

**LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA DEL ADN
EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN EN COLOMBIA**

LAURA CATALINA OSORNO MUÑOZ

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2013**

**LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA DEL ADN
EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN EN COLOMBIA**

LAURA CATALINA OSORNO MUÑOZ

**Monografía de grado presentada como requisito para optar
al título de Abogada**

Asesor: Raúl Eduardo Morales Vallejo

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN**

2013

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, abril de 2013

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	6
1. OBJETIVOS	13
1.1 OBJETIVO GENERAL.....	13
1.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS	13
2. JUSTIFICACIÓN	14
3. METODOLOGÍA	15
4. VERDAD PROCESAL	17
4.1 FINALIDAD DEL PROCESO	17
4.2 LA CIENCIA EN EL PROCESO	18
4.3 LA VERDAD PROCESAL.....	19
5. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA	21
5.1 LA TARIFA LEGAL.....	21
5.2 PRINCIPIO DE LA LIBRE CONVICCIÓN DEL JUEZ.....	24
5.2.1 Íntima convicción	25
5.2.2 Sana critica racional o libertad racionada	26
5.3 ESTÁNDARES DE PRUEBA	28
5.3.1 Definición de estándar de prueba	28
5.3.2 Estándar de la prueba más allá de toda duda razonable.....	29
5.3.3 Estándar de la probabilidad prevalente	30
6. PRUEBA CIENTÍFICA	33
6.1 DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO.....	33
6.2 FIABILIDAD	36
6.2.1 Fiabilidad de los métodos o técnicas científicas	36
6.2.2 Fiabilidad del conocimiento aportado por el método o técnica científica al proceso	37
7. PRUEBA CIENTÍFICA DEL ADN	38
7.1 DEFINICIÓN.....	38
7.2 EVOLUCIÓN LEGAL EN LOS PROCESOS SOBRE FILIACIÓN EN COLOMBIA	39

7.3 FIABILIDAD DE LA PRUEBA DEL ADN	41
8. VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA	44
8.1 ACTIVIDAD DEL CIENTÍFICO	44
8.2 ACTIVIDAD DEL JUEZ FRENTE A LA PRUEBA CIENTÍFICA.....	45
8.3 VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA	46
8.4 VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA DEL ADN EN COLOMBIA....	49
9. LÍNEA JURISPRUDENCIAL	50
9.1 PROBLEMA JURÍDICO.....	50
9.2 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL	50
9.3 NARRATIVA DE LA LINEA	65
9.4 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL.....	66
9.5 NARRATIVA DE LA LINEA	77
10. CONCLUSIONES	78
BIBLIOGRAFÍA	81

INTRODUCCIÓN

La finalidad del presente trabajo es realizar un análisis de la forma en que es valorada por los jueces de familia la prueba científica del ADN para la motivación del fallo en los procesos de filiación, y el cómo, no resulta compatible con el ordenamiento jurídico colombiano la mera acumulación de evidencias, ya que al juez se le ha encomendado la tarea de valorar el material probatorio, eliminando así, la posibilidad de que este sea un mero receptor acrítico, ya que es exclusividad de aquel la fijación de los hechos probados, previa apreciación de los medios de conocimiento.

El proceso judicial ha de estar orientado hacia la consecución de una decisión verídica; es decir, que corresponda en la mayor medida de lo posible con la realidad de los hechos, por lo que será necesario que se indague a profundidad los hechos que rodearon la causa; ubicándonos así frente a un fallo que se ajuste a los principios de justicia y legalidad que rigen al ordenamiento procesal. Es en este punto en el que se hace menester establecer a qué tipo de verdad hacemos referencia, pues por medio del proceso judicial no es posible alcanzar una verdad absoluta de los hechos, pero si una verdad procesal relativa, ya que el juez solo podrá fundar su decisión en las pruebas que han sido adquiridas en juicio y que soportaran los enunciados de hecho; en tal orden de ideas la decisión sobre los hechos se formulara no en términos de certeza sino de probabilidad de hipótesis de verdad¹.

El ordenamiento jurídico colombiano en materia civil ha establecido dos aspectos fundamentales en lo relacionado a la valoración de las pruebas. El primero de ellos es que el funcionario judicial deberá apreciar de manera conjunta la totalidad

¹ TARUFFO, Michele. La Prueba, Artículos y Conferencias. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2008. p. 87-102.

del material probatorio y de igual manera la apreciación efectuada sobre dichas pruebas deberá realizarse bajo los parámetros de la sana crítica, así lo expresa el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil:

ARTÍCULO 187. APRECIACION DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

De igual manera, vemos cómo el legislador se pronunció con relación a la valoración de las pruebas periciales, dentro de las cuales es pertinente incluir a la prueba científica. Allí se afirma entonces la necesidad de valorar dicho dictamen no como único material probatorio obrante dentro del proceso, sino que será preciso examinarlo de manera conjunta con las demás pruebas.

ARTÍCULO 241. APRECIACION DEL DICTAMEN. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

Si se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave.

Cada vez resulta ser más usual el uso de los conocimientos y técnicas científicas para verificar los hechos objeto de análisis dentro del proceso, pues es muy cierto que los desarrollos de las ciencias y tecnologías cada vez son más avanzados y útiles para el proceso judicial, toda vez que le proveen al funcionario judicial mayores herramientas para la formación de su convicción.

Dentro del contexto expuesto anteriormente, se ha venido mitificando de manera generalizada que estos conocimientos que la ciencia aporta al proceso representan una fuente de conocimiento capaz de encontrar la verdad cierta e indiscutible, hasta el punto de admitir que cuando otro tipo de pruebas estén disponibles en el

proceso, será la de tipo científico la que posea un nivel de eficiencia epistémica de nivel superior². Lo anterior ha llevado a una actuación pasiva por parte de los jueces y a desdibujar las funciones que le asisten como director del proceso; pues si bien es cierto que la ciencia permite encontrar un alto grado de probabilidad sobre un hecho, más cierto es que ningún conocimiento podrá considerarse como un medio idóneo para la consecución de una verdad definitiva y que por lo tanto la ciencia no podrá bajo ningún escenario afirmar que los resultados por ella arrojados sean una verdad absoluta. De igual manera podemos evidenciar que habrá casos en los cuales una prueba científica arroje un resultado válido, pero que éste por sí solo no sea resolutivo en cuanto a la confirmación del hecho que se pretende probar dentro del proceso.

Bajo un escenario en el que el juez no posee la calidad de científico, técnico o experto en un arte determinado, se hace fundamental que el juzgador se capacite para que cuente con las pautas adecuadas que le permitan entender cómo se ha llegado a un resultado aplicando estos conocimientos y poder así efectuar una interpretación de los informes científicos que se encuentran en el proceso y no encontrarnos en un contexto en el que el perito entre a ocupar la posición del juez al determinar en su informe, qué es lo que éste debe interpretar respecto del hecho que se analiza y un juez que sin mayor reserva acepta sin realizar apreciación alguna lo dicho por el experto, dejando al traste la etapa de valoración de la prueba.

En Colombia, gracias a la libertad probatoria es posible que en cualquier proceso se acuda a diversos medios de prueba, con la finalidad de demostrar los hechos que se discuten en el mismo; pero uno de los procesos en los que en principio podríamos hablar de una libertad probatoria limitada es en los de filiación de la paternidad o maternidad. Frente a este rito en particular el legislador ha elaborado una normatividad especial, la Ley 721 de 2001 que modifica la Ley 75 de 1968, la

² TARUFFO, La Ciencia en el Proceso: Problemas y Prospectivas. Op. Cit., p. 30.

cual estableció que en este tipo de procesos el juez de oficio ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.

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 expertos 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 (...)

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:

En caso de renuencia de los interesados a la práctica de la prueba, el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe realizar la prueba. Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez del conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa.

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 (...)

De los artículos de la Ley 721 de 2001 a los cuales se hace alusión, se han realizado principalmente dos interpretaciones a saber. La primera de ellas es la generada por un sector de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil³, de la Corte Constitucional⁴ y de la doctrina donde se afirma que si bien es cierto los dictámenes periciales no vinculan a los tribunales, al encontrarnos frente a una prueba científica como la de ADN que arroja altos porcentajes de probabilidad como los que señala la ley, ha de entenderse ésta como prueba plena para la acreditación de la paternidad o maternidad. Así las cosas, consideran que la prueba de ADN al dar como resultado un porcentaje de probabilidad del 99.9% o más, es prueba suficiente y no podrá completarse con otros medios de prueba, pues estos son considerados por el artículo 3° como subsidiarios o sustitutivos de la prueba científica en mención⁵.

¿Podríamos hablar entonces de la existencia de una tarifa legal? Considera esta corriente de interpretación que no es factible, pues aunque acepta una limitación a la valoración de la prueba, indican que sigue teniendo el juez un amplio margen de maniobra a la hora de valorarla, pues será este quien le dé el valor probatorio al dictamen o informe científico allegado al proceso, ya que de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del Código de procedimiento Civil, deberán apreciarse las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas por la ley sustancial para la existencia y validez de ciertos actos.

³ Exp. N° 97-0360 del 3 de junio 2004, Exp. N° 50001-31-10-002-2002-0049 5-01 del 21 de mayo de 2010.

⁴ Sentencias: C - 243 de 2001, C - 807 de 2002, T – 997 de 2003, T – 411 de 2004, T – 489 de 2005, C – 860 de 2008, T – 584 de 2008, T – 888 de 2010, T – 352 de 2012.

⁵ GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio. “La Prueba de ADN en el Derecho de Familia y su Valoración”. En: XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2007, p. 506. CABELLO BLANCO, Margarita. “Filiación y Valoración probatoria de las pruebas de ADN”. En: XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2007, p. 535 - 537.

Bajo esta corriente encontramos al profesor italiano Michele Taruffo, quien establece que la prueba científica de ADN no le proporciona al juez elementos para la valoración científica del hecho, sino la prueba directa del hecho constituido por la identidad del sujeto, por lo que considera que esta prueba es capaz de atribuir un altísimo grado de probabilidad al hecho y seguidamente como idóneo para determinar unívocamente la decisión del juez, por lo que será obsoleta la tendencia de la jurisprudencia según la cual el juez debería valorar el resultado de la prueba científica de ADN junto con el resto de pruebas que se encuentran disponibles, pues no le es posible imaginar que la prueba común tenga mayor valor probatorio que la científica⁶.

De igual manera vemos como la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, reconoce que la prueba científica tiene un grado de superioridad frente a las demás pruebas, y que los avances científicos han llegado a tal punto de certeza, que ellos por sí mismos son suficientes para la determinación de la paternidad o de la maternidad al proporcionar un alto grado de certeza, haciendo así inficioso la práctica de otras pruebas⁷.

Una segunda interpretación es la efectuada por un sector de la Corte Constitucional⁸ y de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁹ al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 3° y el inciso segundo del artículo 8° de la Ley 721 de 2001. La corporación al efectuar un análisis conjunto del articulado de la Ley y de los principios que rigen la valoración probatoria que ha de realizar el juez, concluye que si bien es cierto el Estado colombiano reconoce el grado de probabilidad que proporciona la prueba de ADN, acepta que esta no es absoluta y que no alcanza a plenitud la certeza, sino un porcentaje de ella, por lo

⁶ GIRALDO CASTAÑO, Op. Cit., p. 510.

⁷ CABELLO BLANCO, Op. Cit., p. 535 - 537.

⁸ Sentencias: C – 1492 de 2002, C – 476 de 2005, C – 122 de 2008.

⁹ Expediente. N° 6426 del 13 diciembre de 2002, Expediente N° 25899-3184-001-2006-00314-01 del 22 de septiembre de 2010.

que será necesario que el juzgador acuda no solamente a la prueba científicamente reconocida, sino también a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios que se introduzcan al proceso , pues la prueba de ADN por sí sola no nos proporciona una certeza absoluta, sino un porcentaje de probabilidad que puede ser más alto al valerse de los demás medios de prueba.

Razona la Corte que de interpretarse de manera diferente dicha normatividad estaríamos frente a un legislador que opto por un regreso a la tarifa legal de pruebas para imponerle al juez certeza legal en lugar de la certeza judicial; tampoco cree posible concluir que se le impida al juez apreciar la prueba de ADN con las demás pruebas, pues si esta prueba ofrece tan alto porcentaje de certeza que constituye índice de probabilidad muy cercano al cien por ciento, la práctica y por tanto valoración de los demás medios probatorios permitirá una recta administración de justicia que no vaya en contravía al debido proceso ni a la autonomía judicial.

De lo expuesto anteriormente surgen entonces interrogantes que a lo largo de la presente trabajo de grado trataremos de responder: ¿Al encontrarse los jueces de familia frente a un proceso de filiación de la paternidad o la maternidad realizan una valoración de la prueba científica de ADN, o simplemente acogen acriticamente el resultado arrojado por la prueba? ¿De realizar dicha valoración en qué consiste? ¿El juzgador procede a efectuar un examen conjunto del material probatorio, o solo se limita a valorar la prueba científica y considerarla como superior frente a las demás pruebas?

1. OBJETIVOS

1.1 OBJETIVO GENERAL

Con este trabajo se busca la comprensión del sistema de valoración de la prueba científica del ADN aplicado por los jueces de familia en Colombia, y analizar desde la jurisprudencia y la doctrina, si estos acuden o no a un criterio específico al momento de apreciar la prueba y llegar a una decisión final en los procesos de filiación de la paternidad o maternidad, desde la jurisprudencia y la doctrina.

1.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Efectuar un estudio detallado de los criterios de valoración de la prueba, así como de los sistemas de valoración de la misma.
- Caracterizar la prueba científica y delimitarla conceptualmente del dictamen pericial.
- Establecer desde la jurisprudencia y la doctrina la valoración de la prueba científica del ADN en los procesos de filiación de la paternidad o maternidad.

2. JUSTIFICACIÓN

Esta investigación se llevará a cabo con la intención de estudiar la valoración efectuada por los jueces a la prueba científica del ADN en los procesos de filiación. La importancia de este radica en que son pocos los trabajos que se han realizado sobre el tema en particular, pues no se ha mirado a la luz de la jurisprudencia y la doctrina la actividad realizada por nuestros jueces. Tratándose eminentemente de un estudio teórico, y documental.

3. METODOLOGÍA

Los métodos generales del análisis, síntesis, inducción, deducción, el método específico del diseño bibliográfico o documental y la realización de entrevistas a un número limitado de jueces de familia de Medellín constituyen la metodología de este trabajo, todo ello con el fin de dar respuesta a los objetivos propuestos e igualmente poder interpretar los resultados obtenidos por medio de la investigación.

Se empleara entonces una metodología cualitativa, toda vez que este método de investigación tiene como objetivo principal obtener la descripción de las cualidades de un fenómeno, obteniendo un profundo entendimiento del tema a investigar. Lo cual permite el pleno desarrollo de los objetivos aquí fijados, pues podremos tratar de conocer los hechos, procesos y estructuras que rodean a la valoración judicial de la prueba científica del ADN en Colombia.

