompleta que necesita de otra u otras.”⁸²

En ese orden, la prueba biológica, como una especie del dictamen pericial de paternidad, la misma que en el decurso del tiempo se ha ido perfeccionando, según se observó con anterioridad, desde el análisis de compatibilidad eritrocitaria por grupo sanguíneo, pasando por el peritazgo antropomorfológico y el examen de antígenos humanos leucocitarios, hasta el ADN mitocondrial y cromosoma Y, se caracteriza por esclarecer la verdad biológica, entendiendo por esta a la correspondencia o coincidencia entre el material genético de dos personas, en razón de los avances de la ciencia en el campo de la determinación del origen parental.

No obstante, conviene aclarar que sólo hasta hace una década la prueba biológica se erigió en verdadero dictamen pericial como quiera que en el momento de su inclusión con miras a la determinación de la paternidad verdadera a la luz de la Ley 75 de 1968, se consideraba un indicio más de aquellos a los cuales el juez de conocimiento podía acudir en aras de solucionar el litigio. Así, hasta que jurisprudencialmente “se comprendió que los jueces necesitaban de la ayuda de expertos en asuntos de filiación y de la necesidad de propender en acercar la realidad jurídica a la realidad biológica”⁸³, y gracias a que se superó el grado técnico de credibilidad, el ya peritazgo biológico pasó de ser una prueba más dentro del juicio a entronizarse como una verdadera causal de paternidad, ampliamente respaldada por rotundos pronunciamientos de la Corte Constitucional

⁸² ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando. Código de Procedimiento Penal Comentado y Conforme con la Ley 906 de 2004. Décima Edición. Editorial Leyer. Bogotá D.C. 2006. Págs. 870 y 872.

⁸³ GIACOMETTO FERRER, Ana. Teoría General de la Prueba Judicial. Módulo publicado por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Consejo Superior de la Judicatura. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D. C. 2003. Pág. 151.

y Corte Suprema de Justicia, Corporaciones que durante los años 1999 y 2000, respectivamente, agraciaron a la prueba biológica un mayor PESO PROBATORIO, frente a las otras probanzas de carácter indirecto.

Dijo entonces la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 10 de marzo de 2000, bajo la ponencia del Doctor Jorge Santos Ballesteros:

“No se trata acá de desechar de un tajo las pruebas testimoniales o documentales recaudadas y que den cuenta, a criterio del juzgador, del trato íntimo o especial que una pareja se prodiga en una época predeterminada y coincidente con la concepción, para de allí inferir las relaciones sexuales que dieron origen a un ser humano cuya paternidad se investiga. No. Se trata de resaltar, con la altura exacta a la que llega hoy la ciencia, que los avances de ésta, a pesar de no estar recogidos positiva o expresamente en la ley, no puede echarse de menos, cuando lo cierto es que de las meras conjeturas e inferencias, por virtud de la ciencia se puede pasar hoy a una prueba menos indirecta de la filiación, prueba que, por lo demás, es de obligatoria práctica, según las voces del artículo 7° de la Ley 75 de 1968, que por cierto no contempla la prueba que acá sembró la duda, referida a la posible paternidad de un tercero, distinto del demandado. Es decir, se impone hoy la declaración de ciencia frente a la reconstrucción histórica, salvo que aquella no sea posible obtener.

...Pero la Corte, tomando pie en la función de unificación de la jurisprudencia que por ley se atribuye a la casación, estima oportuno llamar la atención en cierto aspecto que, en materia de filiación ha solido pasar a segundo plano, cuando hoy se impone en la investigación de paternidad.

...Se reitera, hoy es posible destacar que esas probanzas indirectas (testimonios, cartas, seducción dolosa) no tienen el peso probatorio de las pruebas biológicas. Porque la paternidad, esto es, la posibilidad de que un gameto femenino haya sido fecundado por uno de determinado hombre (y al margen de consideraciones éticas o de procedimientos en que no cuente la voluntad de ese padre biológico, tópicos que la Corte no entra en esta oportunidad a analizar), es hoy posible demostrarla con alcances de certidumbre casi absoluta, mediante procedimientos que el medio científico colombiano ofrece y que distan hoy mucho de los que el legislador de 1968 pudo tener en mente.

...Lo anterior obliga a la Corte a instar a los jueces colombianos a que en el decreto y práctica del dictamen pericial que dé cuenta razonada de la prueba biológica que busca esclarecer la paternidad, se busque la utilización de los más recientes sistemas científicos que estén en aplicación en el medio colombiano, y de los que pueda predicarse su accesibilidad.”

De modo que hoy en día, respecto a la prueba biológica, el genetista y el análisis de ADN vienen a constituirse respectivamente en perito y dictamen científico al

servicio de la jurisdicción de familia gracias al gran aporte que en el esclarecimiento de la verdad brindan dentro de la investigación de la paternidad y/o maternidad, a la vez que, de paso, coadyuvan en la materialización de la justicia y desarrollan el concepto de peritazgo, siendo que llevan su experticia al máximo de la científicidad alcanzada por el hombre.

En punto, verdaderamente es cierto que de la idoneidad del perito deviene la idoneidad de la prueba pericial, de tal modo que esa expresión halla mayor significado si, como en este caso, la idoneidad del auxiliar de la justicia se encuentra al tenor de las reglas de derecho que rigen la materia y, por supuesto, bajo el respaldo de su preparación, experiencia, logros, investigación y resultados óptimos en algún área del conocimiento, para este caso particular, de la ciencia médico – genética.

A la sazón, basta recordar los citados pronunciamientos judiciales para advertir que esa es efectivamente la posición que la Corte Constitucional ha avocado frente a nuestro orden jurídico en afán de hacerle responder de manera coherente con la realidad científica y de alimentarle de nuevas y eficaces formas de conseguir la verdad y la efectividad de los derechos fundamentales, como quiera que en Colombia se hace notable el avance de la genética y de la biología molecular encabezada, entre ellos, por el ilustre Doctor EMILIO YUNIS.

De allí que, sin tapujos ni limitaciones, casi obligatoriamente el parlamentario del siglo XXI debía declarar la “procedencia”, “proposición” y “nombramiento”⁸⁴ legal del dictamen biológico – pericial de ADN y, de tal suerte, adecuar y sujetar el procedimiento judicial de investigación parental al análisis genético, creación jurídica que en suma deja percibir la atractiva tentación a que cedió el Estado, nutrido de la pretensión de corrección en su objeto del orden justo, con el fin de minimizar el margen de error del que se puede adolecer al momento de impartir justicia. Al respecto, bueno es memorar las determinaciones atinentes que hacen parte de la Ley 721 de 2001, que rezan:

“ARTÍCULO 1o. El artículo 7o. de la Ley 75 de 1968, quedará así:

Artículo 7o. 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%.

⁸⁴ Terminología acuñada por la doctrina en aras de establecer algunos de los elementos que componen la naturaleza del dictamen pericial. En este caso, conforme a lo establecido en la Ley 721 de 2001, la “procedencia”, “proposición” y “nombramiento” se denotan “legales” en tanto que, por ministerio de la ley, la prueba científica de ADN se declaró necesaria y “conveniente” para establecer la paternidad, se propuso con claridad y precisión el objeto (estudio, examen y aplicación del hecho y fenómeno de la concepción) del reconocimiento genético - pericial y se nombró la calidad e idoneidad que reviste a los auxiliares de justicia encargados de tal misión.

PARÁGRAFO 1o. Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos esperticios (sic) 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.

PARÁGRAFO 3o. El informe que se presente al juez deberá contener como mínimo, la siguiente información:

- a) Nombre e identificación completa de quienes fueron objeto de la prueba;*
- b) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad;*
- c) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen;*
- d) Frecuencias poblacionales utilizadas;*
- e) Descripción del control de calidad del laboratorio.*

ARTÍCULO 2o. 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 aquellos casos en donde no se alcancen estos valores, la persona natural o jurídica que realice la prueba deberá notificarle al solicitante que los resultados no son concluyentes.

PARÁGRAFO. En los casos en que se decrete la exhumación de un cadáver, esta será autorizada por el juez del conocimiento, y la exhumación correrá a cargo de los organismos oficiales correspondientes independientemente de la persona jurídica o de la persona natural que vaya a realizar la prueba.

En el proceso de exhumación deberá estar presente el juez de conocimiento o su representante. El laboratorio encargado de realizar la prueba ya sea público o privado designará a un técnico que se encargará de seleccionar y tomar adecuadamente las muestras necesarias para la realización de la prueba,

preservando en todo caso la cadena de custodia de los elementos que se le entregan.

ARTÍCULO 3o. Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente...

ARTÍCULO 8o. El artículo 14 de la Ley 75 de 1968, quedará así:

Presentada la demanda por la persona que tenga derecho a hacerlo se le notificará personalmente al demandado o demandada quien dispone de ocho (8) días hábiles para contestarla. Debe advertirse en la notificación sobre los efectos de la renuencia a comparecer a la práctica de esta prueba.

Con el auto admisorio de la demanda el juez del conocimiento ordenará la práctica de la prueba y con el resultado en firme se procede a dictar sentencia...

PARÁGRAFO 2o. En firme el resultado, si la prueba demuestra la paternidad o maternidad el juez procederá a decretarla, en caso contrario se absolverá al demandado o demandada.”

Además de idóneo, el examen biológico resulta prueba completa, perfecta y adecuada en razón a que, por un lado, proviene libre de vacíos o reticencias, que no admite aclaraciones o ampliación, y de otro, porque le da vida al contenido de los medios probatorios indirectos y/o complementarios, al tiempo que se ajusta a las normas de procedimiento civil que regulan el dictamen pericial en lo relacionado con el número de pericias, competencia, imparcialidad, apreciación, instrucción, traslado, contradicción, firmeza, objeción, trámite incidental, etc., según lo dispuesto en los artículos 135 a 139 y 233 y siguientes del C. P. C., concordantes con lo señalado en los artículos 4º, 5º y 10 de la Ley 721 de 2001, últimos que indican:

“ARTÍCULO 4o. Del resultado del examen con marcadores genéticos de ADN se correrá traslado a las partes por tres (3) días, las cuales podrán solicitar dentro de este término la aclaración, modificación u objeción conforme lo establece el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil...

ARTÍCULO 5o. En caso de adulteración o manipulación del resultado de la prueba, quienes participen se harán acreedores a las sanciones penales correspondientes...

ARTÍCULO 10. La realización de los experticios a que se refiere esta ley estará a cargo del Estado, quien los realizará directamente o a través de laboratorios públicos o privados, debidamente acreditados y certificados.

PARÁGRAFO 1o. La acreditación y certificación nacional se hará una vez al año a través del organismo nacional responsable de la acreditación y certificación de laboratorios con sujeción a los estándares internacionales establecidos para pruebas de paternidad.

PARÁGRAFO 2o. Todos los laboratorios de Genética Forense para la investigación de la paternidad o maternidad deberán cumplir con los requisitos de laboratorio clínico y con los de genética forense en lo que se refiere a los controles de calidad, bioseguridad y demás exigencias que se reglamenten en el proceso de acreditación y certificación.”

Por lo tanto, el valor de la prueba genética, en tanto dictamen pericial “idóneo”, caracterizado por “completo”, “perfecto” y “adecuado”, adquiere enorme relevancia al momento de determinar la filiación de las personas, principalmente por el grado de juicio y conocimiento que provee al director del proceso judicial a fin de emanar una decisión de fondo sobre los hechos de debate probatorio, cuyo resultado, en todo caso, dependerá de la convicción y la conclusión vislumbrada por el juez en la experticia.

Lo anterior, en gracia a que, como todo trabajo de peritación y dentro de un discurso jurídico progresista, la prueba biológica de ADN revela el verdadero vínculo filial con alta probabilidad, superior al 99.99%, a la vez que lo excluye con el 100% de certeza.

Ahora, cierto sector de la comunidad jurídica ha de amonestar e incluso puede reprobar la mal denominada “tarifa científica” o presunta invasión del experto en genética sobre la esfera decisional del juez respecto a los procesos de investigación de paternidad y similares; en otras palabras, podría pensarse que la valoración de la prueba técnica no sigue las directrices del artículo 187 del C. P. C. Ello en virtud a que, sobre el punto y ante la contundencia del análisis genético, el juez, quien dicho sea de paso “sabe menos” que el auxiliar de la justicia, técnicamente hablando, se ve considerablemente limitado a ni siquiera sugerir una opción distinta que la planteada por el perito en el examen de ADN, no así cuando éste no concentra los requisitos esenciales para su valoración procesal, a saber:

- Acreditación e idoneidad del perito.
- Descripción de las personas objeto de materia de examen o estudio.
- Relación detallada de las operaciones practicadas en la pericia⁸⁵.
- Resultado.
- Medios científicos o técnicos utilizados para emitir el dictamen.

⁸⁵ En tratándose del dictamen de ADN debe para ello consultarse lo dispuesto en el Parágrafo 3º del artículo 1º de la Ley 721 de 2001 ya visto.

- Conclusiones.

En efecto, al verse ausente cualquiera de los ya enunciados elementos, el juez tendrá la posibilidad de alejarse inequívocamente del dictamen presentado, cuando, por ejemplo, el laboratorio que procesa la información genética no posee las licencias reglamentarias y legales o no utiliza los marcadores y la instrumentaria establecida para tal fin. Es decir, el juez, por no estar convencido, podrá refutarlo, pero ello no significa que puede imponer su arbitrariedad o su capricho o rechazarlo simplemente.

Por tal razón, síguese que:

”Si el dictamen no está motivado, el juez no ve más en él que una opinión puramente arbitraria, que no podría satisfacerle. Si a su vez los motivos no son otra cosa en el fondo que aseveraciones sin fundamento racional, si parecen traídas con ligereza y sin trabazón entre sí, o también las premisas sentadas parece deben producir otras consecuencias diferentes de las que se han sacado de ellas, y acusar a los peritos de haber violado las leyes de la lógica, el juez puede no admitir una decisión que así peca por su base. Otras veces el dictamen está bien motivado y es inatacable en la forma, pero las leyes científicas que toma por punto de partida son notoria y fácilmente ilusorias; el juez que conoce la parte débil de estas leyes no puede olvidar sin razón lo que sabe; su convicción no puede estribar en conclusiones que no parecen fundadas; y como, admitidas estas leyes por los peritos, no está en poder del juez reemplazar por otras científicamente reconocidas, como no puede, en una palabra, convertirse de juez a perito, es muy necesario, en último término, que comunique a éste sus dudas o que llame otros nuevos.”⁸⁶

De hecho, tal postura es coherente con la concepción de que el juez del siglo XXI se capacita, es estudioso, con una concepción globalizada del derecho, como servidor social a la luz de nuestra Constitución Política, pues exige del director del proceso un conocimiento previo, si bien no operativo y técnico, sí jurídico y reglamentario acerca del entorno que rodea los procedimientos de la biología molecular y la ciencia genética, gracias a la extensión del conocimiento y al carácter multidisciplinario del derecho, herramientas valiosas para mantener la problemática, tradicional y tantas veces defendida “independencia en la relación perito - juez”.

Precisamente, ese talante activo y crítico que invade al funcionario judicial en estos casos es congrua con la obligación de motivar su decisión y, en últimas, de tomar una determinación final, la que, se repite, debe erigirse sobre la sana crítica del haz probatorio puesto a su disposición.

⁸⁶ J.C.A. Mittermaier. Tratado de la prueba en materia criminal. 2º. Editorial Reus S. A. Traducción de Primitivo González de Alba. Madrid.1929. Pág. 168.

Así las cosas, en la materia de análisis adquiere vigencia la teoría sobre el dominio judicial del dictamen pericial, que reza:

*“El perito es un auxiliar del juez, pero nunca el juez mismo; es auxiliar, porque se le llama para dictaminar razonadamente en cuestiones especiales que el juez no está obligado a conocer tan a fondo como el perito; pero no es juez mismo, porque **no siempre** su dictamen es obligatorio para el juez, quien **ha de analizarlo necesariamente**; si bien es cierto que técnicamente el perito sabe más que el juez sobre un punto dado, la evaluación del hecho técnicamente apreciado es también necesaria, siempre y sólo corresponde -indelegablemente- al juez. Si éste la acoge, ha de ser por la convicción que le produce una conclusión pericial bien fundamentada. Esta conformidad no lo exime del deber que tiene el juez de motivar su sentencia y de relacionar unas pruebas con otras, incluso con el dictamen pericial.”⁸⁷*

Entonces, podría sustentarse que la vanguardia del derecho y, más específicamente, la constitucionalización, o si se quiere, la fundamentabilidad del derecho de familia, han permitido que dentro del juicio de filiación, por una parte, obligatoriamente el juez no prescinda del decreto y práctica, en general, de la prueba biológica idónea, hoy en día el análisis de ADN, tal como lo establece la norma pertinente, y que, por otra parte, se tenga la posibilidad de apartarse, en particular, de la experticia genética arrimada al proceso cuando aquella no reúna los requisitos que le son propios.

En fin, así lo concluye la doctrina cuando al respecto reza:

“En conclusión, podemos decir: que al juez no solo le corresponde un control de legalidad, es decir, verificar que el dictamen pericial cumpla con los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, y que en efecto los resultados allegados versen sobre muestras auténticas pertenecientes a quienes cuyo parentesco se busca establecer, que no hayan sido alterados en forma alguna, que se hayan utilizado los instrumentos apropiados, y que sea practicado por un laboratorio certificado, en los términos de la ley en mención, sino también lo definitivo: VALORAR LA PRUEBA CIENTÍFICA.”⁸⁸

En efecto, y como se ha reiterado, dicha valoración crea en el juez la convicción necesaria para proferir la sentencia correspondiente, sea acogiendo o denegando las pretensiones formuladas, que para el caso versan nada mas ni nada menos

⁸⁷ CARNELUTTI, Francisco. La prueba civil. Ediciones Atrayú. Buenos Aires. 1995. Págs. 77 y siguientes.

⁸⁸ GIACOMETTO FERRER, Ana. Op. Cit. Pág. 160. Cfr. VALLEJO DE TORRES, Gloria. La Investigación Biológica de la Paternidad. Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses. Madrid. Consultado en http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/medicos_forenses/MEDI21.pdf. Fecha: 06 de octubre de 2008.

que sobre la alteración de la filiación y sus consecuentes incidencias en el documento de registro civil, principalmente en el nombre, estado civil e incluso nacionalidad.

12. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE FILIACIÓN.

Por aquel alcance, sabemos que dicho pronunciamiento judicial realizado dentro de un proceso declarativo de conocimiento, sometido a trámite especial para el caso de los menores de edad demandantes, comprende el establecimiento de dos campos entre los cuales se halla, en sentido amplio, el establecimiento de la relación cuyo sustento es biológico y, en sentido restringido, el vínculo jurídico entre los filiados que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley, la que encuentra fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, todo lo cual, en uno y otro caso, guardando la salvedad relacionada con la filiación adoptiva que corresponde a una creación legal.⁸⁹

Así tenemos entonces que la providencia a que hacemos referencia tiene plena incidencia no sólo en la familia sino también en el conglomerado social, de donde se tiene justificada la preocupación del legislador y del juez, por regular y declarar, respectivamente, la filiación de las personas, en suma, dirigida a garantizar el estricto ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones relacionadas con la progenitura responsable, criterio introducido a nuestro ordenamiento desde la promulgación de la Ley 75 de 1968 y que a su vez encuentra base remota en las normas civiles relacionadas con el régimen jurídico de las personas contenido en la estructura francesa que siguió Don Andrés Bello en su proyecto de Código Civil y que sirvió de fuente única al Código del Estado de Cundinamarca, que luego vendría a constituir el Código de los Estados Unidos de Colombia, el mismo que halló posterior vigencia con la Ley 57 de 1887, nuestro primigenio Código Civil.⁹⁰

Ahora bien, atendida su naturaleza y los efectos que genera sobre la personalidad jurídica, cuando la sentencia de filiación no satisface las expectativas de cualquiera de las partes, es susceptible de ser atacada mediante la interposición de medios de impugnación, entre los que contamos:

- Recurso ordinario de apelación ante el superior funcional.
- Demanda de Casación formulada ante la Corte Suprema de Justicia.
- Recurso Extraordinario de Revisión ante el superior funcional.

Adicionalmente, bajo precisas connotaciones fáctico – jurídicas, puede incluirse en el listado anterior, el acudimiento a la acción de tutela impetrada ante el superior funcional.

Por consiguiente, como pasó de verse, entre los citados mecanismos de defensa se encuentra el recurso de apelación que es sin duda el más importante de todos

⁸⁹ ESCUDERO ALZATE, Maria Cristina. Op. Cit. Pág. 570.

⁹⁰ SUAREZ FRANCO, Roberto. Op. Cit. Págs. 4 y 5.

en tanto materializa el principio procesal de la doble instancia consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política.

A modo de resumen, la apelación se resuelve dentro de los límites en que el recurrente no ha sido vencido, salvo en algunos casos, como en aquellos en que está de por medio el orden público que escapa a la disponibilidad de las partes. Vale referir que no obstante su creación es legal, trasciende hacia la realización de valores supranormativos como la justicia recta e imparcial, y la igualdad ante la ley, términos acuñados en diversas legislaciones y que desde una visión histórica constituyen raíz y origen de los demás recursos. Está caracterizado porque su resolución ha sido encomendada a otro funcionario de superior categoría, en quien se supone mayor experiencia y conocimiento jurídico, y su naturaleza, procedencia, oportunidad, efectos, sustentación y reglas, las encontramos en los artículos 350 y siguientes de la Carta Procesal Civil, de donde hay que resaltar que la alzada en comento busca, ante todo, protestar, por regla general, toda clase de sentencias dictadas en primera instancia. De ahí que, de ella se ha sostenido que *“es la forma más civilizada de expresar el descontento frente a providencias lesivas.”*⁹¹

En ese orden, si se trata de una sentencia de filiación, observada la esencia de los derechos que en ella se controvierten, con mayor razón al interesado le asiste la facultad de interponer el recurso de apelación cuando considere que el pronunciamiento judicial no va de la mano de la realidad material y biológica.

