



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA UNITARIA CIVIL- FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA
DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

AF-0016-2022

Asunto : Apelación - Interlocutorio
Tipo de proceso : Verbal – Filiación extramatrimonial
Demandante : Érika María Ospina Cuartas
Demandados : Liceth Fernanda Valencia González y otros
Procedencia : Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia
Radicación : 66400-31-89-001-**2021-01184-01**
Temas : Peritaje genético - Oportunidad - Contradicción
Mag. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

DIECISÉIS (16) DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La impugnación propuesta por el vocero judicial de la codemandada Marisol Valencia González, contra la providencia fechada el 31-01-2022, que decretó la práctica de examen genético (Expediente recibido de reparto el **10-03-2022**).

2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Ordenó practicar la pericia con marcadores genéticos, usando la muestra de sangre del presunto padre, conservada en el Laboratorio de Genética Médica de la Universidad Tecnológica de Pereira (Cuaderno No.1, pdf No.52); fue recurrida en reposición y se mantuvo (Auto del 22-02-2022), se adujo celeridad y economía procesal, puesto que la práctica con esa muestra agiliza el trámite; además, es menos traumática para las partes, que la exhumación del cadáver; y, está en custodia en un laboratorio acreditado (Cuaderno No.1, pdf No.63).

3. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

Exige que se deseche la muestra existente y se tome otra en proceso de exhumación porque: **(i)** El “informe” que reposa en el laboratorio y que se quiere usar para la prueba, fue controvertido en otro proceso de impugnación de paternidad, por desconocer su autenticidad; **(ii)** La exhumación es veraz e ideal para determinar la paternidad, según el ICBF; y, **(iii)** Debe realizarse por institución neutral y no por la misma entidad que expidió el dictamen cuestionado.

Solicitó revocar y ordenar la exhumación y el examen biológico a cargo Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Grupo de Genética de Bogotá (Cuaderno No.1, pdf No.56).

4. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR

4.1. LA COMPETENCIA. La potestad jurídica para resolver esta disputa, radica en esta Colegiatura por el factor funcional [Arts. 32-1º y 35, CGP], al ser superiora jerárquica del Despacho emisor del auto recurrido.

4.2. LOS REQUISITOS DE VIABILIDAD DEL RECURSO. Según la técnica procesal, para tramitar los recursos, deben concurrir de manera inexorable los presupuestos de viabilidad, trámite¹, o condiciones para tener la posibilidad de recurrir², según la doctrina nacional³⁻⁴, para allanar el escrutinio del tema de apelación.

Esos requisitos son una serie de exigencias normativas formales que permiten su trámite y garantizan su resolución. Así anota el maestro López

¹ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en la segunda instancia. Memorias del XXIX Congreso de derecho Procesal, 2018, ICDP, p.307 ss.

² ESCOBAR V. Édgar G. Los recursos en el Código General del Proceso. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. 2015, p.37.

³ LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2019, p.781.

⁴ PARRA Q., Jairo. Derecho procesal civil, tomo I, Santafé de Bogotá D.C., Temis, 1992, p.276.

B.: “En todo caso sin estar reunidos los requisitos de viabilidad del recurso jamás se podrá tener éxito en el mismo por constituir un precedente necesario para decidirlo.”⁵. Y, explica el profesor Rojas G. en su obra: “(...) para que la impugnación pueda ser tramitada hasta establecer si debe prosperar han de cumplirse unos precisos requisitos. En ausencia de ellos no debe dársele curso a la impugnación, o el trámite queda trunco, si ya se inició.”⁶.

Tales presupuestos son concurrentes y necesarios, ausente uno se malogra el estudio de la impugnación. La misma CSJ enseña: “(...) al recibir el expediente, dentro del examen preliminar que le corresponde hacer (C. de P.C., art.358), debe prioritariamente examinar, entre otras situaciones, si se encuentran cumplidos los presupuestos indispensables para la concesión del recurso de apelación, y en el evento de hallarlos ajustados a la ley, admitirá el recurso, y, en caso, contrario lo declarará inadmisibile (...)”⁷. Y en decisión más próxima (2017)⁸ recordó: “(...) Por supuesto que, era facultad del superior realizar el análisis preliminar para la «admisión» de la alzada, y conforme a la regla cuarta del canon 325 del C.G.P. (...)”.

Esos supuestos son legitimación, oportunidad, procedencia y cargas procesales (Sustentación, expedición de copias, etc.); los tres primeros implican la inadmisibilidad del recurso mientras que, el cuarto, provoca su deserción, así entiende la literatura procesal nacional⁹⁻¹⁰.