Será entonces necesario partir del análisis de la jurisprudencia y la doctrina disponible sobre el tema, lo cual permitirá obtener una imagen completa del fenómeno, para poder interpretarlo y efectuar una traducción de la realidad que pretendemos investigar.

Con relación a la técnica de recogida de datos comenzaremos con la recopilación, análisis y evaluación de la bibliografía existente como es la normatividad, jurisprudencia y doctrina desarrollada en artículos académicos, seminarios, congresos, e investigaciones similares a nivel nacional e internacional; proporcionando un conocimiento profundo de los hechos y acontecimientos derivados de la valoración efectuada por el juez; de tal manera que se pueda hacer una descripción y una interpretación que culmine en una traducción de la realidad.

Finalmente como técnica de análisis, se comenzara con un estudio de la bibliografía recogida con el fin de identificar los marcos teóricos y los objetivos que persigue cada uno de ellos, para luego ejecutar un análisis crítico que permita saber si dichos trabajos sirven o no para los objetivos perseguidos en la investigación, en segundo lugar se analizaran los datos e información recogidos por medio del trabajo de campo que son los que a fin de cuentas nos brindarán una imagen de la realidad, es decir, las palabras y las observaciones recogidas serán interpretadas, para luego contrastarlas con la teoría, de modo que se pueda llegar a una interpretación teórica de la realidad encontrada y sacar las conclusiones del trabajo de investigación.

4. VERDAD PROCESAL

4.1 FINALIDAD DEL PROCESO

Para abordar este tema es necesario determinar cual consideramos que es el objetivo del proceso judicial. El profesor Michele Taruffo nos muestra a grandes rasgos dos de las principales teorías acerca de los objetivos fundamentales de la justicia civil.

La teoría del proceso civil como resolución de conflictos tiene sus orígenes en la ideología liberal tradicional de la justicia civil y en las ideas básicas de la libertad individual y de empresa; asume como propósito principal del proceso y de la toma de decisiones en el ámbito de la justicia la resolución de conflictos, pues considera al proceso como un mero conflicto entre particulares, que necesitan de un juicio que les permita resolver la controversia eliminando el conflicto y restaurando las relaciones pacíficas entre los individuos involucrados. Bajo esta representación nunca la verdad de los hechos ni la forma como el juez resuelva la controversia serán aspectos relevantes, pues solo bastará con la satisfacción de unos intereses particulares. Por otro lado, encontramos una teoría que tiene como meta principal la consecución de la verdad de los hechos en disputa; vinculándose estrechamente con la idea de un proceso judicial que deba aplicar la ley a los casos individuales tomando como base criterios objetivos y buscando el interés general de la justicia¹⁰.

Partiendo de una concepción legal-racional de la justicia y al encontrarnos en un ordenamiento procesal que se desarrolla bajo un Estado social de derecho, es ineludible que el litigio sea acorde a los principios de legalidad y de justicia, lo cual exige una averiguación de la verdad de los hechos como presupuesto de validez

¹⁰ TARUFFO, Michele, La Prueba. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2008. p. 20 - 21.

de la decisión final del juez, pues se espera que esta corresponda en la mayor medida de lo posible con la realidad de los hechos; ya que una decisión distinta, estos es, una cuya base fáctica no concuerde con la realidad empírica, no solo será desacertada sino ampliamente injusta¹¹.

Es posible entonces, en este punto entender al proceso como un procedimiento epistémico, en el que se recogen y se utilizan conocimientos con el objetivo de reconstruir la verdad de determinadas situaciones; pues sea cual sea la solución de una determinada controversia, la simple terminación del conflicto no nos lleva obligatoriamente a una decisión legítima, en tanto solo gozará de legitimidad si las normas que regulan determinado supuesto fáctico son aplicadas adecuadamente al caso concreto, lo cual solo es logrado si se cuenta con un esquema de hechos que sea lo más aproximado posible a la realidad¹².

4.2 LA CIENCIA EN EL PROCESO

La prueba, cualquiera que esta sea (las llamadas científicas y no científicas u ordinarias), es el instrumento más idóneo para la consecución de la información que lleva a la reconstrucción de determinados hechos.

Desde hace varios siglos, la ciencia y la tecnología se han extendido en la vida cotidiana, llevando a controversias que tienen origen en hechos que se encuentran directamente conectados con estas y por lo tanto a la necesidad de una regulación legal para su aplicación y su utilización en el proceso judicial, con el fin de indagar ciertos hechos; es por esto que el empleo de las pruebas científicas en el proceso civil y penal se incrementan cada vez mas.

¹¹ ACERO GALLEGO, Luis Guillermo. Algunos Usos Legales de la Información Genética. El Caso de la Prueba de Paternidad. 2008. Disponible en:

<http://www.icdp.co/revista/articulos/34/Luis%20Guillermo%20Acero%20Gallego.pdf>

¹² TARUFFO, La Prueba, Artículos y Conferencias. Op. Cit. p. 96.

En el proceso, la ciencia es un instrumento de suma utilidad para la averiguación de los hechos, pues aportan respuestas con un mayor grado de verosimilitud de las que puede proporcionar la prueba tradicional y la experiencia o el sentido común a quien, como los jueces, deben decidir sobre los hechos de la causa¹³. Sin embargo no debe caerse en el error de afirmar que la ciencia suministra una verdad cierta e indiscutible sobre algún hecho, pues ningún conocimiento puede llegar a considerarse como definitivo y verdadero. Este mito ha surtido efecto en el contexto judicial, en tanto los jueces han tomado una posición pasiva en lo concerniente al control de la pericia y la motivación que explique su adhesión a las opiniones del experto o científico¹⁴.

4.3 LA VERDAD PROCESAL

La decisión final que toma el juez en torno a los hechos solo podrá fundarse en las pruebas que han sido adquiridas en el juicio ya que son el único elemento por medio del cual este podrá servirse para conocer y por tanto reconstruir los hechos de la causa; es decir, que en el proceso se recogen y utilizan conocimientos con el objetivo de reconstruir la verdad de determinadas situaciones de hecho; por lo que la verdad procesal será una verdad relativa, relativa a las pruebas, en tanto no es posible fundarse más que en ellas¹⁵.

La decisión final se formula entonces no en términos de certeza, sino en términos de probabilidad (por lo que podemos hablar de probabilidades bajas, medias y elevadas) o en palabras del profesor Michele Taruffo “probabilidad prevaleciente”. Aunque como ya se afirmó el proceso no nos proporciona una verdad absoluta, si arrojará un fallo lo más acorde posible a la realidad fáctica.

¹³ TARUFFO, La Prueba, Artículos y Conferencias. Op. Cit. p. 90

¹⁴ TARUFFO, La Ciencia en el Proceso: Problemas y Prospectivas. Op. Cit. p. 30.

¹⁵ DE HEGEDUS, Margarita. “La Prueba Científica en el Proceso Civil”. Disponible en: www.fileden.com/.../Doctrina/La%20prueba%20cientifica%20Heged...

Muñoz Sabaté¹⁶ destaca que el juez al encontrar esa verdad especial del proceso, tendrá naturalmente que basar su fallo en cálculos de probabilidad, esto es, “es más probable que haya ocurrido tal hecho o que haya ocurrido de esta forma”; pues entiende que en todos los casos la prueba constituye un juicio de probabilidad, y será el grado de probabilidad que tenga cada hecho el que formara la convicción del juez.

La experiencia de la convicción afirma Muñoz Sabaté constituye un fenómeno psicológico que está plasmado de subjetividad, en tanto, es elaborado por un sujeto que se encuentra en un grupo social, con valores que condicionan y forman sus actitudes y creencias.

¹⁶ MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica Probatoria. Santa Fe de Bogotá: Ed. Temis SA, 1997, p. 46.

5. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Una de las principales tareas encomendadas al juez como director del proceso, es el examen crítico de todos los elementos de prueba introducidos legalmente al proceso, que son los que determinaran la convicción, positiva o negativa del juez, respecto de los hechos en que se fundan las afirmaciones o pretensiones que se pretenden hacer valer en el juicio¹⁷.

La valoración tiene por objeto establecer si las pruebas disponibles para el juzgador lo pueden llevar a concluir la veracidad o falsedad de los enunciados facticos, y de hacerlo, en qué grado. Por lo que un enunciado sobre los hechos estará probado cuando, sobre la base de las pruebas, se considere verdadero y del mismo modo, será falso un enunciado sobre los hechos, cuando se ha probado que estos son inexistentes. También será falso cuando no haya medios de prueba que lo apoyen o habiéndolos estos no son suficientes para apoyar una conclusión sobre la verdad de un enunciado¹⁸.

Para la valoración de los elementos probatorios allegados al proceso el juez acude a un procedimiento o sistema de valoración que se encuentra institucionalizado, y que podrá variar dependiendo del sistema jurídico en el que nos encontremos.

5.1 LA TARIFA LEGAL

También llamado como prueba legal o prueba tasada, o apreciación tasada, esta técnica fue utilizada durante muchos siglos en el *Civil Law*. Consiste en una valoración formal, entendiendo por ello, una apreciación predeterminada por un juicio superior y previo al del propio juzgador, en este caso el que establece una

¹⁷ SARTORI, José Antonio. "Valoración de la Prueba y el Mundo Jurídico Multidimensional". 2007. Disponible en: <http://www.docstoc.com/docs/110786701/valoracion-de-la-prueba-2007>.

¹⁸ TARUFFO, La Prueba. Op. Cit. p.132.

norma jurídica específica. Así las cosas será el legislador quien fije taxativamente el grado de eficacia que deberá atribuírsele a determinado elemento probatorio, por lo que el juzgador estará obligado a valorar las pruebas de acuerdo a los extremos o pautas predeterminadas por la norma¹⁹.

Se basaba en largas y complejas listas de reglas detalladas que establecían el peso de cada medio de prueba específico; el juez solo le quedaba la tarea de sumar los valores de las pruebas positivas y negativas acerca de cada hecho mediante una especie de cálculo algebraico, que llevaba consigo la siguiente operación: una suma que diera como resultado un valor positivo más alto determinaba la “verdad” del enunciado sobre los hechos, mientras que una suma que arrojara un valor negativo mayor determinaba su falsedad²⁰.

Se evidencia como este sistema le impide al juez hacer uso de sus facultades de razonamiento, automatizando su función; ya que no le permite formarse un criterio propio de los hechos; y así evitar casi por completo las valoraciones discrecionales y a menudo poco confiables hechas por los juzgadores, pues para la época de su apogeo era considerado como el mecanismo más racional para la apreciación de los elementos de conocimiento, en tanto ofrecía una estructura lógica y matemática, a diferencia de las antiguas formas probatorias irracionales basadas en ordalías y en el juicio de Dios²¹.

Si bien es cierto que en teoría este sistema de apreciación de las pruebas trae consigo ventajas como; la uniformidad de las decisiones judiciales, la subjetividad del juez al buscar favorecer a alguna de las partes y el suplir la ignorancia y falta de experiencia de los jueces con relación a temas técnicos o científicos que

¹⁹GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los Hechos en el Derecho, Bases Argumentales de la Prueba. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1999. p. 157.

SARTORI, Op. Cit., p. 4

²⁰ TARUFFO, La Prueba. Op. Cit., p.134.

²¹ SARTORI, Op. Cit., p. 4

TARUFFO, La Prueba. Op. Cit., p.134.

superan el sentido común²²; también es cierto, que al asumir que la prueba judicial no proporciona resultados irrefutablemente verdaderos, sino solo probables, las apreciaciones predeterminadas que se efectúen sobre estas no propician una búsqueda de la “verdad” dentro del litigio, desvirtuando la función del proceso.²³

Taruffo²⁴ indica que el sistema de la prueba legal o tasada colapsó principalmente por dos razones: la primera de ellas fue por la cultura filosófica de la Ilustración, que dejó a un lado los viejos conceptos de racionalidad para abrir campo a nuevos métodos de razonamiento; la segunda está relacionada profundamente con los cambios institucionales de la estructura del poder judicial presentados en la época, que llevaron a la implementación de un nuevo estatutos y a unas funciones más amplias para el juez; pues la tarifa legal se fundaba en una desconfianza generalizada en los jueces, al ser muy común encontrar, en especial en los tribunales de primera instancia a un funcionario ignorante y corruptible, que generaba desconfianza al estar bajo su criterio las decisiones de los fallos. Con la llegada de la Revolución francesa y las reformas napoleónicas se dio cabida a un juez entrenado profesionalmente bajo criterios de neutralidad y responsabilidad; generando ya una confianza y la posibilidad de dejar a su discreción la resolución sobre los hechos.

Lo anterior condujo a un nuevo principio general sobre la valoración de la prueba, como es el llamado Principio de la libre convicción del juez.

²² PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009. p. 215-216.

²³ GASCÓN, Op. Cit., p. 158.

²⁴ TARUFFO, La Prueba. Op. Cit., p. 134-135.

5.2 PRINCIPIO DE LA LIBRE CONVICCIÓN DEL JUEZ

Este principio tiene un significado negativo que radica en la eliminación de las reglas de la tarifa legal, pues rechaza las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión, al considerar que sobre el juez recae la tarea de valorar discrecionalmente las pruebas, de establecer su credibilidad y de derivar de ellas conclusiones en torno a la verdad o la falsedad de los hechos que son objeto de controversia. Este principio cuenta con dos versiones desarrolladas sobre diferentes fuentes de inspiración. Una que parte de un énfasis objetivo y considera que la libre valoración de la prueba aspira a alcanzar una decisión sobre la verdad o falsedad de los hechos en litigio (libertad razonada, sana crítica racional), mientras que por otro lado, el acento recae en la persuasión individual y subjetiva del juzgador del hecho (intima convicción). Sin embargo todas ellas conservan un elemento común; y es el hecho que el valor de la prueba ha de ser establecido únicamente por el juez caso por caso, de forma discrecional y sin estar vinculado por reglas abstractas y generales²⁵.

Esta división de concepciones en torno al principio de la libre convicción del juez, ha llevado a algunos autores como José Antonio Sartori²⁶ y Eduardo Couture²⁷ ha considerar que estamos frente a tres principios diferentes como, el de tarifa legal o prueba legal, el de la intima convicción del juez y el de la sana crítica racional o libre convicción.

²⁵ TARUFFO, La Prueba, Op. Cit., p. 134-135. GASCÓN, Op. Cit., p. 158-159. TARUFFO, La Prueba: Artículos y Conferencias, Op. Cit., p. 96.

²⁶ SARTORI, Op. Cit., p. 4.

²⁷ COUTURE, Eduardo J. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II: "Las Reglas de la Sana Crítica". Buenos Aires: Ed. Ediar S.A, 1949. p. 221-226.

5.2.1 Íntima convicción

Teorías irracionalistas de la decisión judicial y filosofías de varias formas anti-racionalistas, han interpretado al principio como un poder absoluto del juez para establecer de manera arbitraria la decisión sobre los hechos, pues esta dependerá de la *intime conviction* del juzgador; es decir, de un convencimiento interior, subjetivo, personal e impenetrable. Afirman que este debe seguir su propia intuición o corazonada al determinar el valor probatorio, o también que puede basarse en sus propias sensaciones y creencias íntimas y personales para poder obtener una certeza moral sobre los hechos en discusión²⁸.