Así mismo, es pertinente y necesario realizar algunas precisiones acerca del recurso de casación, empezando por afirmar que respecto a su naturaleza, es considerado un recurso extraordinario y rogado y se distingue de la revisión por cuanto esta última es una acción que procede contra las sentencias ejecutoriadas, en tanto que en la casación, aún cuando la sentencia de segunda instancia ya está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, no se encuentra ejecutoriada y, por tanto, existen un plazo perentorio para su interposición, que se cuenta a partir de la notificación de la segunda sentencia, excepto cuando hay acuerdo *per saltum*. Significa lo anterior que cuando se presenta el recurso de casación se interrumpe el curso de ejecutoria de la sentencia.

Es extraordinario porque no toda ilegalidad de la sentencia es susceptible de ser atacada por vía de casación; se atacan única y exclusivamente los vicios expresa y taxativamente señalados por la ley, los que reciben el nombre de motivos o causales de casación. Y, es rogado por cuanto que, como norma general, la Corte Suprema, encargada del estudio y tramitación del recurso de casación, debe limitarse a verificar si los vicios o ilegalidades acusados en la demanda ocurrieron o no, es decir, el camino que ha de seguir la Corte, lo fija el demandante. Ello se

⁹¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil Parte General. Tomo I. Novena Edición. Dupre Editores. Bogotá D.C. 2005. Pág. 759.

traduce en que la Corte se rige por el principio de limitación, esto es, que no podrá tener en cuenta motivos o causales⁹² de casación distintas a las que expresamente ha alegado el demandante, salvo cuando se trate de violación de las garantías fundamentales, evento en el cual la Corte podrá obrar, incluso de oficio.

Es de resaltar que el fin primordial de la casación es romper o “quebrar” un fallo de fondo o sentencia⁹³, la cual, como se anotó, se encuentra amparada por una doble presunción: de acierto y de legalidad, a cuyo efecto las mismas deben ser razonada y satisfactoriamente desvirtuadas.

En efecto, las finalidades de la casación, en materia civil, concretamente en lo que respecta a las sentencias de filiación, se resumen como sigue:

1. Revisar que los fallos estén sometidos al imperio de la ley, es decir, restaurar o ajustar las sentencias a la legalidad.
2. Unificar la jurisprudencia, entendida ésta como la doctrina reiterada emanada de las altas cortes.

Empero, para tales propósitos, de conformidad con la normatividad contenida en los estatutos procesales, principalmente en los artículos 365 y siguientes ibídem, el recurso de casación debe motivarse y reunir los requisitos establecidos, entre ellos, cuantía, término, formulación de cargos, taxatividad y técnica, para efecto de alcanzar el cometido del legislador cuando estipuló, como sus máximas: i) “la realización del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia” y, ii) confrontar el fallo impugnado con la normatividad vigente para concluir luego, si la sentencia se dictó conforme a derecho o, por el contrario, vulnera normas de carácter sustancial.

Ante todo, es un mecanismo idóneo y efectivo para la protección de los derechos fundamentales. En efecto, en la Sentencia T – 1306 de 2001, la Corte Constitucional afirmó que *“...si en el desarrollo de su labor como Tribunal de Casación, la Corte Suprema evidencia, de los cargos formulados por el recurrente –así estos carezcan de la técnica respectiva- o derivado del análisis de los*

⁹² En materia civil, se consideran causales de casación cuando la Sentencia adolece de: a) Violación de la ley sustancial; b) Inconsistencia con las pretensiones o con los hechos de la demanda, o con las excepciones interpuestas por el demandado; c) Contenido contradictorio en la parte resolutive en cuanto a declaraciones o disposiciones; d) Decisiones que hagan más gravosa la situación del recurrente en segunda instancia; e) Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad insubsanable contenidas en el artículo 140 del C.P.C.

⁹³ En relación al objetivo del recurso podemos remontarnos a su origen filosófico que se halla en la Revolución Francesa (1789), de donde se toma el término CASSER (romper), en el entendido que el “poder controla el poder”, por cuanto dentro del Estado de Derecho, los jueces están sometidos al imperio de la Ley.

mismos, una vulneración de derechos fundamentales, es su deber, en virtud de la reconocida eficacia de la casación para la protección de derechos fundamentales, hacer efectivo el amparo de tales derechos en la sentencia de casación. Al actuar, la Corte Suprema así no contraría la naturaleza dispositiva de la casación en virtud de que se ciñe a lo pedido por el casacionista, a pesar de los eventuales errores de técnica. Se garantiza igualmente el derecho de defensa de las partes en cuanto el pronunciamiento sigue ligado a los cargos formulados en la demanda de casación, frente a los cuales existe una oportunidad procesal de pronunciamiento por parte de la contraparte. No obstante, si observa una vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales o se encuentra frente a un derecho que por mandato constitucional sea irrenunciable, deberá proveer la protección a los mismos así no haya existido un cargo del cual se derive tal vulneración. La naturaleza irrenunciable de tales derechos prima sobre el carácter dispositivo que en términos generales tiene la casación.”

Así, continuando con el análisis de los mecanismos de impugnación, en tercer lugar tenemos el que en sumo grado interesa al desarrollo de nuestro trabajo y que por tanto se analiza bajo esa perspectiva.

En efecto, el artículo 379 de nuestro Estatuto Adjetivo establece que el recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema, los tribunales superiores, los jueces de circuito, municipales y de menores⁹⁴. En un principio, el inciso final de la norma en cita que exceptuaba la procedencia de este recurso respecto de las sentencias proferidas por los jueces municipales en única instancia, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C – 269 de 1998 bajo el entendido de que la cuantía no tiene la entidad suficiente para enervar la indagación por el estricto sentido de justicia de una providencia, pues ello comporta el desconocimiento de “...principios, valores, derechos y garantías propios de orden constitucional colombiano, como la justicia, la igualdad y el acceso a una adecuada administración de justicia.”⁹⁵

En cuanto a las causales que permiten enfilear este recurso, el artículo siguiente señala como tales:

1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

⁹⁴ Debe entenderse ahora los jueces de Familia.

⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-269 de 03 de junio de 1998. M. P. (E): Carmenza Isaza de Gómez.

Del tenor literal de la norma y acorde a tradicional criterio jurisprudencial y doctrinario se tiene que la prueba documental a que se refiere debe ostentar carácter categórico y definitivo en la decisión tomada; que su no aportación obedezca a fuerza mayor o caso fortuito, o bien por razón imputable a la contraparte y que el documento en sí preexista incluso al inicio del proceso, pero que su descubrimiento haya tenido lugar con posterioridad a la expedición de la sentencia⁹⁶, posición ampliamente refutada en tratándose de las sentencias de filiación, como lo dijo la Corte Constitucional y según se analizará posteriormente.

2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

Para acudir a la presente causal se precisa que los aludidos documentos (públicos o privados), con entidad vital y concluyente en la adopción del proveído atacado hayan sido declarados falsos por la jurisdicción penal con posterioridad a la sentencia o en caso contrario, que el recurrente no haya conocido la decisión penal. Así, la aducción al expediente la prueba que acredite falsedad es premisa de rigurosa observancia al momento de impetrar el recurso por este cauce.

3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.

De manera idéntica a los dos primeros supuestos, es de su esencia que los testimonios hayan alcanzado la relevancia de sustento o base del fallo adoptado, luego de cuyo proferimiento, los deponentes son judicializados por el punible de falso testimonio como consecuencia de su intervención testifical dentro del proceso finiquitado con la sentencia que se solicita revisar.

4. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

En tanto se relaciona con la situación de infracción penal, en este evento por parte de un auxiliar de la justicia, deben observarse los mismos requerimientos y circunstancias que para la causal tercera.

5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

En armonía con lo que viene de anotarse, la comisión del delito debe tener incidencia directa, relevante y determinante en la motivación de la sentencia, y por ende el acaecimiento delictivo debe demostrarse con la copia del fallo penal correspondiente.

⁹⁶ JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. Los Recursos en el Procedimiento Civil. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 2005. Pág. 258.

Es preciso denotar que el término de caducidad respecto de las causales 2 a 5 es de dos (02) años que se cuentan a partir de la ejecutoria de la sentencia. Una vez interpuesto el recurso se avoca su trámite, que puede ser suspendido por un lapso máximo de dos (02) años mientras la justicia penal emite el respectivo pronunciamiento, al cabo del cual deberá decidirse la revisión.

6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.

Los ardidés engañosos pueden provenir de una o de ambas partes, sin que sea relevante que tales procederés se encuentren descritos en normas penales o ameriten pronunciamientos judiciales de ese tipo, los cuales pueden ser alegados aun por quienes no hayan sido parte en el proceso, si resultan afectados con la sentencia.

7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el (artículo 152)⁹⁷, siempre que no haya saneado la nulidad.

Evidenciada la falta de citación o emplazamiento, o la indebida representación, aparece evidente que quien se encuentra legitimado para invocar este título de revisión es aquél que no actuó en el proceso, bien porque no se surtió su convocatoria a través de los antedichos medios o porque su representación procesal no consultó las normas aplicables. Por supuesto que tiene aplicación aquí, el término general de caducidad de dos (02) años contados desde que el recurrente conoció la circunstancia, sin que en ningún caso pueda rebasar el de cinco (05) años después de la ejecutoria de la sentencia. Debe tenerse en cuenta que en los casos en que la sentencia requiere inscripción en el registro público, el término de caducidad se cuenta a partir de dicha anotación.

Vemos aquí cómo el legislador, si bien preocupado por salvaguardar el principio procesal de preclusividad en cuanto a este recurso, decididamente adecúa el término general de caducidad a las necesidades fácticas específicas de esta causal, avizorando la posibilidad de que, como ocurre con el presente trabajo, ante eventuales hechos que permitan propiciar una nueva lectura del supuesto normativo contenido en alguna causal pueda establecerse cierto criterio para prescindir del término de preclusión recibiendo ayuda para ello de la ley y la jurisprudencia.

8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

⁹⁷ Se refiere al artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

Se contrae a vicios suscitados en el momento de pronunciarse la sentencia, no susceptibles de ser remediados por vía de apelación o casación, como lo sería cuando, no obstante haberse solicitado audiencia para alegar (inciso 2, artículo 360), no se decretó y se dictó sentencia; dictar sentencia en un proceso terminado por perención, transacción o desistimiento; o condenar a quien no haya sido parte; o que se dicte sentencia estando el proceso suspendido.

9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

Puede acudirse a esta causal sólo cuando haya sido imposible proponer la excepción de cosa juzgada dentro del proceso, puesto que si habiendo tenido esa posibilidad no se ejercitó resulta improcedente y lo mismo sucede cuando ya fue debatida en el proceso.

Vistas ya las causales en las que se puede amparar el recurso debemos indicar que, según lo dispone el artículo 381 del C. P. C., podrá interponerse dentro de los dos (02) años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, cuando se invoque alguna de las causales consagradas en los numerales 1º, 6º, 8º y 9º; y en los casos contemplados en los numerales 2º, 3º, 4º y 5º, deberá interponerse dentro del mismo término, pero si el proceso penal no hubiere terminado, se suspenderá la sentencia de revisión hasta cuando se produzca la ejecutoria del fallo penal y se presente la copia respectiva, con la anotación de que esta suspensión no podrá exceder de dos (02) años.

El recurso extraordinario de revisión ha sido instituido en nuestra legislación, como un medio para excluir del universo jurídico las sentencias que, a pesar de encontrarse ejecutoriadas y estar, en consecuencia, amparadas por la fuerza de la cosa juzgada, descansan sobre la base de una grave ilicitud, bien porque desconocen el alcance de la misma cosa juzgada en un proceso anterior, ora por cuanto vulneran un derecho fundamental, contenidos que subsumen los supuestos descritos en las diferentes causales consagradas expresamente por la Ley para incoarlo. Estos supuestos evidencian el claro surgimiento de un conflicto entre la seguridad y la certeza jurídica de los derechos subjetivos frente a la justicia como supremo fin del ordenamiento normativo, disyuntiva que debe solucionarse otorgando prelación a esta última, atendiendo razones superiores de orden jurídico y social, pues en palabras de la Corte Suprema de Justicia: “...*resulta más nocivo*

mantener una sentencia inicua que su aniquilamiento para abrir paso a una nueva purgada de los vicios en que se incurrió para dictar la primera.”⁹⁸

Y es que “...la revisión no lleva en sí el consabido reproche que una impugnación cualquiera comporta para el juzgador que dictó la sentencia; los elementos que gravitarán en la revisión son novedosos, hallados de ordinario después de la sentencia, y naturalmente que de ellos no podía hacer cuenta quien decidió la controversia. Dicho en breve, no hay allí un juzgador equivocado, sino engañado. Y cualquiera lo habría estado, y quizá dictado el mismo fallo. Causas relevantes son las que autorizan impugnación semejante...”⁹⁹

Es por ello que la misma Corporación ha calificado el recurso extraordinario de revisión como *“excepción al principio casi absoluto de la cosa juzgada material.”¹⁰⁰*

Así, podemos afirmar que en cuanto a su naturaleza, trámite y alcance, el mencionado recurso extraordinario presenta notables diferencias respecto a los demás mecanismos de impugnación, acciones ordinarias civiles y medios de defensa especiales, excepcionales y sumarios como la acción de tutela; además, su conocimiento se encuentra atribuido a las autoridades judiciales en forma independiente y exclusiva: En primer lugar, corresponde la competencia a los Tribunales Superiores de Distrito el conocimiento *“en única instancia, del recurso de revisión de sentencias dictadas por los jueces de circuito, municipales, territoriales y de menores (debe leerse de familia)...”* (Numeral 2, artículo 26 del C.P.C.); en tanto que a la Sala de Casación Civil y Agraria le corresponde el conocimiento de los *“recursos de revisión que no estén atribuidos a los Tribunales Superiores”* (numeral 2, artículo 26 ibídem).

Tenemos pues, que este recurso extraordinario opera frente a las sentencias ejecutoriadas incluidas las de mínima cuantía en tanto que el ordinario de apelación y la demanda de casación proceden en contra de las sentencias que no han alcanzado ejecutoria.

El afortunado proceso de constitucionalización de nuestro ordenamiento normativo promovido a partir de la promulgación de la Carta de 1991 con abrigo en iniciativas hermenéuticas brillantes y esperanzadas, a través de una senda de contextualización valorativa audaz pero no menos polémica y sinuosa, ha permitido que institutos caracterizados por su irrefutable culto a las formas, sobre todo del derecho privado, se nutran de nuevas y revitalizadoras reflexiones axiomáticas y propositivas que instalan su sentido teleológico al servicio del ser humano, erigido en

⁹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente 5297. Sentencia del 29 de noviembre de 1995. M. P.: Pedro Lafont Pianetta.

⁹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente 110010203000200401317-00. Auto del 18 de marzo de 2005. M. P.: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

¹⁰⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente R5695. Auto del 20 de septiembre de 1995. M. P.: Javier Tamayo Jaramillo.

la razón de ser del universo jurídico. Una clara muestra de ello la ofrece el siguiente pasaje de la Sentencia C-739 del 11 de junio de 2001, en la que al estudiar la exequibilidad del numeral 9 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, la Corporación guardiana de la integridad y supremacía de la Norma Superior abordó la naturaleza del recurso extraordinario de revisión para expresar:

“La revisión, más que un recurso, es un medio para conseguir la realización de la justicia, pero no de la justicia formal propia de las sentencias en firme contrarias a derecho, sino de aquella verdadera que demandan el Preámbulo y los artículos 1º, 228 y 230 del estatuto superior. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya sostenido que la revisión es un proceso sobre una sentencia, ante nuevas circunstancias fácticas que, de haberse conocido, habrían conducido a otro resultado. Con relación a la naturaleza de la revisión vale tener en cuenta esta decisión.

(..) Históricamente, en efecto, ha estado la revisión ligada a causales que cabalgan sobre hechos externos al proceso, postulado que apenas vino a morigerarlo el legislador de 1970 con la inclusión de las causales alusivas a la incorrecta vinculación del demandado y a la nulidad que se genera en la misma sentencia que se impugna en revisión (enlistadas hoy como 7 y 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil), por donde se viene el pensamiento que sí, con apenas alguna excepción, puede afirmarse que las circunstancias que autorizan la revisión son exógenas, y esto en cuanto que brillaron por su ausencia en el respectivo juicio, razones de coherencia proclaman que la revisión no comporta, no puede comportar reproche alguno para el juzgador, si es que éste desconocía la realidad (..).

(..) la revisión, en tanto que exhorta a considerar elementos de juicio cuyo hallazgo es, las más veces, posterior a la sentencia combatida, está afirmando de antemano que el autor del proveído no está siendo convicto de extravío, pues supone, al amparo de la lógica, que cualquier otro, puesto en las mismas circunstancias y no mas con los elementos hasta entonces existentes, habría dictado quizá la misma decisión (..)¹⁰¹

Por ello es preciso destacar que este nuevo juicio, cuando se motiva en que una decisión, entre las mismas partes y por el mismo asunto no fue tomada en cuenta (Artículos 380.9 y 188.8 C.P.C. y C.C.A.), no tiene por qué entrar a considerar cuestiones de juridicidad, sino que debe concretarse en resolver si, por no haber tenido en cuenta la primera decisión, la segunda debe dejarse sin efecto.

De ahí que no sea dable calificar de omiso al legislador en torno a la actividad desarrollada para relacionar la cosa juzgada como causal de revisión, por no

¹⁰¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Expediente 6253. Sentencia del 2 de agosto de 1998. M. P.: Rafael Romero Sierra.

haber incluido como tal la firmeza de las decisiones de constitucionalidad, toda vez que este sometimiento es propio de un control abstracto, en tanto la revisión es un mecanismo procesal que opera para adecuar una decisión a la justicia que debe operar solo entre las partes y por razón de un asunto.

Lo anterior no quiere decir que el juez y las partes involucradas en una sentencia objeto de revisión sean ajenas a la cosa juzgada y a la doctrina constitucional, lo que sucede es que una y otra vinculan a los primeros, en el ámbito de la juridicidad abstracta que, como se dijo, es ajena a la revisión. En tanto la cosa juzgada judicial, que debiendo haber estado presente no se consideró en un litigio (Artículos 380.9 y 188.8 C.P.C. y C.C.A.) los relaciona directa y singularmente.

O lo que es lo mismo, se trata de instrumentos con objetivos diferentes: la cosa juzgada y la doctrina constitucional garantizan la supremacía y la integridad de la Constitución Política como norma (C.P., art. 230 y 243), en tanto la cosa juzgada judicial preserva la integridad de la Carta en el plano de los derechos y libertades sometidos a juicio, de la seguridad de las relaciones jurídicas y de la firmeza de las decisiones judiciales (C.P., Preámbulo y arts. 1º, 2º, 6º, 13, 58 y 230)..."

Conviene asimismo tener presente que una de las características de corte formal más defendida de manera estricta y venerada por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal de casación ordinaria se relaciona con la oportunidad para la interposición del recurso extraordinario de revisión, circunstancia de medular incidencia en la decisión que habrá de adoptarse, a cuyo efecto, de manera expresa la ley ha fijado perentorios límites temporales, de cara a la seguridad que las relaciones jurídicas particulares reclaman de las decisiones jurisdiccionales, cuales se encontrarían seriamente amenazadas si esas providencias pudieran quedar indefinidamente expuestas a eventuales ataques, aun de naturaleza extraordinaria. De suerte que, la expiración de los plazos que con ese fin han sido señalados en el ordenamiento, sin que el recurso sea interpuesto, produce, "por ministerio de la ley, la caducidad del derecho a formularlo" (G.J. CLII, Pág. 505)¹⁰², y el consiguiente rechazo de plano la demanda en la que sea propuesto -artículo 383 numeral 4º del Código de Procedimiento Civil. Este límite preclusivo se aplica según el artículo 381 ejusdem a las causales consagradas en los numerales 1º, 6º, 8º y 9º del artículo inmediato anterior. Aunque dicha preclusión ha sido cuestionada en tratándose de la afectación de derechos fundamentales indisponibles.

Explica el Profesor LÓPEZ BLANCO¹⁰³ que pese a la naturaleza extraordinaria atribuida por la legislación a este recurso, para algunos estudiosos se trata de una demanda sustentada en una pretensión de impugnación diferente de la estudiada en la sentencia por revisar, posición que según el autor en cita, ha encontrado eco

¹⁰² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente 11001-02-03-000-2006-00604-00. Auto del 27 de abril de 2006. M. P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

¹⁰³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. Cit. Pág. 856.

en la jurisprudencia no uniforme de la Corte Suprema de Justicia, cuando en algunas ocasiones ha sostenido que el trámite de revisión discurre a partir de la interposición de una demanda con la observancia de ciertos requisitos formales, a saber: la indicación de las personas que actuaron como partes en el proceso fulminado con la sentencia a revisar; admisión y surtimiento de traslado a la parte demandada; agotamiento de término probatorio, traslado para alegaciones y expedición de la sentencia.

El prenombrado catedrático manifiesta una postura contraria a la reseñada, indicando que el hecho de seguir un derrotero similar al de un proceso en el trámite del recurso no cercena en modo alguno tal característica y que una de sus principales diferencias estriba en que los procesos pueden ser promovidos por cualquier persona en tanto que el recurso de revisión solo puede intentarse por quienes fueron parte en el proceso, salvo cuando se trata de indebida notificación, emplazamiento o representación, que de todas formas se circunscribe a aquellos afectados con las falencias procesales enumeradas.

De esta suerte, la sentencia que define la filiación de las personas se encuentra incluida dentro de las que soportan el recurso extraordinario de revisión habida cuenta que permite un nuevo estudio de la materia litigiosa al tenor de un amplio espectro de causales al mismo tiempo taxativas y específicas.

Por último, y para agotar el tema relacionado con los medios de impugnación que nuestro ordenamiento contempla en lo tocante a los fallos fulminados en procesos de investigación de la relación parental, nos referimos a las causales genéricas de procedibilidad antes denominadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como vías de hecho, afectas a la posibilidad de interponer la acción de tutela en contra de tales proveídos.

Para ese fin, sea lo primero anotar que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene un carácter excepcional¹⁰⁴, pues se supedita, entre otros aspectos, a que los efectos de una decisión judicial vulneren o amenacen derechos fundamentales y a que no exista otra vía judicial idónea para su protección. Ha sido prolífica la jurisprudencia vertida por la Corte en torno a los supuestos denominados vías de hecho, como en principio lo desarrolló la Corte Suprema de Justicia, anotando que su origen deviene del derecho administrativo, definición adoptada por la Corte Constitucional para referirse, en todo caso, a falencias graves, burdas y groseras de los pronunciamientos judiciales y del actuar caprichoso de los funcionarios judiciales, originadas en distintos tipos de causales y defectos, definición posteriormente reescrita bajo el epígrafe de “causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela”.

