

Magistrado Ponente: John Freddy Saza Pineda
Número de Radicación: 13001-31-00-004-2006-00334-01 (2009-100-02)
Tipo de decisión: Sentencia.
Fecha de la decisión: 9 de diciembre de 2015.
Clase y/o subclase de proceso: Impugnación de la paternidad.
Demantante: L.M. de la H. de la H.
Demandado/a: M.P.C. y A.S.R.
A quo: Juzgado 4° de Familia del Circuito de Cartagena.

PRUEBA DE ADN-Es obligatorio decretarla y agotar los mecanismos legítimos para recaudarla, pero en los casos en que sea absolutamente imposible disponer de ella, se debe recurrir a las pruebas testimoniales, documentales y a los demás medios probatorios.

PRUEBA TESTIMONIAL-Las declaraciones de los testigos sospechosos, como la de los hermanos, el juez deberá evaluarlas con mayor severidad.

PRUEBA TESTIMONIAL-En los testimonios de oídas, está desprovisto de cualquier valor demostrativo el testimonio del que afirma un hecho por haberlo oído de la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a estas.

Nota de relatoría:

En esta copia se han sustituido los nombres por sucesiones de letras, con el fin de proteger el derecho a la intimidad.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA SALA
CIVILFAMILIA

Cartagena de Indias, D. T. y C., nueve de diciembre de dos mil quince
(Discutido y aprobado en Sala de la fecha, según consta en el Acta No. 281 de 2015)

Ref: Exp. No. 13001-31-00-004-2006-00334-01
Rad. Tribunal No. 2009-100-02

Se decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de 28 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, dentro del proceso ordinario adelantado por L. M. de la H. de la H. contra M. P. C. y A. S. R.

1. ANTECEDENTES

1. En la demanda, radicada el 10 de agosto de 2006, se pusieron de presente los siguientes hechos:

- 1.1. Cuando tenía 15 años, L. M. de la H. de la H. conoció a A. S. R. y desde ese momento mantuvieron una relación sentimental, hasta que ella *"se trasladó a Cartagena con su familia, pero continuaban comunicándose"*.
- 1.2. *"En el mes de mayo de 1989"* A. S. R. *"vino a Cartagena y sostuvo una relación sexual con ésta"*; para ese momento, L. M. de la H. de la H. *"convivía en unión libre con el señor M. P. C."*.
- 1.3. L. M. de la H. de la H. *"quedó en estado de embarazo como consecuencia de la relación sexual que sostuvo con A. S. R."* ya que M. P. C. *"no podía tener hijos, aspecto que ya había sido evaluado por su médico tratante"*.
- 1.4. En consecuencia, *"le hizo creer a M. P. C. que el hijo que esperaba era de éste, y por ello cuando... dio a luz a su menor hijo A. de J., el día 12 de enero de 1990 en la ciudad de Cartagena fue registrado y reconocido ante la Notaría de Cartagena por M. P. C."*.

P. No. 928

- 1.5. A. S. R. *"no desconoce ser el padre biológico de A. de J. y por ello se ha relacionado en alguna medida con éste. Igualmente está dispuesto a asumir su paternidad, una vez se desvirtué la filiación paterna que actualmente ostenta A. de J."*

Con fundamento en los hechos así expuestos, la demandante solicitó: *a)* declarar que A. de J. P. de la H. es hijo biológico de A. S. R. y; *b)* informar a la Notaría Segunda del Circuito Notarial de Cartagena, para que haga las anotaciones del caso.

2. El Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena admitió la demanda por auto de 31 de agosto de 2006 y ordenó notificar y correr traslado a los demandados; asimismo, decretó la práctica de la prueba de A.D.N. y concedió el amparo de pobreza solicitado por la demandante.

3. A. S. R. no contestó la demanda.

De otro lado, tras surtirse el emplazamiento de M. P. C., se le designó un curador *ad litem* que, en su oportunidad, no propuso excepciones y se atuvo a lo que resultara probado.

4. Surtido el trámite procesal correspondiente, el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena desestimó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la demandante.

En ese sentido, advirtió que como no fue posible practicar a los demandados la prueba de ADN, no se pudo *"desvirtuar la paternidad"* endilgada a M. P. C.

Afirmó que *"...la pluralidad de relaciones sexuales con distintas personas, no desvirtúa por sí misma la presunción de que trata"* el artículo 213 de la Ley 1060 de 2006, a lo que agregó que la *"imposibilidad física de engendrar a quien figura como padre"* no fue probada en el proceso.