Esta valoración libre e incontrolable es una puerta abierta a la pura arbitrariedad judicial, pues la libre convicción como ha sido manifestada, no puede justificar por sí misma la verdad de los enunciados²⁹; en palabras de Devis Echandia³⁰ “la libre apreciación no es libertad para la arbitrariedad”.

A esta línea de pensamiento le siguen aquellas que consideran a las pruebas como instrumentos retóricos de los que los abogados y jueces se sirven para influenciar la formación del convencimiento del juez; de igual forma son coherentes con las tendencias según las cuales el proceso no está ni debería estar orientado hacia la investigación de la verdad³¹.

²⁸ TARUFFO, La Prueba, Op. Cit., p. 137. TARUFFO, La Prueba: Artículos y Conferencias, Op. Cit., p. 101.

²⁹ GASCÓN, Op. Cit., p. 159.

³⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Buenos Aires, 1970. p. 109.

³¹ TARUFFO, La Prueba: Artículos y Conferencias. Op. Cit., p. 101.

5.2.2 Sana crítica racional o libertad racionada

Al adoptar una perspectiva racionalista en lo relativo a la valoración de las pruebas, no quiere decir que se esté dejando a un lado la ya mencionada libertad y discrecionalidad del juzgador, lo que se pretende es que dichas apreciaciones se efectúen bajo una *discrecionalidad guiada* por las reglas de la ciencia, la lógica y de la argumentación racional; es decir, que se realizara una valoración de cada uno de los medios de prueba allegados al proceso, la cual tendrá que hacerse caso por caso, conforme a estándares flexibles y criterios razonables. Si bien es cierto que, el principio de la libre convicción ha librado al juez de las reglas de la prueba legal, en ningún momento lo ha desvinculado de las reglas de la razón, viéndose obligado a justificar racionalmente sus propias valoraciones y a elaborar argumentos lógicamente validos para sostener su decisión sobre los hechos³².

Las reglas de la sana crítica no son reglas legales ni aparecen definidas en textos normativos, son entendidas como juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de hechos concretos, e identificadas con las máximas de experiencia; lo que permite que estas se ajusten a las circunstancias cambiantes, locales y temporales y a las particularidades de cada caso concreto³³.

El juez deberá explicar, en la parte motiva, los razonamientos que ha efectuado sobre la prueba para cumplir así con los principios de contradicción y de debida defensa³⁴. Se genera entonces la expectativa de que se ejerza un control efectivo sobre el razonamiento judicial, pues aunque el órgano no esté sometido a normas jurídicas que lo obliguen a resolver sin tener presente el convencimiento alcanzado de los hechos, esto no lo exime de justificar la decisión por el tomada;

³² TARUFFO, La Prueba: Artículos y Conferencias. Op. Cit., p. 102. TARUFFO, La Prueba, Op. Cit., p. 135.

LLUCH, Xavier Abel. "La valoración de la prueba científica". En: V Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2012, p. 247.

³³ LLUCH, Op. Cit., p. 246.

³⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009. p. 217.

quedando claro que el libre convencimiento ya no puede interpretarse como la simple inexistencia de todo vinculo o regla legal de valoración, sino que implica también el establecimiento de garantías y límites al arbitrio judicial³⁵.

En la actualidad el principio de la libre valoración se reconoce en prácticamente todos los códigos procesales de los países con sistemas del *Civil Law*; y así mismo ocurre en Colombia. En el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil colombiano aunque no se estipula expresamente al principio de la libre valoración como sistema para valorar los diferentes medios de prueba, si hace referencia a las reglas de la sana crítica como estándares para dicha apreciación, al establecer que *“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”*.

Nuestra Corte Constitucional se ha pronunciado en relación al concepto de la sana crítica: *“Ese concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y son la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba³⁶”*. Con respecto a las reglas de la sana crítica dice:

Las reglas de la sana crítica son ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ella interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin

³⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. “Valoración Judicial y Reglas Probatorias”. En: V Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2012, p. 56.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-622 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento³⁷

En este punto se hace necesario enfrentar el hecho de si existen o no criterios a los que el juez ha de atender al momento de valorar discrecionalmente las pruebas que se le presentan y para establecer cuando ha sido o no obtenida la prueba de un determinado hecho. Estos criterios o estándares de hecho si existen pero serán distintos según el proceso en el que nos encontramos.

5.3 ESTÁNDARES DE PRUEBA

5.3.1 Definición de estándar de prueba

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, un Estándar se define como tipo, modelo, norma, patrón o referencia³⁸. En el campo del derecho encontramos diversos estándares y Couture³⁹ los señala como una línea de conducta general, que es susceptible de abarcar numerosas situaciones, que en cierta medida serán representativas de un comportamiento social.

El estándar de prueba es entendido como una guía para quien tenga que valorar la prueba, en tanto le indica el grado de confirmación necesaria para que una hipótesis objeto de prueba pueda considerarse como acreditada. El juez tendrá entonces que comprobar que se ha logrado alcanzar el grado de confirmación impuesto por el estándar y posterior a ello tendrá que indicar los motivos por los cuales considera que la confirmación de la hipótesis ha obtenido el nivel exigido, ello sobre la base de criterios objetivos contrastables⁴⁰; es decir, la construcción de un estándar de prueba lleva consigo dos aspectos fundamentales: 1) Decidir qué grado de probabilidad o certeza es requerido para aceptar una hipótesis como

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-222 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

³⁸ Diccionario de la Lengua Española. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/>

³⁹ COUTURE, Op. Cit., p. 225.

⁴⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Op. Cit., p. 57-58.

verdadera; 2) Una formulación objetiva del estándar, para lo que será necesario la estipulación de ciertos criterios objetivos que indiquen cuando se alcanza ese grado de probabilidad exigido.

Encontramos como tendencia generalizada la aplicación de diferentes criterios según el tipo de proceso en el que nos encontremos; en el proceso civil el criterio aplicado es el de la probabilidad prevalente, en el proceso penal por el contrario se da la implementación de la prueba más allá de toda duda razonable; criterios que son notablemente distintos. La adopción de un estándar u otro, se ha afirmado que obedece a más a razones de tipo político que de índole epistémica. La exigencia en el caso del proceso penal de la prueba más allá de toda duda razonable, encuentra su razón de ser fundamental en la idea de que es más aceptable absolver a culpables que condenar a inocentes⁴¹.

5.3.2 Estándar de la prueba más allá de toda duda razonable

Como ya se ha señalado este estándar es típico del proceso penal, y ello obedece más que todo a razones de ética-política, pues se busca que el juez solo pueda condenar al imputado cuando haya alcanzado la certeza de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas aquellas veces que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que este sea inocente.

Taruffo⁴², menciona la dificultad que se presenta al momento de definir analíticamente el significado de la prueba más allá de toda duda razonable y los diversos intentos para cuantificar en cifras porcentuales el grado de prueba que correspondería al estándar en cuestión, o el grado que tocaría a la duda razonable; y con ello lograr establecer cuando una duda sobre la culpabilidad del

⁴¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Op. Cit., p. 57.

⁴² TARUFFO, La Prueba: Artículos y Conferencias. Op. Cit., p. 112-117.

imputado es “razonable” o “no razonable”; sin embargo, ninguno de los argumentos de este tipo que se han presentado en la doctrina resultan ser racionales, por lo que es necesario reconocer que nos encontramos frente a un concepto indeterminado que expresa un principio general que debe ser caracterizado por el juez en cada caso en particular. Concluyendo con esto, que no es con la lógica del cálculo de probabilidad estadística con la que se podrá conseguir una determinación precisa del criterio, y que no es con dicha lógica con la que se podrá decidir en los casos individuales y concretos si los elementos probatorios permiten o no superar el límite mínimo exigido para emitir una sentencia condenatoria. Será más razonable acudir a la *Fuzzy Logic*, que permite formular argumentaciones racionales en torno a conceptos vagos como el concepto de duda razonable.

5.3.3 Estándar de la probabilidad prevalente

Este estándar busca racionalizar y guiar la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas, eliminando toda implicación irracional de esta valoración y vinculando al juez con la carga de criterios intersubjetivamente controlables.

La doctrina ha establecido algunas premisas principales en las cuales se funda la probabilidad prevalente o preponderante⁴³: 1) La decisión final del juez sobre los hechos será el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada uno de los hechos de la causa; pues cada enunciado hipotético podrá ser verdadero o falso y tendrá el juez, valiéndose de los elementos de conocimiento disponibles, determinar cual entre las diferentes hipótesis posibles, relativas a cada acaso, debe elegirse como la verdadera. 2) Que dichas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad; en tal orden de ideas no podrá el juez fundar su fallo en su “intima

⁴³ TARUFFO, La Prueba: Artículos y Conferencias. Op. Cit., p. 100-108.

convicción”, sino que deberá hacer uso de esquemas racionales de razonamiento. 3) Se entenderá como racional la elección que toma como “verdadera” la hipótesis sobre hechos que resulta mejor fundada y justificada por las pruebas respecto de cualquier otra hipótesis; como ya se ha mencionado en el proceso hablamos de la verdad en un sentido relativo, y en tal orden de ideas solo podrá considerarse como verdadero aquello que ha sido probado en el proceso. 4) Que se utilice un concepto específico de probabilidad como grado de confirmación de la veracidad de un enunciado, sobre la base de los elementos de confirmación disponibles; lo cual implica asumir una teoría específica de la probabilidad; una definición de probabilidad como concepto “de grado”, que permita identificar probabilidades bajas, medias o elevadas según las diferentes situaciones.

Taruffo entiende este criterio como la elección que el juez efectúa entre diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho, y aquella que se prefiera será la que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad.

De la correcta interpretación de la regla de la probabilidad prevalente, el tratadista italiano la define como el estándar del grado *mínimo necesario* de confirmación probatoria, ineludible para que un enunciado pueda ser considerado “verdadero”; por lo tanto cuando una hipótesis obtiene de los medios probatorios un grado de confirmación positiva prevalente superior al 50%, no solo sobre la hipótesis contraria, sino también sobre las demás hipótesis que haya, deberá ser considerada por el juez como la correcta.

Dando aplicación al estándar podemos encontrarnos frente a varios presupuestos; uno de ellos es cuando existen tres hipótesis sobre un mismo hecho A, B y C con grados de probabilidad respectivamente de 40%, 55% y del 75%, aquí es claro que se impondrá la elección a favor de la hipótesis que cuenta con el grado de probabilidad más elevado, pues es la que tiene un mayor grado de confirmación. También podríamos vernos frente a un caso en el que solamente hay una

hipótesis relacionada con un hecho, donde es necesario que el criterio de la probabilidad prevalente se especifique bajo la regla “más probable que no”; según la cual cada enunciado relativo a un hecho puede considerarse como verdadero o falso según las pruebas respectivas, pues si dado el caso la verdad del enunciado recibe una confirmación del 75%, ello implicaría que la hipótesis negativa correspondiente tiene una probabilidad del 25%, siendo atendible la hipótesis positiva del hecho. Un último supuesto sería aquel, en el que todas las hipótesis de los hechos tiene un bajo nivel de apoyo probatorio, por lo que elegir a una de ellas como la relativamente más probable puede no ser suficiente para considerar dicha hipótesis como verdadera. Por lo que es necesario que una versión sobre los hechos de la causa cumpla con dos requisitos a saber; ser más probable que las demás hipótesis y que en si mismo sea más probable que su negación; es decir, que la versión positiva de un hechos sea en si misma más probable que la versión negativa simétrica.

6. PRUEBA CIENTÍFICA

6.1 DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

Como se ha hecho alusión en el presente análisis, la prueba tiene como finalidad dentro del proceso judicial, la reconstrucción de los hechos para así llegar a la “verdad” de los mismos, reforzando el convencimiento del juez a la hora de decidir, pues la sentencia se edifica sobre los hechos que fueron probados dentro del proceso. En ese sentido Jordi Ferrer ha afirmado que la prueba debe ser “considerada como el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial”; lo cual permite inferir que la decisión de fondo que adopte cualquier funcionario jurisdiccional dependerá de los medios de conocimientos allegados al proceso⁴⁴.

Los conocimientos científicos, técnicos y artísticos en ciertas aéreas del saber resultan ser, hoy en día, de gran utilidad para el proceso, pues entran a hacer parte del conjunto de elementos probatorios que le permiten al juez efectuar una adecuada elección entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho; toda vez que al ser los jueces hombres de cultura común, al momento de juzgar sobre la veracidad de determinados hechos que escapan a su conocimiento, son entonces, las pruebas científicas y periciales las más aptas para la confirmación de los hechos de la causa.

Xavier Abel Lluch se refieren a la prueba pericial científica cuando para la determinación de los hechos son necesarios conocimientos que exceden de los conocimientos de los hombre medio y exijan sapiencias de naturaleza técnica o científica, son pues operaciones probatorias en las que se utilizan instrumentos de conocimiento concernientes a la ciencia y a la técnica, así como de principios,

⁴⁴ PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris. “El Papel del Juez con Relación a la Prueba Científica en el Proceso”. En: V Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2012, p. 279 - 280.

metodologías científicas y aparatos técnicos cuyo uso requiere de competencias especializadas⁴⁵.

El Código de Procedimiento Civil colombiano establece en su artículo 233 y siguientes lo pertinente a la prueba pericial, y entiende bajo este concepto todos los conocimientos científicos, técnicos o artísticos que sean requeridos en el litigio. En tal orden de ideas para nuestro legislador la prueba científica hace parte de la prueba pericial, llevándonos en una relación de género y especie.

Así mismo la han definido autores como Jairo Parra Quijano al establecer que el dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos. Este medio de prueba lleva a la mente del funcionario sucesos que darán nuevas luces al debate⁴⁶.

Por otro lado hay doctrinantes como Enrique M. Falcón⁴⁷ que la consideran como un medio probatorio autónomo o independiente de la prueba pericial. Pues en la actualidad se encuentran claramente delimitados los requisitos necesarios para que un conocimiento sea considerado como ciencia, pasando por las ciencias duras (matemática, física, química, ingeniería, biología, farmacología, toxicología, genética) dirigidas al descubrimiento y formulación de leyes de la naturaleza y a la explicación de fenómenos empíricos, hasta llegar a las ciencias blandas (psicología, sociología, economía, historia, crítica literaria, entre otras) dirigidas al conocimiento de un evento, individuo u objeto concreto, y a la comprensión de actos, comportamientos o tendencias⁴⁸. Dichos conocimientos y sus

⁴⁵ LLUCH, Op. Cit., p. 243.

⁴⁶ PARRA QUIJANO, Op. Cit., p. 589.