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 543 del 1º de octubre de 1992. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Así, en su oportunidad, sostuvo la Alta Corporación:

*“En los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una ‘violación flagrante y grosera de la Constitución’, es más adecuado utilizar el concepto de ‘causales genéricas de procedibilidad de la acción’ que el de ‘vía de hecho’.”*¹⁰⁵

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los “requisitos formales o generales” de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como son:

- Que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional.
- Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial - ordinarios y extraordinarios- a disposición del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable.
- Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental.
- Cuando se trate de una irregularidad procesal, que ésta tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y afecte los derechos fundamentales de la parte actora.
- En la solicitud del amparo tutelar se deben identificar los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que se hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible.
- Que no se trate de sentencias de tutela, por cuanto los debates sobre derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente.

Adicionalmente, en la Sentencia C - 590 del 08 de junio de 2005, con la ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, la Corte indicó que para tales efectos también es necesario demostrar la presencia de al menos una de las “causales materiales” o “defectos” de procedencia. La lista de los reseñados defectos se concreta a continuación:

¹⁰⁵ T-774 de 2004, citada en la C - 590 de 2005.

“ ...

1. *Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.*
2. *Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el Juez actuó al margen del procedimiento establecido.*
3. *Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.*
4. *Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.*
5. *Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.*
6. *Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*
7. *Violación directa de la Constitución.”*

Bajo esta óptica, a manera de ejemplo, si la sentencia de filiación fue proferida sin la valoración de una prueba de ADN por haber obtenido su resultado después de transcurridos dos años desde su expedición, y se niega el recurso de revisión por extemporáneo, advertida la inexistencia de otro mecanismo de defensa, el caso evidencia, al tenor del precedente constitucional ya visto, a más de la causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela, la presencia de dos concretos defectos, uno de tipo sustancial y otro de índole fáctica en dimensión negativa¹⁰⁶, como quiera que se desconoce la interpretación amplia sentada por la Corte

¹⁰⁶ Recuérdese que el defecto fáctico posee dos dimensiones una positiva y una negativa. La última ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Y la positiva se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnera la Constitución.

Constitucional respecto del numeral 1º del artículo 380 del C. P. C., a la vez que se niega el valor probatorio del dictamen genético, cuyo resultado puede cambiar el sentido de la decisión censurada, siendo entonces posible acudir al mecanismo de amparo constitucional para conjurar los yerros judiciales anunciados.

Sin embargo, vale aclarar que hasta el momento brilla por su ausencia la univocidad en cuanto al criterio jurisprudencial aplicable al caso antes reseñado, además de la carencia de fuerza vinculante de los fallos adoptados por la Corte Constitucional en sede de tutela, situación que riñe de manera estruendosa con la aspiración de obtener una declaratoria judicial segura y uniforme, y que comporta, según el verdadero papel del juez constitucional en las nuevas democracias, la inviabilidad del trámite de tutela para ventilar esta clase de pretensiones, cuando lo ideal es que para velar por la realización de derechos fundamentales como la filiación debe existir una cuerda procesal específica y apropiada. En esos términos, se resuelve negativamente a la pregunta de si es la acción de tutela el mecanismo “adecuado” para atender la vulneración del derecho a la filiación en las decisiones judiciales que no cuentan con la valoración de la prueba biológica idónea.

13.NECESIDAD DE REFORMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN COMO REMEDIO PROCESAL PARA RESOLVER LA TENSIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA JUDICIAL Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE FILIACIÓN ANTE LA IDONEIDAD DE LA PRUEBA BIOLÓGICA.

Al punto, es innegable la existencia en el escenario fáctico – jurídico colombiano de muchedumbre de casos en los que aparece evidente la vulneración de los derechos a la verdadera filiación y a la personalidad jurídica, menoscabo que hasta el momento no ha podido ser conjurado por las vías procesales consagradas en nuestro ordenamiento y que ponen de presente la necesidad de reclamar la aplicación, en su justo alcance, del criterio jurisprudencial con que, en Sentencia T - 584 de 2008, la Corte Constitucional ha interpretado la estructura gramatical de la causal primera del recurso extraordinario de revisión consagrado en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, referida al dictamen biológico, concretamente en lo que tiene que ver con la palabra “encontrado”, a la cual se ha dado un sentido amplio, circunscribiendo en lo atinente a sus acepciones, no sólo las más comunes o evidentes como: hallado, descubierto, observado, conocido o notado, sino también y para el específico caso de los juicios de filiación la de “practicado” y “recaudado”, concepto que incluye el decreto y efectiva realización, incluso posterior a la sentencia ejecutoriada, del experticio.

Ahora bien, con el propósito de superar la limitación temporal de dos (02) años que para interponer el recurso de revisión prescribe el artículo 381 del citado código y permitir de esta manera el acceso al trámite de aquellos casos en los que dicho término se encuentra precluido, imperioso resulta armonizar la norma procesal, su interpretación constitucional y el concepto de interés actual presente en varias normas del derecho civil - familia¹⁰⁷. Así, la reforma que se pretende introducir facultará al reclamante para solicitar en todo tiempo la revisión de la sentencia de filiación adversa demostrando su interés actual, que se tendrá por acreditado desde el momento en que cuente con la prueba biológica idónea que ampare sus pretensiones y que hará valer dentro de las ritualidades propias de este medio extraordinario de impugnación, como sucede en los siguientes casos:

- En la investigación y declaración o negación judicial de la filiación sin el recaudo y valoración de la prueba idónea, cuya sentencia quedó en firme antes de la vigencia de la Ley 721 de 2001;
- Investigación de la filiación con base en una prueba biológica anacrónica e inidónea, o sin el recaudo de la prueba de ADN, donde la sentencia de

¹⁰⁷ Cfr. Artículos 220 y 248 del Código Civil, último modificado por el artículo 11 de la Ley 1060 de 2006.

declaración o negación judicial quedó en firme después de la vigencia de la Ley 721 de 2001; o,

- Investigación y declaración o negación judicial de la filiación sin el recaudo de la prueba idónea, con posterioridad a la Ley 721 de 2001, y la sentencia quedó en firme.

No está por demás aclarar que la pretendida reforma tiene como único objeto el establecimiento por vía judicial de la filiación verdadera de las personas, vale decir, los efectos patrimoniales derivados de estos pronunciamientos deberán continuar sometidos a lo previsto por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968¹⁰⁸.

Supuestos fácticos como los descritos arriban cotidianamente a los estrados judiciales de nuestro Departamento y del país entero como así lo demuestra el hecho de que todos ellos han sido estudiados por la Corte Constitucional bajo la óptica de la acción de tutela. Por ello, la aspiración del presente trabajo es precisamente consolidar el principio de seguridad jurídica, que no otorga el trámite de amparo excepcional, teniendo en cuenta que dichos fallos tienen efectos inter partes y que, además, no existe hasta el momento una sentencia de unificación sobre el particular; por el contrario, se advierte posiciones hermenéuticas diametralmente opuestas por parte de los magistrados encargados de las respectivas ponencias.

Adicionalmente, ha de considerarse que en las democracias modernas desarrolladas bajo el modelo del Estado Social de Derecho y de control constitucional concentrado, la institucionalidad en su cometido de concretar la verdadera justicia social y preservar de paso la convivencia, debe ser celosamente respetuosa de los derechos de los asociados, al punto que el acudimiento a este mecanismo especial de protección de derechos fundamentales esté reservada únicamente a casos extremos de vulneración del ordenamiento jurídico por entes estatales, además de los particulares, cuando con su acción u omisión desconozcan o violenten injustificadamente la norma aplicable, resaltando que en momento alguno se ha concebido este instrumento para suplir vacíos legales o inconsistencias reglamentarias, máxime si, se itera, es obligación de los

¹⁰⁸ Sobre el particular, la citada norma, modificatoria del artículo 7º de la Ley 45 de 1936, reza: *“Las reglas de los artículos 395, 398, 399, 401, 402, 403 y 404 del Código Civil se aplican también al caso de filiación natural. Muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge. Fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus descendientes legítimos, y a sus ascendientes. La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción”*. Téngase en cuenta que el aparte destacado en negrilla fue declarado exequible por Sentencia N° 122 de octubre 3 de 1991 de la Corte Suprema de Justicia, ratificada por Sentencia C - 009 de 2001 de la Corte Constitucional.

organismos oficiales evitar la intervención del juez constitucional, que en algunos países se ha reducido al control de legalidad, es decir, al estudio de exequibilidad normativa en tanto su papel deviene específico y excepcional en el afán de materializar el fin último del Estado, esto es, preservar su legitimidad¹⁰⁹.

Ahora bien, dentro del tema que ocupa la atención, podría excepcionalmente, de conformidad con el criterio anterior, operar el amparo tutelar para proteger los derechos fundamentales de una persona, principalmente de los menores de edad, ante el incumplimiento de los deberes correlativos que tienen a cargo los padres, lo cual presupone la paternidad. Sin embargo, resulta inadecuado que el juez de tutela suplante al ordinario en la definición del origen parental y que, como consecuencia de esa decisión, altere el nombre, el estado civil y la personalidad jurídica derivando de ello las obligaciones inherentes a esa condición. La Corte Constitucional ha declarado al respecto:

“...no es la acción de tutela el mecanismo jurisdiccional indicado para obtener que se defina la filiación, ni para investigar la maternidad o la paternidad...”

*Ello pone de relieve que, no obstante el interés del Estado en facilitar los medios para... garantizar... la certidumbre acerca de la identidad de su padre, el sistema jurídico no atribuye la paternidad a una determinada persona si no media el reconocimiento o la decisión judicial. No podría ser de otra manera, pues también en esta materia, en cuanto de la definición voluntaria o judicial sobre la paternidad se derivan consecuencias especialmente relacionadas con el señalamiento de responsabilidades, obligaciones y deberes en cabeza de quien la ostenta, tienen que ser observadas las reglas propias del debido proceso (artículo 29 C.P.)...”*¹¹⁰

Precisamente, ese es el criterio que en definitiva ha intentado mantener la Corte Constitucional en sus pronunciamientos, incluso el contenido en la Sentencia T – 411 de 2004, donde a pesar de concluir categóricamente, ante las contundentes resultas de la prueba biológica, cuál debía ser el sentido de la decisión de mérito dentro del trámite de filiación reprochado¹¹¹, finalmente dejó en

¹⁰⁹ NARANJO MESA, Vladimiro. Función de las Cortes Constitucionales en las democracias modernas. En Tendencias actuales del derecho público y el derecho privado. Compilación de Jorge Eduardo Londoño. Ediciones UNIBOYACÁ. Fundación Universitaria de Boyacá. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Tunja. 2000. Págs. 210 a 226.

¹¹⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 106 de 1996 ya citada.

¹¹¹ En dicha oportunidad, luego de verificar el resultado de la prueba biológica que no excluía la pretensión filiativa deprecada y resuelta negativamente, la Corte resolvió: “...Segundo: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al reconocimiento de la personalidad jurídica y, en consecuencia, DECRETAR la nulidad de la Sentencia proferida el 4 de diciembre de 2002 por el Juzgado Sexto de Familia de la ciudad de Cali dentro del proceso de filiación extramatrimonial del Señor Jairo Edmundo Pabón en contra del Señor Ricardo Segundo Córdoba. Tercero. ORDENAR, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, el Juez Sexto de Familia de Cali dicte una nueva sentencia dentro del proceso de filiación extramatrimonial del señor Jairo Edmundo Pabón contra el señor Ricardo Segundo

manos del juez natural la decisión definitiva y de fondo, muchas veces acompañada, luego de la habilitación del respectivo término, del ejercicio del recurso extraordinario de revisión, como aconteció en las Sentencias T – 1342 de 2001, T – 1226 de 2004 ó T – 584 de 2008, anteriormente sintetizadas.

En dichos pronunciamientos, la Corte Constitucional ponderó el principio de cosa juzgada y, de paso, el de seguridad jurídica que le es inherente, al realizar el derecho ius fundamental innominado de filiación ante la idoneidad de la prueba biológica y frente a la ineluctable necesidad de sobreponer, en palabras de la misma Magistratura, la verdad material sobre las formalidades en perjuicio, por así decirlo, del rigor procesal y de la aplicación exegética de los términos judiciales, cuyo efecto entraña la afectación de otros derechos y valores constitucionales conexos, dada su indisponibilidad. Vemos que, en clara usanza de las nuevas tendencias ius filosóficas promovidas por la argumentación jurídica y la constitucionalización del derecho, el citado Tribunal adopta la interpretación más acorde con la Carta Magna, que la hace más exigible para el juez ordinario, al momento de ampliar la aplicabilidad de la causal primera de revisión como mecanismo adecuado para rebatir el rigor procesal que cobija el principio de cosa juzgada, en tanto no se opone al mismo, sobre la base del carácter inalienable del derecho de filiación, advirtiéndose los límites razonables y/o proporcionales que permiten la *optimización*¹¹² o realización de los conceptos normativos que colisionan, según las condiciones fácticas y jurídicas ya descritas.

Sabido es que la teoría constitucional reconoce el *carácter*¹¹³ o la *estructura*¹¹⁴ de “principios” a los derechos fundamentales. De tal suerte, resulta apenas obvio que el derecho fundamental innominado de filiación, piedra basal de otros como el nombre, el estado civil, la personalidad jurídica y la dignidad humana, se erige como principio constitucional que, para el análisis concreto de la situación puesta a consideración y a fin de establecer técnicamente un común denominador, entra en colisión con el principio de cosa juzgada judicial, también de raigambre constitucional en el entendido de que supone, al tenor de lo dispuesto en el artículo 29 superior, relativo al debido proceso en las actuaciones judiciales y administrativas, la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, entre las cuales está el contemplar así a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso, siempre que un eventual y nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, la misma causa y haya identidad jurídica de partes. Y decimos que

Córdoba, teniendo en cuenta los resultados de la prueba antro-po-heredo-biológica practicada por el Laboratorio de DNA, Convenio ICBF-INML Y CF con fecha 21 de julio de 2003.”

¹¹² Es decir, que han de ser realizados en lo posible según las circunstancias fácticas y jurídicas existentes. Cfr. ARANGO, Rodolfo. Colisión y ponderación de principios: su relevancia en el derecho ordinario. En: Letras Jurídicas No. 7. Universidad Nacional. Bogotá D. C. 2002. Pág. 312.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio (Talking about rights seriously). Editorial Ariel. Barcelona. 1984. Págs. 80 y s. s.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. Págs. 81 y s. s.

entra en colisión en tanto aquellas disposiciones jurídicas fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre si, otorgando soluciones opuestas.

14. APLICACIÓN DE LA FÓRMULA DEL PESO Y LA LEY DE LA PONDERACIÓN EN LA COLISIÓN DEL DERECHO DE FILIACIÓN CON EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA JUDICIAL.

Es a través del *test de proporcionalidad en sentido estricto* o *test estricto de razonabilidad*¹¹⁵ que, entre otras cosas, es el que propugna porque al resolver la colisión de principios abstractos, como máximas o mandatos de optimización, no siendo normas dotadas de una estructura condicional hipotética, ambos se realicen en la mayor medida de lo posible, y más allá del simple ejercicio silogístico, logra la Corte Constitucional conciliar la lid al equilibrar la cosa juzgada judicial para justificar el ejercicio del recurso de revisión en determinadas condiciones de índole probatorio y temporal, siendo que de otra forma pueden salir *inaceptablemente afectados derechos fundamentales*, como el de filiación, en tanto que la plena protección de uno de los principios no es compatible con la plena protección del contrapuesto.

Y es que, para la Corte Constitucional, desde sus inicios y siguiendo la postura española según la cual el principio de proporcionalidad es una parte de la razonabilidad, el referido test se ha concebido dentro de un modelo mixto o articulado de tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que componen el juicio de proporcionalidad entre el fin buscado por la norma y los medios escogidos para ello, teniendo en cuenta no sólo la necesidad y la adecuación de esto últimos al primero, sino además la exigencia de otros medios alternativos que, al ser menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr el cometido.

Así, para tal propósito, se siguen los pasos desarrollados por doctrina¹¹⁶ y la jurisprudencia nacional, comparada e internacional que le imprimen objetividad al test utilizado, a saber:

¹¹⁵ Para mayor claridad, los “tests” son un término acuñado por la Corte Suprema de los Estados Unidos desde comienzos de siglo. Su período de mayor florecimiento fueron los años cincuentas y sesentas, aunque siguen siendo de gran importancia en la jurisprudencia contemporánea. El problema fundamental que se plantea bajo un test es el siguiente: la expedición de legislación busca, al menos en teoría, el logro de un fin constitucionalmente aceptable. Pero a veces, la consecución del fin aceptable ocasiona la restricción de un derecho fundamental. La respuesta legalista sería darle prioridad absoluta a la ley en virtud del principio democrático; la respuesta constitucionalista sería darle primacía a los derechos por razón de la supremacía de la constitución. El problema con ambas soluciones es que las dos sólo son parcialmente correctas. Para acomodar estos intereses en choque se trata de ponderar, entonces, la legitimidad, necesidad y urgencia de la legislación frente a la importancia y fundamentalidad del derecho conculcado. Cfr. LOPEZ MEDINA, Diego. Interpretación Constitucional. Op. Cit. Pág. 81.

¹¹⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C. 2005. Págs. 61 y s. s.

i) Análisis de la *legitimidad, importancia e imperiosidad* del fin buscado por la medida o test de *Razonabilidad*: Establecimiento de la verdad material, el reconocimiento de la personalidad jurídica y la realización de la justicia;

ii) Estudio del fundamento legal en el medio empleado: adecuación, *necesidad* y conducencia, esto es, el ejercicio de un mecanismo procesal insustituible, provisto por el mismo ordenamiento jurídico y que no se encuentre constitucionalmente prohibido: Recurso de revisión fundado en la prueba biológica idónea frente a las sentencias de filiación que alcanzaron ejecutoria sin contar con el referido dictamen (Artículo 332 y 379 y s. s. C. P. C. – Ley 721 de 2001 - Artículo 29 y 243 C. N.), en contraposición al uso desmedido e inmoderado del trámite de tutela;

iii) Comparación entre medio y fin: Se concreta en lograr la realización de la justicia, pero no de la justicia formal propia de las sentencias en firme contrarias a derecho, sino de aquella verdadera y coherente con el auténtico vínculo filial de las personas de donde se deriva la materialización efectiva de la personalidad jurídica, derechos y obligaciones; y

iv) Análisis del exceso de los beneficios sobre las restricciones impuestas por los otros principios o test de *Proporcionalidad* Estricto: La constitucionalización del recurso de revisión rebasa la interpretación formal de la causal 1º prevista en el artículo 380 del C. P. C. y, como *consecuencia*, proscribire el límite temporal contenido en el término para interponer el recurso según el artículo siguiente.

De igual forma, con el objeto de encontrar la aceptación de la comunidad general y jurídica, se exponen las *razones constitucionales de peso* que sustentan, y a la vez legitiman, la ponderación, como son: la necesidad de la prueba de ADN en los trámites de investigación del vínculo filial so pena de sobrevenir un defecto fáctico de tipo probatorio; la idoneidad de la prueba biológica; el carácter o estructura fundamental del derecho de filiación y sus conexos e inherentes, algunos de tipo preferente en tratándose de niños, niñas y adolescentes; la primacía de los derechos inalienables de las personas y la indisponibilidad de derechos fundamentales, en especial, aquellos que se relacionan con la personalidad jurídica de las personas; la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades procesales; y el fin último de la administración de justicia: la búsqueda de la verdad y la materialización de los derechos y la efectividad de las obligaciones.

Por lo tanto, de cara a la citada colisión, la Corte hizo gala del “buen juicio”, entendido así el ejercicio de ponderación, sopeso o balanceo, y otorgó prevalencia al derecho de filiación en el entendido de que, ante la idoneidad de la prueba biológica, no se justifica la afectación en aras de ritualizar las formas y mantener una supuesta seguridad jurídica en desmedro de la verdad material y justicia real, vértebra del Estado constitucional como requisito sine qua non para la vigencia de

los derechos fundamentales, según la cual, la restricción de los mismos sólo tolera la limitación necesaria para contribuir en la obtención de un fin legítimo.

En efecto, ese resultado, lo consideramos acorde con la aplicación metodológica de la LEY DE LA PONDERACIÓN¹¹⁷. Para ello, vale recordar que, en tratándose de una colisión de principios, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Por consiguiente, si se sigue la referida ley, la ponderación lleva de la mano tres pasos:

1. Precisar el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
2. Definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
3. Determinar si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Para desarrollo de lo anterior, el maestro ROBERT ALEXY sostiene que, mediante el uso de una escala triádica con valor numérico que se resume en NIVELES DE AFECTACIÓN: leve o 01, medio o 02, e intenso o 04, aplicables a las variables IPIc - WPjC - GPiA – GpjA, y en NIVELES DE SEGURIDAD DE PREMISAS FÁCTICAS: seguro o 01, plausible o ½, y evidentemente falso o ¼, los que dependen del caso concreto, aplicables a las variables SPiC – SPjC, puede fijarse los siguientes tópicos¹¹⁸:

- Grado de afectación del principio bajo la variable IPIc vs. WPjC.
- Valor de la variable del peso abstracto o GPiA vs. GpjA, la que se funda en el reconocimiento de que, a pesar de la naturaleza y equivalencia de los principios y derechos fundamentales, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores preponderantes de la sociedad inmersos en la colisión.
- Variable SPiC vs. SPjC, referida a la seguridad de las apreciaciones empíricas dirigidas a establecer la certeza material de afectación de la aplicación de la medida opuesta.

En consecuencia, luego de surtir la valoración numérica de estas variables, atendida la naturaleza de los principios en colisión, surge necesario aplicar la FÓRMULA DEL PESO que se describe así:

¹¹⁷ *Ibidem*. Págs. 99 y s. s.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Págs. 81 y s. s.

$$\text{RESULTADO DE LA PONDERACIÓN} = \frac{\text{GPIjC}}{\text{WPjC}} = \frac{\text{IPiC} \cdot \text{GpiA} \cdot \text{SPiC}}{\text{WPjC} \cdot \text{GpjA} \cdot \text{SPjC}}$$

= Principio de referencia Pi
= Principio que colisiona Pj

De tal suerte, el factor numérico obtenido, previo el cálculo de la fracción, dará a conocer el grado de afectación de los principios que, después de comparados los resultados atinentes a cada uno de ellos, definirá a su vez el grado de satisfacción que da lugar a la prevalencia en la solución de la colisión puesta a consideración.