Por último, indicó que los testigos cuya declaración se recibió *"apenas si pueden informar de la coetaneidad (sic) de las relaciones sexuales"* que mantuvo *"la madre del menor para el tiempo en que pudo ocurrir la concepción, pero sin embargo, aun demostrado tal hecho, el mismo no es suficiente para acreditar o desacreditar la paternidad putativa que se le endilga a uno de los demandados ni para atribuírsela al otro"*.

5. La demandante apeló la decisión anterior con fundamento en que *"nose llevó a cabo un análisis adecuado de la prueba testimonial aportada al proceso y por otra parte no se tuvo en cuenta la prueba indiciaria para efectos de fallar de fondo"*.

Agregó que *"el a quo ante la inasistencia del demandado A. S. R. a la toma de muestras de sangre para la posterior práctica de la prueba de ADN no hizo despliegue de las facultades que le concede la ley para lograr su"*

comparecencia... y en consecuencia contar con ella para apreciarla en conjunto con las demás aportadas al proceso".

6. Durante el trámite de la segunda instancia, se ordenó en múltiples ocasiones la práctica de la prueba de A.D.N. al grupo conformado por L. M. de la H. de la H., A. S. R. y A. de J. P. de la H.; no obstante, la misma no pudo evacuarse.

II. CONSIDERACIONES

1. Hay que decir, de entrada, que no se advierte la existencia de nulidades, ni de otras circunstancias que impidan desatar la alzada.

2. *Como se tiene por averiguado, "la filiación es el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros. Además, a través de la protección del derecho a la filiación se concreta el contenido de otras garantías superiores como tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana"*¹

3. Precisamente, para determinar la filiación a través de los procesos de impugnación e investigación de la paternidad, la Ley 721 de 2001 estableció la necesidad de decretar la prueba de A.D.N., todo sobre la base de que a través de estos análisis *"...se descubren sutiles vestigios cromosómicos que perduran en forma latente e inexorable, de generación en generación, permitiendo que, una vez descubiertos, la labor reconstructiva del juez llegue a conclusiones mucho más certeras, casi asimilables a la certidumbre total. No en vano, se ha dicho que el «rastros genético que los padres dejan en sus hijos, posibilita afirmar o descartar la paternidad o maternidad, según el caso» (Sent. Cas. Civ. de 5 de noviembre de 2003, Exp. No. 7182) y se ha destacado, igualmente, que «tal probanza descubre las características genéticas de un individuo, las que necesariamente provienen de quienes participaron en el acto de la procreación» (Sent. Cas. Civ. de 28 de junio de 2005, Exp. No. 7901), aportando «relevantes elementos de juicio que llegan a aproximarse considerable y fielmente al grado de la certeza» (Sent. Cas. Civ. de 23 de noviembre de 2005, Exp. No. 23001 8910 003 1993 01026 01). El alto grado de confiabilidad científico y la contundencia que normalmente arrojan los resultados, ha llevado a que, en algunos eventos como los previstos en la Ley 721 de 2001, para el legislador sean suficientes las conclusiones de este tipo de probanzas para declarar la filiación, cuando acreditan una probabilidad de paternidad igual o superior al 99.99%"*².

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional señaló que *"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*

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-258 de 2015.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Exp. No. 05360-31-10-002-1997-08081-01.

acorde con la realidad, según lo explicó esta Corporación en la sentencia C-109 de 1995, cuando sostuvo: «A partir de todo lo anterior, la Corte concluye que, dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real. Las personas tienen entonces, dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero derecho a reclamar su verdadera filiación», como acertadamente lo denominó, durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema de Justicia.

Desde esta perspectiva, la realización del examen genético se encuentra estrechamente ligada al derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, la búsqueda de la verdad y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal como uno de sus principios fundantes. Es por ello que en los procesos de investigación de paternidad o maternidad el juez de familia tiene un deber de especial diligencia, aún más riguroso cuando se involucran derechos de menores. Sobre este mismo aspecto, en la Sentencia C 807, de 2002 MP. Jaime Araujo Rentería, la Corte explicó que «también el legislador busca a través de su obligatoriedad la efectividad de los derechos del niño y de cualquier persona a conocer su origen, a saber quién es su verdadero progenitor y por ende a definir su estado civil, posición en la familia, a tener un nombre y en suma a tener una personalidad jurídica»³

4. Ahora bien, cuando resulta truncada la posibilidad de evacuar la prueba de ADN, el artículo 3º de la Ley 721 de 2001, establece, que *"...se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente"*.

