

¿Is there best interests principle of child or teen girl in the process of disputed paternity?

Sumario:

Introducción. Contenido. Filiación e impugnación. Principio de interés superior. Medios probatorios. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen:

En este documento se analiza la aplicabilidad del principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en los procesos de impugnación de la paternidad, a partir de una reflexión normativa, doctrinal y jurisprudencial.

Aportando referentes a los operadores jurídicos, defensores de familia, abogados en ejercicio, en lo relativo a la aplicación del principio referido, e insta a reflexionar sobre la necesidad de demandar el acompañamiento psicojurídico, como insumo procedimental, visto desde la perspectiva de fortalecer el contexto familiar desquebrajado, en procesos cuya decisión lleva a la ruptura de relaciones filiales, o a la consolidación de lazos que no estaban presentes; protegiendo el contexto social y afianzando el legado de responsabilidad otorgado a los operadores jurídicos como garantes sociales.

Palabras claves: *Filiación, Impugnación de la paternidad y Principio de interés superior.*

Abstract:

In this paper the applicability of the principle of best interests of children and adolescents in the process of contesting paternity, from a normative, doctrinal and jurisprudential reflection is analyzed.

Providing relating to legal practitioners, family advocates, lawyers, regarding the principle referred to, and encouraged to reflect on the need to sue the psycho-legal support, and procedural input, viewed from the perspective of strengthening the context deteriorated family, whose decision processes leads to the breakdown of relationships affiliates, or the strengthening of ties that were not present; protecting the social context and securing the legacy of responsibility accorded to legal practitioners and social guarantors.

Keywords: *Parentage, parenthood and Challenging principle interests*

Artículo: *Recibido el 24 de enero de 2014 y aprobado el 21 de abril de 2014.*

Edna Patricia Camargo. *Magister en Psicología Jurídica; Especialista en Psicología forense; en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social; Psicóloga. Investigadora Instituto de Estudios Políticos Universidad Autónoma de Bucaramanga y docente de la Facultad de Derecho.*

Correo electrónico: *ecamargo2@unab.edu.co*

Mary Verjel Causado. *Magister en Derecho de Familia; Especialista en Violencia intrafamiliar, niñez y adolescencia; Derecho de familia; abogada. Directora de la maestría en Derecho de Familia, Universidad Autónoma de Bucaramanga y docente de la Facultad de Derecho.*

Correo electrónico: *mvergel@unab.edu.co*

¿Se aplica el principio de interés superior del niño, niña o adolescente en los procesos de impugnación de la paternidad?

Edna Patricia Camargo

Mary Verjel Causado

Introducción

La filiación es uno de los temas del Derecho de Familia que ha avanzado de forma considerable, particularmente con los aportes de la genética y en lo que respecta a los titulares de la acción de impugnación de paternidad que se hallen legitimados para adelantar dicha pretensión. Para ello, se establecen disposiciones legales que muestran los lineamientos, ya sea para investigar o desvirtuar la paternidad, acuñados en la Ley 1060 vigente a partir del 26 de julio del 2006, estableciendo nuevos titulares para impugnar paternidad y maternidad, al igual que delimita el momento para exponer el interés jurídico de estos.

En lo que atañe a los titulares de la impugnación de la paternidad se puede decir que la ley es expresa, al afirmar que únicamente podrán iniciar este tipo de procesos el hijo, el padre biológico, el supuesto padre, los herederos del supuesto padre, los ascendientes del padre y cualquier persona que tenga interés actual en ello, de conformidad con los artículos 5, 7, 8 de la Ley en mención y el artículo 220 del Código Civil.

En el desarrollo de dichos procesos es común que se presenten conflictos de interés económico, afectivos, psicológicos, entre otros, frente a los cuales el operador jurídico debe entrar a dirimir. En ocasiones la respuesta está establecida desde la normativa, pero en otras, se debe acudir a diversos medios probatorios, entre los que se encuentra la prueba pericial - genética, prueba testimonial, interrogatorio de parte, indicios, etc.

Es de resaltar que actualmente se da prioridad a la prueba pericial genética como elemento decisivo para resolver estos conflictos, dejando de lado aspectos de trascendental importancia en lo que respecta al desarrollo psico - evolutivo del sujeto, factor que desde todo contexto se considera básico para el desenvolvimiento armónico del tejido social, máxime cuando se está hablando de relaciones afectivas, vínculos familiares, parentesco o filiación, voluntad de acogida y apegos instaurados.

Aunque las divergencias referentes a impugnación de la paternidad, se presentan en forma ocasional, frente a otras que atañen al contexto del derecho de familia como son: investigación de la paternidad, divorcios, cesación de efectos civiles, interdicciones de discapacitados mentales absolutos, entre otros; en dichos procesos es importante la dirección activa del juez y el apoyo de los auxiliares de la justicia.