En ese orden de ideas, trayendo la aplicación de la anotada fórmula a nuestro objeto de estudio y atendidas las razones de peso constitucional arriba descritas, en especial el apoyo de verdad material en el experticio biológico, tenemos:

$$\text{GPIjC} = \begin{array}{l} \text{Filiación/Principio de referencia:} \\ 4 \text{ (Nivel intenso: Verdad Material apoyada en la Prueba Biológica) X} \\ 4 \text{ (Nivel intenso: Filiación, Nombre, Pers. Jurídica, Dignidad) X} \\ 1 \text{ (Nivel seguro: Afectación evidente con la medida opuesta)} \end{array}$$

$$\begin{array}{l} \text{Cosa Juzgada/Principio que colisiona:} \\ 4 \text{ (Nivel intenso: Formas de cada juicio y Seguridad Jurídica) X} \\ 1 \text{ (Nivel leve: Verdad Formal sin apoyo de la Prueba Biológica) X} \\ 1 \text{ (Nivel seguro: Afectación evidente con la medida opuesta)} \end{array}$$

$$\text{GPIjC} = \text{Filiación} / \text{Cosa Juzgada} = 4 \cdot 4 \cdot 1 / 4 \cdot 1 \cdot 1 = 16/4 = 4.0$$

Y, por otro lado,

$$\text{GPIjC} = \begin{array}{l} \text{Cosa Juzgada/Principio de referencia:} \\ 4 \text{ (Nivel intenso: Formas de cada juicio y Seguridad Jurídica) X} \\ 1 \text{ (Nivel leve: Verdad Formal sin apoyo de la Prueba Biológica) X} \\ 1 \text{ (Nivel seguro: Afectación evidente con la medida opuesta)} \end{array}$$

$$\begin{array}{l} \text{Filiación/Principio que colisiona:} \\ 4 \text{ (Nivel intenso: Verdad Material apoyada en la Prueba Biológica) X} \\ 4 \text{ (Nivel intenso: Filiación, Nombre, Pers. Jurídica, Dignidad) X} \\ 1 \text{ (Nivel seguro: Afectación evidente con la medida opuesta)} \end{array}$$

$$\text{GPIjC} = \text{Cosa Juzgada} / \text{Filiación} = 4 \cdot 1 \cdot 1 / 4 \cdot 4 \cdot 1 = 4/16 = 0.25$$

De manera que, al resolver el problema jurídico planteado en este trabajo, la satisfacción del principio procesal de cosa juzgada, satisfecho en un 0.25, no

justifica la intervención en el derecho a la filiación, junto a sus derechos conexos, afectado en 4.0, de donde se fuerza concluir la prevalencia del último en relación con el primero, máxime si con tal determinación se satisface otro principio muy importante, cual es, la superioridad del derecho sustancial sobre el procesal.

Al respecto, vale resaltar que, no obstante las críticas expuestas por diversos autores como ATIENZA¹¹⁹, KENNEDY¹²⁰, BÖCKENFÖRDE¹²¹, PULIDO¹²², entre otros, frente a la claridad conceptual del test de proporcionalidad y la ley de la ponderación, y otros cuantos vicios que se le atribuyen, como la falta de un punto de referencia, de univocidad y de racionalidad, la subjetividad, la ausencia de un criterio inequívoco frente a los casos difíciles y la irresolución de “empates” al momento de llevar a cabo el ejercicio de sopeso y ponderación, el balanceo y la operación que resuelve el sub examine, esto es, la realización del derecho iusfundamental/innominado de filiación, encuentra un punto de apoyo o referencia científica que le otorga vigor, como lo es el dictamen biológico provisto de idoneidad, el que, al margen de discusiones y valoraciones de tipo técnico, proscribire la subjetividad, la falta de univocidad en el juzgador, y desde luego, la inconmensurabilidad, sin dejar de lado que, como metodología o juicio estandarizado de interpretación y argumentación constitucional, arroja resultados óptimos en el alcance de los objetivos propuestos.

¹¹⁹ ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de razonable. DOXA. Edición No. 04. Madrid. 1987. Pág. 193.

¹²⁰ KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. Traducción de Diego López Medina y J. M. Pombo. Ediciones Uniandes. Bogotá D. C. 1999. Págs. 91 y s. s.

¹²¹ BÖCKENFÖRDE, E. – W. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Baden – Baden. Nomos. 1993. Págs. 66 y s. s.

¹²² BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003. Págs. 763 y s. s.

15. PROPUESTA DE REFORMA AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN EN LOS FALLOS DE INVESTIGACIÓN DEL VÍNCULO PARENTAL EN LA REALIZACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FILIACIÓN: PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMAS PROCESALES.

Como corolario, en actitud coherente con lo visto y más allá de la preciada ponderación edificada por la Corte Constitucional, nos asiste la convicción sobre la necesidad de adicionar al artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, que tiene fuerza de ley y de contera carácter general y abstracto, relativo al término para interponer el recurso de revisión, un inciso que condense el trámite a seguir en asuntos como los estudiados, en tanto la solución ofrecida brindará respuesta cierta a todos ellos atestiguando de esa manera la indisponibilidad del derecho de filiación y honrando el contenido de los artículos 2º, 14 y 228 de la Carta Mayor, en concordancia con los artículos 1º y 2º de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia.

Y justo se hace acudir al mecanismo de revisión como quiera que debe atacarse la cosa juzgada entendiendo por tal la judicial porque, se recuerda, la cosa juzgada constitucional no es susceptible de revisión en tanto los efectos que produce son en abstracto y *erga omnes*. Por el contrario, la cosa juzgada judicial no se opone al recurso extraordinario de revisión, es decir, admite la tramitación de nuevo juicio sobre el mismo asunto, al tenor del artículo 332 *in fine* del C. P. C. Por ello se ha afirmado que inicialmente, la revisión no es un reproche en contra del juzgador, quien desconoce la realidad puesta ahora en debate, sino que constituye un reclamo de justicia.

Entonces, el acápite que se pretende positivizar reza:

“ARTÍCULO 381. Modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1º. Declarado Exequible con Sentencia C - 090 de 1998:

El recurso podrá interponerse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, cuando se invoque alguna de las causales consagradas en los numerales 1º, 6º, 8º y 9º del artículo precedente...

Empero, para el sólo efecto del establecimiento de la filiación verdadera, y sin perjuicio de los derechos patrimoniales a los que se refiere el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en los juicios de investigación de paternidad y maternidad adelantados sin el recaudo de prueba biológica idónea conforme a la ley, el interesado podrá adelantar el recurso de revisión con fundamento en la causal contenida en el numeral 1º de la citada norma. Para ese propósito, se prescindirá del término de que trata este artículo cuando el recurrente haya obtenido la prueba biológica idónea en que apoye sus pretensiones...”

Efectivamente, *la causal contenida en el numeral 1º de la citada norma no es otra que la establecida en el artículo 380 ibídem, que reza:*

“ARTÍCULO 380. CAUSALES. Son causales de revisión:

1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria...”

A nuestro juicio, únicamente al entablar el recurso bajo la perspectiva explicada, la que, dicho sea de paso, responde satisfactoriamente al test de proporcionalidad y a la ley de ponderación antes desarrollados, puede predicarse la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal revelada en la doctrina constitucional, en contraposición al ritualismo excesivo a la cosa juzgada judicial, e igualmente cristalizado, bajo la cuerda y las formalidades propias de la revisión contenidas en los artículos 382 y siguientes del C. P. C., el derecho innominado y fundamental de filiación por cuanto que de esta manera se puede verificar, a la luz del avance científico, el verdadero origen parental de las personas y reclamar de éste los derechos y obligaciones concomitantes acordes a un estado civil, un nombre, una nacionalidad, en fin, a una personalidad jurídica cierta y precisa, la que materializa a la vez los fines de la Administración de Justicia.

Bajo esta óptica, surge el remedio para multiplicidad de situaciones que, en virtud al fenecimiento de términos a partir de una sentencia en firme contraria a la realidad biológica, comportan vulneración a los referidos derechos. Tal es el caso, a manera de ejemplo, del proceso ordinario de mayor cuantía que cursó en el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres, Nariño, en el que se denegó, con apoyo en pruebas indirectas, la impugnación del reconocimiento mediante Sentencia del día 21 de agosto de 1990 que cobró ejecutoria al mes siguiente. Luego, el demandante, inconforme con dicha decisión y una vez vigente la Ley 721 de 2001, mediante el trámite preliminar de prueba anticipada, ante el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto, Nariño, obtuvo autorización para la práctica de la prueba de ADN que se surtió a través del Laboratorio SERVICIOS MÉDICOS YUNIS TURBAY Y CIA S. EN C. – INSTITUTO DE GENÉTICA, con resultados de paternidad “incompatible” – “excluida”, según nueve (09) de los quince (15) indicadores tomados en cuenta para el análisis, adiado el 06 de enero de 2007. Basta recordarse que la exclusión de dos o más factores arroja un resultado de exclusión definitivo arropado con un 100% de certeza., experticia que se confirmó en sus conclusiones con el examen sobrellevado, en atención a un nuevo trámite de impugnación adelantado por la parte vencida en la última de las células judiciales citadas, en el GRUPO DE GENÉTICA FORENSE adscrito al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, conforme a diez

(10) y seis (06) de los dieciséis (16) indicadores tomados en cuenta para el análisis (Ver anexos 04, 05 y 06).

Ciertamente, en el proceso ordinario de impugnación en cuyo curso la contraparte propuso la excepción de mérito de cosa juzgada, tramitada por el Juzgado bajo el procedimiento contemplado en el estatuto procesal, todo desde una óptica del derecho privado, que ad empero, en momento alguno, se detendrá a evaluar la afectación de derechos fundamentales.

Por lo tanto, conforme al sustento de esta tesis y en nuestra opinión, dicho trámite no es ni el adecuado ni el que honra la justicia, de donde surge la procedencia del mecanismo de revisión ofrecido como solución concreta a este tipo de casos.

Además, dicho postulado no riñe con el espíritu del artículo 381 del Código Procesal Civil que, como se advirtió renglones arriba, intenta armonizar el término para interponer el recurso con las necesidades fácticas de cada una de las causales del artículo precedente, resultando necesaria la adición legal propuesta en tanto se erige como criterio para prescindir del término de preclusión, cuya base se remonta al desarrollo jurisprudencial de los derechos constitucionales y fundamentales inmersos, cuya vigencia se reputa intangible y, de contera, con carácter indisponible.

16. ANACRONISMO LEGAL EN MATERIA DE FILIACIÓN DE CARA AL DESARROLLO CIENTÍFICO EN LA INVESTIGACIÓN DEL VERDADERO VÍNCULO BIOLÓGICO DE LAS PERSONAS.

Sumado a esa suerte, se proscribió del ordenamiento civil colombiano situaciones anacrónicas y discriminatorias de derechos fundamentales, lo que de suyo significa también la eliminación del “absurdo científico” propio de las normas legales, característica que no ahora produce interés en la comunidad jurídica pues basta memorar los comentarios que sobre la presunción de derecho referida a la paternidad contenida en el artículo 76 del Código Civil chileno, recogida en nuestro otrora artículo 92 del Código Civil, los tratadistas ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ y MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA escribieron hacia 1971 en su Curso de Derecho Civil.

Al respecto, los citados autores criticaron:

“En atención al absurdo científico que significa el establecer los límites extremos de la época de la concepción con el carácter de presunción de derecho y a los inconvenientes que ello produce, las legislaciones modernas han adoptado otros sistemas en lo que a este punto se refiere.”¹²³

Por esta misma razón, un año después, en Francia se fueron presentando decisiones contradictorias. Se dice que mientras en la Corte de París se desconoció en ciertos casos la presunción de derecho allí prevista en el artículo 312 del Código Civil, en la Corte de Casación se confirmaba su aplicación y en virtud suya cuestionaba las sentencias impugnadas, en consecuencia, providencias fundadas sobre la realidad de gestaciones de duración mayor o menor de la fijada por la norma citada. De ahí que, el legislador francés expidió la Ley del 3 de junio de 1972, reformativa del artículo 312 del Código Napoleón, sacando de la vida jurídica la presunción de derecho sobre la duración de la gestación y permitiendo, en casos especiales, probar que los términos de 180 y 300 días habían sido inferiores o superiores, respectivamente, lo que alcanzaría eco en nuestro país veinticinco años después con la Sentencia C – 004 de 1998, pero sólo gracias a la aparición de la prueba de ADN como dictamen pericial.

Tenemos pues una explicación atinente al anacronismo legal de cara a la ciencia, en la ya vista Sentencia C – 1440 de 2000, cual enseña en torno a lo que hemos venido diciendo lo siguiente:

“...nuestro Código Civil fue redactado en el siglo XIX, en una época en que los conceptos modernos de la herencia biológica no se aplicaban a los problemas y a

¹²³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Parte General y los sujetos de Derecho. 2ª Parte. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1971. Págs. 167 y 168.

las soluciones jurídicas, al punto que el parentesco, por ejemplo, se establecía en función de la distancia o conexión que existiera entre los familiares, siguiendo en forma rigurosa el método o modelo establecido por el derecho romano.

En los últimos tiempos se ha venido imponiendo un nuevo modelo, que responde a los progresos de las ciencias biológicas, donde se explica el parentesco natural o consanguíneo en la herencia biológica, esto es, en el hecho de que la familia humana comparte un conjunto común de genes que se transmiten por descendencia.

En el proceso de revisión y actualización de nuestra legislación civil, para adecuar su normatividad a los avances del conocimiento, de manera que responda a las opciones que la ciencia ha incorporado para la solución de determinadas situaciones conflictivas que tienen que ver con el estado civil de las personas, ahora se admiten las pruebas genéticas de los grupos sanguíneos, como medios conducentes y eficaces ante los jueces para definir las investigaciones sobre paternidad, como en efecto lo autoriza la ley 75 de 1968 (art. 7).

Justamente sobre este tema, en la obra colectiva ‘Identificación Genética y Prueba de Paternidad’¹²⁴ de la Universidad de Chile, se señala lo siguiente:

‘Desde mediados del siglo XX las pruebas genéticas de los grupos sanguíneos son aceptadas ante los tribunales, como pericias complementarias a las pruebas legales para excluir la paternidad. En los juicios de familia, de paternidad, el objetivo de la justicia es llegar a conocer la verdad de los hechos ocurridos. Esto es un propósito, puesto que la verdad es esquiva, el inculpado no está obligado a declarar en su contra y puede legalmente oponerse a ser examinado y ninguna confesión arrancada por la fuerza tiene validez. Por otra parte, el testimonio lo dan personas que pueden mentir, por lo cual el círculo de la incertidumbre se cierra sobre el ideal de la verdad. Ante estas dificultades, la justicia recurre a las ciencias.’”

Es más, aquella consideración tuvo lugar en la iniciativa legislativa que dio lugar a la Ley 1060 de 2006, por medio de la se modifican las normas que regulan la impugnación de paternidad y maternidad, cuyo proyecto planteaba una norma del siguiente tenor:

“Artículo 3º. El artículo 217 del Código Civil quedará así:

Artículo 217. El padre, la madre y el hijo podrán reclamar e impugnar la paternidad ante los Jueces de Familia, en cualquier tiempo.

El valor de la prueba científica de ADN u otra con mismas (sic) características o de igual o mayor confiabilidad, en los procesos de reclamación o impugnación de

¹²⁴ CRUZ-COKE Ricardo. Introducción al Estudio de Paternidad en Identificación Genética y Prueba de Paternidad. Colección Textos Universitarios. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 1996. Pág. 21.

*paternidad o maternidad será definitiva, en la toma de decisiones de los Jueces de la República.”*¹²⁵

No obstante, y de manera extraña, la ponencia para primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes reformuló el citado artículo, con el fin de permitir la valoración probatoria del experticio científico por parte del juez, sin que se estableciera una “*férrea tarifa legal, como se proponía en el proyecto.*”¹²⁶

De modo que en materia de filiación, de bulto se percibe la inocultable incoherencia legal frente al desarrollo científico dentro de la investigación del verdadero vínculo biológico de las personas, que fuerza concluir la procedencia de la tesis propuesta, no otra cosa que la constitucionalización del término, cual reclama atemporalidad atendido el atributo de indisponibilidad de los derechos controvertidos, para la interposición del recurso extraordinario de revisión sobre la sentencia de filiación que hace tránsito a cosa juzgada dictada sin la valoración de una prueba biológica de paternidad y/o maternidad o la decisión judicial fundada en un experticio cuyo índice de probabilidad proporcionado a efecto de establecer el verdadero vínculo genético de las personas ha sido superado con los permanentes avances de la ciencia, por cuanto así se vulneran los derechos constitucionales fundamentales a la personalidad jurídica, a tener un nombre y a la filiación.

¹²⁵ Cfr. Gaceta del Congreso 472 de 2004. Pág. 5.

¹²⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 405 de 17 de junio de 2009. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

CONCLUSIONES

1. La concreción, desarrollo y disfrute del derecho a tener un nombre y con ello consolidar el estado civil como atributo de las personas naturales es alcanzable en la medida en que el poder legislativo encauce permanentemente su esfuerzo en dotar al ordenamiento de instrumentos procesales que permitan desentrañar en todo tiempo la genuina filiación biológica, concebida como derecho fundamental innominado según aflora de una lectura emancipadora y progresista del artículo 14 superior.
2. Después de agotar un recorrido dialéctico – hermenéutico denodado pero no menos tempestuoso, en claro desafío a las posturas exégetas radicales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido capaz de proclamar que el derecho fundamental innominado a la filiación, en cuanto posee índole sustancial, impera sobre las formas y rigorismos procesales, cuya misión es, precisamente, servir de conducto para establecerlo de manera fidedigna, en razón al carácter indisponible derivado de su estatus ius fundamental ligado inescindiblemente al plus valorativo de la dignidad humana.
3. Hoy como nunca antes, la ciencia del derecho encuentra apoyo certero e imprescindible en los buenos oficios que a la investigación judicial de filiación otorga la prueba de ADN, emblemático descubrimiento de la biología molecular, que permite señalar con probabilidad lindante en la certidumbre el verdadero vínculo biológico de las personas.
4. En términos generales, la investigación judicial de la filiación actualmente está regida por la Ley 721 de 2001 que prevé la obligación ineludible de aparejar al caudal probatorio la prueba biológica de ADN, tolerando la valoración de otros medios de convicción sólo en el único caso de su imposible recaudo, procedimiento de competencia privativa de los jueces de familia que, en tratándose de menores de edad, ostenta reglamentación especial según interpretación armónica y sistemática de la aludida norma y las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968, y el Decreto 2272 de 1989. Ya en lo que respecta a los mayores de edad, tiene aplicación, además y en lo pertinente, la tramitación señalada para el proceso ordinario por los artículos 397 y siguientes del Código Adjetivo.
5. El pronunciamiento judicial acerca de la filiación encuentra su fundamento fáctico en el hecho biológico de la concepción de un ser humano cuyo origen viene dado por la conjunción de dos gametos de otros dos, femenino y masculino, vínculo que reconocido judicialmente es fuente de derechos y obligaciones recíprocas conforme lo establecen los artículos 250 y siguientes del Código Civil, referidos al cuidado, auxilio, crianza, educación, establecimiento, entre otros. Tiene carácter declarativo con vigor para

modificar o sustituir un estado civil previamente consolidado, adjudicando uno nuevo, por manera que alcanza sensibles incidencias en el mundo jurídico en el sentido de ejemplificar una de las pocas excepciones que nuestro ordenamiento indica para su modificación por funcionario distinto al de registro, según lo señalado por los artículos 95 a 97 del Decreto 1260 de 1970.

6. El derecho a la defensa inmerso en el conjunto de garantías de grafía fundamental que consagra el debido proceso encuentra expresión indiscutible en los medios de impugnación otorgados por el ordenamiento normativo colombiano, y que desde luego son aplicables a los juicios de filiación tales como el recurso de apelación que tiene como característica relevante la virtualidad de concretar el principio procesal de la doble instancia, estando su resolución radicada en el funcionario jerárquicamente superior a la par que encuentra abrigo en el campo valorativo de la aspiración a una justicia recta e imparcial, y de la igualdad ante la Ley.

Por su parte, el recurso de casación cuyo objeto cardinal es quebrar un fallo de fondo, se considera de carácter extraordinario y rogado, entendiéndose por lo primero que sólo procede al amparo de causales previstas de manera taxativa y, por el otro punto, que está en manos del demandante según despliegue su actividad postulante, delinear el sendero de estudio que asumirá la Corte.

Tanto el recurso de apelación como el de casación proceden frente a sentencias que aún no han cobrado firmeza, contrario sensu a lo que acaece con el recurso de revisión, considerado como *excepción al principio casi absoluto de la cosa juzgada*, que conforme a las causales que le abren paso, permite advertir la presencia sobreviniente de nuevos aspectos ausentes al momento de emitir la sentencia atacada, ignorados por el respectivo juzgador, por lo que se le atribuye el rótulo de reclamo para atemperación de aquella con la justicia material.

El último expediente a que puede acudir quien considere vulnerados sus derechos con el proferimiento de un fallo de filiación es la acción de tutela que encuentra en la jurisprudencia constitucional definición específica en lo tocante a las causales genéricas que determinan su procedibilidad, otrora vías de hecho.

7. Los fundamentos jurídicos de la Sentencia T - 584 de 2008 son el producto de un minucioso trabajo deductivo y de ponderación o balanceo que, como se explicó en el desarrollo de la línea jurisprudencial propuesta, encuentra en otros pronunciamientos como las Sentencias T – 1342 de 2001, T – 411 y T – 1226, las dos de 2004, respaldo filosófico, axiológico y hermenéutico para entronizar la indisponibilidad del derecho fundamental de filiación que

se traduce en su preponderancia frente a un canon tan sacralizado como el de la cosa juzgada judicial, que en lo tocante al derecho ius fundamental de filiación debe ceder sin consideración adicional ninguna, de tal suerte que se permita su cuestionamiento permanente bajo el amparo del desarrollo científico que nutre la evolución del ordenamiento, principalmente a través del recurso de revisión, y no mediante la acción de tutela, recurso aquel cuya interposición no puede ser condicionada a un límite temporal, dada esa naturaleza privilegiada que arroja a los derechos en debate.