Al respecto, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que "agotar los mecanismos legítimos que sean necesarios para recaudar la prueba pericial con referencia al ADN, no significa, con todo, que puedan diferir indefinidamente el fallo de los procesos de filiación hasta tanto se practique la prueba, pues semejante postura provocaría iguales o similares injusticias que aquellas que provoca la omisión de practicar las pruebas genéticas necesarias, o la falta de adopción de las medidas pertinentes para asegurar la concurrencia de las personas involucradas en la realización de las mismas. (...) Lo que dispone la ley es que el Juez decreta la prueba con el lleno de las formalidades que en ella se establecen; que entere a las partes de la fecha, hora y lugar a donde deben concurrir para su práctica, y que, si fuere el caso, haga uso de todos los mecanismos contemplados en la legislación patria para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les deba realizar la prueba. Pero si tales pasos han sido recta y oportunamente atendidos, no puede el Juez aplazar la definición del proceso, en la que deberá otorgarle el valor de un indicio a la conducta renuente del presunto padre o madre, desde luego que no de uno cualquiera, sino el que corresponde a aquel que se deriva de la reprochable conducta del demandado a colaborar en la práctica de una prueba de suyo apropiada para descubrir la realidad biológica, según lo tienen establecido la ley y la jurisprudencia, indicio que deberá ser apreciado -y justamente aquilatado en conjunto con otros indicios que emerjan del comportamiento asumido por la

³ Corte Constitucional, Sentencia T-997 de 2003.

parte respectiva, para enfrentar las medidas adoptadas por el juez para el buen suceso de la prueba y, desde luego, con otras probanzas que obren en el expediente (arts. 249 y 250 C.P.C.)⁴.

5. Siguiendo esos lineamientos y de cara al caso concreto, resulta oportuno memorar que durante el trámite de esta instancia, este Despacho a través de diversas providencias intentó evacuar la práctica de la prueba de ADN, sin suerte favorable. Así se desprende, justamente, de los autos de 16 de septiembre de 2009, 10 de diciembre de 2009, 18 de enero de 2011, 7 de mayo de 2012, 18 de septiembre de 2012, 6 de diciembre de 2013, 31 de julio de 2014, 27 de enero de 2015 y 27 de agosto de 2015.

De hecho, en la última oportunidad en que se ordenó la práctica de la prueba, el Comandante del Departamento de Policía del Magdalena, durante la diligencia de *"comisión policial"* ordenada para la toma de muestras al demandado A. S. R., indicó que la dirección señalada como su domicilio no existe y, en razón a ello, *"con el ánimo de tratar de ubicar a esta persona"* se trasladó *"hasta la residencia de P. S. R."* hermano de A. S. R. quien manifestó que él *"ya no vivía en el municipio de Aracataca hace más de 5 años y que en la actualidad se hallaba residenciado en la ciudad de Barranquilla Atlántico pero que desconocía la dirección exacta..."*.

Una vez se puso en conocimiento de la anterior información a la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que actúa en representación de la demandante, adujo que *"ha sido imposible la localización del señor A. S. R., toda vez que se realizaron varias llamadas telefónicas al número celular... aportado por su hermano P. S. R. y no responde, además tratando de buscar información sobre su paradero"* se desplazó *"a la dirección aportada como el lugar de residencia de la señora demandante L. M. de la H. de la H. y esta se encontraba cerrada, por información de una vecina, manifestó que la señora antes mencionada no reside allí"*. Agregó que según se constata en el expediente, *"A. de J. P. de la H. en la actualidad tiene 25 años de edad"*.

Así las cosas, a pesar del esfuerzo del Despacho, debe darse por agotado el intento por recaudar ese examen genético.

6. Restaría por establecer si a partir de las declaraciones testimoniales recibidas en la primera instancia, es posible acceder a los pedimentos de la demanda.

Con ese propósito, debe decirse que X de J de la H de la Hoz *hermana de la demandante* relató que *"...para el mes de junio de 1989 me acuerdo que A. estuvo aquí en Cartagena porque L. lo había llamado y se encontraron aquí en Cartagena y ellos salieron. Yo sí sabía que A. venía para Cartagena, porque esa llamada la hicimos las dos porque nosotros en la casa queríamos mucho a A. Cuando A.*

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de 28 de junio de 2005, Exp. No. 7901.

llegó a Cartagena, L. me llamó y me dijo que A. ya había llegado y que iba a salir con él, A. vino en la mañana y se fue en la tarde, la verdad es que L. me dijo que fueron a comer y que después se fueron para la Cangreja que es un Motel que queda en el barrio Daniel Lemaitre y me dijo que habían tenido relaciones sexuales'⁵.