Tanto en el ámbito nacional como en el internacional, los procesos de impugnación de la paternidad se amparan totalmente en la respuesta dada por la

prueba científica con marcadores genéticos, utilizando la técnica de ADN, salvo en muy pocos casos, en que se expresa que la decisión puede afectar al menor, presentando aspectos valorativos como el “*summum ius summa iniuria*”, es decir, que la aplicación rigurosa de la ley puede originar graves injusticias” (Convenio Colegio de Abogados de Costa Rica. Impugnación de la paternidad, 2010, p. 6), decisión que el fallador debe justificar a partir de lo consagrado expresamente en el principio de interés superior del niño, niña y adolescente.

Resaltando que los procesos de impugnación de la paternidad, implican no solo aspectos jurídicos, sino también psicológicos y sociales, máxime cuando en estos casos se arbitra sobre elementos concernientes al desarrollo psico-social y afectivo de un niño, niña o adolescente, factor clave en el devenir futuro de este y en el fortalecimiento del tejido social, principalmente cuando desde tiempo atrás y producto de múltiples estudios e investigaciones, se ha resultado como precedente fundamental del comportamiento disocial, la descomposición familiar y la ausencia de lazos afectivos sólidos.

Dentro del aporte jurídico se presenta lo relativo a medios probatorios aplicados en este tipo de divergencias, permitiendo destacar que el fallador al momento de dirimir y fundado en el poder que la ley le confiere, puede hacer uso de medios de apoyo, como son los auxiliares de la justicia, profesionales capacitados en áreas específicas, quienes pueden ser requeridos como mediadores, posibilitando la interiorización del evento, menguando así los efectos traumáticos que vengan o surjan después del fallo, acompañamiento que puede ser contemplado como requisito fundamental, antes de emitir un fallo de este tipo.

Contenido

Filiación e impugnación

La filiación como tema básico en Derecho de Familia ha necesitado incorporar modificaciones, producto de la conexión que esta tiene con los avances de la ciencia y la tecnología, prioritariamente los relacionados con la procreación y las particularidades genéticas que posibilitan establecer aspectos de descendencia entre dos personas, una de las cuales es padre o

madre de la otra, la filiación es definida como “la relación entre el padre y el hijo” (Somarriva, 1982, p.349), reconocida como un derecho fundamental, consagrado en la Constitución Política de Colombia. (1991, Artículo 42).

Desde el punto de vista etimológico, “el término filiación viene del latín *filius*, es decir, la procedencia de los hijos respecto a los padres” (Parra, 2008, p. 9). Desde el derecho romano, los descendientes que eran aceptados por el *Paterfamilias* eran admitidos en el hogar de este (parientes *agnados*); por tanto, iguales, siempre y cuando fueren del matrimonio legítimo, con todos los beneficios familiares y económicos. Ya los hijos nacidos de las concubinas, esclavas, de personas que no estaban casadas, e incluso hijos de la misma esposa, pero que no fueran admitidos en el hogar, solamente tenían un parentesco de sangre (*cognado*).

El parentesco es la base de la filiación que se fundamenta en un lazo biológico, con reconocimiento jurídico, originado en aquellas relaciones sexuales que posteriormente posibilitan la concepción, dando lugar al hecho del nacimiento, pero tiene una excepción: la adopción, creación legal, fundamentada en la voluntad de una o varias personas, según sea el caso.

Muchos autores han tocado el tema de la filiación, abordándolo desde contextos netamente jurídicos, hasta éticos y biológicos; dentro de estos están: Naranjo (2002) “la filiación tiene su origen en ciertos hechos o actos, unos de hecho y otros de derecho. De allí que existan tres clases de filiación: legítima, ilegítima y adoptiva” (p. 445); Jaramillo (2008) refiere que:

La filiación es una creación del derecho que mirada desde la óptica jurídica, es el enlace de consanguinidad (salvo la adopción) que une al hijo con sus padres, y que desemboca en la relación de parentesco establecida por la Ley (paternidad o maternidad) (p. 442);

Para Monroy (2004) “filiación es el vínculo que une al hijo con su padre o madre. Desde el punto de vista del padre o de la madre, se llama paternidad o maternidad, respectivamente” (p. 47); Suárez (1998) expresa que

Filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, como



consecuencia de la relación natural de procreación que la liga con la otra. Estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones (p. 4)..

Barbero y Messineo (2009 como se citó en Lafont, 2009), definen “Filiación no solo es una relación jurídica, sino también un hecho como el de generación, y un estado derivado de la relación, se trata de una relación simétrica la paternidad o maternidad, en virtud de la cual el sujeto adquiere el status de padre o madre del nacido” (p. 342), entre otros.

Teniendo en cuenta lo expresado por los autores referidos, es importante resaltar que dentro de las características que implica el proceso de filiación, es necesario advertir elementos sustanciales como son: los vínculos, la ética e intereses morales, emocionales y afectivos que comprometen el desarrollo integral del niño, niña y adolescente, sin desconocer la implicación jurídica que se otorga a la verdad biológica.

De los elementos anteriormente mencionados, se derivan diversos derechos familiares, entre los cuales están: patria potestad, custodia y conocimiento familiar, este último, con implicaciones sociales y jurídicas en la identidad del sujeto, así como añadió López del Carril, siguiendo a Cicu, como se citó en Lafont, (2008):

Hay que tener en cuenta que el derecho subjetivo familiar, tiene dos elementos: a. El interés familiar que constituye un interés superior autónomo y eventualmente opuesto a los intereses de cada una de las personas que componen el grupo familiar, pudiendo producirse la colisión de derechos subjetivos personales individuales entre sí con el núcleo familiar. b. Los poderes familiares que son una voluntad a la cual se reconozca jurídicamente la potestad de actuar (p. 348).