8. Las conclusiones vertidas en los fallos de tutela que sirven de base para esta propuesta no hacen más que revelar el anacronismo legal, superado en parte por las leyes sustanciales, pero que sigue presente en las reglas procesales y que se erige en obstáculo para la solución de aquellos eventos en los que, contando con el elemento probatorio biológico-idóneo, la verdad judicialmente declarada no se compadece con la realidad material.

Además, es evidente que dicha disonancia alcanza mayor magnitud si realizamos un parangón entre la normativa interna colombiana y el derecho comparado, siendo que un gran número de países han demostrado interés en contextualizar las normas que rigen la investigación del vínculo parental de las personas con el avance de la ciencia y la tecnología, asintiendo, de tal suerte, el libre ejercicio de la actividad probatoria que al respecto se despliegue y otorgando especial preeminencia a las pruebas biológicas.

A manera de ejemplo, el artículo 78 del Código de familia de Cuba, acudiendo al concurso de la prueba genética, señala: *“La impugnación sólo podrá fundarse en la **imposibilidad** de los cónyuges para haber procreado el hijo.”*

A su vez, el Código Civil Argentino en su artículo 258, estatuye: *“El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre, o que la paternidad presumida por la ley **no debe ser razonablemente mantenida, en razón de pruebas que la contradice; para acreditar esta circunstancia, podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre.”***

La legislación española trae en el artículo 127 del Código Civil, modificado por la Ley 11 de mayo 13 de 1981, lo que sigue: *“En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad, **mediante toda clase de pruebas, incluso las biológicas.”***

Por su parte, el ordenamiento peruano, recientemente modificado, con la expedición de la Ley 27048 del 28 de diciembre de 1998, que derogó varios artículos del Código Civil atinentes a la declaración de paternidad y de

maternidad y a la impugnación de estado, introdujo la prueba biológica, genética u otra de igual o mayor grado de certeza en los procesos en que se ejerzan dichas acciones, y previó el concurso del Estado en la facilitación de los medios requeridos para la práctica de la prueba idónea para el establecimiento de la paternidad o maternidad verdaderas.

En Italia, desde la expedición de la Ley del 19 de mayo de 1975, se permite investigar la paternidad por cualquier medio probatorio, contrario al sistema de presunciones propio de la legislación colombiana.

El Código Civil de Bolivia estatuye en su artículo 187: *“El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, **demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo.**”*

El artículo 233 del Código Civil venezolano, a la letra dice: *“Los Tribunales decidirán, en los conflictos de filiación, **por todos los medios de pruebas establecidos**, la filiación que les parezca más verosímil, en atención a la posesión de estado.”*

En un contexto internacional, el Parlamento Europeo en la “Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética”, de 16 de marzo de 1989, prescribe: *“21. Los análisis genéticos en los procedimientos judiciales solo pueden realizarse con carácter excepcional y **exclusivamente por orden judicial y en ámbitos estrechamente delimitados** y que puedan utilizar únicamente aquellas partes del análisis del genoma que revisten importancia para el caso y **que no permitan ningún tipo de deducciones sobre la totalidad de la información hereditaria.**”*

De modo que emerge diáfana la necesidad de ajustar la normatividad imperante respecto de la realización del derecho iusfundamental de filiación a los permanentes adelantos que ofrece el universo científico con el propósito de relegar el anacronismo y propender por la vigencia de una legislación de avanzada, a su vez coherente con la libertad probatoria leída a través del prisma de la sana crítica, la lógica y la experiencia.

9. La sentencia de filiación que hace tránsito a cosa juzgada dictada sin la valoración de una prueba biológica de paternidad y/o maternidad o la decisión judicial fundada en un experticio cuyo índice de probabilidad proporcionado a efecto de establecer el verdadero vínculo genético de las personas ha sido superado con los permanentes avances de la ciencia, vulnera los derechos constitucionales fundamentales a la personalidad jurídica, a tener un nombre y a la filiación, por cuanto que, de cara a la realidad biológica, resulta inaceptable, sólo en atención al rigorismo procesal, tener a alguien que no lo es por padre, por madre o por hijo y, de

contera, vedar de plano el establecimiento del verdadero origen y vínculo parental y, por lo tanto, negar la posibilidad de reclamar los derechos y obligaciones consiguientes.

De ahí que, se impone la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico del mecanismo procesal propuesto en tanto emerge idóneo, oportuno, cierto, eficaz, reglado y sobre todo justo porque habilita en el juez natural la revisión del pronunciamiento judicial cuestionado.

10. Es necesario advertir que el fin primordial del orden jurídico se orienta a procurar garantía al efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales en el proceso de filiación mediante mecanismos adecuados y de ninguna manera restrictivos para posibilitar el acceso a los mismos. El instituto procesal de la cosa juzgada judicial, creado con la finalidad específica de garantizar la seguridad jurídica, no puede funcionar como obstáculo que imposibilite o dificulte el ejercicio del derecho fundamental a la filiación. Todo lo contrario, deben implementarse mecanismos procesales que favorezcan y faciliten el legítimo acceso a dichos derechos.
11. De acuerdo con lo anterior, corresponde dar primacía al derecho de filiación sobre el principio de cosa juzgada. En virtud de tal postulado, nada impediría que la misma cuestión se ventile en un proceso ulterior, pues es la defensa de los derechos fundamentales de la persona la que impone adoptar este criterio. De sostenerse la teoría contraria, se privaría injustificadamente de conocer su verdadera identidad por motivos que son imputables, por ejemplo, a la inactividad probatoria de quien debe ejercerla, esto es, el aparato judicial, que, además se encuentra autorizado por la ley para ordenar, aún de oficio, las medidas necesarias para garantizar la justa composición del acervo probatorio, más aún si intervienen niños, niñas o adolescentes en la litis.

RECOMENDACIONES

1. Identificar los instrumentos procesales que permitan desentrañar en todo tiempo la genuina filiación biológica de las personas y realizar de esta manera el derecho fundamental innominado de filiación consagrado en el artículo 14 superior.
2. Estudiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional a fin de obtener una lectura más humanizadora y emancipadora acerca de conflictos jurídicos suscitados cotidianamente en el contexto colombiano, para proponer soluciones que consulten la realización de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, lo relacionado con el derecho a la filiación.
3. El Derecho como ciencia social no puede renunciar al aporte que le otorga el permanente avance científico, como ocurre con la disciplina genética en la investigación de la filiación de las personas. De tal manera, deviene necesario identificar en cada momento histórico la prueba biológica que ofrezca resultados concluyentes respecto del vínculo parental.
4. Indagar sobre las consecuencias jurídicas y el impacto personal, familiar y social de la sentencia de filiación que no responde a la verdad genética-material con el propósito de evaluar la legitimidad y sentido de justicia del respectivo pronunciamiento judicial.
5. Estudiar la efectividad de cada uno de los mecanismos de impugnación en contra de las sentencias de filiación y determinar cuál de ellos realiza en estricto rigor el derecho fundamental de filiación frente al principio de cosa juzgada judicial. Para ello, teniendo siempre en cuenta que no es el trámite de acción de tutela la cuerda procesal adecuada para tales efectos.
6. Analizar la naturaleza de la acción de amparo constitucional, como medio subsidiario ante la presencia de causales genéricas de procedibilidad contra providencias judiciales, confrontándola con el objetivo principal del recurso de revisión en las sentencias de filiación con vigor de cosa juzgada que se emitieron sin la valoración de la prueba biológica idónea.
7. Determinar las normas civiles y procesales que revelen el anacronismo legal inmerso en los procesos de investigación del origen filial de las personas y el grado de retroceso al que somete a la administración de justicia dicha insuficiencia a la luz de sistemas jurídicos foráneos.
8. Establecer el mayor número de casos concretos en los que resulta inaceptable imponer el rigorismo procesal sobre la verdad biológica, como por ejemplo, cuando una persona ha sido condenada a través de una

providencia judicial, a tener a alguien que no lo es, por padre, por madre o por hijo.

9. Ante la necesidad de generar seguridad jurídica, explorar en los obstáculos que imposibiliten o dificulten el ejercicio del derecho fundamental a la filiación.
10. Averiguar el grado de responsabilidad que le atañe a la judicatura en el frecuente acaecimiento de situaciones que desdican de su tarea principal de conseguir la justicia material cuando la resolución judicial no consulta un elemento de convicción que hoy en día ostenta carácter obligatorio e idóneo en el correspondiente acervo probatorio.
11. Practicar la ley de la ponderación y la fórmula del peso en la solución a la colisión del derecho fundamental de filiación con el principio de cosa juzgada judicial ante los nuevos avances de la ciencia genética en el cometido de confrontar la verdad formal declarada en un juicio de filiación.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y **SOMARRIVA UNDURRAGA**, Manuel. Curso de Derecho Civil. Parte General y los sujetos de Derecho. 2ª Parte. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1971.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002.

ARANGO, Rodolfo. Colisión y ponderación de principios: su relevancia en el derecho ordinario. En: Letras Jurídicas No. 7. Universidad Nacional. Bogotá D. C. 2002.

ARBOLEDA VALLEJO, Mario y **RUIZ SALAZAR**, José Armando. Código de Procedimiento Penal Comentado y Conforme con la Ley 906 de 2004. Décima Edición. Editorial Leyer. Bogotá D.C. 2006.

ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. Editorial Ariel. Madrid. 2001.

ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de razonable. DOXA. Edición No. 04. Madrid. 1987.

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C. 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.

BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. México D. F. 2007.

BÖCKENFÖRDE, E. – W. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Baden – Baden. Nomos. 1993.

BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. La investigación de la filiación y las pruebas biológicas. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá D. C. 1994.

BUSELMAIER, Werner y **TARIVERDIAN**, Gholamali. Humangenetik. Editorial Springer. Heidelberg y otras ciudades. 1991.

CARNELUTTI, Francisco. La prueba civil. Ediciones Atrayú. Buenos Aires. 1995.

CRICK, Francis y **WATSON**, James. Structure - Genetical Implications. Una estructura para el Ácido Desoxirribonucleico Traducción del texto original. Artículo consultado en: <http://www.bioxeo.com/adn.htm>. Fecha: 06 de octubre de 2008.

CRUZ-COKE Ricardo. Introducción al Estudio de Paternidad en Identificación Genética y Prueba de Paternidad. Colección Textos Universitarios. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 1996

DION CASIO (Dio Cassius Cocceianus). Historia Romana. Obra completa. Introducción, traducción y notas de José María Candau Morón y María Luisa Puertas Castaños. Libro LI. Editorial Gredos. Madrid. 2004.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio (Talking about rights seriously). Editorial Ariel. Barcelona. 1984.

ESCUDERO ALZATE, María Cristina. Procedimiento de familia y del menor. Editorial Leyer. Bogotá D. C. 2007.

GIACOMETTO FERRER, Ana. Teoría General de la Prueba Judicial. Módulo publicado por la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Consejo Superior de la Judicatura. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D. C. 2003.

GIRALDO ÁNGEL, Jaime, **GIRALDO LÓPEZ**, Mónica y **GIRALDO LÓPEZ**, Alejandro. Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica. Primera Edición. Editorial Legis. Bogotá D. C. 1999.

GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio. Prueba de ADN: Filiación, valoración y jurisprudencia. En Revista Judicial. Edición No. 07. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá D. C. 2007.

JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. Los Recursos en el Procedimiento Civil. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 2005.

KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. Traducción de Diego López Medina y J. M. Pombo. Ediciones Uniandes. Bogotá D. C. 1999.

KRASNOW, Adriana N. La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza? en la revista La Ley Litoral. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2007.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil Parte General. Tomo I. Novena Edición. Dupre Editores. Bogotá D.C. 2005.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2006.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Consejo Superior de la Judicatura. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D. C. 2006.

MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte I. Vol. 2º. E. J. E. A. Buenos Aires. 1965.

MEYER, Stephen C. El ADN y el origen de la vida: información, especificidad y explicación. Artículo consultado en: <http://www.discovery.org/scripts/viewDB/filesDBdownload.php?command=download&id=661>. Fecha: 06 de octubre de 2008.

MITTERMAIER, J.C.A. Tratado de la prueba en materia criminal. 2º. Editorial Reus S. A. Traducción de Primitivo González de Alba. Madrid.1929.

NARANJO MESA, Vladimiro. Función de las Cortes Constitucionales en las democracias modernas. En Tendencias actuales del derecho público y el derecho privado. Compilación de Jorge Eduardo Londoño. Ediciones UNIBOYACÁ. Fundación Universitaria de Boyacá. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Tunja. 2000.

NINO, Carlos Santiago. Introducción al Análisis del Derecho. 2ª Ed. Ampliada y Revisada. 12ª Reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003.

OCHOA G., Oscar E. Derecho Civil I: Personas. Editorial Texto C. A. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2006.

PIERRI ALFONSÍN, Milagros. Filiación y Cosa Juzgada en Revista Virtual Aequitas. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad del Salvador. Argentina. Consultado en <http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitas/NE/nrosiete/Derecho%20de%20Familia%20Filiacion%20%20Pierri.pdf>. Fecha: 29 de marzo de 2010.

ROJAS FLORES, Luis Ernesto. Filiación extramatrimonial y cosa juzgada en Clasificados Perú. Ramiol. 2008. Artículo consultado en <http://www.clasificadosperu.com.pe/modules/smartsection/item.php?itemid=12>. Fecha: 29 de marzo de 2010.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II. Editorial TEMIS. 1999. Bogotá D. C.

VALLEJO DE TORRES, Gloria. La Investigación Biológica de la Paternidad. Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses. Madrid. Consultado en

http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/medicos_forenses/MEDI21.pdf. Fecha: 06 de octubre de 2008.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Las pruebas biológicas en la investigación de la paternidad. Artículo consultado en: <http://enriquevarsi.blogspot.com/2008/05/1.html>. Fecha: 06 de octubre de 2008.

VÉLEZ, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Imprenta París América. Tomo I.

YUNIS TURBAY, Emilio José y **YUNIS L.**, Juan José. El ADN en la identificación humana. Editorial TEMIS. 2002. Bogotá.

YUNIS TURBAY, Emilio José y **YUNIS L.**, Juan José. La prueba de ADN en Familia, Tecnología y Derecho. Volumen 01. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C. 2002.

JURISPRUDENCIA:

CORTE CONSTITUCIONAL

Auto 057 de 15 de febrero de 2006. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C - 543 de 1992. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia T – 476 de 1992. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T - 485 de 1992. M. P.: Simón Rodríguez - Jaime Sanin Greiffenstein.

Sentencia C – 486 de 1993. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C – 047 de 1994. M. P.: Jorge Arango Mejía.

Sentencia C – 029 de 1995. M. P.: Jorge Arango Mejía.

Sentencia C – 109 de 1995. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T – 191 de 1995. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia T – 106 de 1996. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia T - 329 de 1996. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C – 004 de 1998. M. P.: Jorge Arango Mejía.

Sentencia C - 269 de 1998. M. P. (E): Carmenza Isaza de Gómez.

Sentencia T – 488 de 1999. M. P. (E): Martha Victoria Sáchica Méndez.

Sentencia C – 800 de 2000. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C – 1440 de 2000. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C – 1492 de 2000. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C - 243 de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia SU-1300 de 2001. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T – 183 de 2001. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T – 641 de 2001. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T – 966 de 2001. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T – 1342 de 2001. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C – 131 de 2002. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C – 807 de 2002. M. P.: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C – 808 de 2002. M. P.: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia T – 231 de 2002. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T – 346 de 2002. M. P.: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia T – 910 de 2002. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T – 1008 de 2002. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C - 039 de 2003. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T – 305 de 2003. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T – 307 de 2003. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T – 363 de 2003. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T – 997 de 2003. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T - 411 de 2004. M. P.: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia T - 609 de 2004. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T - 611 de 2004. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T - 688 de 2004. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T - 690 de 2004. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T - 730 de 2004. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T - 1226 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C – 476 de 2005. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C – 822 de 2005. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T – 390 de 2005. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T – 406 de 2005. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C – 476 de 2005. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T – 489 de 2005. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C – 822 de 2005. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T – 450 de 2007. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T – 875 de 2007. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C – 122 de 2008. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C – 860 de 2008. M. P.: Mauricio Gonzales Cuervo.

Sentencia T – 584 de 2008. M. P.: Humberto Sierra Porto.

Sentencia C – 405 de 2009. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T – 156 de 2009. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN CIVIL

Auto de 20 de septiembre de 1995.

Auto de 18 de marzo de 2005.

Auto del 27 de abril de 2006.

Sentencia de 06 de abril de 1949.

Sentencia de 20 de junio de 1990.

Sentencia de 03 de octubre de 1991.

Sentencia de 29 de noviembre de 1995.

Sentencia de 23 de abril de 1998.

Sentencia de 02 de agosto de 1998.

Sentencia de 22 de mayo de 1998.

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre Derechos del Niño.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración de Ginebra de 1924.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil

Constitución Política 1886 y 1991.

Decreto 1260 de 1970.

Decreto 2272 de 1989.

Decreto E. 2282 de 1989.

Ley 153 de 1887

Ley 45 de 1936.

Ley 75 de 1968.

Ley 29 de 1982.

Ley 721 de 2001.

Ley 1060 de 2006.

Ley 1098 de 2006.

CONCEPTOS

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Concepto No. 3723 del 14 de diciembre de 2004 dentro del trámite de la demanda de inconstitucionalidad formulada ante la Corte Constitucional en contra de los artículos 3 y 8 de la Ley 721 de 2001. Sentencia C – 476 de 2005.

YUNIS TURBAY, Emilio. Concepto emitido el 17 de septiembre de 1997 dentro del trámite de la demanda de inconstitucionalidad formulada ante la Corte Constitucional en contra de los artículos 92, 214, 220 y 237 del Código Civil y 6º de la Ley 95 de 1890. Sentencia C – 004 de 1998.

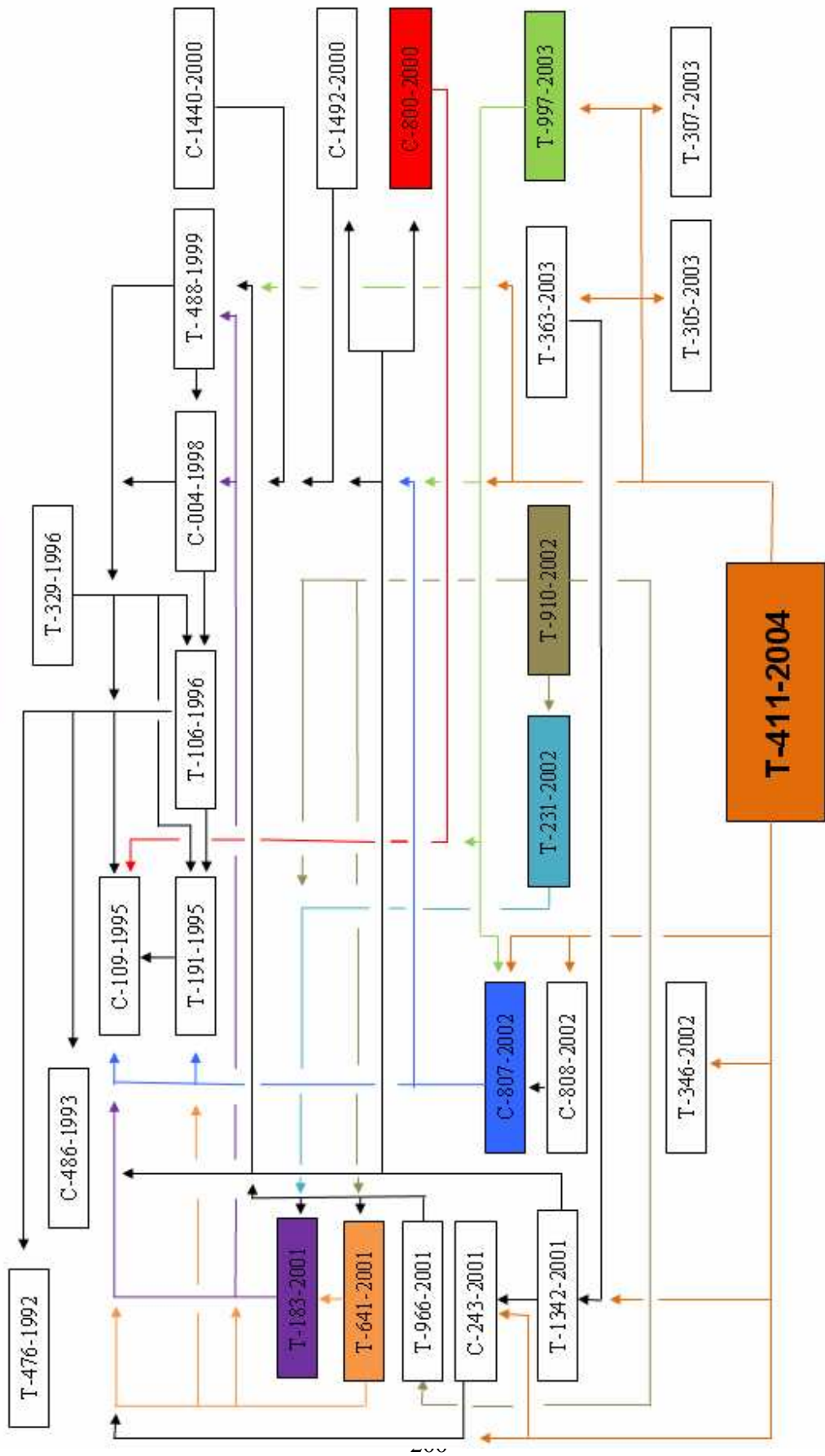
FINISH CORONANT OPUS

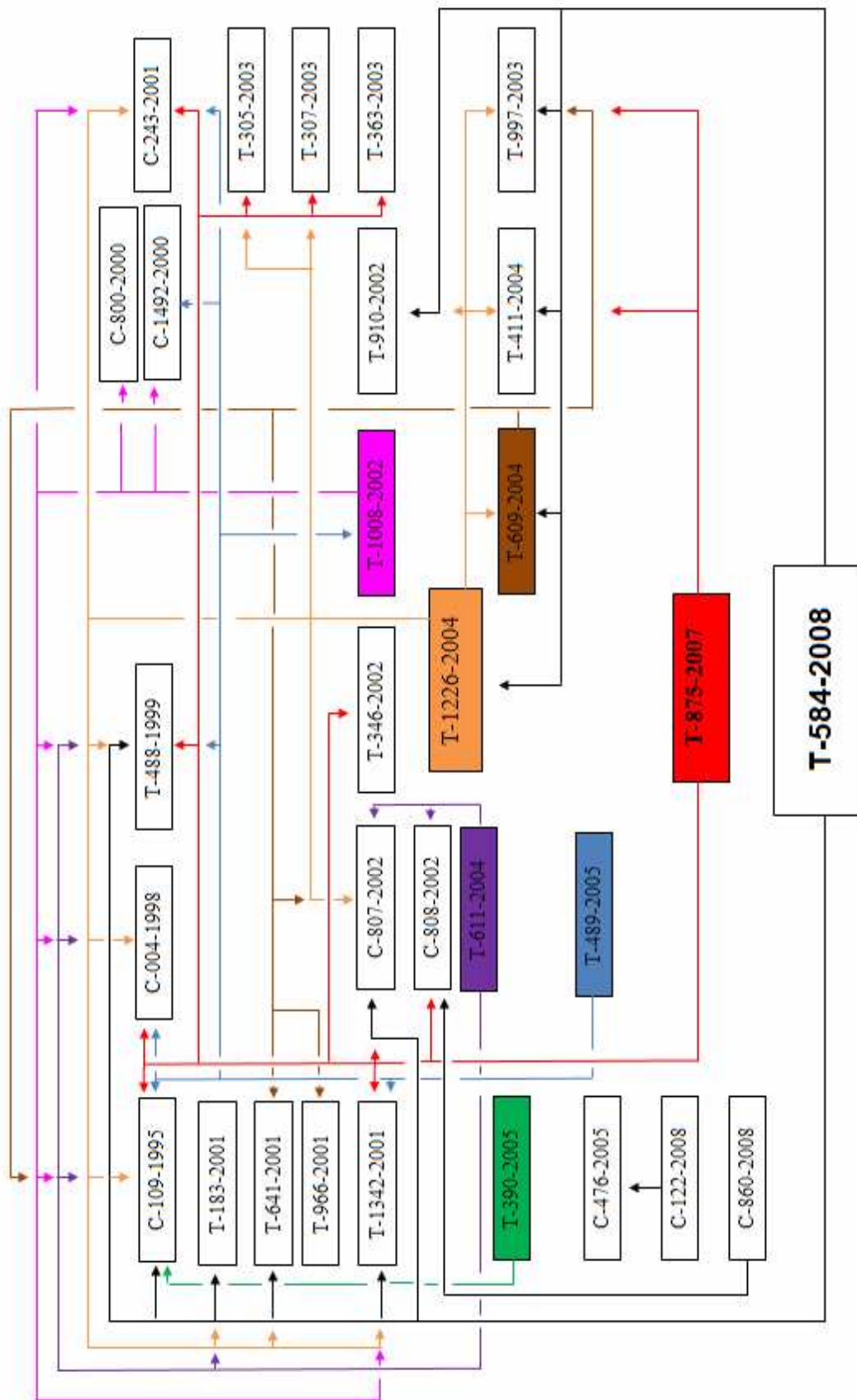
2010 ®

FECHA OBRA UT SUPRA: 04 DE JUNIO DE 2010
Año Bicentenario de la Independencia de la República de Colombia