Por su parte, N. R. de la H. de la H. hermano de la demandante indicó que "A. me daba plata para que se la enviará a L. para el niño y en los meses de diciembre me mandaba para (sic) le escogiera ropita al niño y él me pagaba para enviársela al niño a Cartagena, eso lo hizo A. de comprarle ropa como en 4 ocasiones". Además a la pregunta realizada por el a qua acerca de "si el señor M. P. C. podía tener descendencia" contestó: "M. es estéril, porque M. en las dos veces que estuve conversando con él, me dijo que él había tenido dos mujeres anteriores a L. y él me dijo que él no hacía hijos"⁶.

Son esas las únicas pruebas que se recaudaron por iniciativa de la parte demandante.

Ahora bien, hay que señalar, primeramente, que por el hecho de que los citados testigos son hermanos de la demandante, sus declaraciones podrían ser tomadas como sospechosas, dado el vínculo que existe entre ellos y la natural tendencia a prohiar los intereses de los familiares cercanos. En ese evento, como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, *"se ve lógico que en vez de descartar dicho de los sospechosos, lo mejor sea escucharlos y más bien que el juzgador el que ahora se encarga de la ponderación de las pruebas los someta a un análisis más drástico"*⁷

Justamente, al hacer la valoración de esas pruebas, juzga el Tribunal que no puede reconocérseles credibilidad suficiente como para llegar al convencimiento de que entre L. M. de la H. de la H. y A. S. R. en verdad hubo un trato sexual que pudiera derivar en la paternidad de A. de J. P. de la H., en tanto que sus versiones son de oídas, esto es, que el relato que hicieron proviene de lo que otros les dijeron. No debe perderse de vistas que *"en los testimonios de oídas o ex auditu «son mucho mayores las probabilidades de equivocación o de mentira», de donde «está desprovisto de cualquier valor demostrativo, con mayor razón, el testimonio del que afirma un hecho por haberlo oído de la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a éstas» (G.J. t, CLXVI, pags. 21 y 22)"⁸.*

Por último, es importante indicar que el testigo N. R. de la H. de la H. no expuso la ciencia de su dicho, toda vez que dentro del expediente no se observa prueba alguna que soporte sus manifestaciones, en el sentido de que M. P. C. estaba en imposibilidad de engendrar.

⁵ Declaración tomada el 19 de febrero de 2008, Fls 58 y 59. Cd. I.

⁶ Declaración Tomada el 19 de febrero de 2008, Fls 60 y 31. Cd. I.

⁷ Sentencia de 19 de diciembre de 2012, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

⁸ Sala de Casación Civil y Agraria, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 10 de septiembre de 2003, Exp. No. 6943.

7. En ese orden de ideas, como las pruebas aquí recaudadas no son suficientes para dar por establecidos los hechos expresados en la demanda, no podía accederse a lo pretendido, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Por disposición del artículo 163 del C. de P. C. no habrá condena en costas en esta instancia, como quiera que a la demandante se le concedió amparo de pobreza.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

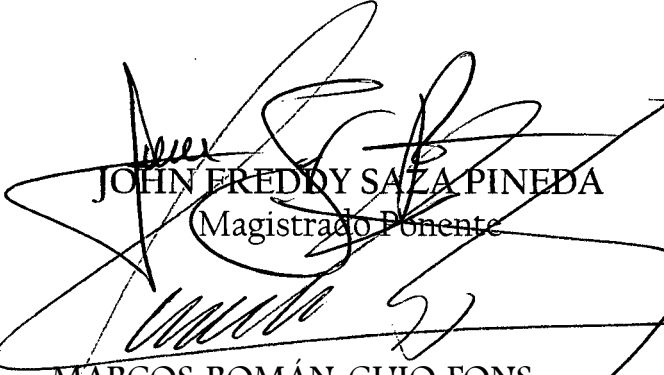
RESUELVE

1º. CONFIRMAR la sentencia de 28 de octubre de 2008 dictada por el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena en el presente asunto.

2º. Sin costas en esta instancia.

3º. Previas las anotaciones del caso, regrésese la actuación al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.


JOHN FREDDY SAZA PINEDA
Magistrado Ponente

MARCOS ROMÁN GUIO FONS
1
Magistrado


OMAR ALBERTO GARCÍA SANTAMARÍA
Magistrado