Respecto al derecho de conocimiento familiar, Mazeaud y Mazeaud (1959, como se citó en Lafont, 2008) afirman:

Es la facultad para indagar y saber ciertos aspectos de la familia, sin que ello implique el

establecimiento, modificación o extinción de algunas relaciones jurídicas (vgr. Filiación), derechos (vgr. sobre el nombre y apellido), estados (vgr. el estado civil, parentesco, etc.). Por lo tanto, dicho derecho y conocimiento familiar comprende, entre otros: en primer término, el derecho al conocimiento del origen familiar, como aquella facultad para indagar y saber no solamente su origen inmediato, esto es, quiénes son sus padres (que constituya un derecho especial de los hijos adoptados, tal como ha sido consagrado por el artículo 76 del Código de Infancia y Adolescencia), sino que también sea un derecho de los mal llamados “hijos de padres desconocidos”, implicando el derecho a indagar y conocer la ascendencia (bisabuelo, tatarabuelos, etc.).

En segundo término, el derecho al conocimiento de los vínculos familiares, como aquella facultad para indagar y saber, de un lado, cuál es el carácter del vínculo (desde el ángulo jurídico, como el de saber su carácter legítimo, extramatrimonial o adoptivo, así como el padre o la madre correspondiente; y también tener el conocimiento desde los demás ángulos, como lo relativo a su estrato, religión, educación, condición económica, condición moral, etc.), no solo frente a los padres, sino también frente a todos los relacionados con la familia, esto es, frente a todos los parientes y afines; a su vez, aplicable a los hijos adoptivos.

En cambio, distinto del derecho al conocimiento familiar, es el derecho a la filiación, pues es aquella facultad para investigar y establecer, modificar o extinguir relaciones jurídicas que indican la descendencia de progenitores e hijos; y del derecho a establecer la genealogía, pues a diferencia del anterior no es “una cuestión de estado civil”, sino a establecer, con base en pruebas formales e informales, el estado de parentesco de un allegado con otro.

Esbozar el tema de filiación requiere diferenciar las corrientes que dentro de ésta se establecen; por un lado se presenta como el derecho al conocimiento de los vínculos familiares y como el derecho a establecer la genealogía, es decir, la comprensión concreta del vínculo genético; a su vez, no se puede omitir el carácter normativo; es ahí donde se presentan ajustes que llevan a extrapolar el término y a tocar aspectos como la filiación plural que considera

“los hijos habidos dentro del matrimonio y los habidos fuera de él” (Constitución Política de Colombia, 1991. Art. 42), la Ley 1060 de 2006, reconoce como hijos a los nacidos dentro del matrimonio y a los nacidos durante la declarada unión marital de hecho, pero deja por fuera a aquellos que no son producto de ninguna de las mencionadas; condiciones que de requerir ser dirimidas, demandan un manejo objetivo y por sobre todo, de responsabilidad social, otorgada al operador jurídico.

Dentro de esa búsqueda del equilibrio entre lo genético, el conocimiento familiar, y lo establecido legalmente, aparecen las llamadas acciones del estado civil, unas de reclamación en donde la persona solicita un estado civil que no tiene, y otras de impugnación donde la persona se encuentra amparada en un estado civil, pero busca desvirtuarlo, porque considera que no es el verdadero, ya sea de maternidad o de paternidad.

Las acciones de reclamación consisten en solicitar un estado civil de hijo que no se posee, frente a las cuales se observan una serie de características como el ser positivas, en el sentido que buscan establecer el estado civil de hijo; extrapatrimoniales, que producen efectos económicos derivados de aquel; propias o exclusivas de su titular, taxativamente la ley establece quiénes pueden reclamar; e imprescriptibles, debido a que no existe límite de término para reclamarlo.

Las acciones de impugnación se consideran como aquel fenómeno jurídico en virtud del cual, mediante una acción o pretensión, se ataca una relación filial, por no considerarse respaldada genéticamente, petición que puede interponerse desde diversas direcciones, entre las cuales están, de hijo a padre, o viceversa para que se declare la inexistencia o no existencia del vínculo. Estas poseen características como la consagración individual o casuística; son negativas, en cuanto se dirigen a desvirtuar un estado civil que se ostenta; extrapatrimoniales; propias o exclusivas de su titular; y prescriptibles.

Considerándose el tema de la impugnación como de abordaje complejo, las altas Cortes se han pronunciado afirmando que:

En las acciones de impugnación, una persona amparada por un estado civil busca desvirtuarlo, en caso de que considere que este

no es el verdadero. Por tanto, no es similar reclamar un estado civil que impugnarlo, aun cuando la reclamación pueda implicar en muchos casos la impugnación” (Corte constitucional. C-109, Marzo 15 de 1995).