⁴⁷ FALCÓN, Enrique M. La Prueba Científica. Disponible en:
<http://www.icdp.co/revista/articulos/38/EnriqueMFalcon.pdf>

⁴⁸ TARUFFO, Michele. Ciencia y Proceso. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2010, p. 462

procedimientos para la verificación de las hipótesis por ellos planteados aumentan constantemente y pasan por un velo de rigurosidad, alejándola considerablemente de lo que hoy por hoy es la prueba pericial y sus procedimientos.

Por conocimiento científico se ha entendido aquel en el que por su objeto aspira a obtener, en la medida de lo posible, un conocimiento completo sobre la realidad, fundándose en investigaciones y conclusiones a las que se arribe mediante el estudio y que den la posibilidad de una verificación empírica; se trata entonces, de procedimientos que exigen una experiencia particular en el abordaje que permita obtener conclusiones muy próximas a la verdad o certidumbre objetiva⁴⁹.

En el ordenamiento jurídico colombiano, se ha de entender por prueba científica aquella prueba pericial, que debido al avance del conocimiento o técnicas científicas en un momento dado, es considerada como especialmente compleja y que requiere la participación de varios expertos en forma colegiada o la realización de estudios u operaciones técnicas que sólo algunas instituciones pueden llevar a cabo. Es menester aclarar, que aunque desde esta definición la prueba científica coincide con la prueba pericial, no toda prueba pericial es necesariamente científica, pues no siempre cuando aquella es practicada implica el uso de un conocimiento científico⁵⁰.

⁴⁹ FALCÓN, Op. Cit.
PABÓN GIRALDO, Op. Cit., p. 278.

⁵⁰ PABÓN GIRALDO, Op. Cit., p. 278.

6.2 FIABILIDAD

Es posible analizar el tema de la fiabilidad desde dos puntos de vista; el primero relacionado con la fiabilidad del método o técnica científica, y el segundo con la fiabilidad de los resultados arrojados por el método o técnica científica implementada.

6.2.1 Fiabilidad de los métodos o técnicas científicas

Se ha hecho mención de la imposibilidad que algún tipo de conocimiento pueda arrojar una verdad absoluta sobre un hecho. La fiabilidad que ofrece la ciencia es bastante relativa, pues por un lado los diversos tipos de ciencia tienen distintos alcances y precisión; a ello ha de sumarse que nuestros métodos actuales, aunque se encuentren aprobados por la comunidad científica en general, en un momento no muy lejano resultan desacreditados por la misma⁵¹, pues los mismos avances de la ciencia llevan a cambiar los paradigmas por ellos aceptados.

No podemos dejar a un lado el hecho que aunque el científico cuente con unos conocimientos superiores a los del común, este también es un ser humano que puede cometer errores en sus análisis o cadenas de raciocinio, que lo pueden llevar a arrojar resultados equivocados sobre un hecho específico.

Así las cosas, la ciencia y correlativamente la prueba científica se encuentra sometida a una transmutación, pues el avance de las nuevas lógicas representan para ella “fronteras móviles”, que cobran referencia ejemplar, precisamente, en las pruebas biológicas⁵².

⁵¹ FALCÓN, Op. Cit.

⁵² MORELO, Augusto M. La Prueba Científica. Disponible en: www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero1/prueba_cienti.htm

Otro aspecto fundamental será, que el solo hecho de poseer un título para ejercer determinada profesión no garantiza, que el experto designado para determinada labor, contara efectivamente con la especialidad o actualización necesarias para ofrecer una opinión fundada sobre la compleja cuestión científica que el caso concreto pueda llegar a presentar⁵³.

6.2.2 Fiabilidad del conocimiento aportado por el método o técnica científica al proceso

La fiabilidad de las pruebas científicas también podrá verse disminuida, si al momento de realizarse no se implementaron los métodos y tecnologías apropiadas y sobre todo si no se han seguido unos rigurosos controles de calidad sobre todos sus procesos; por lo que será necesario que el juez tenga presente ciertos aspectos al momento de efectuar una valoración de dichos elementos de conocimiento. En este punto, la fiabilidad implicara que a la prueba pueda realizársele un control de calidad, de verificación de los requisitos, así como de idoneidad o no del científico que rinde la misma⁵⁴.

Deberá entonces el juez tener presente los siguientes criterios, al momento de verificar la validez de dichas pruebas: 1. Que la técnica implementada resulte empíricamente verificable, 2. Que haya sido sometida a crítica de la comunidad científica pertinente a través de su publicación especializada, 3. El margen de error o potencial que presente, 4. La aceptación general de la técnica o teoría por parte de la comunidad científica, así como el nivel de credibilidad del experto⁵⁵.

⁵³ SPROVIERI, Jorge Enrique. Defecto y Exceso en la Prueba científica. Disponible en: <http://www.fsdalegal.com.ar/index.php/defecto-y-exceso-en-la-prueba-cientifica/>

⁵⁴ PABÓN GIRALDO, Op. Cit., p. 283 - 284.

⁵⁵ PABÓN GIRALDO, Op. Cit., p. 284.

7. PRUEBA CIENTÍFICA DEL ADN

7.1 DEFINICIÓN

Esta prueba en cuanto tiene que ver con el genoma humano, no es más que la información de cada ser humano, sobre su familia biológica y sobre la especie a la que pertenece; dicha información genética está contenida en el ADN (ácido desoxirribonucleico) que se copia a sí mismo para poder conservarse y se transmite el ARN (ácido ribonucleico) dando lugar a la síntesis de proteínas⁵⁶.

La información genética en cuanto a su contenido tiene una naturaleza dual, pues de un lado, da lugar a la identificación individual y por el otro aporta la información de filiación que identifica la relación de un individuo con un grupo con quien tiene una relación directa⁵⁷. En tal orden de ideas, al ser una prueba biológica y científica, basada en el ácido desoxirribonucleico - ADN, que permite establecer la identidad genética y la relación filial legítima respecto de quien engendró o procreo; resulta ser, el medio más idóneo en la actualidad en materia de identificación, pues es allí donde hallamos el material genético que se encuentra en las células del cuerpo⁵⁸.

Por medio de esta prueba se realiza un análisis del aporte biológico que cada uno de los padres realiza para procrear una persona; pues cada individuo recibe la mitad de su material genético del padre biológico y la otra mitad de la madre biológica, permitiendo así determinar la paternidad o maternidad en cada caso concreto.

⁵⁶ Corte Constitucional, Revista Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá: Legis, 2002.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ MOJICA GÓMEZ, Liseth. "La Prueba Técnica ADN en los Procesos Sobre Filiación". En: Revista Estudios Socio-Jurídicos. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003. p. 253.

La técnica del ADN tiene una gran trascendencia en el proceso penal y civil: en el ámbito penal para la identificación de individuos en actos delictivos, accidentes, violaciones y muchos otros estudios de interés médico legal; en materia civil es utilizada principalmente para la determinación de la paternidad o la maternidad, lo cual no solo tendrá incidencia en el proceso de filiación, sino que podrá también repercutir en procesos de sucesión, divorcio entre otros.

7.2 EVOLUCIÓN LEGAL EN LOS PROCESOS SOBRE FILIACIÓN EN COLOMBIA

Hasta la década de los sesenta las pruebas por medio de las cuales era posible establecer la paternidad o maternidad, eran totalmente indirectas, pues estas se basaban en testimonios y en el supuesto trato sexual entre los implicados; una vez se establecía el trato personal y social, se infería el trato sexual y dentro de los límites establecidos en el artículo 92 del Código Civil era posible presumir la paternidad e incluso declararla judicialmente.⁵⁹

Es la Ley 75 de 1968 la que hace referencia a las pruebas biológicas, al establecer en su artículo 7° la necesidad de practicar una prueba genética llamada *antropoheredobiológica*, en todos los juicios tendientes a la investigación de la paternidad o la maternidad, dicha prueba debía ser decretada de oficio o a solicitud de la parte, y respecto de las personas que fueran necesarias para reconocer las características biológicas entre el hijo y su presunto padre o madre. De igual manera se ordenaba la peritación antropoheredobiológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos y de los caracteres patológicos, morfológicos e intelectuales transmisibles.

⁵⁹ GIRALDO CASTAÑO, Op. Cit., p. 502.

Se evidencia, como desde hace muchos años atrás las pruebas medico-biológicas venían siendo de forzosa práctica dentro de este tipo de procesos. La prueba biológica implementada para la época permitía formular paternidades posibles o imposibles, según la hemoclasificación, con un alto grado de eficacia y de certeza cuando se trataba de resultados negativos, pero sin ningún índice de seguridad cuando eran positivos; quedando solamente probado la paternidad o maternidad excluida o descartada, cuando el resultado era negativo, ya que frente a resultados positivos, el presunto padre o madre podía ser o no ser efectivamente⁶⁰.

De esta manera se le abría paso en el ordenamiento colombiano a la prueba biológica y a la demostración de la filiación con una prueba científica adicional a las pruebas comunes y a la presunción que resultaba ser la prueba esencial.

Los grandes avances de la ciencia, y la implementación de la técnica del ADN, dieron la posibilidad de establecer la paternidad o maternidad, sea compatible o incompatible, proporcionando altos grados de certeza. Llevando al legislador colombiano a la expedición de la Ley 751 de 2001 por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968; la cual establece en su artículo 1° que en todos los procesos para establecer la paternidad o maternidad, deberá ordenarse de oficio, por el juez la práctica de exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad de paternidad o maternidad del 99.9%; es decir, que para nuestro legislador con la sola prueba del ADN, que arroje una probabilidad acumulada del 99.99% o más, puede demostrarse la paternidad o maternidad⁶¹.

De igual manera la presente ley prevé expresamente en el artículo 3° que solo en aquellos casos en los cuales sea imposible disponer de la prueba de ADN, se podrá recurrir a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios

⁶⁰ MOJICA GÓMEZ, Op. Cit., p. 255.

⁶¹ GIRALDO CASTAÑO, Op. Cit.
MOJICA GÓMEZ, Op. Cit., p. 254 - 258.

probatorios que conlleven a emitir un fallo correspondiente. Lo anterior no quiere decir que las presunciones de paternidad hayan desaparecido, sino que se acudirá a ellas y a los demás medios probatorios sólo ante la imposibilidad de practicar la prueba del ADN, prevista en la Ley 721 de 2001.

7.3 FIABILIDAD DE LA PRUEBA DEL ADN

Se hace evidente dentro del ordenamiento jurídico colombiano el grado de superioridad y de certeza que se le ha otorgado a la prueba científica del ADN en torno a los procesos de filiación, ya que esta provee altos porcentajes de probabilidad. De la Ley 721 de 2001, se infiere el carácter absoluto de confiabilidad y certeza que le fue otorgado, al establecer que esta prueba sería, en un principio, la única que permitiría la determinación de la presunta filiación.

Pero ha de tenerse presente que las pruebas biológicas fueron variando su índice de certeza en proporciones que fueron en aumento hasta el reconocimiento de las pruebas de ADN. Por lo que en un futuro no muy lejano, podríamos encontrarnos frente a la aparición de una nueva técnica, más sobresaliente que la actual y en la que las conclusiones del raciocinio científico sean diferentes⁶².

Otro escenario que ya ha surgido, no es donde se crítica la existencia de una única combinación de los elementos que componen la estructura del ADN en cada individuo, sino sobre las técnicas de análisis y sobre su correcto uso; en tanto se encuentran basadas en complejos cálculos estadísticos. Cuando el resultado de la prueba afirma la identidad es cuando pueden aparecer una serie de inquietudes, ya que la probabilidad de la identidad depende de la población de referencia y puede darse el caso, que no esté claro cual haya de ser esa población

⁶² GASCÓN ABELLÁN, Op. Cit., p. 169.

(sobre todo en sociedades multi-étnicas) o que no se disponga de datos suficientes sobre el ADN de la misma⁶³.

En tal escenario, vemos como existe un relevante pero al mismo tiempo indeterminado riesgo de error derivado del desarrollo práctico y de la formulación del resultado de los análisis relativos al ADN, y por ello considera el tratadista Taruffo que es conveniente evitar que jueces y jurados se dejen indebidamente condicionar por el aura de infalibilidad que rodea estos test, pues podrá ser infundada y a la vez despistar en cada caso concreto⁶⁴.

La fiabilidad de esta prueba también depende en gran medida de la calidad de la misma; es decir, de la correcta recogida de muestras y mantenimiento de la cadena de custodia, la conservación de los materiales genéticos examinados, uso de los métodos y técnicas adecuadas, calidad de los laboratorios y del experto que lo ha analizado; pues si dado el caso llegara a faltar alguna(s) de estas condiciones, el material genético no nos llevara a conclusiones seguras; por lo que estas pruebas necesitan de un control analítico y profundo antes de que se pueda decir que el éxito del test es verdaderamente seguro en el porcentaje que viene indicado⁶⁵.

Así las cosas, la prueba científica es una prueba más que sirve para verificar la paternidad, pero no debe ser suficiente; el juez es quien toma la decisión final luego de la valoración de la prueba, pues los laboratorios no proporcionan la

⁶³GOZAINI, Osvaldo Alfredo. La Prueba Científica no es Prueba Pericial. Disponible en: <http://www.icdp.co/revista/articulos/38/OsvaldoAlfredoGozaini.pdf>

⁶⁴TARUFFO, Michelle. "Le Prove Scientifiche]Nella Recent Esperienza Statunitense". En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Tomo VIII, mayo 1996, p. 205 – 249.

⁶⁵GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Validez y Valor de las Pruebas Científicas: La Prueba del ADN", Disponible en: <http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>.

TARUFFO, Michele. "La Ciencia en el Proceso: Problemas y Prospectivas". En: V Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2012, p. 38 - 39.

claridad suficiente para resolver con base en la prueba biológica de manera exclusiva⁶⁶.

⁶⁶ CABELLO BLANCO, Op. Cit.

8. VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

El primer paso para la apreciación de la prueba científica, es la comunicación entre el científico y el juzgador; pues es claro el problema de cómo este último en su calidad de hombre medio desde el punto de vista cultural, valorara racionalmente elementos de prueba que por definición van más allá de los límites de la cultura media, por lo que es necesario indicar en qué consiste la actividad de cada uno de estos sujetos y las limitaciones a su actividad.

8.1 ACTIVIDAD DEL CIENTÍFICO

El científico o experto al poseer conocimientos especializados en ciertas áreas del saber tiene como papel fundamental y exclusivo dentro del litigio, el auxiliar al juzgador cuando este se encuentre frente a hechos que exijan conocimientos superiores a los propios del hombre medio⁶⁷.

Le corresponde pues al científico interpretar los datos disponibles en relación con la muestra por él analizada, secundado al juez a apreciar el resultado de la prueba científica, pero sin llegar a establecer relación alguna entre el resultado de la prueba y la participación del acusado en los hechos, tarea esta que le corresponde exclusivamente al juez al valorar la prueba científica junto con el resto de las pruebas allegadas al proceso⁶⁸.