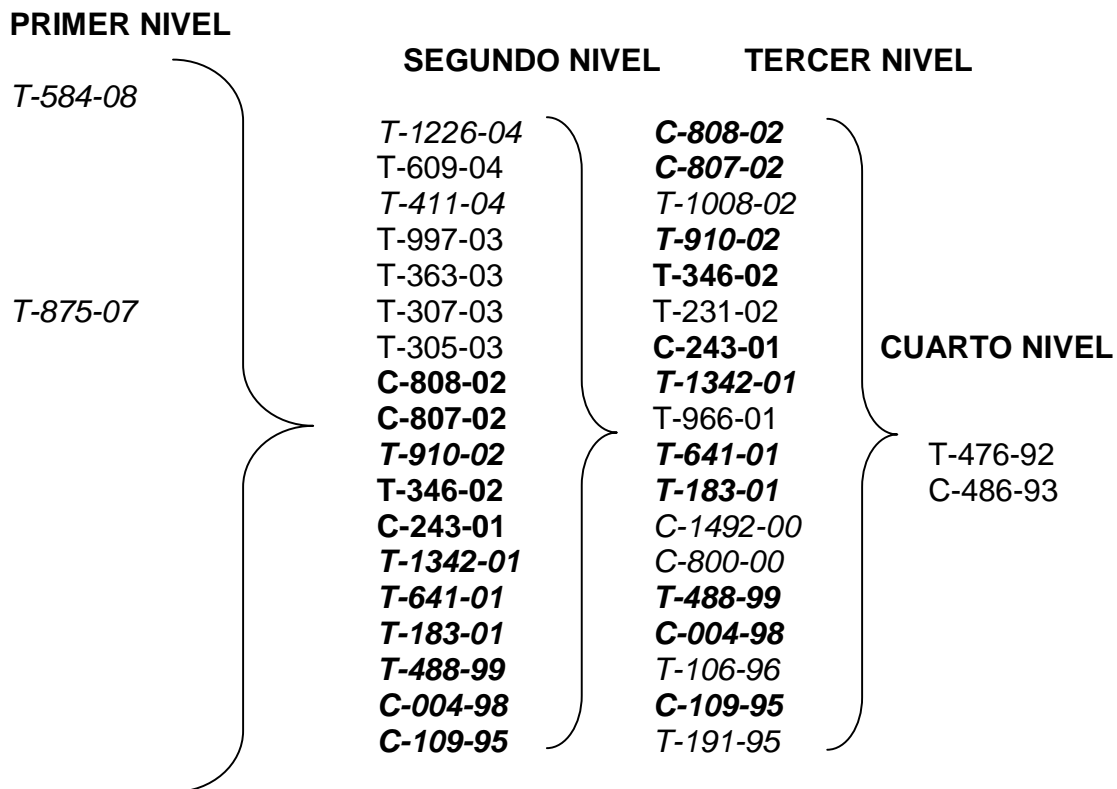
ANEXOS

ANÁLISIS GRÁFICO DEL NICHOS CITACIONAL DE LA PROPUESTA DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL





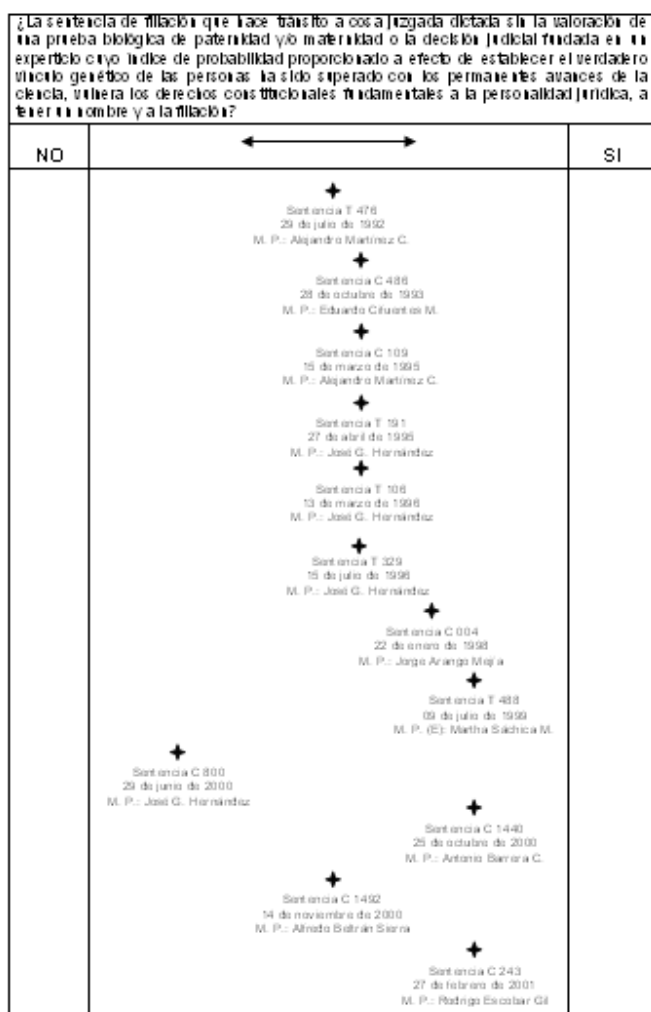
NIVELES QUE COMPONEN EL NICHOS CITACIONAL DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL PROPUESTA



El presente esquema representa los niveles del nicho citacional elaborado con base en las citas recogidas en la Sentencia T-584 de 2008 que, como punto arquimédico, se apoya igualmente en las citas de la Sentencia T-875 de 2007. En efecto, en el segundo nivel se encuentran las dieciocho sentencias citadas en su texto, a partir de las cuales se obtuvo el registro de dieciséis sentencias que componen el tercer nivel, de cuyo contenido sólo siete resultan novedosas para el nicho, y a su vez la determinación de los dos fallos que integran el cuarto nivel fundacional contentivo de los parámetros conceptuales y básicos del derecho a la personalidad jurídica. Se destacan entonces, en cursiva, aquellas relacionadas directamente con el tema que es objeto de este estudio y, en negrilla, aquellas citadas en el segundo y tercer nivel, aclarando que sólo al apreciar las partes en las que se ha dividido el análisis gráfico del nicho citacional pueden verificarse algunos pronunciamientos que, si bien no se identificaron con la aplicación de la ingeniería reversa, representan un aporte de gran importancia a la problemática formulada, como lo son, entre otras, las sentencias C-860 de 2008, C-122 de 2008, C-476 de 2005, T-489 de 2005, T-390 de 2005 y T-611 de 2004.

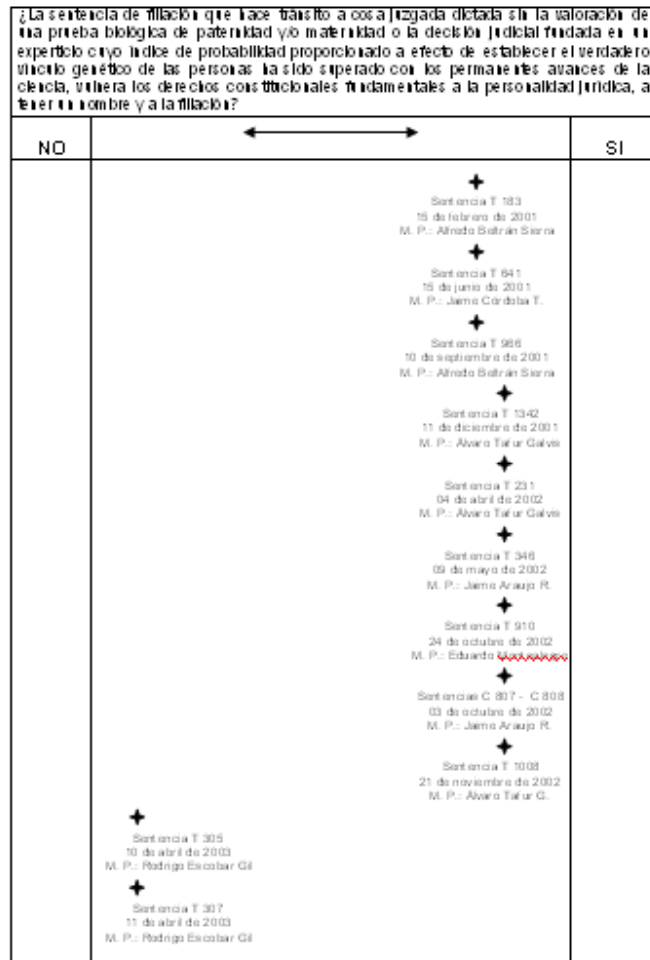
Fuente: Elaboración propia.

ANÁLISIS GRÁFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL PROPUESTA



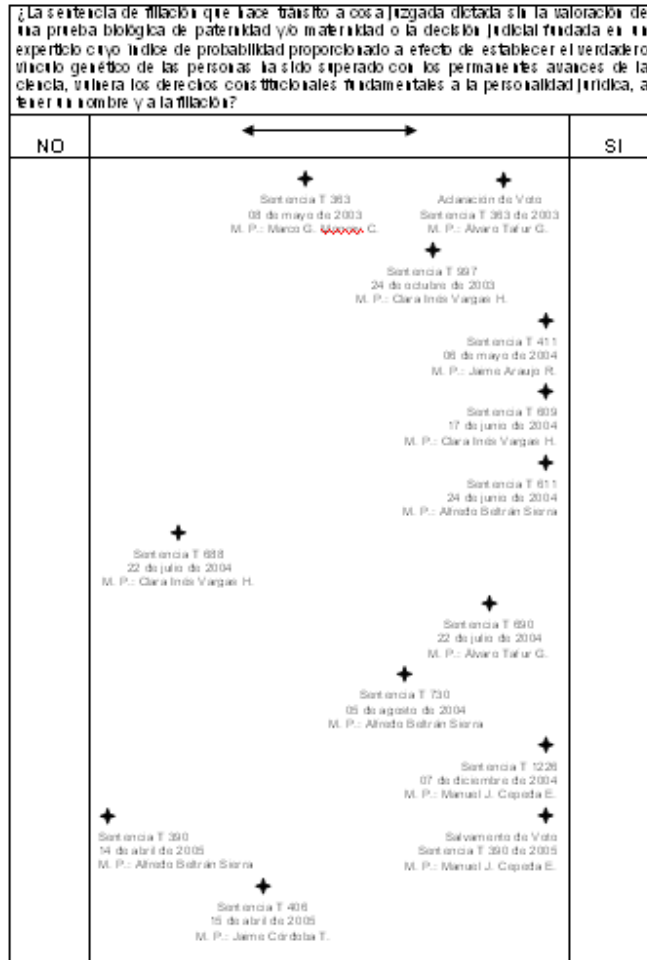
Fuente: Esta investigación.

ANÁLISIS GRÁFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL PROPUESTA



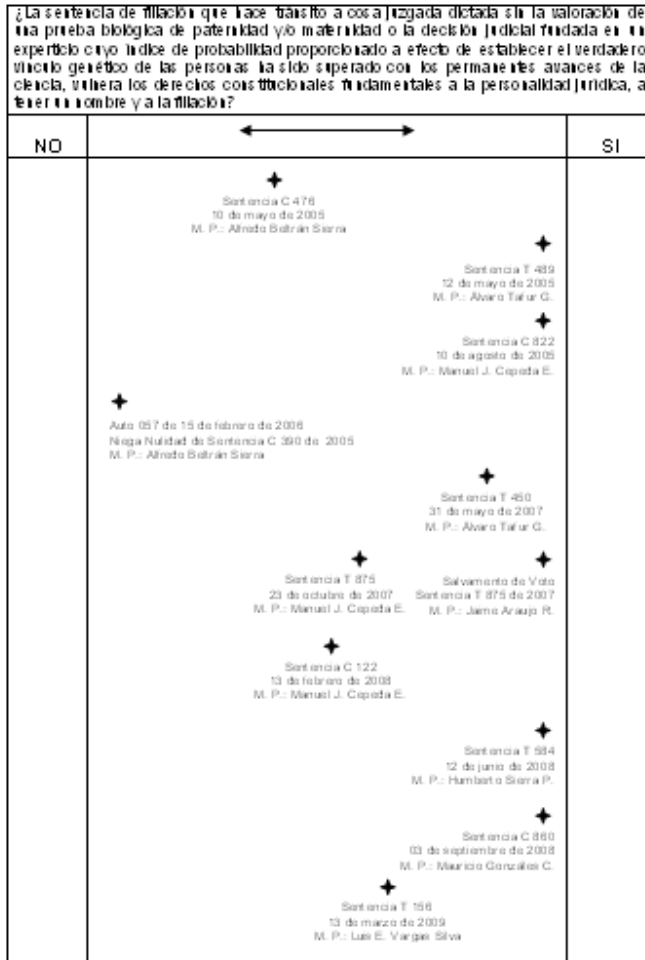
Fuente: Esta investigación.

ANÁLISIS GRÁFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL PROPUESTA

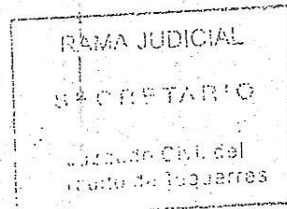


Fuente: Esta investigación.

ANÁLISIS GRÁFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL PROPUESTA



Fuente: Esta investigación.



JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO
Túquerres, agosto veintiuno de mil novecientos noventa.

Jorge R. Santillán Villarreal, mayor de edad, vecino de Túquerres, identificado con la cédula de ciudadanía número 12.962.651 de pasto, a través de apoderado judicial demandó a las menores Ana Sthefanny y Lady Laura Santillán Rey, representadas por su madre extramatrimonial Consuelo Rey Patiño, para que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones:

"1º DECLARAR que las menores ANA STHEFANNY Y LADY LAURA, nacidas en la ciudad de pasto el día 4 de Agosto de 1.988, no son hijas extramatrimoniales de JORGE EDUARDO SANTILLAN VILLARREAL y por lo tanto no tienen como padre a éste.

"2º ORDENAR que se corrija el acta de nacimiento de las menores ANA STHEFANNY Y LADY LAURA SANTILLAN REY, donde se suprimirá el apellido SANTILLAN dejando solamente el apellido REY, para lo cual libraré las comunicaciones del caso al señor Notario Primero del Círculo de pasto.

"3º ORDENAR la suspensión (sic) del proceso alimentario que en contra de JORGE EDUARDO SANTILLAN se lleva a efecto en el Juzgado Promiscuo de menores de la ciudad de Túquerres".

pide además se condene a la parte demandada al pago de las costas.

40

Los supuestos fácticos en que se apoyan tales pedimentos, se resumen a continuación:

Hacia el año de 1987, Consuelo Rey trabajaba en la empresa "Telecom" en donde el actor la conoció entablándose entre ellos una relación de amistad, sin embargo este último comenzó a cortejarla y el 12 de diciembre del mismo año fué a tomar bebidas embriagantes en la cafetería de tal entidad y hallándose en estado casi de embriaguez propuso a Consuelo que hicieran el amor, habiendo aceptado y el acto lo realizaron de pie siendo esta la única relación carnal habida entre los dos ya que no volvieron a encontrarse a solas. Posteriormente y pasados dos meses, Consuelo le manifestó hallarse en estado de embarazo y le imputó la paternidad; en mayo o junio de 1988, esta renunció del trabajo y se fué a vivir a San Pedro, municipio de Túquerres habiendo luego regresado y radicándose en Pasto, lugar en donde nacieron las menores Ana Sthefanny y Jady Laura el 4 de agosto de 1988. A partir de la ocurrencia de este hecho, Consuelo empezó a presionar al actor a fin de que las reconociera como hijas suyas, inclusive con amenazas tales como el de contarle a su esposa y hacer pública la paternidad y denunciarlo ante la gerencia de Telecom. El demandante lleva 14 años de casado sin que hasta ahora hayan tenido familia, circunstancia esta que se debe a que aquel se halla en incapacidad de engendrar según se deduce de los exámenes médicos a que fué sometido. Se agrega en la demanda que al tiempo de haber tenido relaciones sexuales con la madre de las menores, esta mantenía relaciones amorosas con otro hombre y que, conforme a las leyes de la genética, las menores tiene características raciales correspondientes a este último ya que las de Jorge F. Santillán son de tipo indio acentuadas.

En derecho se fundamenta el actor en los artículos 58 de la ley 153 de 1887 y 248 del Código Civil; en su demanda aporta las pruebas tendientes a demostrar los hechos anteriores.

Constituida válidamente la relación jurídica procesal mediante la notificación del auto admisorio y el correspondiente traslado, las demandadas, por medio de su madre extramatrimonial Consuelo Rey Patiño, constituyeron apoderado, a través del cual dieron respuesta a la demanda, en tiempo oportuno, así: A los hechos, acepta como cierto el primero; al segundo manifiesta que las relaciones sexuales no lo fueron por una vez sino repetidamente; al tercero, el actor suministró dinero a la madre de las menores; al cuarto, no hubo presión psicológica; en San Pedro, Potosí, el señor Santillán frecuentaba a Consuelo Rey haciendo vida marital al igual que en la ciudad de Pasto, a donde la trasladó y cuando reconoció a las menores les prometió darles casa propia; al quinto, no le consta; al sexto, no existieron relaciones sexuales de la madre de estas menores con Javier León, lo demás no le consta; al séptimo, no le consta y al octavo, no es cierto.

Con respecto a las pretensiones del demandante, la parte demandada se opone a las mismas por cuanto, expresa, el actor reconoció voluntariamente a las menores como hijas suyas. Como excepciones de mérito propone las que denomina caducidad de la acción de impugnación de la paternidad y falta de legitimación por activa, pues realizado el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, este es un acto irrevocable.

Tanto las pruebas pedidas en la demanda como en el escrito de respuesta, fueron decretadas y se ordenó practicarlas dentro del término respectivo, y una vez que se recaudaron en lo posible, se dispuso correr traslado para los alegatos de conclusión, etapa durante la cual solamente el apoderado de la parte demandada formuló el suyo en el cual reitera su petición de que las pretensiones del actor sean denegadas ya que, manifiesta, el reconocimiento hecho por el actor es irrevocable a términos del artículo 1º de la ley 75 de 1968 y, de otra parte, en el proceso no se demostró coacción o violencia de que eventualmente hubiese sido víctima aquel para hacer el reconocimiento.

70
92

Posteriormente el juzgado dispuso oficiosamente se allegue al proceso copia completa del registro civil de nacimiento de las menores demandadas y una vez que se recibieron, se han adjuntado a los autos para ser tendidas en cuenta en esta providencia.

Como se hallan agotados los trámites legales del proceso ordinario de mayor cuantía y no se observa algún vicio que invalide la actuación, procede el juzgado a proferir el fallo del caso con arreglo a lo pedido, alegado y demostrado por las partes en el curso del debate.

CONSIDERACIONES GENERALES:

la.- Concurren al plenario los requisitos que determinan la validez de la relación jurídica procesal y que, por ende, permiten proferir sentencia de mérito. Al efecto, dada la naturaleza de las pretensiones y el domicilio de la parte demandada, el juzgado es competente para conocer y decidir el negocio planteado.

El demandante, por ser persona natural mayor de edad, goza de capacidad para ser parte y comparecer al proceso y ha ejercido su derecho de postulación a través de abogado con idoneidad postulativa.