La impugnación puede estar dirigida contra la paternidad o la maternidad. Dentro de estos procesos el medio probatorio principal que debe ser decretado, aún de oficio por el juez, es la prueba científica con marcadores genéticos, utilizando la técnica de ADN, la cual debe ser valorada, como preámbulo al fallo. Pero frente a esa práctica jurídica, se origina una pregunta fundamental, una vez se conoce el resultado, que en la mayoría de los casos se espera sea excluyente como padre biológico, ¿el operador jurídico al momento de fallar, tiene en cuenta el interés superior del niño, niña y adolescente?, calificado este, como lo expresa Fernández (2010): un principio que debe discurrir junto con otros factores, siendo este importante, principal y garantista, a su vez, se considera norma de interpretación y resolución de conflictos jurídicos, por ligarse a los derechos fundamentales.

Principio de interés superior

Es el criterio determinante, al que han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos; a juicio de la Corte, se hace necesario ponderar “no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”. (Convención sobre Derechos del Niño, 1989)

Reflexionando sobre las implicaciones jurídicas y sociales inmersas en un fallo de impugnación de la paternidad y las incógnitas que se suscitan en el niño, niña o adolescente, conforme a la etapa evolutiva que esté atravesando, sumado a las demandas y expectativas que pueda tener en relación a su presente y futuro, el resultado excluyente de la prueba genética, puede implicar daños muy severos en el desarrollo psicosocial de este; lo anterior fundamenta la necesidad del acompañamiento psico-jurídico, al contexto familiar, particularmente a aquel, que le ha



modificado su estado civil de hijo y por ende su contexto socio familiar.

Definir el principio de interés superior resulta dispendioso, máxime cuando es calificado como un término jurídico reciente, haciéndolo impreciso y con múltiples funciones o aplicaciones, pero que a pesar de su novedad es abordado desde las diversas instancias normativas, tanto de carácter internacional como nacional, refiriéndose a este como un “principio general de derecho”, considerado en el artículo 38 letra c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, disposición que es reseñada en instancias similares, las cuales se ocupan puntualmente de garantizar el trato especial que se debe dar a los niños, niñas y adolescentes, amparados en la “falta de madurez física y mental, por tanto, necesitan protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño).

Documentos de similar categoría forman el cúmulo de material jurídico que puede presentarse al momento de esbozar la temática concerniente a la protección especial que ameritan los menores, entre los cuales están: Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924), Convención sobre los Derechos del Niño (1989), y en diversos estatutos e instrumentos especializados que se interesan en el bienestar del niño.

En Colombia se presenta taxativamente en la Constitución Política (Art. 44) “los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás”, categorización que repercute en el contexto familiar, social y por ende al Estado, instituciones que por su envergadura deben asistir y proteger al niño, niña o adolescente, de forma tal, que se propenda por garantizar el desarrollo armónico e integral de estos, a su vez, la jurisprudencia ha contribuido significativamente en lo que respecta al desarrollo de la temática desde diversas manifestaciones, sobre todo en los casos donde los derechos o intereses se encuentren en conflicto frente a los de los padres u otras personas involucradas y como normativa particular se promulgó la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, Art. 6º, en donde se reitera lo contenido en la

Constitución Política, tratados, convenciones y pactos internacionales ratificados por Colombia, constituyéndose este documento en la columna que guía el desarrollo, orientación, interpretación y aplicación de la norma más favorable al interés superior del menor.

Aportado lo anterior, se puede puntualizar que el principio de interés superior de los niños, niñas o adolescentes, es el criterio orientador de interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia, el cual se atenderá como consideración primordial, haciendo parte del bloque de constitucionalidad, a partir del reconocimiento internacional universal, adquiriendo el carácter de norma de Derecho Internacional general, desde el cual se ampara el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Se establece que “El interés superior del menor es una norma fundamental, con la funcionalidad creativa, imperativa e integrativa que tienen los principios generales. Este principio es, la proyección inmediata de la preeminencia de los derechos de los niños” (Parra, 1997, p. 447). En lo que respecta a la práctica y aplicabilidad normativa:

El principio del interés superior es una disposición que describe derechos tales como la igualdad, la protección efectiva, la autonomía, la libertad de expresión, en los que, su cumplimiento es una exigencia de la justicia. Este principio del interés superior se impone a las autoridades, es obligatorio especialmente para las autoridades públicas y dirigidas a ellas. Este principio, admite en el marco de un sistema jurídico, basado en el reconocimiento de derechos, que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos reconocidos” (García y Beloff, 1998, p. 69).

A su vez, es considerado multifacético, ya que redime no solo la protección de derechos individuales, sino también la de aquellos denominados minoraes, estableciendo como consideración fundamental, lo relativo a la necesidad que tiene el menor de recibir afecto, seguridad y cuidado continuado.

Desde esta perspectiva de análisis, el menor se hace acreedor de un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto de especial protección y de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las

circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que se halla. Es así que el interés superior del menor posee un contenido de naturaleza “*real y relacional*” (Corte Constitucional. Sentencia T-408, 1995), criterio con el cual se exige una verificación y especial atención a los elementos concretos y particulares que distinguen a los menores, sus familias y en donde se encuentran presentes aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos de gran calado en la sociedad.