En tal orden de ideas nunca el experto podrá sustituir con su razonamiento y conclusiones el discernir del juez, ni cabe transferencia en torno a los poderes jurisdiccionales que le han sido concedidos, por que de ser así, se desnaturalizaría

⁶⁷ MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos “¿Es Realmente el Juez el “Peritus Peritorum”? Propuesta de Reformulación del Brocardo y Análisis del alcance Efectivo de la Valoración Judicial de la Prueba Pericial”. En: V Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2012, p. 295 - 296.

⁶⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Op. Cit., p. 70 - 71.

el proceso, al transformarse en un asunto meramente técnico, en donde la prueba científica se consideraría como verdad absoluta dentro del litigio.

8.2 ACTIVIDAD DEL JUEZ FRENTE A LA PRUEBA CIENTÍFICA

Sobre el juez recae la tarea propia y exclusiva de juzgar, por lo cual no podrá ser un mero receptor acrítico de las conclusiones presentadas por el científico, ya que dentro de la actividad jurisdiccional constituye un cometido esencial del juez la fijación de los hechos probados, previa valoración de los medios de prueba⁶⁹.

Los jueces carecen de conocimientos acerca de muchas cosas, como son la ciencia y la tecnología, pero ello no es ningún impedimento para que en un futuro cercano puedan dominar adecuadamente ciertos conocimientos que son hoy por hoy de uso frecuente, permitiéndole comprender un poco más los procedimientos realizados por el científico. Con ello no pretende exigírsele a este que sustituya al experto, para repetir todas las actividades que realice en el ámbito de sus específicas capacidades y competencias, pues resulta claro que el juez no es, no puede ser y no debe ser un científico; pero sí debe controlar las conclusiones de la prueba científica, controlar esto que el experto ha hecho, con la finalidad de verificar la validez y la credibilidad del resultado arrojado por la prueba científica, actuando como “perito de peritos”⁷⁰.

La evolución de los conocimientos científicos exige una mayor preparación por parte del funcionario jurisdiccional, requiere un nuevo rol de este en el proceso para que efectivamente adopte decisiones basadas en razones y logre identificar la idoneidad de la prueba científica y del experto que allegó la misma⁷¹.

⁶⁹ MIRANDA VÁZQUEZ, Op. Cit., p. 293.

⁷⁰ PABÓN GIRALDO, Op. Cit., p. 287.

TARUFFO, La Ciencia en el Proceso: Problemas y Prospectivas, Op. Cit., p. 40.

⁷¹ PABÓN GIRALDO, Op. Cit., p. 288.

Por lo tanto, no es el objetivo de nuestros jueces el comprender un campo particular en su totalidad, sino aprender lo suficiente para que la deliberación racional pueda presentarse, exaltando así las ideas de independencia y exclusividad de la función jurisdiccional⁷².

8.3 VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

La valoración de la prueba es una actividad procesal que consiste en la elección de la hipótesis más probable pero de forma racional frente a los hechos y las pruebas; en palabras de Marina Gascón Abellán, se considera como un juicio de aceptabilidad de los enunciados fácticos, sobre los que se darán los resultados probatorios⁷³.

La apreciación de las pruebas científicas no es distinta de la que se lleva a cabo con los demás medios de conocimiento, quizás sea una tarea más compleja e intensa, pues el juzgador se encuentra frente a información técnica procedente de un científico; pero ello solo nos indica que el funcionario con mayor razón ha de verificar la confiabilidad de la fuente de información, ha de realizar un juicio sobre el juicio emitido por el experto, evitando así, que el órgano jurisdiccional asuma de forma automática las conclusiones emitidas por este⁷⁴, pues la convicción según la cual dicha prueba proporciona a la decisión probatoria un carácter concluyente o casi concluyente, trae consigo un gran peligro, pues propicia la difusa creencia de que las decisiones probatorias apoyadas en pruebas científicas son incuestionables o irrefutables y, de paso, descarga al juez de hacer un esfuerzo por fundar racionalmente su decisión⁷⁵.

⁷² ALLEN, Ronald J. "El Desafío Conceptual de la Prueba Pericial". En: V Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2012, p. 225 – 226.

⁷³ PABÓN GIRALDO, Op. Cit., p. 283.

⁷⁴ MIRANDA VÁZQUEZ, Op. Cit., p. 298 - 299.

⁷⁵ GASCÓN ABELLÁN, Op. Cit.

El principio de la libre convicción tiene como núcleo la libertad y discrecionalidad del juez al momento de valorar las pruebas, pero ello implica que efectúe sus valoraciones sobre una discrecionalidad guiada por las reglas de la lógica y argumentación racional, librando al juez de las reglas de la prueba legal, pero sin desvincularlo de las reglas de la razón⁷⁶.

Puede afirmarse que frente a la valoración de la prueba científica el juez tiene dos momentos que debe cumplir: 1. Controlar y vigilar los requisitos de fiabilidad de la prueba, así como del método tecnológico o científico realizado para poder impedir su acceso al proceso⁷⁷; dándose con ello un control crítico de la calidad y rigor mostrados en la recogida de evidencia, la fiabilidad de su procedencia y la calidad del razonamiento, del proceso pensante del perito o mejor dicho la consistencia lógica del razonamiento expresado en la prueba científica. 2. Un segundo y último aspecto, será identificar el valor probatorio que le atribuirá a la prueba científica que le es presentada, controlando su validez y valor⁷⁸.

Para otorgarle valor probatorio a las conclusiones emitidas por el experto el juez deberá recurrir al sistema de la libre valoración de la prueba, tomando en cuenta la sana crítica racional, las reglas de la lógica y la experiencia, pues si bien es cierto que la prueba científica le proporciona una mayor claridad la juez en torno a lo que se debate, este no podrá eximirse de apreciarla, pues tal y como lo afirma nuestro ordenamiento jurídico el juez es un *gatekeeper*, al ser él, el único que tiene la posibilidad y responsabilidad de otorgar valor a la prueba, dependiendo de su calidad, métodos y técnicas debidamente empleadas, al ser este quien deba establecer la convicción que la misma le generó frente al hecho principal que se quiere probar⁷⁹.

⁷⁶ GOZAINI, Op. Cit.

⁷⁷ LLUCH, Op. Cit., p. 252.

⁷⁸ MIRANDA VÁZQUEZ, Op. Cit., p. 299.

⁷⁹ PABÓN GIRALDO, Op. Cit., p. 285.

El juez entonces ha de argumentar racionalmente en la motivación de la sentencia, las razones por las cuales tiene el poder de fundar su propia decisión sobre la prueba científica de la cual ha controlado la validez. Justificación que será necesaria, pues evidenciará que el juez no se ha limitado a adherir en modo pasivo y acrítico lo que el científico le ha dicho, por el contrario ha valorado racionalmente la actividad y el resultado por él aportados⁸⁰.

Nuestro código de procedimiento civil expresa en su artículo 241, la necesidad de tenerse en cuenta la firmeza, precisión, calidad de los fundamentos dados, además de los otros elementos probatorios que obren en el proceso. De allí se deriva que si bien la prueba científica puede proporcionar certeza científica a un funcionario jurisdiccional sobre los hechos que ocurren en el proceso, este no puede apreciarse de forma individual, sino conforme a los demás medios de prueba aportados al proceso, en tanto los postulados de la sana crítica le exigen el funcionario que conforme a criterios lógicos valore motivadamente la información aportada por el experto en conjunto con el resto de las pruebas; pues no se trata de una valoración predeterminado de la prueba científica, sino de apreciar todos los datos e informaciones disponibles expresados en los diversos medios de prueba, científicas o no⁸¹.

Tal y como lo ha afirmado el profesor Rojas Suarez⁸² no podrán ni las partes procesales ni el juez conformarse con recaudar una sola prueba para soportar un fallo determinado, por ello es necesario hablar de un acervo probatorio que sea analizado en su conjunto, esto es, en un contexto en general y luego una a una con sus conexiones entre sí, para con ello poder resolver el litigio de una forma crítica y razonada.

⁸⁰ TARUFFO, La Ciencia en el Proceso: Problemas y Prospectivas, Op. Cit., p. 40.

⁸¹ PABÓN GIRALDO, Op. Cit., p. 286.

⁸² ROJAS SUÁREZ, Jimmy. "Papel del Azar en la Valoración de las Pruebas". Disponible en: <http://www.icdp.co/revista/articulos/30/Jimmy%20Rojas%20Suarez.pdf>

En tal orden de ideas, no podremos establecer que las pruebas científicas constituyan supuestos de pruebas legales o tasadas, pues el juez tendrá que razonar sobre la totalidad de las pruebas que se han practicado y sobre el grado de convencimiento que cada una de ellas le ha proporcionado y sobre por qué ha llegado a una determinada conclusión y no a otras⁸³.

8.4 VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA DEL ADN EN COLOMBIA

Como ya se ha mencionado es la Ley 721 de 2001 la encargada de regular el tema de la prueba científica del ADN, en su artículo 1° establece que en todos los procesos de filiación, el juez deberá de oficio ordenar la práctica de una prueba científica cuyo índice sea igual o superior al 99.9%; igualmente establece que hasta que el estado de la ciencia no establezca otra cosa, será la prueba de marcadores genéticos con fragmentos de ADN la que ha de efectuarse; así mismo instituyó en su artículo 8° que una vez en firme el resultado de la prueba, el juez procederá a dictar la correspondiente sentencia acorde con el dictamen científico, y solo se acudirá a los demás medios de prueba que tuviere a su disposición, cuando sea imposible practicar la prueba científica⁸⁴. Esta reglamentación ha suscitado una discusión en círculos académicos, relativa a si en alguna medida se estableció un régimen tarifado sobre el hecho de la filiación, pues tal y como ya se ha mencionado en el presente escrito la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil han efectuado interpretaciones que se contraponen.

⁸³ PABÓN GIRALDO, Op. Cit., p. 288. FALCÓN, Op. Cit.

⁸⁴ ACERO GALLEGO, Luis Guillermo. "Algunos Usos Legales de la Información Genética. El Caso de la Prueba de Paternidad". Disponible en:
<http://www.icdp.co/revista/articulos/34/Luis%20Guillermo%20Acero%20Gallego.pdf>

9. LÍNEA JURISPRUDENCIAL

9.1 PROBLEMA JURÍDICO

¿Qué sistema de valoración de la prueba científica del ADN es aplicado por los jueces de familia en Colombia para llegar a una decisión final en los procesos de filiación, tarifa legal o libre valoración de la prueba?

9.2 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C - 1492 de 2000

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.

Sentencia C - 243 de 2001

Esta Corporación fue enfática en recordar a los jueces el deber de acudir a los avances científicos que permiten esclarecer las controversias de paternidad discutida por cuanto '(..) hoy en día el juez no sólo tiene la libertad sino el deber de decretar y practicar las pruebas genéticas conducentes a determinar en forma directa y con un índice de certeza casi absoluto, si el demandado es o no es el presunto padre', consideración que se fundamentó en la interpretación armónica, sistemática y evolutiva de los artículos 6º y 7º de la Ley 75 de 1968, en concordancia con los artículos 37, 167, 75 y 187 del Código de Procedimiento Civil y los postulados y valores de la Constitución Política.

La única prueba válida en la actualidad debe ser la pericial genética, consideración que encuentra sustento en que ella conduce a establecer a la verdad real de manera directa, por lo cual hace efectivo el orden justo por el que propende nuestro sistema jurídico, impidiendo además, en el caso de la pluralidad de relaciones sexuales, la incertidumbre sobre la paternidad de las personas que solicitan la declaración judicial de su filiación.

Sentencia C - 807 de 2002

La finalidad del Estado al imponer la prueba del ADN como obligatoria y única en los procesos de filiación, no es otra distinta a su interés de llegar a la verdad, de establecer quién es el verdadero padre o madre, a través de esta prueba por estar demostrado científicamente que su grado de certeza es del 99.99%.

Sentencia C - 808 de 2002

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 párrafo 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, conforme al cual: "(...) el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme".

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).

Sentencia T - 997 de 2003

Los procesos de filiación presentan algunas particularidades en lo que tiene que ver con la necesidad de contar con la prueba genética de ADN. La idoneidad del examen antro-po-heredo-biológico ha sido reconocida por la comunidad científica para rechazar con absoluta certeza a los falsos imputados de paternidad o maternidad y para establecerla con una probabilidad del 99,999999%, según los dictámenes de autoridades en la materia que han sido avalados por la propia jurisprudencia constitucional.

A juicio de la Corte, el hecho de que el Legislador haya considerado como obligatorio el decreto de esta prueba no obedece a su capricho sino, por el contrario, responde a la necesidad de que las personas tengan una filiación acorde con la realidad

Como director del proceso y por expreso mandato legal el juez está en la obligación de ordenar la prueba de ADN, pero su misión no se agota en ese momento sino que se fortalece con miras a lograr su realización y en aras de los principios de prevalencia del derecho sustancial y acceso efectivo a la administración de justicia.

El propio ordenamiento acoge una postura que armoniza el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia y sin dilaciones injustificadas cuando falta el diagnóstico de ADN. En efecto, lo cierto es que existen otros medios de prueba a los cuales puede recurrir el juez para valorarlos al amparo de las reglas de la sana crítica y con fundamento en ellos determinar la existencia o no de ciertos hechos y el consecuente éxito o fracaso de las pretensiones. En consecuencia, la ausencia de dicha prueba no constituye un motivo para no dictar una sentencia de fondo por lo que, sin desconocer el altísimo grado de certeza que ofrece la prueba de ADN, el artículo 3º de la Ley 721 de 2001 autoriza al juez para recurrir a los demás elementos probatorios cuando no es posible contar con aquella información.

Sentencia T - 411 de 2004

Dado el avance de la ciencia genética, y por la importancia de la filiación de la persona, la autoridad judicial no puede omitir el decreto de la indicada prueba. La ley 721 de 2001 consagro dicha obligación al disponer 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%”. Dado que el examen antro-po-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 quién es su verdadero padre o madre.

De igual manera, esta Corte ha relacionado la necesidad de la prueba antropo-heredo-biológica con lo establecido en el artículo 228 de la Constitución Política en relación con la prevalencia del derecho sustancial. Como director del proceso y por expreso mandato legal el juez está en la obligación de ordenar la prueba de ADN, pero su misión no se agota en ese momento sino que se proyecta a la realización de aquella, en aras de los principios de prevalencia del derecho sustancial y acceso efectivo a la administración de justicia.

Entonces en el caso concreto, el proceso de filiación extramatrimonial, en general, y la obligatoria práctica y consideración de la prueba antropo-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 fue omitida la prueba del hecho que da lugar al reconocimiento de derechos sustanciales del demandante.