En este caso están cumplidos en su integridad. La providencia atacada afecta los intereses de la parte demandada al desestimar la práctica de la prueba conforme se requirió en la contestación (Ibidem, pdf Nos.38, 52 y 63); el recurso fue tempestivo, se interpuso durante la ejecutoria, acorde con el artículo 322-2º, CGP (Ibidem, pdf Nos.57 y 58); es procedente, pues se niega la práctica de la pericia en la forma querida por el recurrente [Art.321-3º, ídem], y está cumplida la carga de la sustentación, a tono con el artículo 322-3º, ib. (Ibidem, pdf No.57).

4.3. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Debe confirmarse, modificarse o

⁵ LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.781.

⁶ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo II, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.468.

⁷ CSJ. Sala Civil. Sentencia del 17-09-1992; MP: Ospina B.

⁸ CSJ. STC-12737-2017.

⁹ LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.776.

¹⁰ ROJAS G., Miguel E. Código General del Proceso comentado, ESAJU, 2017, Bogotá DC, p.511.

revocarse el auto adiado 31-01-2022, que decretó la práctica de examen genético, apelado por el demandado?

4.4. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA

4.4.1. LOS LÍMITES AL DECIDIR EN LA ALZADA. Están definidos por los temas objeto del recurso, es una patente aplicación del modelo dispositivo en el proceso civil nacional [Arts. 320 y 328, CGP], es lo que hoy se conoce como la *pretensión impugnaticia*¹¹, novedad de la nueva regulación procedimental del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.¹². Discrepa el profesor Bejarano G.¹³, al entender que contraviene la tutela judicial efectiva; de igual parecer Quintero G.¹⁴, mas esta Magistratura disiente de esas opiniones divergentes, en todo caso minoritarias.

Ha entendido, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra¹⁵, que opera la aludida restricción. En la última sentencia mencionada, se prohibió lo argüido por la CSJ en 2017¹⁶, eso sí como criterio auxiliar; y en decisiones posteriores y más recientes, la misma Corporación¹⁷ (2019-2021), ya en sede de casación reiteró la referida tesis de la apelación restrictiva.

Arguye en su nueva obra (2021), el profesor Parra Benítez.¹⁸: “*Tiene como*

¹¹ ÁLVAREZ G., Marco A. Variaciones sobre el recurso de apelación en el CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Bogotá DC, editorial, Panamericana Formas e impresos, 2018, p.438-449.

¹² FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324.

¹³ BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663.

¹⁴ QUINTERO G., Armando A. El recurso de apelación en el nuevo CGP: un desatino para la justicia colombiana [En línea]. Universidad Santo Tomás, revista virtual: *via inveniendi et iudicandi*, julio-diciembre 2015 [Visitado el 2020-08-10]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6132861.pdf>

¹⁵ TS, Civil-Familia. Sentencias del (i) 16-02-2021, MP: Grisales H., No.2013-00138-01; (ii) 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01; y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas.

¹⁶ CSJ. STC-9587-2017.

¹⁷ CSJ. SC-2351-2019 y CSJ. SC-3148-2021.

¹⁸ PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.403.

propósito esta barrera conjurar que la segunda instancia sea una reedición de la primera y se repita esta innecesariamente. Además, respeta los derechos de la contraparte, pues esta se atiene a la queja concreta.”.

4.4.2. LA DECISIÓN DEL CASO CONCRETO. Se mantendrá la decisión cuestionada, ya que se estima fundado el razonamiento, para disponer que el dictamen se practique con la muestra de sangre del presunto padre que conserva el Laboratorio de Genética Médica de la Universidad Tecnológica de Pereira (UTP en adelante).

El artículo 386, reglamentario del procedimiento de filiación, impone al juzgador, incluso de oficio, decretar la prueba con marcadores genéticos, con arreglo a las disposiciones de la Ley 721, habida cuenta de su alto valor persuasivo para constatar la paternidad biológica, así razonó la CSJ¹⁹: *“(…) 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 (...)”.*

La pericia debe practicarse por laboratorio legalmente autorizado y certificado [Art.1º, párrafo 1º, Ley 721] y cumplir presupuestos generales [Art.226, CGP] y específicos, tales como, el método empleado, el control de calidad, entre otros [Art.1º, párrafo 3º, Ley 721]; y, será sujeto a la contradicción mediante traslado a las partes, quienes podrán solicitar la aclaración o complementación e, incluso, la realización de nuevo dictamen [Art.386-2º, CGP], siempre y cuando el interesado cumpla la carga de: *“(…) sustentar la petición y precisar los errores que le atribuye, lo que, en términos prácticos, equivale a la antigua “objeción por error grave”, aunque la disposición no emplee la expresión (...)”*²⁰.

Este es el escenario procesal diseñado para discutir los aspectos formales y

¹⁹ CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21-05-2010, MP: Villamil P., No.5001-31-10-002-2002-00495-01.