La connotación e importancia que ha adquirido el tema del interés superior del menor y la progresiva evolución legislativa no es gratuita, “en el pasado el menor era considerado menos que los demás y por consiguiente su intervención y participación en la vida jurídica, y en la mayor parte de las situaciones que jurídicamente le afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.” (Corte Constitucional. T-078, 2010).

Establecido el interés superior como un principio garante, la Convención sobre los Derechos del Niño [ONU], (1989) dispone que: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño” (Art. 3.1).

Este principio supone que los derechos del niño se ejercen dentro del contexto social, surgiendo así como directriz para dirimir conflictos en casos donde estén involucrados diferentes derechos, guiando al funcionario público o privado, en lo que respecta tomar decisiones, a partir de la interpretación de la normativa vigente; la Corte Constitucional precisó que las autoridades administrativas y

judiciales, encargadas de interpretar el contenido de este, cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, debiéndose cuestionar cuál es la solución que mejor satisface dicho interés. Esto exige a las autoridades altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección, obligándolos a asumir un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones.

También la Corte ha establecido criterios generales para determinar el contenido del principio de interés superior: (a) garantía del desarrollo integral del menor; (b) preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (c) protección del menor frente a riesgos prohibidos; (d) equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; y (e) necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado.

Amparados en el contexto descrito, los derechos del niño han conducido al niño, niña y adolescente a una nueva posición consistente en “existir como grupo social claramente delimitado entre la edad de 0 y 18 años, aun cuando esta parte de la vida sea dividida en pequeña infancia, infancia, adolescencia y juventud” (Zermatten, 2003, p. 81).

Como material complementario al desarrollo conceptual presentado, se organizó la información, relativa a jurisprudencias que han

Tabla 1

Sentencias de la Corte Constitucional que desarrollan el tema del principio superior del niño, niña y adolescente.

Nº de la Sentencia	Fecha	Magistrado ponente
C-005	Enero 14 de 1993	Ciro Angarita Barón
C-019	Enero 25 de 1993	Ciro Angarita Barón
T-408	Septiembre 12 de 1995	Eduardo Cifuentes Muñoz
T-459	Octubre 2 de 1995	Eduardo Cifuentes Muñoz



Nº de la Sentencia	Fecha	Magistrado ponente
T-477	Octubre 23 de 1995	Alejandro Martínez Caballero
T-715	Septiembre 27 de 1999	Alejandro Martínez Caballero
C-1287	Diciembre 5 de 2001	Marco Gerardo Monroy Cabra
T-1051	Octubre 31 de 2003	Clara Inés Vargas Hernández
T-554	Julio 10 de 2003	Clara Inés Vargas Hernández
C-184	Marzo 4 de 2003	Manuel José Cepeda Espinosa
T-397	Abril 29 de 2004	Manuel José Cepeda Espinosa
T-543	Mayo 28 de 2004	Jaime Córdoba Triviño
T-292	Marzo 25 de 2004	Manuel José Cepeda Espinosa
T-494	Mayo 13 de 2005	Rodrigo Escobar Gil
T-497	Mayo 13 de 2005	Rodrigo Escobar Gil
T-599	Julio 27 de 2006	Álvaro Tafur Galvis
T-090	Febrero 8 de 2007	Manuel José Cepeda Espinosa
T-772	Julio 31 de 2008	Clara Inés Vargas Hernández
C-149	Marzo 11 de 2009	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
C-663	Septiembre 22 de 2009	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
C-109	Marzo 15 de 1995	Alejandro Martínez Caballero
T-078	Febrero 11 de 2010	Luis Ernesto Vargas Silva
C-145	Marzo 3 de 2010	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
T-572	Julio 15 de 2010	Juan Carlos Henao Pérez
C-840	Octubre 27 de 2010	Luis Ernesto Vargas Silva
T-502	Junio 30 de 2011	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
T-071	Febrero 15 de 2012	Jorge Iván Palacio Palacio
C-383	Mayo 24 de 2012	Luis Ernesto Vargas Silva
T 352	Mayo 15 de 2012	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Medios probatorios

Como soporte fundamental sobre el cual se amparan los procesos de impugnación de la paternidad/maternidad, está el derecho inalienable que tiene todo niño, niña o adolescente a que se le defina su filiación, a conocer quiénes son sus padres y a crecer en el seno de una familia y si es necesario para lograrlo emplear los mecanismos legales disponibles y establecidos explícitamente en la Ley 721 de 2001, afín con lo normado en el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, relativo a medios de prueba.

En la mayoría de los casos el juez solicita al supuesto padre/madre la realización de la prueba “la cual se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal. Por tanto, toda decisión fundada en una prueba

actúa por vía de conclusión: dado tal hecho, se llega a la conclusión de la existencia de tal otro” (Bentham, 2001, p. 8), en estos casos la empleada es la técnica del ADN con el uso de los marcadores genéticos (Ley 721/01. Art. 1, parágrafo 2), valorada por la comunidad científica con altos niveles de probabilidad, medio de prueba que los operadores jurídicos y la norma, establecen como determinante al momento de fallar.