Sentencia C – 476 de 2005

De lo dicho quedan establecidas dos conclusiones: a) la primera, que el legislador no le dio aceptación a la afirmación según la cual mediante exámenes científicos puede darse por establecida de manera indiscutible y sin probabilidades de error la paternidad o la maternidad, sino que, con la prudencia que le es propia a los humanos en materia tan delicada, se limitó a expresar que mediante la práctica de tales exámenes se determina un “índice de probabilidad superior al 99.9%”, que es distinto, como salta a la vista al ciento por ciento. El legislador dejó así abierta la posibilidad del error y respeta, de entrada, la autonomía judicial para la valoración de la prueba; y b) la segunda, que “el uso de los marcadores genéticos” para alcanzar ese porcentaje de certeza puede utilizar distintas técnicas, razón por la cual señala que “mientras los desarrollos de la científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA”. Es decir, que tal utilización podrá abandonarse si en el futuro aparecen por los adelantos técnicos científicos otras técnicas que sean superiores. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que los marcadores genéticos en el examen del DNA, así como pueden ser indicativos de un índice de probabilidad de la paternidad o la maternidad superior al 99.9%, sirven igualmente para descartar por completo la relación paterno-filial o materno-filial cuando son negativos.

Mientras la situación no varíe hasta el punto que la información de la prueba de ADN sea inequívoca y ofrezca certeza absoluta, puede recurrirse a otras pruebas para formar la convicción del juzgador, interpretación que resulta acorde con la finalidad de la ley y que sirve para armonizar sus distintas disposiciones. 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 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, se 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.

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. De igual manera, podrán las partes ejercer el derecho de recusar a los peritos cuando exista causal para ello y no se declaren impedidos; producido el dictamen, el juez tendrá el deber de ponerlo en su conocimiento para que puedan las partes pedir aclaración o complementación o, si fuere el caso, tacharlo por error grave. Será el juez entonces el que decida sobre tales solicitudes o sobre la impugnación de que fuere objeto el dictamen. Si opta por aceptar la tacha que se le formule, en ejercicio de sus atribuciones como director del proceso será de su competencia ordenar que se practique de nuevo y por distintos peritos la prueba científica a que se ha hecho alusión en los procesos de filiación. Es decir, que por este aspecto tampoco puede afirmarse que desde el punto de vista constitucional se vulnere con esta prueba el derecho al debido proceso judicial.

Sentencia T - 489 de 2005

El Juez de Familia de Bogotá, ante la inconsistencia acerca de la identidad de la persona demandada en el proceso de investigación de paternidad, no adelantó de manera directa la práctica de prueba alguna tendiente a eliminar dicha duda, sino que se limitó a recibir algunos documentos por parte del I.S.S. y de la Defensora 15 de Familia del I.C.B.F. 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. Al evidenciar la inexactitud del nombre de la persona demandada en el proceso de investigación de paternidad que había iniciado en su contra la señora Bertilda Guzmán Garcés, en lugar de actuar de manera diligente y ordenar la práctica de las pruebas conducentes a aclarar la duda sobre la identidad del investigado, mantuvo una actitud pasiva hasta proferir una decisión judicial que si bien puso fin al proceso, en la práctica se constituyó en una decisión imposible de cumplir y por lo mismo en una vía de hecho por la configuración de un defecto fáctico, siendo de su responsabilidad establecer la identidad de los menores, recurriendo a pruebas científicas de ser necesario.

Sentencia C - 122 de 2008

El actor plantea que la expresión acusada es inconstitucional, por cuanto (i) no permite utilizar medios probatorios diferentes a la prueba de ADN para desvirtuar la presunción de paternidad dentro un proceso de impugnación de la misma, y (ii) le concede un “valor probatorio absoluto” a la prueba científica del ADN y “la facultad de desvirtuar automáticamente” la presunción de paternidad, con lo cual impide que se valoren otras pruebas dentro del proceso.

El numeral primero del mismo artículo 2° de la Ley 1060 de 2006 establece que puede utilizarse cualquier prueba para tratar de desvirtuar la presunción de paternidad. Ciertamente, este numeral indica que no se reputará que el niño fue procreado en el matrimonio o en la unión conyugal “[c]uando el cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.” Así, pues, la afirmación del actor no se corresponde con la normatividad jurídica. Entonces, el numeral acusado parcialmente, interpretado de manera sistemática, no impide que se acuda a medios de prueba diferentes a la prueba científica para desvirtuar la presunción de paternidad.

Así mismo el demandante reprocha la expresión demandada, por cuanto le confiere una certeza absoluta e irrefutable a la prueba científica para desvirtuar la presunción de paternidad, con lo cual le impide al juez valorar la prueba de ADN dentro de un contexto probatorio más amplio.

De acuerdo a la sentencia C- 476 de 2005, el problema que plantea el actor ya fue resuelto por la Corte. Allí la Corte encontró que la misma ley 721 de 2001 establecía que la prueba de ADN brindaba un índice de probabilidad superior al 99.9%, lo cual supone que no existe una certeza absoluta acerca de la corrección del resultado y que, por consiguiente, existe la posibilidad de que el peritaje esté equivocado. Por eso, la Corte afirmó 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.”

De esta manera, la Corte avaló que el juez valorara otras pruebas dentro del proceso, con lo cual negó que el legislador hubiera impuesto una especie de tarifa legal al respecto: 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.

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 acerbo 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.

Sentencia C - 860 de 2008

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.

Sentencia T - 584 de 2008

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.

Sentencia T – 888 de 2010

Las pruebas de ADN garantizan una confiabilidad del 99.99999...% en el *establecimiento* de la verdadera paternidad o maternidad, y en cambio deparan certeza (100%) en la *exclusión* de las mismas. Esta conclusión ha sido reconocida como válida por la Corte Constitucional.

Quien impugnó la paternidad, lo hizo unos pocos días después de tener *certeza* sobre la realidad de la filiación, gracias a una prueba como la de ADN que garantiza un 100% de confiabilidad en cuanto a quienes *no* son los padres de una persona. Y ese hecho recomienda entonces concluir que la solución debería ser otra. Pues no alterar el entendimiento del '*interés actual*' en una hipótesis como esta, y en cambio aceptar que una prueba de ADN es *irrelevante* a efectos de actualizar la oportunidad para impugnar la paternidad, conduce a la configuración de lo que, en la teoría del derecho, se conoce como *laguna axiológica*, en tanto resuelve el caso sin tener en cuenta una propiedad fáctica *sumamente relevante*, que amerita sin embargo una decisión jurídica distinta. Esa propiedad fáctica es la contundencia y definitividad de la prueba antropoheredobiológica, cuando se endereza a descartar la paternidad de una persona respecto de otra. Y la

jurisprudencia de esta Corte la ha tenido en cuenta para adecuar la normatividad infra constitucional a la Constitución.

Sentencia T - 352 de 2012

Para lograr la realización de los derechos de los hijos, el legislador, en materia de reconocimiento de la paternidad y maternidad, ha dotado al juez de mecanismos y herramientas procesales y probatorias para lograr el esclarecimiento de la verdad y la posterior efectividad de las garantías constitucionales y legales. Muestra de ello es la expedición de la Ley Ley 721 de 2001, que en su artículo 1°, que modificó el artículo 7° de la Ley 75 de 1968, consagra 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 artículo 2° de la misma ley preceptúa 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”*. Con base en las normas citadas, la Corte Constitucional, cumpliendo con las funciones encargadas por el Constituyente del 91, consistentes en la salvaguardia de la supremacía e integridad de la Constitución, y la revisión de los fallos de tutela proferidos por todos los Jueces de la República para amparar los derechos fundamentales de los individuos, al revisar casos en los que lo debatido es la paternidad de un presunto padre y/o al estudiar diferentes demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 721 de 2001, ha resaltado la importancia de la prueba de ADN en los procesos de filiación, la cual se deriva no sólo del hecho de que dicha prueba permite que las personas tengan una filiación acorde con la realidad, sino también en que conlleva la protección y reconocimiento de derechos tales como: la personalidad jurídica, la dignidad humana, el derecho a tener una familia y formar parte de ella, el derecho al estado civil, y el derecho a conocer con certeza la identidad de los progenitores.

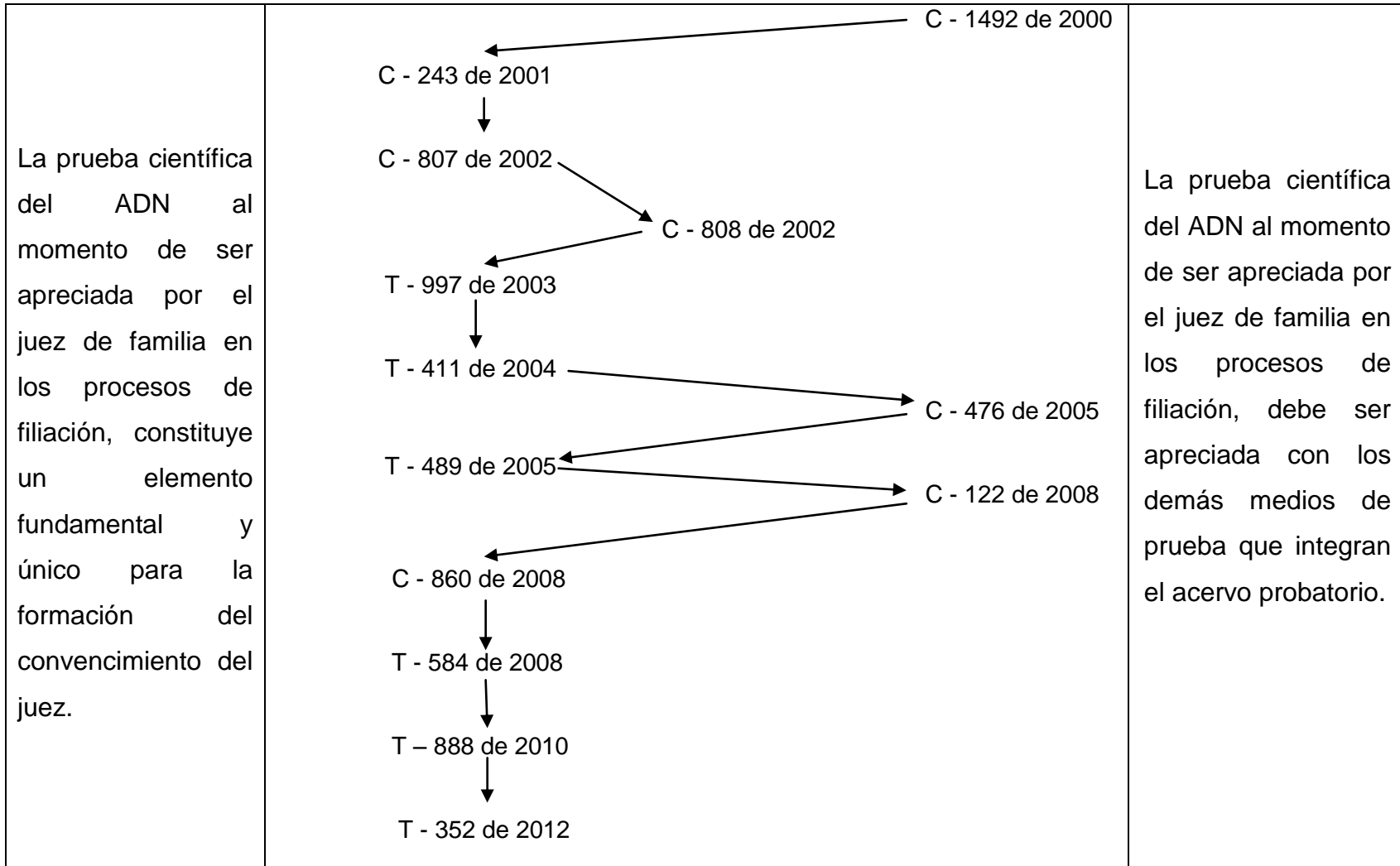
De lo dicho se tiene entonces, que dada la importancia que adquiere la prueba antro-heredo-biológica en los procesos de filiación, pues dicho examen ha sido reconocido en el mundo científico como el medio con más alto nivel de probabilidad para excluir y/o para establecer la paternidad o maternidad, la autoridad judicial no puede omitir su decreto en los casos en los que se pretenda la declaración o impugnación de dicha paternidad o maternidad. Por consiguiente, la importancia de la prueba radica no sólo en que puede establecer los verdaderos vínculos de filiación de una persona, sino en el efecto que de ello se deriva, que consiste en la protección efectiva de los derechos del presunto hijo a la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella, a tener un estado civil, y a la dignidad humana. De igual manera, supone la protección de los derechos fundamentales del presunto padre o madre a decidir libremente y en pareja el número de hijos que desea tener, a la personalidad jurídica, a la filiación y al acceso efectivo a la administración de justicia.

Corte consideró necesario hacer un llamado al juzgado de familia para que, de persistir la renuencia del demandado a la práctica del examen genético, hiciera uso de los demás mecanismos previstos en el ordenamiento para tal fin, y decidiera con base en las otras pruebas acopiadas durante el proceso. De lo dicho se tiene entonces, que dada la importancia que adquiere la prueba antro-heredo-biológica en los procesos de filiación, pues dicho examen ha sido reconocido en el mundo científico como el medio con más alto nivel de probabilidad para excluir y/o para establecer la paternidad o maternidad, la autoridad judicial no puede omitir su decreto en los casos en los que se pretenda la declaración o impugnación de dicha paternidad o maternidad.

La prueba radica no sólo en que puede establecer los verdaderos vínculos de filiación de una persona, sino en el efecto que de ello se deriva, que consiste en la protección efectiva de los derechos del presunto hijo a la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella, a tener un estado civil, y a la dignidad

humana. De igual manera, supone la protección de los derechos fundamentales del presunto padre o madre a decidir libremente y en pareja el número de hijos que desea tener, a la personalidad jurídica, a la filiación y al acceso efectivo a la administración de justicia.

¿Qué sistema de valoración de la prueba científica del ADN es aplicado por los jueces de familia en Colombia para llegar a una decisión final en los procesos de filiación, tarifa legal o libre valoración de la prueba?



9.3 NARRATIVA DE LA LINEA

La doctrina y la jurisprudencia desde hace algunos años atrás ha reconocido en la prueba científica del ADN una prueba genética que otorga un alto grado de confiabilidad para el establecimiento y la exclusión de la paternidad o maternidad; Sin embargo antes de la expedición de la Ley 721 de 2001, tal y como se evidencia en la presente línea jurisprudencial, la Corte Constitucional no ha sido muy uniforme en la aplicación e interpretación de la normatividad aplicable en el caso en mención, mostrándonos tres tendencias; la primera es la expresada por las sentencias C – 1492 de 2000, C – 476 de 2005 y la C – 122 de 2008, en la cual la Corte reconoce el gran avance de la ciencia y la utilidad de dicha prueba genética para el proceso de filiación, pero afirma que hasta que dicha prueba no permita establecer un cien por ciento de veracidad sobre los hechos, será necesario valorar la prueba científica del ADN de manera conjunta, para poder así formar de la manera más racional posible su convicción.

La sentencia C – 808 de 2002 nos muestra a una corte con una postura intermedia, según la cual, la prueba científica del ADN deberá valorarse de manera conjunta con los demás medios de conocimiento obrantes en el litigio, pero reconociéndole a la prueba genética mayor sobre las demás.