Las demandadas, por ser menores de edad, han estado representadas por su representante legal, en este caso su madre extramatrimonial, y han ejercido su derecho de contradicción por medio de abogado inscrito.

La demanda inicial se acogió en virtud de reunir, en su estructuración formal, las exigencias que señala el artículo 75 del C.F.C., y haberse acompa-

43

fiado los anexos de rigor.

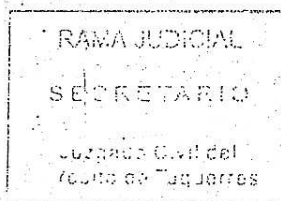
LAS PRETENSIONES DEL ACTOR:

2a.- Del contexto de la demanda instaurada por el señor Jorge F. Santillán Villarreal se desprende que este pretende que judicialmente se declare que las menores Ana Sthefanny y Lady Laura no son sus hijas extramatrimoniales, menores que, conforme a los registros civiles de nacimiento allegados al proceso, fueron reconocidas voluntariamente por el actor como hijas suyas. En síntesis, pues, el señor Santillán impugna dicho reconocimiento ya que, como lo expresa en la demanda, no pudieron ser hijas suyas habida consideración de que no tiene capacidad para engendrar amén de que la madre de ellas, Consuelo Rey, mantuvo relaciones sexuales con otro hombre. De otra parte, asevera el actor que el reconocimiento fué como consecuencia de la serie de amenazas proferidas tanto por la madre de las menores como por sus hermanos.

3a.- En primer lugar es menester poner de presente que en casos como el presente, no es aplicable lo estatuido en el inciso 4º del artículo 6º de la ley 75 de 1968, que solamente es de recibo cuando se trata de declaración de paternidad extramatrimonial, que no del reconocimiento voluntario ya que la excepción allí consagrada carece de efectos cuando el padre, por actos positivos, acoge al hijo como suyo, y que más acogida que reconocerlo voluntariamente como tal. Se hace aclaración ya que el actor alega que la madre de las menores mantuvo simultáneamente relaciones carnales con otro hombre lo cual, sin embargo, no fué acreditado en manera alguna por este.

4a.- De conformidad con el artículo 1º de la ley 75 de 1968, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales es irrevocable y puede hacerse, entre otras formas, en el acta de nacimiento firmándola quien reco-

noce.



A este respecto ha dicho la Corte: "1. Si, en verdad, el reconocimiento de hijos naturales es acto jurídico irrevocable, como expresamente lo declara el artículo 1º de la ley 75 de 1968, ello no comporta que sea inatacable, que una vez hecho ya no puede ser impugnado y que se impugna con fuerza irresistible erga omnes. La misma ley citada, en su artículo 5º, autoriza impugnarlo, mas no a todo el mundo y por cualquier causa, sino solamente a las personas, en los términos o plazos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil. Es decir que, hecho el reconocimiento de paternidad por cualquiera de los cuatro medios que taxativamente señala el artículo 1º de la ley 75, sólo podrán impugnarlo los que prueben un interés actual en ello, siempre que demanden dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron ese interés y pudieron hacer valer su derecho, y, además, los ascendientes legítimos del reconocedor, dentro de sesenta días contados desde que tuvieron noticia del reconocimiento. En todo caso, el impugnante debe demostrar que el hijo no ha podido tener como padre a quien lo reconoció". (Sent. de 22 de septiembre de 1978). Además, claro está, de que la declaración de voluntad pueda ser anulada por error, dolo o violencia.

El artículo 5º de la ley 75, por su parte, dispone que el reconocimiento solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil.

El artículo 248 dice: "En los demás casos podrá impugnarse la legitimación, probando alguna de las causas siguientes:

"1a) Que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante;

"2a) Que el legitimado no ha podido tener por madre a la legitimante", y agrega que "no serán --

oidos contra la legitimación sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes; estos en sesenta días contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquellos en los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho".

y el artículo 335 preceptúa quienes tienen derecho a impugnar la maternidad.

Como se ve, estas dos últimas normas estatuyen las causales de impugnación del reconocimiento de hijos extramatrimoniales tanto con respecto al padre como a la madre., así como los titulares de la acción de impugnación del mismo, siendo los siguientes:

- a. Los ascendientes legítimos del padre o de la madre que reconocen.
- b. Toda persona que prueba tener un interés actual en ello (art. 58 de la ley 153 de 1887).
- c. El marido de la madre natural y esta misma.
- d. Los verdaderos padre y madre extramatrimoniales del hijo extramatrimonial, y
- e. La verdadera madre natural.

5a.- Siendo el reconocimiento un acto por el cual el padre, libre y espontáneamente, da a una determinada persona la calidad de hijo extramatrimonial, es de entenderse que tácitamente está renunciando a ejercer cualquiera acción tendiente a desconocer ese estado; y esta es la razón por la cual entre los titulares de la acción de impugnación no está incluido el padre que ha reconocido sino sus ascendientes u otras personas que demuestren tener un interés actual en ello. Y no podría ser de otra forma habida consideración que al hacer el reconocimiento en una forma voluntaria y espontánea, claramente está dando fehacientes demostra-

#4
46

ciones de que el padre acoge inequívocamente al hijo como suyo, pues siendo el reconocimiento una manifestación de voluntad expresa, consciente y libre, proveniente de una persona capaz, quien la hace en esta forma es porque está absolutamente seguro de que el hijo por él reconocido es suyo, ya que de otra manera no lo haría como es apenas obvio.

5a.- En el caso que se estudia tenemos que el señor Jorge Eduardo Santillán reconoció voluntariamente como hijas suyas a las menores Ana Sthefanny y Lady Laura ya que concurrió a la Notaría y firmó las actas de nacimiento de estas, tal como se constata a folios 64 y 65 del cuaderno principal.

Ahora bien. Al no existir prueba alguna en el sentido de que el reconocimiento fué como resultado de una declaración de voluntad viciada por error, dolo o violencia, elemental es llegar a la conclusión de que el señor Santillán al reconocer a las menores citadas lo hizo en razón de tener la absoluta certeza de que eran sus hijas habidas de las relaciones amoroso sexuales mantenidas con la madre de ellas, doña Consuelo Rey.

Con la prueba testimonial el actor nada de mostró ya que los testigos por el asomados únicamente se limitan a decir que a doña Consuelo Rey la han visto en alguna oportunidad, sin precisar la época ni el lugar, en compañía de algún hombre, circunstancia esta que de por sí nada significa como quiera que lo normal en toda sociedad como la nuestra es la de que la mujer, por regla general, se haga acompañar de un hombre.

Al contrario de lo que asevera el actor, la parte demandada demostró que las relaciones que mantuvo con Consuelo Rey lo fueron en forma reiterada ya que habiéndose trasladado esta a la sección San Pedro, municipio de Potosí, aquel la visitaba continuamente; igual ocurrió cuando dicha mujer residió posteriormente

en la ciudad de Pasto en donde, inclusive, le arrendó una vivienda. A este respecto son muy dicientes los testimonios de Eugenio F. Figueroa Dávila y María Mercedes Quelal de Donoso, esta última inclusive trabajó para el actor y la madre de las menores cuando doña Consuelo vivió en Pasto.

El actor afirma en su demanda que se encuentra en incapacidad para engendrar por lo que jamás pudo fertilizar y dejar en estado de embarazo a Consuelo Rey, para demostrar lo cual adjuntó unos exámenes de laboratorio clínico, folios 2 a 12 del cuaderno principal. Según lo expresado en el documento que obra al folio 3, el señor Santillán no es que sea incapaz de engendrar sino que tiene dificultades para fertilizar, es decir, si es posible que pueda engendrar aun cuando tiene algunas dificultades que le restan probabilidades de tener hijos, cuestión esta que es muy diferente a sostener que está incapacitado de hacerlo.

Con respecto a la imposibilidad del hombre para cohabitar o para engendrar, es de anotar que la impotencia puede ser de dos clases: coeundi y generandi, siendo la primera la auténtica imposibilidad absoluta para acceder carnalmente a la mujer por cuanto no da lugar a la cohabitación y por ende a la posibilidad de engendrar; la segunda, impide engendrar pero este tipo de impotencia relativa no imposibilita el acceso carnal, por lo que, a la postre, más que la imposibilidad para obtener el acceso carnal, lo que hay que demostrar es la imposibilidad física para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción. Como ya se vió, el señor Santillán no ha demostrado que estuvo en absoluta imposibilidad física para engendrar ya que, se reitera, sí se encuentra en posibilidades de hacerlo.

7a.- Corolario de lo que se acaba de exponer, es que las pretensiones del actor carecen por completo de fundamento, pues de una parte no se ha acreditado en manera alguna que al hacer el reconocimiento co

SECRETARIO 76
48

al juzgado Civil del Circuito de Tiquiare, en el cual se le ha
reconocido a las hijas menores de edad, sus derechos de filiación
y de herencia, en virtud de la sentencia de primera instancia
de fecha 15 de octubre de 1958, que demostró que se trata
de una persona absolutamente inhabilitada para enge-
drar, amén de que convivió con la madre de aquellas por
lo cual las reconoció en forma voluntaria, concurriendo
personalmente a la notaría respectiva en donde firmó --
los registros de nacimiento de dichas menores con lo --
que, como atrás se dijo, tácitamente renunció a ejercer
cualquier acción tendiente a desconocer su filiación. --
Así, pues, sus pedimentos deben ser despachados desfa-
vorablemente.

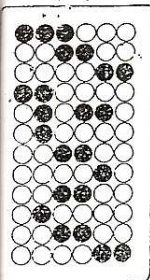
En razón y mérito de las consideraciones --
que anteceden, el juzgado Civil del Circuito de Tiquie--
rres, administrando justicia en nombre de la República
de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Denegar las pretensiones contenidas en la
demanda instaurada por el señor Jorge Eduardo Santillán
Villarreal.

Cóstagas de esta instancia a cargo del deman-
dante.

Cópiense, notifíquese y cúmplase.

EL JUZGADO
Rafael Corral Chamorro
RAFAEL CORRAL CHAMORRO.



SERVICIOS MÉDICOS YUNIS TURBAY Y CIA S. EN C. INSTITUTO DE GENÉTICA

31

Genética Clínica, inmunogenética, Biología Molecular, Genética Forense

03/01/2007

Doctor(a)

Caso: 57944

Oswaldo R. Fernandez Rivas
Juzgado Tercero de Familia del Circuito
Pasto, Nariño

REF.: 2003-036



Código No. 2233-1
Realización de pruebas de paternidad, paternidad, genética forense con base en marcadores de ADN
TC-ISO o ISO 9001:2000



Informe de los estudios de Paternidad e identificación con base en el análisis de Marcadores STR a partir del ADN de las muestras correspondientes a:

			Fecha Muestra
57944	Presunto Padre	: Jorge Eduardo Santillan Villarreal	23.12.2006
57945	Hijo(a) 1	: Ana Sthefanny Santillan Rey	23.12.2006

* Muestras Remitidas


Locus	P.Padre	Hijo(a)
FGA	24 / 25	24 / 25
TPOX	11 / 11	11 / 8
D8S1179	14 / 14	13 / 14
VWA	15 / 16	14 / 19
Penta E	10 / 7	16 / 7
D18S51	10 / 20	12 / 16
D21S11	29 / 30.2	31.2 / 31.2
TH01	7 / 9	9.3 / 9.3
D3S1358	15 / 18	15 / 15
Penta D	15 / 17	10 / 10
CSF1PO	10 / 10	11 / 12
D16S539	11 / 11	10 / 12
D7S820	11 / 8	10 / 10
D13S317	12 / 9	12 / 12
D5S818	12 / 12	10 / 9

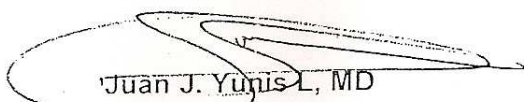
Resultado:

La paternidad del Sr. Jorge Eduardo Santillan Villarreal con relación a Ana Sthefanny Santillan Rey es Incompatible según los sistemas resaltados en la tabla.

Resultado verificado, paternidad excluida.

Acreditación Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA
s. No. 29553 10/22/2003
s. No. 31954 12/24/2004
s. No. 11222 18/05/2005


Emilio J. Yunis T, MD
Director Científico
R.M.: 6885


Juan J. Yunis L, MD
Perito, Médico
R.M.: 18491-88

Habitación:
Código: 00218-00
Secretaría de Salud

SERVICIOS MÉDICOS YUNIS TURBAY Y CIA S. EN C. INSTITUTO DE GENÉTICA

32

Genética Clínica, inmunogenética, Biología Molecular, Genética Forense



Código No. 2233-1
Realización de pruebas de paternidad, paternidad, genética forense con base en marcadores de ADN
TC-ISO o ISO 9001:2000




Acreditación Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA
No. 29853 10/22/2003
No. 31984 12/24/2004
No. 11022 18/05/2005

Cadena de Custodia

La identidad de las personas estudiadas fueron confrontadas con los documentos de identidad enunciados, toma de Fotografía la cual reposa en nuestro archivo y la toma de huellas dactilares o con base en los documentos de Cadena de Custodia remitidos con las muestras.

La tipificación de los sistemas STR: Penta E, Penta D, D21S11, D3S1358, FGA, D8S1179, D18S51, CSF1PO, TPOX, TH01, vWA, D16S539, D7S820, D13S317, D5S818 (Powerplex 16 Promega Corporación), se llevó a cabo mediante métodos moleculares de amplificación de DNA por PCR, seguidos de resolución electroforética en gel de acrilamida y detección fluorescente en un equipo Hitachi FM BIO II o electroforesis capilar en un equipo Applied Biosystems 3130 XL.

La Tipificación de los sistemas STR: D19S433, D2S1338, D21S11, D3S1358, FGA, D8S1179, D18S51, CSF1PO, TPOX, TH01, vWA, D16S539, D7S820, D13S317, D5S818 (Identifiler, Applied Biosystems), se llevó a cabo mediante métodos moleculares de amplificación de DNA por PCR, seguidos de electroforesis capilar y análisis en un equipo Applied Biosystems 3130XL.

Interpretación

Cada uno de los marcadores analizados posee uno o dos números. Si solo existe un número indica que la muestra es homocigota para el marcador analizado (la persona posee 2 copias o alelos idénticos del marcador). Si existen 2 números, indica que la persona es heterocigota para el marcador (dos copias o alelos diferentes para el marcador analizado). Para que la paternidad sea compatible se requiere que el menor o la menor hereden uno de los fragmentos de la madre biológica y el otro fragmento del padre. Una paternidad incompatible se demuestra con la exclusión de tres o más de los marcadores analizados.

Cálculos Estadísticos

El índice de paternidad acumulado (IP) y la probabilidad acumulada de paternidad (W) fueron calculados con base en métodos Bayesianos Clásicos, teniendo como punto de partida una probabilidad a priori del 0.5. Esto quiere decir que antes de realizar las pruebas el presunto padre tiene un 50% de probabilidad de ser o no el padre.

El índice de paternidad es una relación que de nota cuántas veces es más probable que el menor o la menor sea la descendencia entre el presunto padre y la madre biológica (valor X en la ecuación) comparada con la posibilidad de que el menor o la menor sea la descendencia cuando se considera un hombre escogido al azar de la población en estudio (Valor Y de la ecuación) una vez realizadas las pruebas.

Índice de Paternidad (IP) = X / Y

Probabilidad de Paternidad (W) = X / X + Y

Los marcadores utilizados en el presente estudio tienen un Poder de Exclusión combinado superior al 99.99994%. Esto quiere decir que los marcadores analizados deben excluir al 99.99994% de los individuos falsamente acusados de una paternidad.

Habilitación:
Código: 00218-00
Secretaría de Salud

SERVICIOS MÉDICOS YUNIS TURBAY Y CIA S. EN C. INSTITUTO DE GENÉTICA

Genética Clínica, Inmunogenética, Biología Molecular, Genética Forense

Control de Calidad

Servicios Médicos Yunis Turbay realiza un estricto Control de Calidad de las pruebas realizadas. Todos los reactivos utilizados en las pruebas provienen de casas comerciales reconocidas internacionalmente en el ámbito de la Genética Forense y de Paternidad. Dichos reactivos poseen un estricto Control de Calidad por parte del fabricante lo que garantiza la reproducibilidad de los resultados.

Servicios Médicos Yunis Turbay y Cia. S. en C. es miembro de la Sociedad Internacional de Genética Forense (ISFG) y del Grupo Español Portugués de la Sociedad Internacional de Genética Forense (GEP-ISFG).

Servicios Médicos Yunis Turbay y Cia. S en C., participa en pruebas de control de calidad externas por lo menos dos veces al año con Collaborative Testing Services (USA) y una con el Grupo Español Portugués de la Sociedad Internacional de Genética Forense (GEP-ISFG).

Las bases de datos para las frecuencias de los marcadores STR analizados corresponden a las publicadas por nosotros en libros y revistas Internacionales de genética Forense, como se detalla a continuación:

1. Yunis, J.J., García, O., Uriarte, I., and Yunis E. J. Population data on 6 Short Tandem Repeat loci in a sample of Caucasian - Mestizos from Colombia. *Int. J. Leg. Med.* 2000.113:3, 175-178.
2. Yunis, J. J., García, O., Baena, A., Arboleda, G, Uriarte, I., and Yunis E. J (2000). Population frequency of Short Tandem Repeat loci D18S849, D3S1744, and D12S1090 in Caucasian-Mestizo and Africans Descent populations of Colombia. *J. Forensic.* 45:429-431.
3. J.J. Yunis, O. García, I. Uriarte, E.J. Yunis (2001). Population data on D16S539, D7S820, D13S317, LPL, F13B and D1S80 in a sample of Caucasian-Mestizos from Colombia. *Forensic Science International.* 115-117-118,2001.
4. Yunis, J. J., García, O., Moreno, S., Pineda, C., Rodriguez, C., Uriarte, I., and Yunis, E. J.. Population Data on Powerplex 2.1 (FGA, vWA, TPOX, TH01, Penta E, D18S51, D21S11, D3S1358, D8S1179) and Gamma Star (D16S539, D7S820, D13S317, D5S818) in a sample of Caucasian-Mestizos from Colombia. *International Congress Series. Progress in Forensic Genetics.* ICS 1239, 2002, pp 207-212.
5. Yunis, J.J., García, O., Moreno, S., Uriarte, I., and Yunis, E.J.. Population Data on D7S820, FGA, D1S533, and D9S304 in a sample of Caucasian-Mestizos from Colombia. *International Congress Series. Progress in Forensic Genetics.* ICS 1239, 2002, pp201-205.
6. El ADN en la Identificación Humana. Emilio J. Yunis T. y Juan J. Yunis L. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2002.
7. Yunis J.J., García, O., ; Cuervo, G.A., Guio, E., Pineda, C.R., y Yunis, E.J. 2005. Population data of Powerplex 16 in thirteen departments and the capital city of Colombia. *Journal Of Forensic Sciences*, 50:685-702.
8. Yunis, J.J., Acevedo, L. E., Campo, D., y Yunis E.J. 2005. Population data of Y-STR minimal haplotypes in a sample of Caucasian-Mestizo and African descent individuals of Colombia. *Forensic Science International*, 151:307-313.

3 de 3

SERVICIOS MÉDICOS YUNIS TURBAY Y CIA S. EN C. INSTITUTO DE GENÉTICA

Genética Clínica, Inmunogenética, Biología Molecular, Genética Forense

06/01/2007

Doctor(a)
Oswaldo R. Fernandez Rivas
Juzgado Tercero de Familia del Circuito
Pasto, Nariño

Caso: 57944

REF.: 2003-036

Informe de los estudios de Paternidad e identificación con base en el análisis de Marcadores STR a partir del ADN de las muestras correspondientes a: Fecha Muestra

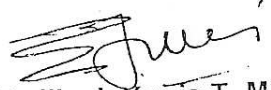
57944	Presunto Padre	: Jorge Eduardo Santillan Villarreal	CC# 12962651	23/12/2006
57946	Hijo(a) 1	: Leidy Laura Santiyan Rey	CC# 108555286	23/12/2006

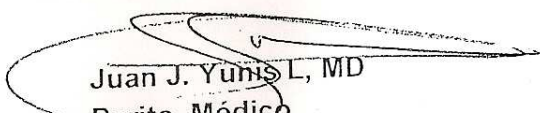
* Muestras Remitidas

Locus	P.Padre	Hijo(a)
FGA	24 / 25	24 / 25
TPOX	11 / 11	11 / 8
D8S1179	14 / 14	13 / 13
VWA	15 / 16	14 / 19
Penta E	10 / 7	11 / 15
D18S51	10 / 20	10 / 14
D21S11	29 / 30.2	29 / 31.2
TH01	7 / 9	7 / 9.3
D3S1358	15 / 18	15 / 15
Penta D	15 / 17	10 / 10
CSF1PO	10 / 10	10 / 12
D16S539	11 / 11	10 / 12
D7S820	11 / 8	10 / 8
D13S317	12 / 9	12 / 14
D5S818	12 / 12	11 / 12

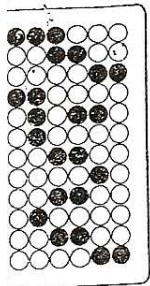
Resultado:
La paternidad del Sr. Jorge Eduardo Santillan Villarreal con relación a Leidy Laura Santiyan Rey es Incompatible según los sistemas resaltados en la tabla.

Resultado verificado, paternidad excluida.


Emilio J. Yunis T, MD
Director Científico
R.M.: 6885



Juan J. Yunis L, MD
Perito, Médico
R.M.: 18491-88

Los resultados emitidos se relacionan únicamente con las muestras analizadas con base en los marcadores descritos anteriormente.
Avenida 22 No. 42-24 Cons. 102 - PBX: 232 96 22 - Fax: 288 98 27
E-mail: smyt@elsitio.net.co - smyft@etb.net.co - Bogotá, D.C., - Colombia

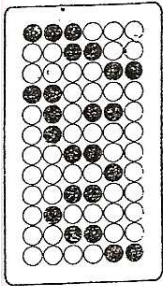


Código No. 2233-1
Certificación de pruebas de paternidad, paternidad, genética forense con base en marcadores de ADN
TC-ISO o ISO 9001:2000




Acreditación
Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA
Res. No. 29833 10/22/2003
Res. No. 31984 12/24/2004
Res. No. 11022 18/05/2005

Habilitación:
Código:00218-03
Secretaría de Salud



SERVICIOS MÉDICOS YUNIS TURBAY Y CIA S. EN C. INSTITUTO DE GENÉTICA

Genética Clínica, inmunogenética, Biología Molecular, Genética Forense 35

Cadena de Custodia

La identidad de las personas estudiadas fueron confrontadas con los documentos de identidad enunciados, toma de Fotografía la cual reposa en nuestro archivo y la toma de huellas dactilares o con base en los documentos de Cadena de Custodia remitidos con las muestras.