Aunque la prueba pericial genética tiene mérito propio, no puede excluir o anular la solicitud o exploración de otros medios probatorios, a partir de los cuales los sujetos procesales en disputa conozcan los “fundamentos que tuvo el juez para darle la razón al demandante, o, por el contrario, para decidir en contra de sus pretensiones” (Castro, s. f., p. 1), máxime en situaciones como la aquí estudiada

(impugnación de la paternidad), en donde está de por medio el futuro de un niño, niña o adolescente.

Considerando que el derecho procesal civil es benévolo al referir los elementos con mérito probatorio como son: “declaración de parte, juramento, testimonio de terceros, dictamen pericial, inspección judicial, documentos, indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez” (Art. 175). Se puede notar que la Ley 721 de 2001, asigna un valor casi que exclusivo a la prueba técnica del ADN con el uso de los marcadores genéticos y solo advierte el empleo de otros medios probatorios en casos puntuales donde sea imposible practicarla “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” (Art. 3).

Bien se puede advertir que una realidad contundente, como la derivada de la prueba genética de ADN, resultará irrefutable frente a la presencia de otros medios probatorios, pero también se podría presentar en dicha valoración, un “Defecto fáctico: Cuando en el curso de un proceso se omite la práctica o decreto de pruebas o estas no son valoradas debidamente, con lo cual variaría drásticamente el sentido del fallo proferido”. (Corte Constitucional T - 017 de 2012, p.12), máxime cuando lo que está definiéndose es el futuro de un menor, accionar que requiere más que un resultado numérico; por tanto, puede pensarse entonces, que sin hacer gravoso, oneroso o dispendioso el proceso, el juez de familia debe considerar otros elementos probatorios bien significativos dentro de este tipo de controversias como es el dictamen pericial, “procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos” (Art. 226 Código General del Proceso- CGP), definida como aquella realizada por un experto, con el propósito de aportar las máximas de la experiencia, apoyar al juez en conocimientos que no posee o no puede poseer y facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto del debate (Climent, 1999).

En ocasiones se considera que la prueba pericial presenta cierta similitud con la prueba

testimonial, específicamente en lo atinente a la sustentación por parte del experto, como lo expresa el artículo 226, del CGP, cuando menciona que al perito le sean aplicables en lo que corresponda, las reglas del testimonio; pero en realidad difieren significativamente, en tres aspectos fundamentales, primero, la persona que las realiza o informa al juez; segundo, la forma de presentación, las investigaciones o análisis realizados por el perito deben ser consignados en dictámenes que se entienden presentados bajo la gravedad de juramento (226 CGP); y tercero la valoración, el juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad (Art. 235 CGP).

En cuanto a las diferencias presentadas, es importante señalar algunas precisiones, se considera testigo al tercero que expone o relata ante el juez los hechos o circunstancias relacionadas directa o indirectamente con el asunto que se investiga (Martínez, 2006), y del cual conoció por medio de su percepción sensorial; el perito es un experto generalmente llamado a rendir información precisamente por poseer conocimientos que no tiene el fallador, debiendo demostrar acreditación e idoneidad en el método y uso de instrumentos empleados, también “desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes” (Art. 235 del CGP), diferencia crasa con el testigo de hechos.

En lo que concierne a la forma de presentación o exposición del relato, el testigo, aun siendo un sujeto procesal importante, la versión que aporta, en no pocas ocasiones, es motivo de desconfianza, básicamente establecida en lo que respecta a la confiabilidad de este, “pues el conocimiento que transmite puede estar viciado por prejuicios, intereses, problemas de percepción, problemas de rememoración o problemas de interpretación, entre otros; inclusive el uso incorrecto del lenguaje puede dar lugar a que el conocimiento del testigo no sea transmitido en forma adecuada” (Bedoya, 2008, p. 62), frente a lo cual, la normativa considera:



Para apreciar el testimonio “el juez interrogará al testigo acerca de su nombre, apellido, edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios que haya realizado, demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo que afecte su imparcialidad” (Art. 221 CGP), a su vez, “el juez pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance” (Art. 221, parágrafo 3, CGP) y tendrá en cuenta los principios técnicos científicos sobre la percepción y la memoria, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad (Artículo 404 CPP).

Diferente es de la versión ofrecida por el perito, quien funge como un “testigo privilegiado” (Bedoya, 2008, p.187) quien a partir de la observación, aplicando conocimientos y procedimientos específicos, en donde se garantice la intermediación, la contradicción y la publicidad; presupuestos básicos del debido proceso probatorio y regulado desde lo procedimental, trasmite la información al juez, la cual está supeditada a lo consignado en el dictamen pericial, documento que:

Deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba. El

dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado (Art. 227 CGP).

Establecidas las diferencias y presentada la importancia de la información aportada por los testigos (de hechos o perito) respectivamente, es significativo señalar la imposibilidad de considerar el testimonio de terceros dentro del acervo probatorio en procesos de impugnación de la paternidad, máxime cuando la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto refiriendo:

La excepción aludida se abstiene de invadir la esfera íntima de las relaciones familiares, en aras de preservar la armonía y unidad de esta célula básica de la sociedad... proteger la armonía y la unidad familiar que puede verse amenazada si se impone la obligación de declarar en contra de tales parientes, proscribiendo toda actuación de las autoridades que busque obtener la confesión involuntaria de quien es parte en un proceso, o la denuncia penal de los familiares cercanos, en las mismas circunstancias de involuntariedad (Sentencia C-1287 de 2001).