Pero es claro que la postura mayoritaria dentro de la Corte es aquella en la que se ha optado por admitir a esta prueba como plena prueba, pues se considera que no requiere de ningún apoyo para demostrar la paternidad o maternidad, y solo deberán entrar a valorarse los demás medios de conocimiento cuando no sea posible efectuar la tan mencionada prueba genética.

9.4 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL

Expediente N° 6426, 13 de diciembre de 2002

Refiriéndose al “examen de genética”, que es en verdad un análisis de grupos sanguíneos, asentó la siguiente reflexión, que es igualmente valedera para la otra experticia: “... ha sido reiterada la jurisprudencia, en el sentido de que esta prueba por sí sola no es suficiente para una declaratoria de paternidad”.

Valga la pena acotar, de todos modos, que el mérito persuasivo de esa especie de exámenes es bien endeble, pues como lo anota C. SIMONIN (“Medicina Legal Judicial”, editorial Jims, Barcelona), “Un examen somático sistemático permite descubrir en el padre y en el niño rasgos comunes, detalles morfológicos superponibles. De hecho, el método no proporciona más que elementos de probabilidad... Del examen antropomórfico no se puede deducir una fórmula genotípica utilizable para las investigaciones de paternidad, siendo la mayoría de los individuos, por cada uno de sus caracteres, heterocigotes complejos” (p. 487). Y respecto del análisis de grupos sanguíneos señala que: “La investigación y confrontación de los fenotipos, y si es posible de los genotipos sanguíneos de un niño y de los padres permiten, pues, excluir cierto número de filiaciones. Por el contrario, con este método no se puede afirmar una filiación determinada, puesto que se trata de una herencia de grupo; se declara solamente que es posible...” (Se subraya) (p. 494); desde luego que el grado de probabilidad dependerá de la frecuencia de los grupos sanguíneos en la población, de manera que, por ejemplo, las probabilidades de excluir la no paternidad a partir de los grupos ABO MN, es, para el grupo A, tipo MN solamente, del 5.1%, lo que apareja concluir que el 94.9% de hombres podrían ser los padres de una persona. En general, dice el comentado expositor,... “un individuo tomado al azar tiene, como máximo, el 33% de probabilidades de probar su no paternidad utilizando los grupos ABO MN...” (p. 504), es decir, que el 67% de personas arrojaría, conforme a ese examen,

resultado de paternidad compatible con el demandante. Utilizando otros factores, como el RH, el máximo de exclusión, que se podría alcanzar sería el 84%.

Así las cosas, no puede ser muy vigorosa la convicción que de esa especie de exámenes puede desprenderse máxime si, como aquí acontece, no se especificó en la experticia, el porcentaje de la probabilidad de la paternidad, determinada por la frecuencia de los grupos sanguíneos en la población.

De ahí que esta Corporación, refiriéndose a dicha prueba de compatibilidad sanguínea hubiese reiterado que, "... atendidas sus características, no es suficiente que ella hubiese dado un resultado positivo, para fulminar per se, el litigio con sentencia estimatoria de las pretensiones del actor, esto es, sin la existencia de otros medios que respalden sin equívocos la filiación disputada, pues es palpable que la experticia aquí practicada, sólo concluye que la paternidad "es compatible", aseveración que si bien no la descarta, tampoco la atribuye.

Expediente N° 97-0360, 3 de junio de 2004

En virtud de los adelantos de la ciencia se le da hoy un cariz de firmeza más consistente a los exámenes de genética que se practican con el fin de determinar el grado de probabilidad de paternidad; en ese sentido, con apoyo en el principio de la libre apreciación de la prueba, esta Corte ha admitido, con sustento en dicha prueba, la demostración de la filiación de paternidad que viene respaldada en las relaciones sexuales de la pareja procreadora.

La prueba científica de que se trata le presta tal apoyo a su veredicto (del juez), que se constituye en pilar de su sentencia, y que, en fin, la paternidad biológica, esto es, la posibilidad de que un gameto femenino haya sido fecundado por uno de determinado hombre (...) es hoy posible demostrarla con alcances de

certidumbre casi absoluta (...) Se ha llegado, pues, al punto en que el problema no es el de cómo creer en la prueba genética, sino el de cómo no creer en ella, de manera que, en cualquier caso, quienquiera desvirtuar esa alta dosis demostrativa, que lo acredite.

Expediente N° 11001-31-10-019-2002-01309-01, el 1 de noviembre de 2006

Al respecto, cumple anotar que en este asunto la prueba de ADN, en cuanto haya sido recaudada con observancia de las exigencias de orden científico y técnico que le son propias y con sujeción a las formalidades previstas en la ley para el momento de su realización, sí constituye elemento de juicio para afirmar la existencia de relaciones sexuales entre la madre de quien investiga su paternidad y el demandado que soporta la pretensión, pues tal medio probatorio, en últimas, permite conocer – en gran medida - el perfil genético de una persona y, a partir de él, establecer, en términos de probabilidad estadística, si el presunto padre pudo ser el aportante de dicho material que, junto con el de la progenitora, dio lugar a la concepción del demandante. En ese sentido, con apoyo en el principio de la libre apreciación probatoria, esta Sala ha admitido, con sustento en dicha prueba, la demostración de la filiación de paternidad que viene respaldada en la del trato sexual de la pareja procreadora.

La contundencia de la prueba mencionada, la cual fue sometida a contradicción y no fue objetada en sus aspectos científicos, hace que ella influya con suficiencia y en acopio con los demás medios de prueba - interrogatorio e indicios vinculados a la conducta procesal del presunto padre - para la demostración de la causal de paternidad declarada por el tribunal, lo que, cuando menos, torna intrascendente el reproche sobre los requisitos de acreditación y certificación del laboratorio, tal y como lo denuncia el censor, prueba que en realidad el fallador de segundo grado prefirió examinar conjuntamente con las demás, y por mérito de lo cual apreció que la objeción planteada sobre dicha experticia no revestía de gran significación

porque no cuestionaba el diagnóstico de paternidad, ni, por ende, el resultado de compatibilidad en él consignado.

Expediente N° 25397-31-84-001-1992-00613-01, del 5 de julio de 2007

Así que desde esa óptica la incompatibilidad de la paternidad que revelaría la confrontación de los fragmentos de ADN de las hijas legítimas del causante con las de la pretendida hija extramatrimonial sería un hallazgo de última hora, que no cuenta con la más mínima justificación. Una afirmación escueta, sin fundamento ni razón, a la que no habría podido adherir el tribunal, aunque notare su presencia en el acervo, por cuanto el nivel de certeza que infunda la prueba de marcadores genéticos, como toda peritación, está directamente ligado a la naturaleza, idoneidad calidad fuerza de sus cimientos, a la confiabilidad que imprima el peso de sus razones. Por su valía sin igual en los juicios de paternidad, el juzgador debe sopesarla “en su integridad, con el fin de evidenciar su calidad, precisión y firmeza, al mismo tiempo que la competencia de los peritos, tal como lo reclama el artículo 241 del C. de P.C., sin que en asunto tan delicado sea posible remitirse al simple resultado de la prueba, el que necesariamente debe estar respaldado en un conjunto de elementos de juicio que le permitan al juzgador establecer que la probabilidad de paternidad acumulada –o la exclusión-, es, ciertamente, el reflejo de los exámenes realizados o practicados y de la aplicación de las técnicas reconocidas para ese tipo de experticias.”

Enfrentado a ese concepto genético, que sin demostrar la paternidad, tampoco la descarta, no tenía por qué cruzarse de brazos el tribunal, decidiéndose, sin más, por la absolución de los demandados, ya que un comportamiento de ese talante es contrario a postulados esenciales del proceso civil, fundamentalmente el del compromiso del juez con el establecimiento y verificación de la verdad sobre los hechos disputados, a través del cual se realiza el valor de justicia que se asegura por la Constitución; se opone asimismo, al principio del ejercicio responsable de la

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

Expediente N° 68001-3110-004-2003-00666-01, del 30 de abril de 2008

Los artículos 1º y 2º de la Ley 721 de 2001 no establecen exámenes antropoheredobiológicos que determinen científicamente y de manera indiscutible la paternidad o la maternidad en relación con una persona en particular” y, por el contrario, „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 el punto que la información de la prueba de ADN sea inequívoca y ofrezca certeza absoluta, puede recurrirse a otras pruebas para formar la convicción del juzgador, interpretación que resulta acorde con la finalidad de la ley y que sirve para armonizar sus distintas disposiciones y, por ello, no puede afirmarse válidamente que el legislador optó por un regreso a la tarifa legal de pruebas para imponerle al juez certeza legal en lugar de la certeza judicial, como tampoco resulta de recibo concluir que se le impide al juzgador apreciar la prueba científica que se ha aludido con exclusión de las demás, pues, al contrario, si esa prueba avanzada y de alto valor científico llega a establecer tan solo un alto “porcentaje de certeza” que constituye “índice de probabilidad” que incluso podría ser muy cercano al ciento por ciento, la práctica y la valoración de otros medios permiten una recta administración de justicia que no resulta violatoria del debido proceso ni en desmedro de la autonomía judicial.

Expediente N° 11001-3110011-2002-00461-01, del 11 de noviembre de 2008

A pesar de que las pruebas relacionadas anteriormente, si fueran apreciadas en conjunto podrían generar la convicción de que hubo el trato social, de padre a hijo, prodigado por Juan Antonio Rozo Sanmiguel a Édgar Rozo Macías, la prueba científica de A.D.N., practicada en el proceso, descarta radicalmente que esa familiaridad del pasado pueda servir ahora como soporte a la declaración de filiación pretendida, en la medida en que el vigor persuasivo de esta prueba supera las demás con que se aprovisionó el proceso, pues como tiene dicho la Corte, “resulta claro que si en un caso concreto se acredita que el demandado no es el padre biológico de quien así lo demanda, la declaración paterno filial no puede salir airoso, por más probados que se encuentren los hechos de la presunción de paternidad que se invoca”.

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

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

Al juez le asiste el deber de apreciarla, en ejercicio del principio de la libre valoración probatoria, que con igual vigor se aplica cuando se trata de la prueba de paternidad por medio del ADN, la cual, como toda prueba, debe ser estimada en conjunto con las demás y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, con

exposición razonada del mérito que le asigne a cada una, según lo previsto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil” (Sent. Cas. Civ. de 16 de diciembre de 2005, Exp. No. 949201); no obstante, la importancia que tiene la prueba de A.D.N. en los procesos adelantados para establecer la filiación de una persona, impone “al juzgador el deber de analizar el correspondiente dictamen en su integridad, con el fin de evidenciar su calidad, precisión y firmeza, al mismo tiempo que la competencia de los peritos, tal como lo reclama el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, sin que en asunto tan delicado sea posible remitirse al simple resultado de la prueba, el que necesariamente debe estar respaldado en un conjunto de elementos de juicio que le permitan al juzgador establecer que la probabilidad de paternidad acumulada sea, ciertamente, el reflejo de los exámenes realizados o practicados y de la aplicación de las técnicas reconocidas para este tipo de experticias.

Expediente N° 50001-31-10-002-2002-00495-01, del 21 de mayo de 2010

En la actualidad los exámenes de ADN, elaborados conforme a los mandatos legales, son elementos necesarios -y las más de las veces suficientes- para emitir una decisión en los juicios de filiación, pues dan luces sobre el nexo biológico y obligado que existe entre ascendiente y descendiente, con un altísimo grado de probabilidad que, per se, es capaz de llevar al convencimiento que se requiere para fallar.

Expediente N° 1700131100012005-00611-01, del 1 de junio de 2010

Es innegable la importancia probatoria que, en los procesos de investigación de la paternidad, tiene actualmente el examen de marcadores genéticos de ADN, para establecer la verdadera filiación de una persona, aunque no de manera absoluta, porque cuando se practica con el presunto padre vivo y el resultado indica un índice superior al 99.9% (artículo 1º de la Ley 721 de 2001), resulta claro que si

bien no alcanza el 100%, sí muestra la existencia de una probabilidad que se aproxima en grado sumo a la realidad, esto es, a la verdad biológica. El problema que surge alrededor de ese medio de convicción, no es el de cómo creer en la prueba genética, sino el de cómo no creer en ella, de manera que, en cualquier caso, quien quiera desvirtuar esa alta dosis demostrativa, que lo acredite.

La Sala, en vigencia de la citada ley, ha sostenido que la prueba de ADN, cuando es positiva, concretamente en los casos en que la probabilidad de paternidad es superior al índice dicho, como en el caso, no necesariamente se erige en el único medio para proferir sentencia estimatoria, sino que, acorde con la Corte Constitucional, la jurisdicción puede acudir a otros medios para llegar a una conclusión completa, absoluta, del hecho investigado, puesto que como el referido examen, se repite, no descarta la posibilidad de una ínfima parte de error, solamente alcanza un alto porcentaje de certeza judicial.

Expediente N° 25899-3184-001-2006-00314-01, del 22 de septiembre de 2010

No está de más precisar que en casos como el presente, en el que la prueba genética arrojó como resultado una probabilidad de paternidad superior al 99.99% tanto respecto del demandado, como de su hermano gemelo, tercero al proceso, es forzoso colegir que dicho medio de convicción, no obstante conservar el mérito demostrativo que conforme la ley tiene y efectuar al proceso un valioso aporte en cuanto que la investigación de la paternidad se reduce a los mencionados sujetos, no se convierte por tal circunstancia en la prueba determinante para la definición de la paternidad auscultada, y, por lo mismo, en tales supuestos, es indispensable, como en este asunto lo hizo el Tribunal, recurrir a otros elementos de juicio, que permitan al juzgador convencerse sobre si el accionado es o no el padre de la demandante.

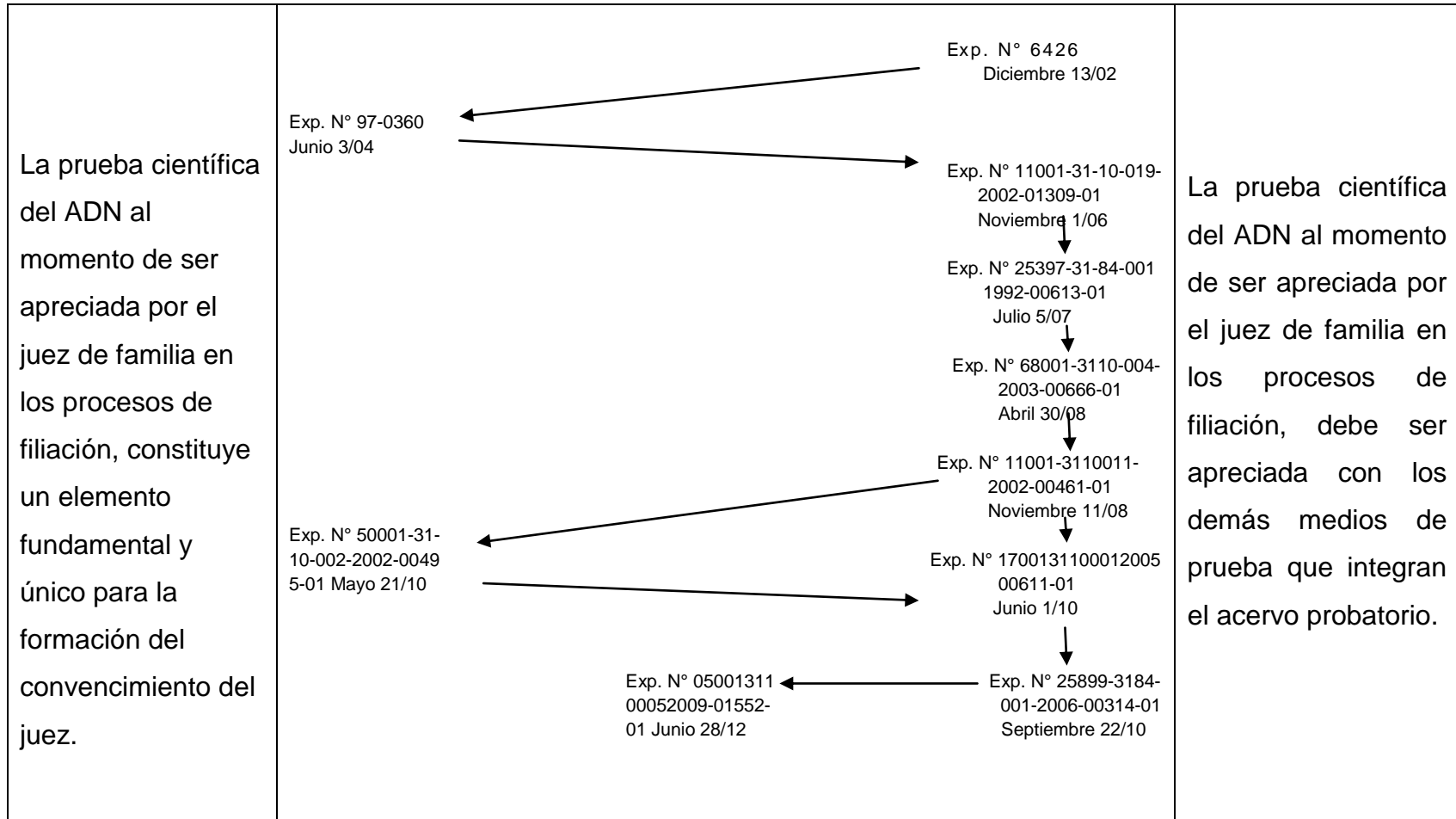
Téngase presente que, como lo enseña la ciencia médica, los gemelos idénticos o monocigotos, también llamados monocigóticos, es decir aquellos que provienen de un mismo óvulo y se han desarrollado en una sola placenta, son individuos genéticamente iguales. Se señala al respecto que “[h]ay dos clases de gemelos: monocigotos (MC) y dicigotos (DC). En el lenguaje corriente se denominan gemelos idénticos y fraternos. Los gemelos monocigotos proceden de un solo óvulo fecundado, el cigoto, que en un período relativamente precoz del desarrollo forma dos embriones. Así, por ejemplo, dentro de los primeros 14 días después de la fertilización los miembros de un par MC [monocigoto] suelen poseer genotipos idénticos, por lo que son del mismo sexo, idénticos respecto de marcadores genéticos como grupos sanguíneos. (...) Los gemelos dicigotos se producen cuando dos óvulos, liberados durante el mismo ciclo menstrual son fecundados por dos espermatozoides distintos. Los gemelos DC [dicigotos] son tan similares, en el orden genético, como un par ordinario de hermanos y poseen en común la mitad de sus genes.

Expediente N° 0500131100052009-01552-01, del 28 de junio de 2012

La Corte asentó que la aludida experticia no constituye en sí misma prueba plena de la paternidad investigada cuando el resultado arrojado es de compatibilidad y, si lo es cuando el resultado es de incompatibilidad y excluirá la paternidad.

La práctica y los estudios de la prueba de ADN han evolucionado, descubriendo que en el núcleo de las células del cuerpo humano se hallan moléculas denominadas cromosomas, cuyo principal componente es el ADN, sustancia que contiene los genes, los que son portadores de la información que identifica al individuo.

¿Qué sistema de valoración de la prueba científica del ADN es aplicado por los jueces de familia en Colombia para llegar a una decisión final en los proceso de filiación, tarifa legal o libre valoración de la prueba?



9.5 NARRATIVA DE LA LINEA

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil desde antes de la Ley 721 de 2001, le ha otorgado una gran importancia a la prueba genética en los procesos de filiación, pues considera que este gran avance de la ciencia es de suma utilidad para el descubrimiento de la verdad de los hechos. Sin embargo tres han sido las tendencias de la corte en lo pertinente a la valoración de este medio probatorio. Una de ellas es la acogida en las sentencias Exp. N° 97-0360 del 3 de junio 2004 y Exp. N° 50001-31-10-002-2002-0049 5-01 del 21 de mayo de 2010, donde se tiene confianza absoluta en este medio de prueba y se considera que con la adecuada realización del mismo es suficiente para establecer la relación filial en litigio, per se, es capaz de llevar al convencimiento que se requiere para fallar; evidenciando un grado tal alto de confianza en este tipo de prueba que lleva a la Corte hasta el punto de afirmar que el problema no es el de cómo creer en la prueba genética, sino el de cómo no creer en ella.

Una segunda postura es la que considera que si bien es cierto, esta prueba genética es de gran importancia para el establecimiento de la paternidad o la maternidad, no puede dejarse a un lado el hecho que este medio de conocimiento es dado en términos de probabilidad, los cuales son inferiores al cien por ciento, por lo que será necesario que el juzgador al momento de fallar pueda contar con la plena convicción sobre la relación filial, lo cual solo será posible valiéndose de los demás medios allegados al proceso que deberán valorarse junto con la prueba del ADN.

Finalmente ha afirmado la Honorable Corte que la prueba científica por sí sola no constituye prueba plena de la paternidad o maternidad en aquellos casos en los que el resultado arrojado es de compatibilidad, pero que si será prueba plena cuando el resultados sea de incompatibilidad; es decir, de exclusión de la paternidad o maternidad.

10. CONCLUSIONES

En una época como la actual es claro que la ciencia y las nuevas tecnologías cobran mayor importancia para la sociedad y que por ello se han desarrollado aceleradamente, llegando a ser de gran utilidad en las diversas relaciones del hombre. Muestra de ello es el gran número de pruebas de tipo científico que hoy por hoy son utilizadas dentro de los procesos judiciales; como es el caso de la prueba del ADN, que es utilizada tanto en materia civil como penal.

Ha podido concluirse de la reglamentación y jurisprudencia descrita, que tanto el legislador como un alto porcentaje de la doctrina y la jurisprudencia colombiana, considera que las pruebas científicas y en especial la del ADN, tiene un valor probatorio mayor que las otras pruebas posibles dentro del litigio o también llamadas pruebas comunes. Dicha tendencia es consecuencia de la fe que se tiene en los conocimientos científicos que ha llevado hasta el punto de considerar que estos puedan arrojar verdades absolutas.

La prueba científica del ADN, brinda un alto porcentaje de probabilidad sobre la filiación; sin embargo es menester recordar que las pruebas genéticas han variado con el paso de los años y es muy factible que en un futuro no muy lejano, nos encontremos con la aparición de una nueva técnica, que sea considerada por la comunidad científica en general como más sobresaliente y confiable que la actual y en la que las conclusiones del raciocinio científico sean diferentes; lo cual nos lleva a reflexionar sobre la confiabilidad absoluta que se ha depositado en la mencionada prueba.

Otro escenario que debe llevarnos al análisis sobre la fiabilidad de dicha prueba, es la calidad de la misma, pues esta dependerá en gran medida de la correcta recogida de muestras y mantenimiento de la cadena de custodia, la conservación

de los materiales genéticos examinados, uso de los métodos y técnicas adecuadas, calidad de los laboratorios y del experto que lo ha analizado; pues si dado el caso llegara a faltar alguna(s) de estas condiciones, el material genético allí recogido y analizado no nos llevara a conclusiones seguras; evidenciándose así, como estas pericias constituyen un medio más para verificar la paternidad o maternidad, del cual el juez debe efectuar un control y valoración, pues el dictamen proporcionado por los laboratorios no proporciona la claridad suficiente para resolver el litigio.

Al recaer sobre el juez la tarea propia y exclusiva de juzgar, es claro que este no podrá ser un mero receptor acrítico de las conclusiones presentadas por el científico, ya que dentro de la actividad jurisdiccional constituye un cometido esencial del juez la fijación de los hechos probados, previa valoración de los medios de prueba, por lo que será necesario una mayor preparación por parte de nuestros funcionarios jurisdiccionales, quienes deberán adoptar un nuevo rol dentro del proceso para que efectivamente adopten decisiones basadas en razones y logren identificar la idoneidad de la prueba científica y del experto que allegó la misma.

Nuestras Honorables Cortes afirman que debe realizarse una valoración conjunta del acervo probatorio, sin embargo, es manifiesto en sus intervenciones que han declinado a favor de la prueba científica del ADN como plena prueba para la determinación de la paternidad o maternidad. De igual manera lo hace el legislador en la Ley 721 de 2001, al asignarle de antemano una relevancia determinada a la prueba genética obrante en este tipo de procesos; optando así, por darle un mayor valor a la prueba genética y un carácter de subsidiariedad a los demás medios probatorios; dando pie a la posibilidad de hablar de algún grado de tarifa legal frente a este tema, pues como ya se menciono es el mismo legislador quien le establece una relevancia determinada a los medios de prueba obrantes en los procesos de filiación de la paternidad o maternidad.

Este grado de tarifa legal que es evidente en los procesos de filiación puede verse en diferentes grados, pues la reciente jurisprudencia ha afirmado que para aquellos casos en los que el resultado arrojado por la prueba genética sea excluyente de la paternidad o maternidad, será este en si mismo prueba plena de la filiación investigada, pero diferente será en aquellos casos donde el resultado es de compatibilidad, pues deberá realizarse una valoración conjunta de los medios de conocimiento. Lo anterior Evidencia un grado de tarifa legal no solo establecida por nuestro legislador, sino también por la jurisprudencia de nuestras cortes.

BIBLIOGRAFÍA

ACERO GALLEGO, Luis Guillermo. Algunos Usos Legales de la Información Genética. El Caso de la Prueba de Paternidad. 2008. Disponible en: <http://www.icdp.co/revista/articulos/34/Luis%20Guillermo%20Acero20Gallego.pdf>

CABELLO BLANCO, Margarita. “Filiación y Valoración probatoria de las pruebas de ADN. En: XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 2007.

CABELLO BLANCO, Margarita. Disponible en: <http://www.icdp.co/revista/articulos/28/Leovedis%20Elias%20Martinez.pdf>

CORTE CONSTITUCIONAL. Revista Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá: Legis, 2002

COUTURE, Eduardo J. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II: “Las Reglas de la Sana Crítica”. Buenos Aires: Ed. Ediar S.A, 1949.

DE HEGEDUS, Margarita. La Prueba Científica en el Proceso Civil. Disponible en: www.fileden.com/.../Doctrina/La%20prueba%20cientifica%20Heged...

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Buenos Aires, 1970.

FALCÓN, Enrique M. La Prueba Científica. Disponible en: <http://www.icdp.co/revista/articulos/38/EnriqueMFalcon.pdf>

FERRER BELTRAN, Jordi. La Valoración Racional de la Prueba. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2007

GACETA JURISPRUDENCIAL. Bogotá: Editorial Leyer, 2010.

GARAPON, Antoine. Juzgar en Estados Unidos y Francia. Bogotá: Editorial Legis, 2008.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Validez y Valor de las Pruebas Científicas: La Prueba del ADN. Disponible en: <http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los Hechos en el Derecho, Bases Argumentales de la Prueba. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1999.

GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio. “La Prueba de ADN en el Derecho de Familia y su Valoración”. En: XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 2007.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. La Prueba Científica no es Prueba Pericial. Disponible en: <http://www.icdp.co/revista/articulos/38/OsvaldoAlfredoGozaini.pdf>

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Chile: Editorial Legis, 2011.

MOJICA GÓMEZ, Liseth. “La Prueba Técnica ADN en los Procesos Sobre Filiación”. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003

MORELO, Augusto M. La Prueba Científica. Disponible en: www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero1/prueba_cienti.htm

MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica Probatoria. Santa Fe de Bogotá: Ed. Temis SA, 1997.

NIEVA FENOLL, Jordi. La Valoración de la Prueba. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2010.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009.

ROJAS SUÁREZ, Jimmy. Papel del Azar en la Valoración de las Pruebas.

Disponible en:

<http://www.icdp.co/revista/articulos/30/Jimmy%20Rojas%20Suarez.pdf>

SARTORI, José Antonio. Valoración de la Prueba y el Mundo Jurídico Multidimensional. 2007.

Disponible en: <http://www.docstoc.com/docs/110786701/valoracion-de-la-prueba-2007>

SPROVIERI, Jorge Enrique. Defecto y Exceso en la Prueba científica. Disponible en: <http://www.fsdalegal.com.ar/index.php/defecto-y-exceso-en-la-prueba-cientifica>

TARUFFO, Michele. La Prueba. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. La Prueba: Artículos y Conferencias. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2008.

VARIOS. Derecho Probatorio Contemporáneo. Prueba Científica y Técnicas Forenses. Editorial universidad de Medellín, 2012.

YUNIS T, Emilio José y YUNIS L, Juan José. El ADN en la Identificación Humana. Bogotá: Editorial Temis, 2002.

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Expediente N° 6426, 13 de diciembre de 2002.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Expediente N° 97-0360, 3 de junio de 2004.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Expediente N° 11001-31-10-019-2002-01309-01, el 1 de noviembre de 2006.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Expediente N° 25397-31-84-001-1992-00613-01, del 5 de julio de 2007.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Expediente N° 68001-3110-004-2003-00666-01, del 30 de abril de 2008.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Expediente N° 11001-3110011-2002-00461-01, del 11 de noviembre de 2008
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Expediente N° 50001-31-10-002-2002-00495-01, del 21 de mayo de 2010.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Expediente N° 1700131100012005-00611-01, del 1 de junio de 2010
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Expediente N° 25899-3184-001-2006-00314-01, del 22 de septiembre de 2010.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Expediente N° 0500131100052009-01552-01, del 28 de junio de 2012.
- Ley 75 de 1968.
- Ley 721 de 2001.
- Sentencia C - 1492 de 2000.
- Sentencia C - 243 de 2001.
- Sentencia C - 807 de 2002.
- Sentencia C - 808 de 2002.
- Sentencia T - 997 de 2003.
- Sentencia T - 411 de 2004.
- Sentencia C – 476 de 2005.

- Sentencia T - 489 de 2005.
- Sentencia C - 122 de 2008.
- Sentencia C - 860 de 2008.
- Sentencia T - 584 de 2008.
- Sentencia T – 888 de 2010.
- Sentencia T - 352 de 2012.
- Sentencia C-222 de 1998.
- Sentencia C-622 de 1998.