La tipificación de los sistemas STR: Penta E, Penta D, D21S11, D3S1358, FGA, D8S1179, D18S51, CSF1PO, TPOX, THO1, vWA, D16S539, D7S820, D13S317, D5S818 (Powerplex 16 Promega Corporación), se llevó a cabo mediante métodos moleculares de amplificación de DNA por PCR, seguidos de resolución electroforética en gel de acrilamida y detección fluorescente en un equipo Hitachi FMBOII o electroforesis capilar en un equipo Applied Biosystems 3130 XL.

La Tipificación de los sistemas STR: D19S433, D2S1338, D21S11, D3S1358, FGA, D8S1179, D18S51, CSF1PO, TPOX, THO1, vWA, D16S539, D7S820, D13S317, D5S818 (Identifiler, Applied Biosystems), se llevó a cabo mediante métodos moleculares de amplificación de DNA por PCR, seguidos de electroforesis capilar y análisis en un equipo Applied Biosystems 3130XL.

Interpretación

Cada uno de los marcadores analizados posee uno o dos números. Si solo existe un número indica que la muestra es homocigota para el marcador analizado (la persona posee 2 copias o alelos idénticos del marcador). Si existen 2 números, indica que la persona es heterocigota para el marcador (dos copias o alelos diferentes para el marcador analizado). Para que la paternidad sea compatible se requiere que el menor o la menor hereden uno de los fragmentos de la madre biológica y el otro fragmento del padre. Una paternidad incompatible se demuestra con la exclusión de tres o más de los marcadores analizados.

Cálculos Estadísticos

El índice de paternidad acumulado (IP) y la probabilidad acumulada de paternidad (W) fueron calculados con base en métodos Bayesianos Clásicos, teniendo como punto de partida una probabilidad a priori del 0.5. Esto quiere decir que antes de realizar las pruebas el presunto padre tiene un 50% de probabilidad de ser o no el padre.

El índice de paternidad es una relación que de nota cuántas veces es más probable que el menor o la menor sea la descendencia entre el presunto padre y la madre biológica (valor X en la ecuación) comparada con la posibilidad de que el menor o la menor sea la descendencia cuando se considera un hombre escogido al azar de la población en estudio (Valor Y de la ecuación) una vez realizadas las pruebas.

Índice de Paternidad (IP) = X/Y

Probabilidad de Paternidad (W) = $X/X+Y$

Los marcadores utilizados en el presente estudio tienen un Poder de Exclusión combinado superior al 99.99994%. Esto quiere decir que los marcadores analizados deben excluir al 99.99994% de los individuos falsamente acusados de una paternidad.

2 de 3



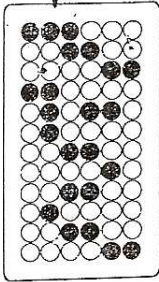
Código No. 2233-1

Realización de pruebas de maternidad, paternidad, y genética forense con base en marcadores de ADN
NTC-ISO o ISO 9001:2000




Acreditación
Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA
Res. No. 29853 10/22/2003
Res. No. 31984 12/24/2004
Res. No. 11022 18/05/2005

Habilitación:
Código:00218-CO
Secretaría de Salud



SERVICIOS MÉDICOS YUNIS TURBAY Y CIA S. EN C. INSTITUTO DE GENÉTICA

36

Genética Clínica, Inmunogenética, Biología Molecular, Genética Forense

Control de Calidad

Servicios Médicos Yunis Turbay realiza un estricto Control de Calidad de las pruebas realizadas. Todos los reactivos utilizados en las pruebas provienen de casas comerciales reconocidas internacionalmente en el ámbito de la Genética Forense y de Paternidad. Dichos reactivos poseen un estricto Control de Calidad por parte del fabricante lo que garantiza la reproducibilidad de los resultados.

Servicios Médicos Yunis Turbay y Cia. S. en C. es miembro de la Sociedad Internacional de Genética Forense (ISFG) y del Grupo Español Portugués de la Sociedad Internacional de Genética Forense (GEP-ISFG).

Servicios Médicos Yunis Turbay y Cia. S en C., participa en pruebas de control de calidad externas por lo menos dos veces al año con Collaborative Testing Services (USA) y una con el Grupo Español Portugués de la Sociedad Internacional de Genética Forense (GEP-ISFG).

Las bases de datos para las frecuencias de los marcadores STR analizados corresponden a las publicadas por nosotros en libros y revistas Internacionales de genética Forense, como se detalla a continuación:

1. Yunis, J.J., García, O., Uriarte, I., and Yunis E. J. Population data on 6 Short Tandem Repeat loci in a sample of Caucasian - Mestizos from Colombia. *Int. J. Leg. Med.* 2000.113: 3, 175-178.
2. Yunis, J. J., García, O., Baena, A., Arboleda, G, Uriarte, I., and Yunis E. J (2000). Population frequency of Short Tandem Repeat loci D18S849, D3S1744, and D12S1090 in Caucasian-Mestizo and Africans Descent populations of Colombia. *J. Forensic.* 45:429-431.
3. J.J. Yunis, O. García, I. Uriarte, E.J. Yunis (2001). Population data on D16S539, D7S820, D13S317, LPL, F13B and D1S80 in a sample of Caucasian-Mestizos from Colombia, *Forensic Science International.* 115-117-118,2001.
4. Yunis, J. J., García, O., Moreno, S., Pineda, C., Rodríguez, C., Uriarte, I., and Yunis, E. J.. Population Data on Powerplex 2.1(FGA, vWA, TPOX, TH01, Penta E, D18S51, D21S11, D3S1358, D8S1179) and Gamma Star (D16S539, D7S820,D13S317,D5S818) in a sample of Caucasian-Mestizos from Colombia. *International Congress Series. Progress in Forensic Genetics.* ICS 1239, 2002, pp 207-212.
5. Yunis, J.J., Garcia, O., Moreno, S., Uriarte, I., and Yunis, E.J.. Population Data on D7S820, FGA, D1S533, and D9S304 in a sample of Caucasian-Mestizos from Colombia. *International Congress Series. Progress in Forensic Genetics.* ICS 1239, 2002, pp201-205.
6. El ADN en la Identificación Humana. Emilio J. Yunis T. y Juan J. Yunis L. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2002.
7. Yunis J.J., Garcia, O., ; Cuervo, G.A., Guio, E., Pineda, C.R., y Yunis, E.J. 2005. Population data of Powerplex 16 in thirteen departments and the capital city of Colombia. *Journal Of Forensic Sciences*, 50: 685-702.
8. Yunis, J.J., Acevedo, L. E., Campo, D., y Yunis E.J. 2005. Population data of Y-STR minimal haplotypes in a sample of Caucasian-Mestizo and African descent individuals of Colombia. *Forensic Science International*, 151: 307-313.

3 de 3



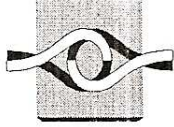
Código No. 2233-1

Realización de pruebas de maternidad, paternidad, y genética forense con base en marcadores de ADN
NTC-ISO a ISO 9001:2000



Acreditación
Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA
Res. No. 29853 10/22/2003
Res. No. 31984 12/24/2004
Res. No. 11022 18/05/2005

Habilitación:
Código.00218-C0
Secretaría de Salud



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
GRUPO DE GENÉTICA FORENSE

Subdirección de Servicios Forenses
Calle 7A No. 12-61. Bogotá, D.C. Colombia

Conmutadores: 4069944, 4069977, 6061106. Extensiones: 1328 y 1329. Telefax: Extensión 1317
e-mail: geneticabogota@medicinalegal.gov.co

07-157
9

INFORME PERICIAL No. SSF-LGEF- 1531-2009
Página 1 de 4

INFORME PERICIAL DE GENETICA FORENSE

Bogotá, D.C., 2010-03-03

Fecha de recepción en el laboratorio	2009-12-21
Fecha o período de realización de los análisis	2010-02-02 al 2010-02-19
Identificación y referencias de la solicitud	BOG-2009-030310, Auto de amparo de pobreza de 2007-11-13, Oficio sin número de 2007-11-28 y Oficio DSNA-1183-2009 de 2009-12-03. Personas relacionadas: Presunto Padre: JORGE EDUARDO SANTILLAN VILLARREAL , CC: 12.962.651 de Pasto (Nariño). Madre: CONSUELO REY PATIÑO , CC: 27.531.349 de Tuquerres (Nariño) Hija 1: ANA STHEFANNY SANTILLAN REY , CC: 1.085.267.982 de Pasto (Nariño). Hija 2: LADY LAURA SANTILLAN REY , CC: 1.085.268.555 de Pasto (Nariño) Proceso de Impugnación de Paternidad. Radicado 2007-0157.
Autoridad destinataria	Dr. JORGE EFRAIN NAVIA LOPEZ. Juez. Juzgado Tercero de Familia del Circuito. Pasto, Nariño.
Motivo de peritación	Determinar si JORGE EDUARDO SANTILLAN VILLARREAL es el padre biológico de ANA STHEFANNY SANTILLAN REY y LADY LAURA SANTILLAN REY.
Descripción de los elementos recibidos para estudio	1. Una (1) tarjeta FTA [®] con sangre tomada a JORGE EDUARDO SANTILLAN VILLARREAL, rotulada: "PP01 Proceso: 2007-0157 Jorge Eduardo Santillan Villarreal CC. 12962651 de Pasto Tomado: Sept 30 2009". Presunto Padre. 2. Una (1) tarjeta FTA [®] con sangre tomada a CONSUELO REY PATIÑO, rotulada: "M01 Proceso 2007-0157 Consuelo Rey Patiño CC 27531349 Tuquerres Tomado: Sept 30-2009". Madre 3. Una (1) tarjeta FTA [®] con sangre tomada a ANA STHEFANNY SANTILLAN REY, rotulada: "H01 Proceso 2007-0157 Ana Sthefanny Santillan Rey CC 1085267982 Pasto Tomado Sept 30-2009". Hija 1. 4. Una (1) tarjeta FTA [®] con sangre tomada a LADY LAURA SANTILLAN REY, rotulada: "H02 Proceso 2007-0157 Lady Laura Santillan Rey CC 1085268555 Pasto Tomado Sept 30-2009". Hija 2.

I. METODOS EMPLEADOS

Los métodos y los principios de los métodos utilizados en el laboratorio son reportados en la literatura científica y validados para el uso forense.

1. REGISTRO DE LA IDENTIDAD

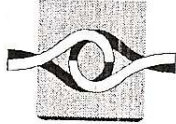
Se recibieron "Formatos de Autorización y Registro de Toma de Muestras para Estudios Genéticos" diligenciados, fotocopias de documentos de identificación y registros dactilares (índice y pulgar derecho) de JORGE EDUARDO SANTILLAN VILLARREAL, CONSUELO REY PATIÑO, ANA STHEFANNY SANTILLAN REY y LADY LAURA SANTILLAN REY.

2. EXTRACCIÓN DE ADN A PARTIR DE MUESTRAS DE SANGRE

La resina quelante chelex atrapa cationes que son liberados al medio al momento de someter el tejido a lisis por ebullición. La resina evita que los cationes actúen como cofactores de endo y exo nucleasas que degradan el ADN. La muestra de sangre se procesó usando resinas de intercambio iónico Chelex 100 al 20%, de acuerdo al PET "Extracción de ADN a partir de sangre usando resinas quelantes", código DG-SSF-DCF-M-PET02.

SPR.

R/ Yanira D. 12-III-2010 3:40 pm 3 p.m.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
GRUPO DE GENÉTICA FORENSE

Subdirección de Servicios Forenses

Calle 7A No. 12-61. Bogotá, D.C. Colombia

Conmutadores: 4069944, 4069977, 6061106. Extensiones: 1328 y 1329. Telefax: Extensión 1317

e-mail: geneticabogota@medicinalegal.gov.co

INFORME PERICIAL No. SSF-LGEF- 1531-2009
Página 2 de 4

3. AMPLIFICACION VÍA PCR

Este procedimiento permite la amplificación in vitro de regiones específicas de ADN por medio de la Reacción en Cadena de la Polimerasa (PCR) que consta de tres etapas fundamentales: denaturación del ADN, anillaje de los Fluoroprimers y la extensión por medio de la Taq ADN Polimerasa. Cada etapa se lleva a cabo a temperaturas específicas que son controladas mediante un programa de termociclaje repitiendo estas tres etapas, es decir, un ciclo de reacción, un determinado número de veces. La amplificación simultánea de los STR's es posible debido a que se utilizan primers específicos para estos sistemas y sus temperaturas de anillaje son muy similares, lo cual permite realizar la PCR múltiplex. Además los primers para sistemas que tienen tamaños similares tienen incorporados diferentes fluorocromos.

3.1 AMPLIFICACION VÍA PCR DE LOS SISTEMAS D3S1358, HUMVWA31, HUMFGA, D5S818, D13S317, D2S1338, D19S433, D7S820, D8S1179, D21S11, D18S51, D16S539, HUMTH01, HUMTPOX, HUMCSF1P0 Y AMELOGENINA.

Se utilizó el protocolo de PCR múltiplex del Kit Identifiler de Applied Biosystems, utilizando primers fluorados, obteniendo las bandas electroforéticas dentro del rango de tamaño esperado para cada loci. PET "Amplificación de los marcadores genéticos tipo STR y amelogenina incluidos en el Kit Identifiler mediante reacción en cadena de la polimerasa (PCR)" código DG-SSF-DCF-M-PET016.

4. TIPIFICACIÓN

Es un proceso que se lleva a cabo utilizando el secuenciador genético ABI PRISM 3130 XL Genetic Analyzer de acuerdo con el instructivo "Manejo del Analizador Genético ABI PRISM 3130/3130XL" código DG-M-I-17-V02. El equipo realiza una electroforesis capilar automatizada que permite separar, fragmentos de ADN marcados con diferentes fluorocromos en una sola corrida. La separación de los fragmentos de ADN de diferentes tamaños se realiza utilizando un polímero lineal de acrilamida (POP-4) contenido en un capilar. Al migrar a través del capilar los fragmentos se van separando, pasan por una ventana de detección en donde un láser emite señales que excitan los fluorocromos. Dicha emisión es detectada por el equipo y transformada en electroferogramas. El análisis de los electroferogramas, se realiza utilizando el software GeneMapper para tallar los alelos siguiendo el instructivo: "Manejo del programa GeneMapper para análisis de datos obtenidos en el analizador genético", código DS-SSF-DCF-M-I-62.

5. CONTROL DEL PROCEDIMIENTO Y RESULTADOS

Para efectos de control del procedimiento se procesaron reactivos blanco de extracción y de amplificación en cada grupo de reacciones. Los resultados fueron determinados por dos lectores. Control positivo: ADN humano de la línea celular 9947A previamente tipificado por todos los sistemas genéticos. Este laboratorio realiza pruebas anuales de proeficiencia con el *Collaborative Testing Services (CTS)* y el *Spanish and Portuguese Working Group of the International Society for Forensic Genetics (GEP-ISFG)*.

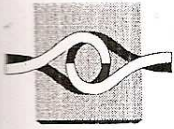
El resultado de exclusión fue confirmado procesando nuevamente la muestra de JORGE EDUARDO SANTILLAN VILLARREAL, ANA STEFANNY SANTILLAN REY y LADY LAURA SANTILLAN REY desde el inicio.

II. INSTRUMENTOS UTILIZADOS

Las pipetas que se utilizaron se calibran cada seis meses y se verifican cada mes de acuerdo al procedimiento Verificación de pipetas de embolo Código DG-SSF-DCF-T-I36.

Los termocicladores utilizados se verifican cada mes de acuerdo a los procedimientos: "Verificación de termocicladores marca Applied Biosystems modelo 2720 y 9700 mono y doble bloque, código DG-SSF-DCF-M-I 20-V02" utilizando un termómetro y sonda calibrados. A éstos equipo se les realiza mantenimiento preventivo anual.

Los secuenciadores utilizados se someten a mantenimiento preventivo semestralmente. *PR*



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
GRUPO DE GENÉTICA FORENSE

Subdirección de Servicios Forenses

Calle 7A No. 12-61. Bogotá, D.C. Colombia

Conmutadores: 4069944, 4069977, 6061106. Extensiones: 1328 y 1329. Telefax: Extensión 1317

e-mail: geneticabogota@medicinalegal.gov.co

10

INFORME PERICIAL No. SSF-LGEF- 1531-2009
Página 3 de 4

III. HALLAZGOS

Tabla No.1

SISTEMAS GENETICOS	PRESUNTO PADRE	MADRE	HIJA 1	ALELO OBLIGADO
	JORGE EDUARDO SANTILLAN VILLARREAL	CONSUELO REY PATIÑO	ANA STHEFANNY SANTILLAN REY	PATERNAL
D8S1179	14,14	13,13	13,14	14
D21S11	29,30,2	29,31,2	31,2,31,2	31,2
D7S820	8,11	8,10	10,10	10
HUMCSF1P0	10,10	12,12	11,12	11
D3S1358	15,18	15,20	15,15	15
HUMTH01	7,9	9,3,9,3	9,3,9,3	9,3
D13S317	9,12	12,14	12,12	12
D16S539	11,11	11,12	10,12	10
D2S1338	19,20	17,19	17,19	17 ó 19
D19S433	13,2,13,2	15,15	13,15	13
HUMVWA31	15,16	14,16	14,19	19
HUMTPOX	11,11	11,11	8,11	8
D18S51	10,20	14,16	12,16	12
D5S818	12,12	10,12	9,10	9
HUMFGA	24,25	24,24	24,25	25
AMELOGENINA	Masculino	Femenino	Femenino	---

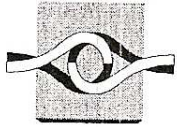
Tabla No.2

SISTEMAS GENETICOS	PRESUNTO PADRE	MADRE	HIJA 2	ALELO OBLIGADO
	JORGE EDUARDO SANTILLAN VILLARREAL	CONSUELO REY PATIÑO	LADY LAURA SANTILLAN REY	PATERNAL
D8S1179	14,14	13,13	13,13	13
D21S11	29,30,2	29,31,2	29,31,2	29 ó 31,2
D7S820	8,11	8,10	8,10	8 ó 10
HUMCSF1P0	10,10	12,12	10,12	10
D3S1358	15,18	15,20	15,15	15
HUMTH01	7,9	9,3,9,3	7,9,3	7
D13S317	9,12	12,14	12,14	12 ó 14
D16S539	11,11	11,12	10,12	10
D2S1338	19,20	17,19	17,19	17 ó 19
D19S433	13,2,13,2	15,15	13,15	13
HUMVWA31	15,16	14,16	14,19	19
HUMTPOX	11,11	11,11	8,11	8
D18S51	10,20	14,16	10,14	10
D5S818	12,12	10,12	11,12	11
HUMFGA	24,25	24,24	24,25	25
AMELOGENINA	Masculino	Femenino	Femenino	---

IV. INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

En las tablas anteriores se muestran los perfiles de ADN que caracterizan a cada individuo y muestras estudiadas. Están presentados como parejas de números que a su vez corresponden a los alelos de cada uno de los sistemas genéticos analizados.

RRR



**INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
GRUPO DE GENÉTICA FORENSE**

Subdirección de Servicios Forenses
Calle 7A No. 12-61. Bogotá, D.C. Colombia
Conmutadores: 4069944, 4069977, 6061106. Extensiones: 1328 y 1329. Telefax: Extensión 1317
e-mail: geneticabogota@medicinalegal.gov.co

INFORME PERICIAL No. SSF-LGEF- 1531-2009
Página 4 de 4

En la Tabla N° 1 se observa que JORGE EDUARDO SANTILLAN VILLARREAL no posee todos los alelos obligados paternos (AOP) que debería tener el padre biológico de ANA STHEFANNY SANTILLAN REY por lo tanto se excluye de la paternidad. Se encontraron diez (10) exclusiones de la paternidad en los marcadores: D21S11, D7S820, HUMCSF1P0, HUMTH01, D16S539, D19S433, HUMVWA31, HUMTPOX, D18S51 y D5S818.

En la Tabla N° 2 se observa que JORGE EDUARDO SANTILLAN VILLARREAL no posee todos los alelos obligados paternos (AOP) que debería tener el padre biológico de LADY LAURA SANTILLAN REY por lo tanto se excluye de la paternidad. Se encontraron seis (6) exclusiones de la paternidad en los marcadores: D8S1179, D16S539, D19S433, HUMVWA31, HUMTPOX y D5S818.

V. CONCLUSIONES

1. JORGE EDUARDO SANTILLAN VILLARREAL se excluye como el padre biológico de ANA STHEFANNY SANTILLAN REY. Se encontraron diez (10) exclusiones en los sistemas genéticos analizados.

2. JORGE EDUARDO SANTILLAN VILLARREAL se excluye como el padre biológico de ANA STHEFANNY SANTILLAN REY. Se encontraron seis (6) exclusiones en los sistemas genéticos analizados.

Observación:

Los remanentes de las muestras analizadas permanecerán en custodia del INMLyCF y quedan a disposición de la autoridad.

Referencias Bibliográficas

La bibliografía está referenciada en cada uno de los procedimientos estandarizados de trabajo e instructivos utilizados.

Atentamente,

Diana Patricia Rozo

DIANA PATRICIA ROZO RAMÍREZ.
Profesional Universitario Forense
Grupo de Genética Forense

Revisión técnica realizada por:
RUTH MARLEN FIGUEROA FRANCO
Profesional Especializado Forense
Grupo de Genética Forense

La(s) muestra(s) analizada(s) ha(n) permanecido bajo cadena de custodia por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Grupo de Genética Forense, desde su recepción o desde su recolección (si es el caso). Para tramitar cualquier petición, aclaración o ampliación que la autoridad competente solicite al Instituto, es indispensable hacer referencia al número de identificación del informe pericial en el instituto (extremo superior derecho del primer folio del informe pericial).

FIN DEL INFORME PERICIAL