Siguiendo lo anterior la Constitución Política tiene, entre otros fines, la protección de la familia, señalando que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos...”. (Art. 42), pues es indiscutible que se afecta si las personas son obligadas a declarar en contra de sus parientes más cercanos.

Resaltando lo expresado, en los casos de impugnación de la paternidad, podría ser útil solicitar el dictamen pericial psicológico, valoración centrada en el análisis del comportamiento humano, dentro de divergencias judiciales, en casos donde sean ineludibles los conocimientos de un experto, quien se pronunciará conforme a lo solicitado por la autoridad a través del dictamen pericial “en aras de los principios de igualdad de armas y contradicción, los informes periciales deben integrarse al proceso de descubrimiento probatorio así como real y efectivamente conocidos por la contraparte, para que pueda diseñar una estrategia, si fuese de su interés” (CSJ., auto 27536 de septiembre 6 de 2007).

Es pertinente recordar que el dictamen pericial no vincula al juez y por tanto no puede ser valorado como cualquier otro medio

probatorio (Bedoya, 2008, p. 188), es decir, que los operadores judiciales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica y en aquellos casos donde se expongan “distintos dictámenes contradictorios, el Juez se podrá inclinar con el que le merezca mayor fiabilidad y credibilidad” (Bedoya, 2008, p. 188).

La jurisprudencia nacional viene reiterando desde hace muchos años que el dictamen pericial no vincula al juez, pues, a pesar de sus características, es una prueba más. Esta misma línea de pensamiento se observa en el derecho comparado. Por ejemplo, el Tribunal Supremo Español, en providencia del 28 de octubre de 1997, resaltó:

Los dictámenes periciales son opiniones, dictámenes o pareceres de los técnicos en la materia, como reflejo de actos puramente personales. Mas como tales opiniones han de estar sometidos, al igual que el resto de los medios probatorios utilizados en el proceso, al principio de la libre valoración de la prueba que demanda, prioritariamente, una conjunta valoración sin conceder “a priori” valor superior a un medio sobre otro. Si respecto a un tema concreto se hubieran llevado a cabo distintas pruebas, además de la pericial, con resultado diferente, claro es que entonces se reconoce al órgano judicial la facultad de llevar a cabo esa conjunta valoración de la prueba, que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece expuesta por la prueba pericial sino la que ofrecen otros medios probatorios, también cuando los jueces razonablemente discrepen de todo o de parte del contenido pericial (ver sentencias del 22 de febrero de 1996, 13 y 12 de marzo, 27 de febrero de 1995, 14 de septiembre y 13 de julio de 1994).

Dentro de los procesos de impugnación de la paternidad, se deben revisar aspectos muy puntuales como: grado de aptitud o autonomía del menor inmerso en el proceso, “El menor es importante para el Juez de Menores en los procesos que a él incumban, por ello, debe ser escuchado, pues tiene unos derechos constitucionales que no pueden ser desconocidos” (Castro, s. f., p. 10); la situación particular concerniente a circunstancias personales, socio-familiares y del entorno; así como elementos puntuales contemplados normativamente.

En los procesos de impugnación de la paternidad/maternidad, la prueba pericial psicológica, le posibilitaría al juez conocer aspectos de trascendental importancia, que atañen íntimamente al niño, niña o adolescente como son: relaciones o vínculos afectivos, dependencia y acompañamiento económico, es de resaltar que no se busca la aplicabilidad de esta como medio contradictor, ya que es menguada por el resultado arrojado por la prueba genética, en donde concreta y científicamente se establece el lazo biológico.

En este escrito se exhorta o reclama la participación del psicólogo jurídico, como profesional de apoyo al operador judicial en cumplimiento de los criterios que integran el principio de interés superior ya descritos, en lo concerniente a precisar aspectos relativos a clases y tipos de vínculos, relaciones familiares, aspectos emocionales, dependencias, entre otros, posibilitando un manejo adecuado de la situación jurídica, que contribuya a hacer menos traumático este tipo de divergencias.

CONCLUSIONES

Dentro del desarrollo jurídico presentado se exponen los criterios requeridos por parte del operador judicial, en lo relativo a la aplicabilidad del principio de interés superior, de donde se espera que este, al momento de resolver la impugnación de la paternidad, el fallo, ostente características de objetividad, racionalidad, seriedad y responsabilidad, máxime cuando con posterioridad a dicha decisión el niño, niña y adolescente implicado, pierde de forma tajante, elementos que le han permitido reconocimiento y adecuación social, motivando al juez de familia, para que antes de decidir, inspirado en la prueba genética y los principios científicos de la sana crítica, solicite que el grupo familiar encause el proceso con la intervención de un profesional, contribuyendo así a menguar los efectos devastadores que se pueden provocar en el psiquismo del menor, a raíz de cambios tan abruptos dentro de su entorno próximo y que, de no ser tratados, pueden propiciar comportamientos inadecuados, como forma de expresión de problemáticas erradamente manejadas.