²⁰ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal. Procesos de familia e infancia, Tomo 6, esaju, 2021, Bogotá DC, p.164-165.

de fondo del dictamen; por lo tanto, como la toma de la muestra biológica es parte integral del examen, habida cuenta de que es la pieza base para su práctica, únicamente podrá ser rebatida en el traslado respectivo. Así las cosas, se muestra prematura la discusión sobre la autenticidad del material empleado para su realización.

La legislación especial no impone perentoriamente al juzgador disponer la exhumación de un cadáver para obtener el material biológico cuando el presunto padre haya fallecido, este es apenas el último recurso que puede emplear, mas no el único, pues es dable que exista otra fuente fidedigna ya acreditada en el proceso. Palmario es que se privilegia la celeridad procesal, como postulado del servicio de justicia.

Resulta desproporcionado adelantar un procedimiento engorroso, costoso y sensible, cuando se dispone de una muestra que, en todo caso, podrá cuestionarse en la fase de contradicción prevista, de tal suerte que evidente luce que están a salvo las garantías del debido proceso y su derivado natural: el derecho de defensa. La exhumación no es el único medio para acceder a la evidencia.

Importa precisar que la institución que disponga de material recolectado mientras vivía el occiso, siempre debe contar con información suficiente para certificar su autenticidad, estado de conservación e idoneidad para practicar el examen, es decir, el registro de la cadena de custodia que también debe llevar el técnico designado para seleccionar y tomar la muestra en el proceso de exhumación [Art.2º, parágrafo, Ley 721].

Al respecto la explicación y sugerencia de la Escuela Rodrigo Lara Bonilla sobre esta práctica forense²¹: *“(...) En los procesos de paternidad biológica, los laboratorios hemos aprendido a garantizar la autenticidad de las muestras analizadas. (...). La situación ha sido resuelta empleando estrategias básicas de identificación: Exigir la comparecencia simultánea de todas las personas relacionadas con el caso,*

²¹ PAREDES L., Manuel, PUENTES, Orlando E. y VARGAS A., Rodrigo E. La prueba genética en el sistema judicial colombiano, CSJ, Escuela Rodrigo Lara Bonilla, 2009, Bogotá DC., p.76-77.

dejar constancia escrita de su presencia en la toma de muestras, incluso a través de su consentimiento para la toma de la muestra sanguínea, registrar sus huellas digitales y tomar una fotografía a los asistentes (...)”.

Sin duda la cadena de custodia deberá hacer parte del dictamen y, en esa medida, permitirá al operador jurídico como a los eventuales afectados, verificar la autenticidad de la muestra, la idoneidad de la entidad que la suministró (Acreditación) y la utilidad para el examen genético, entre otros aspectos.

De acuerdo con lo expuesto, se discrepa de los argumentos del recurso, máxime el referente a la existencia de otro proceso de impugnación de paternidad donde se discute el dictamen ya expedido por el laboratorio de la UTP, puesto que la mera promoción no significa por sí misma la falta de idoneidad de la muestra, nótese que apenas es el planteamiento del promotor, aún está pendiente su resolución.

En conclusión, se confirmará el auto atacado, al tenor de las consideraciones hechas en esta providencia, que refuerzan el razonamiento de la juzgadora.

5. LAS DECISIONES FINALES

En armonía con lo razonado se: **(i)** Confirmará el auto censurado; **(ii)** Advertirá la irrecurribilidad de este proveído [Art. 35, CGP]; **(iii)** Condenará en costas al recurrente por fracasar su recurso [Art. 365-1º, CGP]; y, **(iv)** Ordenará devolver el expediente al juzgado de origen.

Las agencias se fijarán en auto posterior, en seguimiento de la variación hecha por esta Sala¹⁵, fundada en criterio de la CSJ²². Se comprende que se hace en auto y no en la decisión misma, porque esa expresa modificación, introducida como novedad por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365 actual.

²² CSJ. STC8528 y STC6952-2017.

En mérito de lo discurrido en los acápite precedentes, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA UNITARIA DE DECISIÓN,

RESUELVE,

1. CONFIRMAR el auto fechado 31-01-2022, del Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia.
2. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.
3. CONDENAR en costas a la codemandada Marisol Valencia González y a favor de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijarán, una vez quede ejecutoriada esta decisión.
4. DEVOLVER el expediente al Despacho de origen, por conducto de la Secretaría de la Sala.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

MAGISTRADO

DGH / ODCD / 2022

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

17-06-2022

CÉSAR A. GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

Firmado Por:

Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3e1a08e5eee22c3bf58c029a788723ec4eb7a2887c135d0d68c54f4c58d5cad3**

Documento generado en 16/06/2022 10:10:46 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>