La normatividad vigente privilegia el derecho individual que tiene el padre a impugnar



su paternidad, frente al mismo interés superior del niño, niña o adolescente y del interés general del núcleo familiar, vulnerando casi en su totalidad los criterios que fundamentan dicho principio.

Como consideración importante a partir de esta reflexión, se hace imperativo, que el operador jurídico, al momento de resolver demandas de impugnación de paternidad, diferencie el derecho que se le otorga al niño, niña o adolescente a conocer su origen biológico, enmarcando aquí elementos sustanciales como: vínculos, ética e intereses morales, emocionales y afectivos que comprometen el desarrollo integral de este; del derecho a la filiación, cuyo objeto principal es establecer, modificar o extinguir relaciones jurídicas que indican la descendencia de progenitores e hijos, definiendo la genealogía, respaldado científicamente por la prueba de marcadores genéticos, con la técnica de ADN; en virtud a lo anterior, frente a un proceso de esta naturaleza, la respuesta que se espera del fallador, no solo debe implicar intereses individuales (demandante), sino por el contrario, a partir de la sana crítica proteger el contexto familiar y social "el interés privado deberá ceder al interés público o social" (Art. 58. Constitución Política de Colombia, 1991), para lo cual deberá acoplar los medios probatorios, de manera tal que su decisión esté fundamentada en el cumplimiento de criterios integradores del principio de interés superior, como son: (a) garantía del desarrollo integral del menor; (b) preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (c) protección del menor frente a riesgos prohibidos; (d) equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; y (e) necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado (Sentencia T- 497 de 2005).

Bibliografía

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Julio 20.
- Bedoya, L. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación. Escuela de estudios e investigaciones criminalísticas y ciencias forenses.
- Bentham, J. (2001). *Tratado de las pruebas judiciales*. Vol. 1. México: Editorial jurídica universitaria.
- Castro, S. *La función social de la prueba judicial en los procesos de familia*. Instituto colombiano de derecho procesal. [En línea]. Recuperado en: <http://www.icdp.co/revista/articulos/14-15/SandraJeannetteCastro.pdf>
- Colegio de Abogados de Costa Rica. (S.F). *Impugnación de la paternidad por padre registral*. Universidad de Costa Rica. [En línea]. Recuperado en: http://aslegalcr.com/blog/wp-content/uploads/2007/09/1471_impugnacion_d_e_paternidad_por_padre_registral_2-07.pdf
- Congreso de la República. (1887). *Ley 57*. "Por la cual se dictan normas sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional". Abril 15.
- Congreso de la República. (1968). *Ley 75*. "Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar". Diciembre 30.
- Congreso de la República. (1991). *Ley 12*. "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989". Enero 22. [En línea]. Recuperado en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=10579>
- Congreso de la República. (2001). *Ley 721*. "Por la cual se modifica la ley 75 de 1968". Diciembre 24.
- Congreso de la República. (2006). *Ley 1060*. "Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad". Julio 26.
- Congreso de la República. (2012). *Ley 1564*. "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones". Julio 12.
- Declaración de los Derechos del Niño. (1959). *Preámbulo*. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas: Documento A/4354 del 20 de noviembre.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III). Diciembre 10. [En línea]. Recuperado en: http://www.sedbogota.edu.co/archivos/Destacados/2013/simonu/1_Declaracion_Universal_DH.pdf

Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924). Sociedad de las Naciones Unidas. Diciembre 26. [En línea]. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/DECLARACION%20DELOS%20DERECHOS%20DEL%20NIC%91O.php>

Fernández, A. (2010). *La prevención del maltrato intrafamiliar a los niños*. Bogotá D. C.: Leyer.

Jaramillo, A. (2008). *Práctica de Familia, Derecho de la Infancia y la Adolescencia, Jurisprudencia*. Bogotá D.C.: Doctrina y Ley Ltda.

Lafont, P. (2009). *Derecho de Familia, Derecho marital – Filial -Funcional*. 4 ed. Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda.

Martínez, G. (2006) *Procedimiento Penal Colombiano*. 10 ed. Bogotá: Temis.

Monroy, M. G. (2004). *Derecho de Familia y de Menores*. 10 ed. Bogotá D.C.: Ediciones del Profesional Ltda.

Naranjo, F. (2002). *Derecho civil, Personas y Familia*. 9 ed. Bogotá D.C.: Jurídica Sánchez R. Ltda.

Parra, J. (2008). *La Filiación de derecho de Familia*. Bogotá D.C.: Temis S.A.

Somarriva, M. (1982). *Derecho de Familia*. Chile: Imprenta Universal.

Suárez, R. (1998). *Derecho de Familia*. 7 ed. Tomo I y II (varias ediciones). Bogotá D.C.: Temis S.A.

Unicef (2005). *La Niñez Colombiana en Cifras*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Zermatten, J. (2003). *El interés superior del Niño. Del análisis literal al alcance filosófico*. Informe de trabajo. [En línea]. Recuperado de: http://www.childsrighs.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf