

CRITERIOS DE VALORACIÓN PROBATORIA EN PROCESOS DE FILIACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA

Karen Natalia Revelo Huertas*

RESUMEN

Este trabajo tiene como propósito examinar las tensiones existentes entre el establecimiento de la prueba de ADN, como una tarifa legal en materia de filiación, y la garantía del interés superior, respecto del análisis de las condiciones particulares del niño/a en la valoración probatoria o de los criterios que se adopten en la decisión, frente a procesos de filiación, en los que se encuentren vinculados/as niños/as y adolescentes; para ello se exponen los elementos generales de la filiación, el interés superior del niño/a, algunos aspectos básicos de la valoración de la prueba y algunos principios del derecho probatorio.

Palabras clave: Filiación, interés superior del niño/a, valoración de la prueba, tarifa legal, principios de la prueba.

Sumario. Introducción. 1. FILIACIÓN Y VALORACIÓN PROBATORIA 1.1. FORMAS DE VINCULACIÓN FILIAL 1.2. MEDIOS DE PRUEBA EN PROCESOS DE FILIACIÓN 1.3 VALORACIÓN PROBATORIA EN MATERIA DE FILIACIÓN 2. NECESIDAD DE OBSERVANCIA DEL INTERÉS SUPERIOR EN PROCESOS DE FILIACIÓN DE NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES 2.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/A (ISN) COMO CRITERIO DE ANÁLISIS EN DECISIONES CONCERNIENTES A INFANCIA Y ADOLESCENCIA 3. TENSIONES RESPECTO DE LA TARIFA LEGAL DE LA PRUEBA GENÉTICA DE ADN, DE CARA AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/A Y A LOS PRINCIPIOS DE LA PRUEBA. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

* Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia - Sede Medellín. Presenta este artículo para optar por el título de Especialista en Derecho Procesal, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico nataliarevelo@outlook.com

Introducción

En el ordenamiento jurídico colombiano, las decisiones adoptadas por los organismos competentes se sustentan, además de la normativa aplicable al caso, en los medios de prueba allegados al proceso. Estos medios de pruebas deben evaluarse, siguiendo una admisión y valoración de la prueba, que atienda a ciertos principios del derecho probatorio, para garantizar la efectiva tutela de los derechos involucrados en el proceso. Dentro de algunos requisitos para cumplir con los principios base de la actividad probatoria encontramos la utilidad, conducencia y pertinencia y adicionalmente que la valoración de la prueba debe garantizar la libre apreciación de las pruebas.

En relación a esto y concretamente en el asunto que nos compete, que son los procesos de filiación de niños/as y adolescentes en Colombia, se tiene que, el criterio definitorio de la decisión judicial en materia de filiación, bien sea que se trate de investigación o impugnación de la paternidad, es el criterio de consanguinidad, esto de acuerdo con la normatividad vigente, que establece como tarifa legal probatoria, la prueba científica de marcadores genéticos de ADN, cuya introducción y valoración al interior del proceso se encuentra determinada por la Ley 721 de 2001 y el artículo 386 del Código General del Proceso.

No obstante, es necesario señalar que, para el caso de los niños/as y adolescentes, siendo estos sujetos de especial protección, se han establecido adicionalmente unos criterios de valoración, tendientes a garantizar dicha protección y su interés superior, en los procesos en los que estos sujetos se vean involucrados. Estas pautas se han fijado con el objetivo de garantizar el bienestar del niño/a; así, su aplicación en los procesos de filiación busca maximizar la garantía de protección de los derechos del niño, en comparación al estudio realizado únicamente a partir del criterio biológico, permitiendo un estudio más amplio de las necesidades del niño/a y sus condiciones de bienestar.

Esta evaluación, vista de cara a los procesos de filiación, requiere medios probatorios de distinta naturaleza, y de diferentes áreas del conocimiento que permitan allegar al proceso, un informe más completo de la situación del niño/a y su entorno; y consecuentemente una decisión

que se ajuste de mejor manera a sus necesidades. En atención a esto, el presente trabajo tiene la finalidad de examinar el método y criterios de valoración probatoria en procesos de filiación de niños/as y adolescentes en Colombia, a través de la identificación de los elementos generales de la figura de filiación y las diferentes formas de creación de vínculos parento-filiales, la incidencia y alcances de interés superior del niño/a en el desarrollo del proceso de filiación, así como la evaluación de los efectos del establecimiento de la prueba de ADN como tarifa legal en materia de filiación, y la importancia de acudir a criterios diferentes, a la luz del estudio de algunos principios y postulados base del derecho probatorio.

Para el desarrollo de este trabajo se realiza la recolección de la información a partir de un rastreo documental, físico y electrónico, de fuentes doctrinales, normativas, y jurisprudenciales, a través de instrumentos como bases de datos, repositorios de universidades, entre otras. Finalmente, se señala que, en cuanto al alcance fijado, la investigación es de tipo analítico-descriptivo, en la medida en que expone los conceptos principales de la filiación, y algunos conceptos básicos en materia de pruebas, para plantear una reflexión sobre los mismos a partir del análisis de los elementos de estos temas, en conjunto con el criterio de valoración del interés superior del niño/a.

1. FILIACIÓN Y VALORACIÓN PROBATORIA

Establecer un concepto de filiación, supone algunas complejidades, si bien puede relacionarse con los lazos creados al interior de un núcleo familiar, dichos lazos y su forma han sido determinados por fenómenos de tipo cultural, social, político, etc. factores que a su vez definen la configuración de prácticas, roles, categorías y facultades al interior de la familia; así como también han ejercido influencia en el reconocimiento desde la institucionalidad de las calidades de madre/padre e hijo/a. La filiación es una institución del derecho que tiene una construcción social, mediante la cual se señalan los roles y las calidades de padre/madre e hijo/a, y las relaciones entre éstos.

Respecto del Concepto de Filiación, Eduardo García Sarmiento, señala que la filiación es:

...el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos/as dentro de la familia... comprende todas aquellas relaciones jurídicas

familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos/as, y recíprocamente que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, cuanto el contenido que funcionaliza su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y la maternidad... (García,1999 en Camargo, 2005, p.14).

Sobre estas relaciones generadas entre padres/madres e hijos/as y el reconocimiento de tales calidades, debe señalarse, que no existen definiciones o modos de configuración estáticos ni unívocos. Esto teniendo en cuenta que, los vínculos y estatus que pueden generarse, al ser una construcción social, pueden provenir de una multiplicidad de prácticas que se desarrollen entre los sujetos, las cuales, en conjunto con las condiciones de tipo cultural, social, económico, político, etc., asignan a las calidades y las relaciones, cierta significación y características propias del contexto en el cual se desenvuelven.

Visto desde una óptica jurídica, la normatividad ha reconocido algunos vínculos filiales, considerando lazos de tipo biológico (o la presunción de ellos), del cual se derivan las calidades de madre/padre e hijo/a reconocidas jurídicamente, esto según lo contemplado en el artículo 213 del Código Civil (C.C.), que señala: “El hijo/a concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.”

Sobre esta disposición es preciso señalar la distinción entre los términos de filiación y los procesos de investigación e impugnación de la paternidad/maternidad, en tanto que el primero, es el concepto o la figura mediante la cual se definen los vínculos y relaciones entre padres e hijos/as y se reconoce dichas calidades entre los sujetos del núcleo familiar; los segundos, (definidos en los artículos 214, 216, 217 y 218 del Código Civil), son mecanismos o procedimientos mediante los cuales se busca que se reconozca o se desvirtúe jurídicamente el status de padre/madre o hijo/a que se posee o se carece¹, dicho de otro modo, son procedimientos

¹ Respecto de la expresión “status que se posee o se carece” cabe hacer la aclaración de la adquisición de dicha calidad, hace referencia en este párrafo al reconocimiento desde lo jurídico, en relación a factores ligados a la consanguinidad, teniendo en cuenta que los procesos de investigación o impugnación en filiación están guiados únicamente por este criterio. Por lo tanto, no se podría jurídicamente, buscar el reconocimiento de la calidad de padre, por medio de la figura de la investigación de la paternidad, con un fundamento o criterio distinto al biológico,

o instrumentos que permiten materializar y reconocer o desvirtuar jurídicamente las calidades de padres e hijos/as que se generan de la figura de la filiación.

Por otro lado, puede señalarse que, la filiación como reconocimiento de calidades de padres e hijos/as dentro del núcleo familiar, abarca múltiples formas de vinculación, mientras que la investigación e impugnación de la paternidad, se busca un reconocimiento jurídico, o una desvinculación de las calidades de padre e hijo/a, basándose en un criterio netamente biológico. Así, conforme al artículo 42 de la Constitución los vínculos filiales pueden obedecer a dos tipos: naturales y jurídicos. Los vínculos naturales se derivan de un criterio biológico y están definidos por el parentesco de consanguinidad según lo establecido en los artículos 35, 250 y siguientes del Código Civil (C.C.). Los vínculos jurídicos, están determinados entre otros, por la figura de la adopción, regulada en el Código de la infancia y la Adolescencia, artículo 61 y siguientes.

Esta consagración normativa, respecto de las formas de configuración de vínculos filiales, también ha sido desarrollada por otras reformas legislativas como la Ley 45 de 1936, la Ley 75 de 1968, la Ley 29 de 1982 y la Ley 1060 de 2006, que han modificado los alcances límites y tratamiento de los vínculos reconocidos al interior del ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, existen otras formas de configurar vínculos, que no se derivan de lo biológico, y que no requieren de un reconocimiento jurídico para reafirmar la existencia de un lazo filial.

Ahora, si bien el reconocimiento de las calidades de padre e hijo/a puede darse desde distintas formas de vinculación, derivadas de prácticas sociales y organización de la familia (Posibilitando la existencia de múltiples vínculos); el ordenamiento jurídico colombiano solamente admite la configuración de dos vínculos de paternidad con el hijo/a, esto es, que sólo admite que sea posible reconocer las calidades de padre y madre con máximo dos sujetos. Aun cuando en la práctica pudieran crearse más de dos vínculos afectivos, que den origen al

así como tampoco se podría desvirtuar la calidad de padre/madre, por un criterio que no sea, la no correspondencia de un vínculo genético entre sujetos.

reconocimiento recíproco de las calidades de padres/madres e hijos/as entre los sujetos que conforman un núcleo familiar.²

En todo caso, tal como se ha señalado ante la multiplicidad de prácticas sociales al interior de las familias, también puede generarse diversos tipos de vínculos, que no se limitan al reconocimiento jurídico de la normatividad vigente. En consideración a esto un intento de una noción no limitante a este reconocimiento jurídico (del cual a propósito, puede señalarse que ha tomado con cierta prevalencia el criterio biológico para reconocer y fijar calidades en el núcleo familiar) respecto de la filiación, puede ser, comprender este concepto como una figura, mediante la cual a partir de conductas, prácticas y reconocimiento mutuo de roles entre sujetos de un núcleo familiar (reconocidos o no jurídicamente), se definen calidades o papeles que corresponden a las categorías de padres/madres e hijos/as, calidades en virtud de las cuales se derivan conductas, facultades y deberes de unos hacia otros al interior de la familia.

1.1 FORMAS DE VINCULACIÓN FILIAL

Las formas de vinculación filial son dinámicas y cambiantes, debido a la existencia de multiplicidad en las prácticas sociales de los sujetos; aunque ha prevalecido la vinculación biológica o jurídica, no se excluye la posibilidad que las formas de organización filial difieran de las definidas por la normatividad y del modelo tradicional de familia. Como se ha señalado previamente, de forma breve podemos exponer que las tipologías de vinculación, que han sido reconocidas por la normatividad, las cuales se han agrupado en dos categorías, así: vínculos naturales y vínculos jurídicos.

Los primeros, tienen su origen en la consanguinidad, es decir, son vínculos que surgen a partir de la comunidad de sangre, que se determina por la procedencia de un tronco común (Montoya, M. & Montoya G. 2010. P. 67). De estos lazos, se desprende el parentesco de consanguinidad que, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, se ha definido como la

² Al respecto se observa que existen sistemas jurídicos que han avanzado más en esta materia, como es el caso de Argentina, ordenamiento en el cual, sobre este punto en concreto, en el año 2015 se reconoció una triple vinculación filial de un bebé, al que le reconocieron su lazo de filiación con dos madres y un padre; dentro de los fundamentos se alude no al criterio biológico, sino al interés superior del niño. (Litardo, E. y otros, 2019, Págs. 375-391). Sobre este asunto, en el ordenamiento jurídico colombiano, no es posible establecer más de dos vínculos filiales, en calidad de padres, aspecto en el cual puede visualizarse cierta prevalencia de definición de vínculos a partir del criterio de consanguinidad.

conexión entre personas, en razón de la raíz común, en cuanto a descendencia o vínculos de sangre. Estos vínculos naturales se clasifican a su vez en dos categorías que igualmente, tienen origen en el lazo consanguíneo: los vínculos naturales de vía reproductiva natural y los de vía reproductiva artificial.

Mientras los vínculos de vía reproductiva natural surgen de actos sexuales que dan lugar a la reproducción, los vínculos de vía reproductiva artificial, hacen referencia a todos los métodos de reproducción humana con asistencia científica, y dentro de ellos se encuentran tanto los métodos por los cuales se aporta material genético, como en los que no.

Respecto de los vínculos jurídicos, se tiene que en el plano de la relación parento-filial, hacen referencia al establecimiento de vínculos entre padres e hijos/as, o de reconocimiento de un estatus que no se tiene por vía biológica. De esta manera, y en consideración a las disposiciones normativas y jurisprudenciales, en el ordenamiento jurídico colombiano se han reconocido dos formas de vinculación, sin un lazo de tipo biológico: la adopción y la familia de crianza.

La adopción, en principio se define como a una medida que ha sido determinada para garantizar los derechos de los/as niños/as, teniendo en cuenta que, como sujetos especiales, el Estado tiene un deber de protección, ante una posible amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos. Así el Código de Infancia y Adolescencia define la adopción como: “...una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.” (Código de Infancia y la Adolescencia, Artículo 61). De esta fijación de lazos filiales nacen los derechos y obligaciones de padres e hijos/as derivados del parentesco civil.

Por su parte, la figura jurídica de familia de crianza, a diferencia de la adopción, no surge como una medida que se deriva de lo normativo, sino como un reconocimiento de una práctica social, que corresponde a un vínculo, que tiene sus orígenes en una fuente que no corresponde ni a la consanguinidad, ni a la normatividad; puesto que se genera a partir de determinada forma de interacción entre sujetos, que, sin tener lazos de tipo biológico o civil, crean vínculos afectivos, por medio de los cuales se reconocen mutuamente sus calidades y roles como padre/madre e hijo/a.

Sobre esta figura, es preciso señalar que su reconocimiento se da en función de factores relacionados con la temporalidad de vinculación y el grado de fortalecimiento de estos vínculos en el tiempo. Razón por la cual debe precisarse, que a pesar de ser un reconocimiento jurídico de prácticas o vinculación entre sujetos, esta figura no abarca la totalidad de vínculos afectivos que pudieran surgir entre padres e hijos/as, pues sólo se reconocen aquellos en los que el niño, niña o adolescente, ya haya sido cuidado por un periodo de tiempo (medianamente largo, es decir que haya mediado un periodo de crecimiento y cuidado del niño/a), por sujetos que no tienen un vínculo consanguíneo, en otras palabras, que el/la niño/a haya tenido una etapa de crianza, con determinados sujetos a quienes reconoce como sus padres. Y aún habiendo una etapa de crianza y convivencia, sólo es posible reconocer como máximo dos vínculos en calidad de padres o madres.³

Ante la existencia de múltiples formas de vinculación, se observa una necesidad de flexibilizar el reconocimiento normativo de los vínculos filiales, para ajustar la normatividad a las prácticas sociales y a las nuevas dinámicas en la familia. Lo que implica (y especialmente para el caso de los/as niños/as, al ser sujetos de especial protección), que al interior de los procesos de filiación se admita la posibilidad de generación de vínculos filiales por criterios que no necesariamente se enmarcan en la normatividad o en la consanguinidad.

Esto a su vez supone que, los mecanismos probatorios para definir las calidades de madre, padre e hijo/a en el desarrollo de los procesos, puedan presentarse de forma libre, y no estableciendo una admisión y valoración preferencial, al criterio biológico, por el que tradicionalmente, se ha venido definiendo los vínculos derivados de la filiación, como en el caso del valor asignado a la prueba genética.

1.2 MEDIOS DE PRUEBA EN PROCESOS DE FILIACIÓN

³ En este sentido, si un niño/a llegara a generar vínculos afectivos con más de dos sujetos y reconozca en ellos las calidades de padres o madres, así como ciertos roles o potestades de autoridad y cuidado, aún sí ha tenido un periodo de crianza, en cuanto a la temporalidad y convivencia, no podrían reconocérsele más de dos vínculos (más de dos padres/madres), aún si tanto los padres/madres como el niño/a identifican entre sí los roles y las dinámicas de autoridad, protección y cuidado.

En términos generales, puede señalarse que, en la actualidad rige un criterio biológico a la hora de definir los vínculos filiales, y de igual manera existe un predominio de aquellos medios de prueba que dan cuenta de los vínculos filiales, a partir de una perspectiva genética o con predominio de vínculos de consanguinidad. En este sentido, en el tratamiento normativo de los medios de prueba que rige la filiación, puede considerarse que se ha establecido una especie de tarifa legal, respecto de la forma de probar la vinculación filial, en procesos de investigación e impugnación de la paternidad.

Esto en consideración de que, a partir de la Ley 721 de 2001, se estableció la prueba genética como prueba de rigor científico, para implementarla como un medio imperante en materia de Filiación; esto en atención a lo dispuesto por la referida ley, la cual en su artículo 1 establece: “En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.” A esta disposición, refuerza el carácter de tarifa legal, el artículo 3 de la misma Ley, el cual señala: “[s]ólo 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.”

Del mismo modo, el Código General del Proceso (C.G.P.) en su artículo 386 numeral 2, dispone:

“...el juez ordenará, aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada. La prueba deberá practicarse antes de la audiencia inicial...” (Subrayado fuera de texto).

También se refuerza la consideración de la prueba genética como una tarifa legal en procesos de filiación, en el numeral 4 literal B del artículo 386 del C.G.P, en el cual se dispone lo siguiente:

“4. Se dictará sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la demanda en los siguientes casos:
[...]
Si practicada la prueba genética su resultado es favorable al demandante y la parte demandada no solicita la práctica de un nuevo dictamen oportunamente y en la forma prevista en este artículo.”

Respecto de esto, puede considerarse que la norma toma como prevalente el medio de prueba genético, y que aún para su refutación o para la contradicción de la prueba, solamente contempla que ésta se haga, a través de la práctica de otro dictamen de la misma naturaleza, situación que implica que en cierto modo, se asigne un valor probatorio prevalente a la prueba de marcadores genéticos de ADN, despojando de valor de convicción a otros medios de prueba que pudieran aportarse al proceso.

Para llegar a esta fijación de un valor de convicción de la prueba genética, a lo largo de la evolución del tratamiento jurídico de la filiación, se han establecido distintos mecanismos o instrumentos para comprobar la vinculación filial. Al respecto, puede observarse que los criterios de filiación no siempre fueron estáticos respecto del predominio de la consanguinidad. Así a continuación se presentará de forma breve esta evolución de los medios de prueba a lo largo del desarrollo jurídico en materia de filiación.

1.2.1 Evolución del tratamiento de los medios de prueba en materia de filiación.

En una etapa anterior a la regulación de la filiación, la primera forma mediante la cual se establecían los vínculos filiales de paternidad era a través de la confianza en palabra, afirmación de la paternidad, que se constituía en un criterio suficiente para el reconocimiento de un vínculo de carácter filial. Así, en la organización de comunidades históricamente regentadas por el hombre, la forma de establecimiento de vínculos de carácter paterno se daba de acuerdo al vínculo que el hombre tenía con sus parejas, y de esta manera, se presumía que sus parejas engendrarán los hijos/as de él. (Saza Pineda, 2014, p.21).

En consideración a esta configuración de sociedad, en la que predomina el criterio de autoridad del padre, el criterio de establecimiento de vínculos filiales de este sujeto, se daba a partir del reconocimiento u escogencia que éste hacía, respecto de quienes serían sus hijos/as, reconocimiento que se formalizaba a través de ceremonias o actos sociales (Saza Pineda, 2014, p.22). Así en estas sociedades, lo determinante no era necesariamente el criterio biológico, sino que lo que definía si se hacía o no parte de la familia, era un criterio de autoridad del padre sobre los otros. De ahí que entre los sujetos que eran reconocidos en el grupo familiar, estuvieran los

hijos/as, la esposa y los sirvientes, que se consideraban incluidos en el núcleo, en virtud de relaciones de obediencia y subordinación. (Alföldy. 1996. P. 11).

Posteriormente, con la cristianización del Imperio Romano, la iglesia fue una entidad que influyó fuertemente en la organización social y política; y con esto, la normatividad se adecuaba de acuerdo a criterios de tipo moral. Esta visión teológica se impuso en las definiciones atinentes a la familia y en las relaciones entre los sujetos que dimanaban de ella (Pérez, 2016).

Así el matrimonio no sólo se configuró como una fuente de familia monógama, sino que además se constituyó en un instrumento, para la determinación de la paternidad, en cuanto a los hijos/as concebidos durante la duración de este vínculo. A partir de este criterio se establecieron distintas categorías en cuanto al reconocimiento de los hijos/as, respecto de los cuales se afirmaba su “legitimidad” u otras categorías de acuerdo a si éstos fueron concebidos durante el vínculo matrimonial, o durante otro tipo de circunstancias que no eran permitidas por la Ley (adulterio, incesto, relaciones de una mujer con varios hombres, concebidos por una mujer que ejerciera la prostitución, etc). Así lo determinante en este contexto, no era un criterio genético o biológico, sino la condición de “legitimidad” derivada del vínculo matrimonial. (Saza Pineda, 2014, p. 24)

Respecto del contexto colombiano, Saza Pineda señala que en un inicio tuvo influencia del Código de Napoleón, categorizando a los/as hijos/as en las calidades de legítimos, ilegítimos, de punible ayuntamiento, naturales, etc. Posteriormente, a partir de la Ley 45 de 1936, se consagró nuevamente la posibilidad de investigar la paternidad en eventos taxativos, y los medios de prueba en estos procesos, no tenían un sustento de cientificidad respecto del criterio biológico (2014, p. 31). No obstante, debe señalarse que, si bien estos medios no tenían un sustento claro de cientificidad del criterio biológico, puede considerarse que ello no implica que la búsqueda no estuviera dirigida a la averiguación por otro criterio que no fuera el genético, sólo que para la época se carecía de medios para determinarlo.

Posteriormente, señala Saza Pineda (2014, p. 32), que, en la búsqueda de incluir medios de prueba basados en criterios científicos, que pudieran dar cuenta del vínculo genético, se

establecieron como medios de prueba de la filiación las pruebas de sangre y las pruebas antropoheredobiológicas, mediante las cuales, se buscaban similitudes fisiológicas, morfológicas, coincidencias entre tipos de sangre, etc. entre el hijo/a, el presunto padre o madre y sus ascendientes. En esta búsqueda de implantar un grado de cientificidad al proceso, se observa que se inició la imposición de este tipo de pruebas científicas, como una especie de tarifa legal, para determinar el vínculo filial tomando en la centralidad de la figura de la filiación, el criterio de consanguinidad. Esto en consideración de que en la Ley 57 de 1968, artículo 7, se estableció para el juez el deber de decretar bien sea por solicitud de parte o de oficio, las referidas pruebas.

Y finalmente con la expedición de la Ley 721 de 2001, se implementó como obligación de juez, la práctica de la prueba de ADN en todos los procesos iniciados para establecer paternidad, configurándose este medio de prueba, como el medio prevalente a la hora de decidir asuntos relacionados con filiación, tal como se explicó al inicio del aparte de los medios de prueba en filiación.

1.3 VALORACIÓN PROBATORIA EN MATERIA DE FILIACIÓN

1.3.1 La Prueba de ADN

Tal como se ha mencionado brevemente en apartes anteriores, en materia de filiación, y en su reconocimiento jurídico, se ha tomado como prevalente el criterio genético a la hora de reconocer lazos filiales. La prueba genética en materia de filiación, en el contexto colombiano, adquirió tal relevancia, que su práctica se hizo obligatoria a la hora de llevar a cabo procesos de investigación o impugnación de paternidad, así se determinó desde la expedición de la Ley 721 de 2001, mediante la cual se asigna al juez, el deber de practicarla y tomarla como prevalente sobre otro tipo de pruebas. Tal como señala Saza Pineda (2014, P. 35) de esta manera el ordenamiento jurídico, dejó por fuera cualquier forma de paternidad que no se base en un vínculo de tipo biológico, salvo la figura de la adopción.

Respecto del deber de practicar esta prueba, la posición jurisprudencial, en varios pronunciamientos ha mostrado respaldo hacia la misma, puesto que ha considerado que el deber de su práctica y el valor probatorio que se le asigna, no afecta la valoración crítica del juzgador, en tanto que la prueba no determina un resultado mecánico en la decisión, en razón de que debe pasar por el tamiz de apreciación del juez, quien analizará las irregularidades que puedan presentarse, la transparencia en la toma de las muestras de sangre., el procedimiento de custodia, etc. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2005 Exp. N° 11001-31-10-013-1997-09492-01).

En esta misma línea, la Corte Constitucional, en sentencia C-476 de 2005, señaló que el deber del juez de valorar la prueba de ADN, no excluye la posibilidad de que el juzgador, pueda analizar otros elementos de juicio, señala la Corte que la información de la prueba de ADN no es completa o absoluta y no alcanza la plenitud de la certeza, sino una altísima probabilidad de paternidad o maternidad, en consecuencia, en tanto la información arrojada por la prueba de ADN, no sea inequívoca y ofrezca certeza absoluta, puede recurrirse a otros medios de prueba.

En cuanto a esta posición marcada por la jurisprudencia, puede señalarse que, si bien, se admite la posibilidad de que se estudien otro tipo de medios de prueba, diferentes a la prueba genética, siempre el análisis del cual se parte, se hará en términos biológicos, y por tanto los análisis que pueda hacer el juzgador, deberán guiarse por este enfoque. En este sentido, si bien el fallador, puede conservar cierto margen de valoración crítica, ésta siempre estará ligada a observar el grado de adecuación de las pruebas a esta “certeza biológica”, o a analizar la científicidad de las mismas, para determinar la capacidad demostrativa sobre asuntos ligados netamente con la consanguinidad.

De esta manera se puede señalar que, el juez se encuentra limitado a fallar este tipo de procesos desde este enfoque biológico, puesto que su valoración o crítica se hará alrededor de la capacidad demostrativa de asuntos netamente genéticos; pues ya de por sí el resultado de la prueba genética, le arrojará una altísima probabilidad de asignar o no la decisión sobre la paternidad o maternidad, resultado al cual se verá sujeto. En este sentido, vale la pena estudiar la prueba de ADN en materia de filiación a la luz de los elementos generales de la prueba, y así

posteriormente, realizar un análisis de su capacidad demostrativa, desde una perspectiva que vaya más allá de un enfoque biológico.

1.3.2 La Tarifa Legal en materia de Filiación

La figura de la tarifa legal hace parte de los sistemas de valoración probatoria. La finalidad de este sistema de valoración se centra en limitar las potestades que tiene el juez al momento de apreciación del valor de la prueba, el sistema de tarifa legal establece ciertas limitaciones que restringen la libertad del juez, en ese análisis respecto de la virtualidad probatoria de los distintos medios que han sido aportados al proceso. Refiriéndose a este sistema de valoración, Devis Echandía (2002, p. 77) señala que, se configura como una sujeción del juez a reglas preestablecidas, las cuales le indican la conclusión a la que debe llegar forzosamente, y la cual debe aceptar, ante la presencia o ausencia de determinados medios de prueba.

Como algunas de las características distintivas de este sistema de valoración, puede señalarse que es un sistema que no se presenta de forma mixta, respecto de la admisión de la libertad de apreciación probatoria del juez. Razón por la cual, podría señalarse que sólo es admisible afirmar la existencia o no existencia de tarifa legal. Devis Echandía (P.79) señala que aún ante la posibilidad de otorgar al juez ciertas potestades o cierto grado de libertad en la apreciación de los medios probatorios admitidos, ello no constituye una circunstancia por la cual se pueda afirmar que deja de existir la tarifa legal, ante esta situación, desde otras posiciones se considera que existe un sistema mixto; sin embargo, de acuerdo a Devis Echandía, en estos eventos se está ante la presencia de una tarifa legal atenuada.

Observando las características principales de esta figura de cara a los procesos de filiación, podemos afirmar que en las formas de apreciar o valorar las pruebas en asuntos filiales, se encuentra cierta adecuación a la figura de la tarifa legal. Esto debido a que la normatividad que establece los parámetros de valoración de la prueba y para el convencimiento del juez, en temas de filiación, se encuentran estrictamente ligados a un valor preasignado a la prueba de ADN. Valor que restringe al juzgador a la hora de adoptar decisiones en materia de filiación y que direcciona la decisión de acuerdo con el resultado obtenido en esta prueba genética.

Esto puede observarse en lo dispuesto por la Ley 721 de 2001 y del artículo 386 del C.G.P., a partir de la cual se señala como deber al juez, ordenar la prueba genética de oficio en todos los procesos que versen sobre investigación de la paternidad, de igual manera, señala la Ley 721 de 2001, que ante la obtención de un resultado favorable al demandante, y la ausencia de controversia con un medio de prueba de la misma naturaleza, el juez debe dictar sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la demanda. De esta manera, se observa que en los procesos de filiación, el juez a pesar de que puede admitir o decretar pruebas adicionales, siempre la que tendrá un estándar o valor probatorio mayor, en comparación a otros medios de prueba aportados, será la prueba genética, la cual es al final la que direccionará el sentido del fallo.

En el mismo sentido debe señalarse que, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia, como se observó anteriormente, señala que la prueba genética, no afecta la valoración crítica del juzgador, en tanto que la prueba no determina un resultado mecánico en la decisión, en razón de que debe pasar por el tamiz de apreciación del juez, quien analizará las irregularidades que puedan presentarse, la transparencia en la toma de las muestras de sangre, el procedimiento de custodia, entre otras. Debe decirse que si bien se otorga al juez cierta libertad para valorar y/o refutar la prueba con base a las formas o procedimientos que deben haberse llevado a cabo para su práctica, a final de cuentas, se encuentra atado a esa prueba en específico, esto es que, se sega al fallador a analizar el asunto en términos netamente biológicos o de científicidad de la prueba, más no se le otorga la posibilidad de dar un valor probatorio mayor a un medio de prueba que no tenga su base en un criterio de tipo genético.

Esta situación implica una restricción en algunas garantías o principios base, que se explicarán más adelante, tanto en el ámbito derecho probatorio, como de algunas garantías especiales, que deben tenerse en cuenta en procesos de filiación que versen sobre niños/as y adolescentes, que requieren de un estudio particularizado de las condiciones de estos sujetos de especial protección, para lo cual se han señalado algunos parámetros que revisaremos a continuación.

2. NECESIDAD DE OBSERVANCIA DEL INTERÉS SUPERIOR EN PROCESOS DE FILIACIÓN DE NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES

Este capítulo tiene como objetivo presentar el concepto del interés superior del niño/a, teniendo en cuenta que en materia de infancia y adolescencia, a través de los avances en el reconocimiento del niño/a como un sujeto de derechos, el ISN se ha configurado como uno de los criterios principales al momento de decidir sobre una situación en la que estén involucrados menores de edad; dicho de otra manera, es el foco central de análisis a la hora de adoptar decisiones en las cuales se vean afectados niños, niñas o adolescentes, como es el caso de los procesos de filiación, materia de estudio de este trabajo.

En atención a lo anterior, en este capítulo se intentará ofrecer de forma breve algunas de las generalidades respecto de este concepto con el fin de ofrecer una comprensión acerca de los aspectos básicos a evaluar, al momento de interpretar y aplicar el ISN en decisiones que involucren a menores de edad, para posteriormente pasar a un análisis respecto de la configuración de este concepto como un criterio de valoración necesario en los procesos de filiación de niños/as y adolescentes y de esta manera, finalmente presentar algunas consideraciones respecto a las tensiones que se observan en relación con el establecimiento de la prueba genética de ADN, como una tarifa legal en materia de filiación y la garantía de las condiciones de bienestar del niño/a o adolescente, de cara a algunos principios del derecho probatorio.

2.1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/A (ISN) COMO CRITERIO DE ANÁLISIS EN DECISIONES CONCERNIENTES A INFANCIA Y ADOLESCENCIA

2.1.1 Conceptualización del Interés superior del niño/a.

Tanto el concepto, como los elementos y los límites del ISN presentan dificultades relacionadas con el alto grado de indeterminación, vaguedad y amplitud de esta categoría conceptual, pues si bien se considera que esta determina el conjunto de acciones o procedimientos a seguir, para garantizar el desarrollo pleno del niño/a, normativamente, por ejemplo, no se han materializado

las formas y grados de satisfacción de los derechos y necesidades vinculados al desarrollo de los/las “menores de edad”.

Si bien, existe una dificultad para definir y delimitar el ISN, es necesario señalar algunos de sus elementos básicos. Para empezar esta conceptualización debe tenerse en cuenta la triple acepción acerca del mismo que ha sido expresamente señalada en la Observación N° 14 de la Convención de los derechos del niño/a, *sobre el derecho del niño/a a que su interés superior sea una consideración primordial*; estos son: como Derecho Subjetivo, como Principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento.

2.1.1.1 Concepto de derecho subjetivo.

Para efectos del desarrollo y análisis del ISN como derecho subjetivo, en el presente trabajo se abordará este concepto, para referirse a todas aquellas facultades, libertades, pretensiones, competencias, privilegios o prerrogativas reconocidas a los sujetos por el ordenamiento jurídico, y en virtud de la cual pueden exigir de otro un comportamiento, que puede ser de tolerancia, de no interferencia o impedimento hacia cierta conducta, habilitación o facilitación para realizar algo, o de desplegar una conducta tendiente a garantizar la facultad o prerrogativa, anteriormente mencionada y a la posibilidad de reclamar dicha conducta mediante una instancia judicial o administrativa (Prieto Sanchis, 2005).

Así, el interés superior se adecúa a esta definición, tomando en cuenta que: desde el ordenamiento jurídico se le reconoce al niño/a la titularidad de los derechos subjetivos derivados de aquel; adicionalmente, y en términos constitucionales, concepción que se ha derivado de la consideración respecto de su condición de edad, física y psicológica, respecto de la cual merece una acción estatal positiva, para efectos de que puedan garantizársele sus derechos y lograr una igualdad real y efectiva (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 167 de 2011).

Sobre esta categoría la Corte Constitucional, en múltiples sentencias como en la T 200 de 2014, ha señalado que los/as niños/as se encuentran cobijados dentro de esta categoría, debido a que, al ser sujetos vulnerables en consideración a su grado de madurez y desarrollo, deben ser

protegidos y requieren de un cuidado y condiciones especiales, para la garantía de sus derechos. A estos linderos que se han fijado se agrega que es posible identificar algunos de los elementos más importantes en la estructura de un derecho subjetivo. Al respecto el profesor Tulio Chinchilla (2009. pp. 49-50) destaca la existencia de:

Un titular del derecho, un sujeto obligado, a quien la norma le impone un deber (bien sea que se trate de tolerar o facilitar una conducta, o de desplegar ciertas acciones), un objeto o bien jurídico que reconoce el derecho subjetivo, un deber jurídico, que determina la conducta que se impone al sujeto obligado, y una facultad del titular del derecho, de reclamarlo ante una autoridad administrativa o judicial, es decir, la garantía del derecho.

Puede observarse que el ISN se adecúa a la estructura de un derecho subjetivo, teniendo en cuenta que: posee los elementos básicos que se han destacado, esto es, puede ser presentado como una facultad, expectativa, pretensión, etc. La cual está enmarcada normativamente, tanto en disposiciones de carácter constitucional, legal y jurisprudencial a nivel nacional como en convenios y tratados a nivel internacional⁴.

De igual manera, frente al resto de los elementos estructurantes de la categoría de derecho subjetivo se tiene, como los titulares del ISN: Todos los niños, niñas y adolescentes, sujeto obligado (en principio): El Estado, la familia y la sociedad, en tanto que la norma fija en ellos una corresponsabilidad en el cuidado y protección de los/as niños/as; el objeto del derecho (en términos teleológicos): en el caso del interés superior se enmarca, en términos generales, en la protección general y garantía del desarrollo integral y bienestar del niño/a; un deber jurídico: La(s) conducta(s) (prohibiciones u obligaciones) que deben ser observada(s) tanto por el Estado, la familia y la sociedad y que son también garantías jurídicas que protegen el derecho incoado por los titulares del ISN y la posibilidad de reclamar, judicial y administrativamente, los derechos de los/as niños/, en virtud de su presunta vulneración, amenaza o inobservancia.

⁴ De rango constitucional, en el artículo 43, e indirectamente por el artículo 93, mediante el cual se otorga prevalencia a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que versen sobre derechos humanos, entre los cuales se encuentra la Convención de los derechos del niño/a, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño/a. A nivel legal en el Código de infancia y adolescencia, en los artículos 6 al 9. Y a nivel internacional, la consagración normativa del ISN se da a través de disposiciones como: la Convención de los derechos del niño/a, artículos 3, 18 y 21; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño/a, en su principio 2, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24), Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 19) también han reconocido una condición especial a los/as niños/as con sus correlativos derechos subjetivos.

De ahí que se hayan dispuesto ciertos mecanismos para efectivizar y garantizar estos derechos, como los establecidos en el Código de Infancia y adolescencia, o incluso a través del mecanismo de tutela, en consideración de que los derechos de los/as niños/as tienen un rango de fundamentalidad.

2.1.1.2 El ISN como principio jurídico.

Se adoptará la posición más o menos aceptada desde ciertas orientaciones dogmáticas y jurisprudenciales, esto es, aquella según la cual los principios son: a) *criterios de optimización* que sirven de fundamento para adoptar decisiones (principios jurídicos en sentido lato) en los eventos en que, o bien no se encuentra al interior del ordenamiento jurídico un criterio aplicable para la resolución de un asunto, o bien existe un vacío o laguna jurídica; b) *reglas de fin* de las cuales se pueden predicar un cumplimiento cerrado (principios jurídicos en sentido estricto).

Respecto de la consideración de los principios en sentido lato, se señala que esta acepción de los principios, indica que estos son mandatos de optimización cuyo cumplimiento puede ser gradual, es decir, no se expresan en términos tajantes “*se cumplen o no se cumplen*” (Robert Alexy, 1988, p. 143), sino que su realización está ligada a las posibilidades fácticas y jurídicas que se presenten en cada caso concreto. En este sentido, el principio podrá ser satisfecho, si se cumple con él en la mayor medida posible o en el más alto grado que las posibilidades fácticas y jurídicas lo permitan. Mientras que si se observa la definición de principios en sentido estricto, se considera que los principios también pueden ser entendidos en sentido restringido, respecto del cual, se interpretan como: “enunciados que correlacionan la calificación normativa con determinada conducta” (Atienza y Ruiz, 1996, P.8).

Los autores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero señalan que los principios en sentido estricto también se estructuran como reglas de fin más concretos, si se quiere, comparados con los principios en sentido lato; de ahí que deban cumplirse a cabalidad, y no sólo en la mayor medida posible, esto es, con prescindencia de que concurren otros fines y/o medios disponibles.

Se tiene entonces que el Interés superior del niño/a, en tanto principio, fija unas bases de organización ligadas a la salvaguarda de un precepto superior en el ordenamiento, el cual es la protección de los/as niños/as y adolescentes. Más concretamente, el ISN en sentido lato, es decir, como mandato de optimización, puede admitir grados de cumplimiento, los cuales varían de acuerdo a las condiciones particulares que presente cada caso; así, para la satisfacción como principio, en el caso de los niños/as, se debe realizar una evaluación de las condiciones generales, las posibles afectaciones a su bienestar y, de acuerdo a si la afectación resulta significativa, determinar *proporcionalmente* acciones que, “en la mayor medida posible” restablezcan el principio aludido: para el caso concreto de filiación, la mejor medida, puede implicar el reconocimiento de un vínculo o la desvinculación, las cuales pueden complementarse con el llamado restablecimiento de derechos o un acompañamiento psicosocial que atienda las necesidades del menor, restaurando el horizonte normativo al que debe tender la aplicación del ISN.

Por otro lado, ya en sentido estricto, debe decirse que el ISN tiene un fin concreto a garantizar (de acuerdo con unos estándares claros de satisfacción), el cual es el bienestar; por ello, si se entiende como una regla de fin, no puede decirse que el bienestar o el desarrollo integral del niño/a se satisficará en el mayor grado posible (no si se atienden unos estándares fijos y estables de aplicación del principio). Al respecto debe añadirse: si bien no todas las *situaciones* que involucran niños/as generan de forma concreta una afectación o no todas las afectaciones pueden resultar significativas en el bienestar; de existir alguna que sí afecte el bienestar o el desarrollo integral de aquellos –aunque sea en menor o mayor grado-, debe ser atendida y resuelta; para ello es importante, además, garantizar los derechos de los niños/as a ser escuchados y a participar de las decisiones que los afecten.

En este sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-510 de 2003, señaló unos estándares de satisfacción del ISN, que clasificó en dos categorías: fácticos y jurídicos. Sobre los primeros, señala que exigen una evaluación integral de las circunstancias específicas del caso, mientras que sobre los segundos señala que son “*criterios establecidos en el ordenamiento para promover el bienestar infantil*”. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-510 de 2003). Sobre aquellos parámetros, la misma corporación ha señalado en otras sentencias como la T-397 de 2004, T-292 de 2004, entre otras, que:

“las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones de los profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-397 de 2004).

Y sobre los criterios jurídicos ha señalado los siguientes:

“(1) la garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado; y (6) la necesidad de tener en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto a decidir.” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-292 de 2004)

En virtud de lo anterior, y a pesar de que existe una cierta relatividad en el grado de satisfacción del principio (si se lo entiende en sentido lato), tan pronto como se evalúa el bienestar del niño/a, a la luz de los criterios facticos y jurídicos, el mandato de optimización deja de ser un ideal y se concretiza materialmente en una decisión que, en ningún caso, puede prescindir u omitir las condiciones de existencia de estos sujetos de especial protección. En otras palabras, si bien el ISN, entendido como principio, puede ser extrasistemático, más específicamente: puede ser entendido como un criterio que sustenta y puede presentarse como ideal del ordenamiento jurídico en materia de infancia y adolescencia, su interpretación y aplicación normativa lo convierte en una regla de fin que, atendiendo unos estándares de satisfacción, puede emplearse perfectamente en los procesos judiciales y administrativos que involucren niños/as y adolescentes.

En definitiva, debe señalarse que, si bien el ISN puede satisfacerse de diversas maneras, siempre habrá un fin en concreto que debe evaluarse y tenerse a consideración y son las condiciones del niño/a y su bienestar general.

2.1.1.3 EL ISN como norma de procedimiento.

Entendido de esta forma, implica que el bienestar y derechos del niño/a sean protegidos al interior del proceso y de los trámites concretos que se lleven a cabo, para esto, es necesario entender al ISN desde la acepción o definición de norma de procedimiento, frente a la cual se

señala que son “aquellas llamadas a desenvolver el contenido de éstas (las normas sustanciales), a actuarlas, aplicándolas. Todas las normas que se desempeñan en ese proceso de aplicación de otras, son procesales” (Quintero y Prieto. 2000. P. 47). Devis Echandía, por su parte, señala que las normas procesales son el conjunto de normas que regulan la función jurisdiccional de Estado y fijan los procedimientos para obtener la actuación del derecho positivo en los casos particulares, de igual manera señalan, los sujetos que se han de someter a la jurisdicción Estatal, y los entes encargados de ejercerla (1985. P.5)

Vale la pena destacar la definición que proponen Quintero y Prieto, citando a Clemente A. Díaz, quienes clasifican las normas procesales en orgánicas, normas procesales materiales, y normas procesales formales; de las cuales señalan que: “[l]as normas procesales orgánicas “tienen por objeto la creación, establecimiento, o constitución y organización del aparato jurisdiccional.” (200 P. 48). Las normas procesales materiales, son aquellas que determinan las conductas de los sujetos que intervienen en los procesos, asignándoles deberes y facultades, y las normas procesales formales, definen los contenidos de los actos procesales y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, señalando que todo tipo de omisión o inobservancia de dichas condiciones afecta la idoneidad del acto procesal, y por lo tanto, puede generar como sanción la nulidad o ineficacia.

Desde estas ópticas, se tiene que el ISN como norma de procedimiento, debe dictar los criterios a los cuales deben ajustarse todos los trámites procedimentales que involucren los derechos de un/a niño/a en términos sustanciales; de esta forma, permitiría garantizar o materializar estos derechos, los cuales han sido consagrados en distintas disposiciones y que tienen el carácter de derechos sustanciales o subjetivos; permitiría además adecuar procedimientos que efectivamente los amparen, y que materialicen la pretendida observancia del bienestar integral.

De igual manera puede señalarse que el ISN, como norma procesal orgánica, debe definir órganos especializados para los procesos que tengan que ver con infancia y adolescencia, dadas las condiciones especiales que requieren los/as niños, su condición de vulnerabilidad, y su calidad como sujetos de especial protección. Como norma procesal material, el ISN debe ajustar las

conductas de las personas que intervienen en el proceso, por lo tanto, las interpretaciones y consideraciones de estos sujetos, deben ser guiadas con especial atención al bienestar del niño/a. Quienes se desempeñen en estas instancias, según sus funciones, deberes, y facultades, deben evaluar las posibles afectaciones al niño/a que pudieran causar sus actuaciones al interior de los procesos (bien sea de carácter judicial o administrativo). Finalmente, como norma procesal formal, el ISN permite determinar las condiciones de espacio, modo y tiempo que garanticen la protección de los derechos del niño/a y su bienestar, organizando un ambiente y forma adecuados para llevar a cabo los procedimientos de infancia y adolescencia.

2.1.2 Elementos del ISN.

Siendo el bienestar del niño el eje central por medio del cual se interpreta el ISN, se considera que dicho bienestar, debe garantizarse a plenitud, y para ello es necesario revisar los elementos que se encuentran dentro del interés superior, para efectos de que este se garantice en su integralidad. Así, dentro de los elementos a garantizar, la Convención de los Derechos del Niño/a, (sin pretensión de formular una lista taxativa), señala que para que se atienda el interés superior, el bienestar y desarrollo integral, se debe velar por la protección y garantía de los siguientes aspectos: La opinión del niño/a, la identidad del niño/a, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, cuidado, protección y seguridad del niño/a, situación de vulnerabilidad, salud, educación, entre otros.

Sin embargo, para efectos de análisis del tema central de este trabajo, si bien podría considerarse que algunos de estos “derechos” tienen mayor vínculo o incidencia con la filiación, es necesario entender que si lo que se pretende es el mantenimiento o configuración (o más bien reconocimiento de un vínculo que en la práctica podría ya estar formado) de vínculos filiales por concepto de ISN, deben evaluarse todos los factores que afectan al niño/a, y determinar si las condiciones que se presentan en su entorno familiar son o no aptas, o garantizan a plenitud su bienestar.

A pesar de lo anterior, también se advierte que ningún derecho es absoluto y que para determinar la relevancia de estos, y la primacía de algunos en los casos que involucren niños/as,

se deberá evaluar la afectación real que pueda tener determinada solución normativa sobre el bienestar. Este análisis le sirve al decisor para fijar las posibles alternativas y satisfacer la necesidad concreta del niño/a.

En definitiva, no se pueden establecer expresa y taxativamente los derechos sobre los cuales una decisión en materia de filiación podría generar efectos negativos, y por lo tanto afectar al bienestar del niño/a, puesto que tanto los factores que influyan en el caso en concreto, así como los impactos y las medidas para atenderlos, dependerán de la situación(es) que se esté(n) examinando y que se evaluarán respecto de las condiciones particulares de orden individual, familiar social y cultural del niño/a.

Existen tres campos básicos o criterios dentro de los cuales se enmarcan los derechos de los/as niños/as; campos que permiten definir algunos parámetros para la evaluación de las condiciones, posibles afectaciones y necesidades de la niña, niño o adolescente. Estos campos están dirigidos a determinar las condiciones tanto del niño/a como sujeto en su individualidad, como las condiciones en relación con su entorno; de igual manera, mediante el estudio de estos criterios, se puede determinar los posibles efectos en el bienestar. Estos criterios, como ya se advirtió, ayudan a delimitar los supuestos en los cuales puede considerarse que se garantiza o se vulneran los derechos enmarcados dentro del ISN. Estos criterios son: la autodeterminación y capacidad del niño/a, el entorno familiar y social y la predictibilidad de las condiciones futuras.

Frente al primero, se señala que el reconocimiento del niño/a como un sujeto de derechos, conlleva a que se reconozca su racionalidad, posibilidad de optar, capacidad evaluativa, capacidad de generar ideas, opiniones y deseos; todas ellas vistas como atributos propios de la condición humana y, por lo tanto, implica reconocer que ellos/ellas tienen la habilidad de expresar su pensamiento y que, por lo tanto, es necesario que sean escuchados. Respecto del entorno social y familiar, se hace referencia al ambiente en el que se desarrolla el/la niño/a que, siendo un elemento del interés superior deberá ser garantizado, en la medida que se posibilite un ambiente armonioso en cuanto a las relaciones familiares y sociales que puedan tener incidencia en la formación del niño/a o adolescente. (López, R. 2015, p. 164).

En relación con la vinculación o desvinculación de un niño/a o adolescente, deben analizarse las condiciones y afectaciones al niño/ en su integralidad, para de esta forma determinar la decisión que no afecte o afecte en menor medida al niño/a o adolescente. Sobre el derecho de los/as niños/as a no ser separados de su familia, la Corte Constitucional ha señalado:

“(…) no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-996 de 2004)

De esta forma, establecer si para la garantía del interés superior de un niño/a, se requiere sea separado/a o no de su núcleo familiar deben tenerse en cuenta criterios como:

“(i) la existencia de riesgos ciertos para la vida, la integridad o la salud del menor de edad; (ii) los antecedentes de abuso (físico, sexual o psicológico) en la familia, y (iii) las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 Superior ordena protección, esto es, abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos

[...]

aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto.” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T -510 de 2013)

En ese sentido, mientras que un niño/a se encuentre en un ambiente armonioso, y con condiciones aptas que garanticen un desarrollo integral y seguridad, así como al tener forjado vínculos afectivos, el/a niño/a no puede ser separado de sus padres o de la familia a la cual está vinculado, sin que medien razones de peso en su bienestar, que justifiquen la referida desvinculación.

Frente al aspecto de la predictibilidad de las condiciones futuras, se señala que es un elemento que hace referencia a las condiciones del niño/a proyectadas a futuro, así como a la evaluación de la posibilidad de mejoría o afectación de las condiciones actuales en un contexto venidero, para determinar las posibles incidencias de estos efectos en el bienestar y de esta forma, garantizar la protección del niño/a, en el ámbito en el que éste/a se desarrolla. (López, R. 2015, p. 165).

Esto implica el análisis de criterios que permitan determinar que el/la niño/a, en el entorno en que se encuentra, tendrá la posibilidad de desarrollarse en forma integral, en condiciones que no impliquen repercusiones negativas o posibles riesgos en su calidad de vida y en su formación futuras.

3. TENSIONES RESPECTO DE LA TARIFA LEGAL DE LA PRUEBA GENÉTICA DE ADN, DE CARA AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/A Y A LOS PRINCIPIOS DE LA PRUEBA

Tal como se ha señalado en el desarrollo del ISN, la observancia de la garantía de bienestar en los procesos en los que se encuentren vinculados/as niños/as y adolescentes, se configura en un criterio obligatorio, a la hora de evaluar las decisiones, que se adopten respecto de los/as “menores”, la cual pueda tener incidencia en su vínculo filial, aspecto que puede generar algún grado de afectación respecto de los sujetos sobre los cuales se decide. Esta obligatoriedad, se encuentra sustentada en el criterio prevalente que tienen los derechos de los/as niños, como sujetos de especial protección, prevalencia que se encuentra respaldada en rango constitucional, internacional y en categoría de fundamental.

De esta manera, se entendería que al ser los procesos de investigación e impugnación de la paternidad/maternidad, procesos en los que pueden estar involucrados niños/as a la hora de configurar o desvirtuar vínculos parento filiales, se deberían tener en cuenta las condiciones particulares del niño/a, mediante una evaluación de las mismas, y la garantía de que este sea escuchado; tal como se ha señalado normativamente en disposiciones de orden nacional y en la Convención de los derechos de los/as niños/as⁵; sin embargo, para los mencionados procesos, se

⁵ Sobre el derecho a ser escuchado, el Código de infancia y adolescencia, en el artículo 26 señala: “...En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.”

Y sobre este mismo punto, la Convención de los derechos del niño/as ha señalado mediante el artículo 14:

“1. Los Estados parte garantizarán al niño/a que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño/a, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño/a, en función de la edad y madurez del niño/a.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.”

tiene que ni siquiera se establece una evaluación de las condiciones, o las posibles afectaciones en materia de filiación, puesto que todas las decisiones en estos procesos se definen a partir del vínculo de consanguinidad, prevalencia mediante la cual se establece la prueba de ADN como criterio determinante para definir la filiación.

Esto en consideración a lo señalado anteriormente, respecto de las disposiciones de la Ley 721 de 2001 y del artículo 386 del C.G.P., mediante las cuales se impone al juez el deber de decretar la prueba genética aún de oficio en todos los procesos que versen sobre investigación de la paternidad y de igual manera, ante la obtención de un resultado favorable al demandante, el juez debe dictar sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la demanda. Y el único método de controvertir esta prueba es la alegación mediante otra prueba de la misma naturaleza. Por lo tanto, el único criterio a analizar o a controvertir, es el criterio biológico, mediante un análisis centrado en la correcta aplicación de los procedimientos para la práctica de la prueba.

Así se ha determinado a la prueba científica con marcadores genéticos de ADN, como un elemento que canaliza de forma directa el fallo en procesos de investigación o impugnación de la paternidad/maternidad, excluyendo cualquier otro tipo de prueba o argumento que pudiera allegarse, es decir, se toma a la prueba genética, como un medio probatorio que se configura como una especie de tarifa legal en materia de filiación.

Esta situación, vista de cara a los principios que orientan el derecho probatorio, configura una trasgresión a algunos de los principios básicos; en consideración a que para el caso concreto de los procesos de filiación, si se tiene en cuenta que en aquellos procesos en los que se involucren niños/as, el indicador que debe guiar una decisión debe ser su bienestar; la prueba genética resulta sumamente limitada, a la hora de dar cuenta de las condiciones de bienestar y de garantía de derechos a partir de un criterio biológico; mucho más, cuando se establece como único medio de prueba en el proceso, imposibilitando que se acuda a otras pruebas, que demuestren de forma más clara asuntos puntuales de una afectación o de las condiciones a nivel personal familiar o social del niño/a.

Por su parte, Michelle Taruffo (2018. P.6), señala que, el proceso visto desde una perspectiva centrada en el contenido de las decisiones, orientada por un enfoque de justicia, asigna a la prueba una función de servir como un instrumento de descubrimiento, comprobación o acercamiento a la verdad fáctica; función que sólo puede garantizarse con la existencia de ciertas condiciones como: la utilización de toda la información que resulte útil, respecto de la comprobación de los hechos, la garantía de la contradicción, la no incorporación de prueba legal (o tarifa legal) etc.

Lo anterior, aplicado en materia de filiación implica que, deben ser admitidos todos aquellos medios probatorios que resulten relevantes para analizar todos los aspectos necesarios a la hora de establecer vínculos filiales; la no incorporación de tarifa legal, mediante la cual se busca proteger la libertad de valoración del juez, toda vez que no se imponen ataduras, frente a las cuales este órgano deba limitar su discernimiento o aceptar una verdad puramente formal en este caso la científicidad, por encima de la verdad efectiva que podría ser la configuración de vínculos no consanguíneos; la contradicción al ser un mecanismo, que permite verificar de forma más completa la verdad sobre los hechos, a través de la crítica y la discusión. Lo cual implica para el caso de la filiación, que la contradicción no solamente se limite al valor científico de la prueba o a su capacidad de dar cuenta de un elemento netamente biológico, sino a la posibilidad de que sea evaluada y rebatida en su potencialidad de dar cuenta de todas las aristas que puedan incidir en el vínculo filial.

De esta manera, establecer a la prueba genética como tarifa legal, más aún cuando esta prueba resulta ineficaz para dar cuenta de las condiciones del niño/a involucrado/a, implica entender a la prueba no desde la finalidad epistémica deseada, mediante la cual se busca que las decisiones se ajusten a criterios de justicia, en relación a que el contenido de la decisión adoptada se adecúe a las condiciones reales involucradas en el proceso; y en contraposición la función de la prueba resulta vista desde una óptica ritualista, a partir de la cual se prescinde del contenido de la decisión esto es, de la efectiva observancia de la garantía de las condiciones de bienestar de los/as niños/as, prescindiendo de la consideración amplia de las condiciones fácticas; y en consecuencia la función sería una mera búsqueda de legitimación de la decisión, a través de una representación de una verdad formal sobre los hechos, o de unas circunstancias fácticas aparentes, las cuales

permitan dar legitimidad a este tipo de decisiones, con la justificación de que tienen un fundamento de carácter científico en la prueba de ADN.

De igual manera, se observa que este tipo de asignación de valor de convicción o de tasación de la prueba genética, conlleva al desconocimiento de reglas y principios básicos que deben garantizarse, respecto de la apreciación probatoria. Así, por ejemplo, al no evaluar o tomar en consideración las condiciones de bienestar o afectación de los/as niños, se desatienden reglas como la completitud de la información, respecto de la cual se señala que debe valorarse toda información que resulte útil al proceso, la libertad de apreciación del juez, puesto que lo ata a un deber frente al cual, debe tomar como prevalente la prueba de ADN, en cierto modo obligando al ente juzgador, a que adopte decisiones sin la posibilidad de valorar todas los aspectos fácticos que rodean el proceso, que pudieran encontrarse sustentados en otros medios de prueba distintos a la prueba genética.

Al respecto es dable afirmar que, si bien es posible aportar otras pruebas al proceso, de acuerdo con la normatividad dispuesta para asuntos relacionados con filiación, la prueba genética tendrá un valor de peso significativo, en el cual el juez debe orientar su decisión. De esta manera, se altera el normal proceso de valoración, respecto del cual debe garantizarse que el juez pueda tener contacto con todos los hechos o circunstancias fácticas (proceso de percepción de la valoración), acercamiento al que puede llegar sólo a través de que se admita la posibilidad de que el juez tenga en su apreciación medios de prueba que efectivamente, puedan demostrar las condiciones de bienestar o afectación de los niños y niñas y a los cuales pueda asignar igual o mayor valor que a la prueba genética, según lo considere apropiado para el caso concreto.

De igual forma, en relación a algunos principios del derecho probatorio, se observa una trasgresión, al principio de unidad de la prueba, sobre el cual se ha señalado que, al momento de valoración, todos los medios de prueba conforman un acervo probatorio o conjunto indivisible. Ante esto no es posible escindir pruebas y se configura en el juez, el deber de valorar las pruebas en su conjunto, sin dividir las o dejar de apreciar uno u otro medio de prueba. (Luis Bernardo Jaramillo. P.5).

En los procesos de filiación, ante la imposición de la prueba genética como una tarifa legal (aún si hablamos de una tarifa legal atenuada), la valoración que se hace sobre este medio probatorio, se desarrolla en cierto modo de forma aislada, puesto que se toma como prevalente y se estudia su resultado de manera individual, esto implica a su vez que los otros medios de prueba que pudieran aportarse al proceso, no son valorados de manera conjunta con el referido medio de prueba ya que de entrada, se les desprovee de una virtualidad demostrativa, o de la eficacia para servir como sustento central de la decisión en materia de filiación.

Del mismo modo, los principios de pertinencia, conducencia y utilidad, los cuales hacen referencia a que los medios probatorios, tengan idoneidad para probar un hecho o situación, relación con lo que pretenda probarse, y que resulten de utilidad al trámite probatorio (Devis Echandía, 2006, p.125), se quebrantan en los procesos de filiación, toda vez que, la prueba genética, se encuentra completamente desligada y desprovista de un potencial demostrativo frente a las condiciones individuales y sociales del niño/a, la mencionada prueba no cuenta con capacidad demostrativa, idoneidad ni utilidad para demostrar las referidas condiciones, que son los criterios centrales a observar en los procesos en los que se encuentren involucrados niños/as y adolescentes, puesto que el criterio base y el único punto en el cual se centra es en dar cuenta de un concepto netamente biológico o de correspondencia en materia de consanguinidad.

Respecto del principio de eficacia jurídica de la prueba, el cual se refiere a la capacidad del medio probatorio, de llevar al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio, (Devis Echandía. 2002, p. 110) debe decirse que visto en procesos de filiación, este principio se refiere, más que a una certeza en un solo criterio del asunto, a una certeza en todas las aristas, lo que implica otorgar la libertad al juez, de revisar todos los aspectos fácticos que puedan involucrarse en procesos de filiación de “menores” y obtener convencimiento del medio de prueba que mejor de cuenta de las condiciones que rodean al niño/a y al proceso.

Y finalmente, respecto del principio de libertad de la apreciación de prueba, debe decirse que, tal como se ha señalado ampliamente a lo largo del trabajo, se ve trasgredido en cuanto a la posibilidad de otorgar al juez de valorar los medios de prueba allegados libremente, toda vez que

se restringe al órgano judicial para evaluar todas las circunstancias fácticas de un proceso de filiación en el cual se encuentren involucrados niños/as o adolescentes, al establecer un valor determinado a una prueba de tipo biológico, impidiéndole, indagar por otra información relevante en el proceso, mediante otros medios de prueba que puedan llevarle este conocimiento. De igual manera aún cuando el juzgador pudiera observar otras condiciones relevantes a la hora de adoptar una decisión en un proceso de filiación de infancia y adolescencia, la norma condiciona al juez a decidir con base en el resultado favorable o desfavorable de la prueba de ADN.

CONCLUSIONES

En atención a lo expuesto a lo largo del trabajo, puede concluirse, que el interés superior del niño/a supone un criterio de valoración primordial en los procesos de filiación que versen sobre niños/as y adolescentes, esto, en consideración de que la calidad de ellos/as como sujetos de especial protección, requiere que, la garantía de sus derechos y bienestar se tome de manera prevalente.

De igual manera, se observa que los procesos de filiación requieren de una apreciación más amplia respecto de los medios de prueba allegados al proceso, así como de las circunstancias fácticas que pudieran tenerse a consideración, las cuales permitan identificar de forma plena las condiciones personales, sociales, conductuales, relacionales, cognoscitivas, etc, del niño/a, y en general todas las aristas que inciden en él, para identificar y suplir las necesidades y posibles afectaciones; y de esta manera garantizar de mejor manera su bienestar.

Ello implica que no se establezca una tasación respecto de la prueba genética de ADN, como prueba definitiva de los procesos de filiación en los que se encuentren vinculados niños/as y adolescentes, sino que por el contrario, se aprecien los medios de prueba de manera conjunta y se permita tener en la valoración a distintos medios que pudieran aportar información respecto de la comprobación de determinadas condiciones en las que un niño/a pudiera verse afectado en determinado entorno familiar o respecto de la vinculación o desvinculación frente a un sujeto.

En relación a este asunto, la prueba genética como tarifa legal, lejos de configurarse en un medio que aporte veracidad y garantía de una decisión, respecto de la adecuación fáctica a las circunstancias o hechos que se presenten en el proceso, se configura en un velo que oculta condiciones fácticas de mayor trascendencia, puesto que aporta una verdad meramente formal, legitimada a través del carácter científico de la prueba, prescindiendo del contenido central que debe tenerse en consideración (el bienestar del niño/a).

Finalmente, es preciso señalar, que dadas las tensiones que presenta la prueba de ADN, respecto de la observancia de los principios base la valoración de la prueba, puede considerarse que sólo en los eventos en los que se permita apreciar los criterios afectación y/o bienestar del niño/a de forma completa, puede darse la garantía de que el proceso, la valoración de la prueba y la decisión derivada de la misma, cumplen tanto con los principios, la funcionalidad epistémica, de acercarse en un mayor grado a la verdad sobre los hechos que constituyen (o deben constituir) la centralidad de la discusión, en procesos de filiación de niños/as y adolescentes, y en consecuencia en la garantía de la justicia en las decisiones referentes a infancia y adolescencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alföldy. G. (1996). Historia Social de Roma. Editorial Alianza. Madrid, España. P. 11. [En línea:]

https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=historia+social+de+roma+alfoldy&btnG=&oq=historia+social+de+roma+alfol [Fecha de consulta: 04/11/2018]

Atienza, M. y Ruiz, J. (1996) Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. España. Ariel.

Camargo, J. Filiación extramatrimonial en Colombia, evolución histórica, normativa y jurisprudencial. (Tesis de pregrado). Universidad de Jorge Tadeo Lozano. Bogotá, Colombia. [En línea:]

<https://expeditiorepositorio.utadeo.edu.co/bitstream/handle/20.500.12010/1474/T022.pdf?sequence=1> [Fecha de consulta: 2/05/2019]

Chinchilla, T. 2009. ¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales? Medellín. Temis.

Corte Constitucional De Colombia. (19 de junio de 2003) Sentencia T-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza

Corte Constitucional De Colombia. (25 de marzo de 2004). Sentencia T-292 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza

Corte Constitucional De Colombia. (29 de abril del 2004). Sentencia T-397 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza

Corte Constitucional De Colombia. (12 de octubre de 2004). Sentencia C-996 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional De Colombia. (10 de mayo de 2005). Sentencia C-476 de 2005. M.P. Alfredo Bernal Sierra.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2011). Sentencia radicado 09492, 16 de diciembre. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno

Devis Echandía, H. (1985) Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. Editorial Universidad.

Devis Echandía, H. (2002). Teoría General de la Prueba Judicial (5ª Edición). Bogotá: Editorial TEMIS S.A.

Jaramillo L. Principios del derecho probatorio. Documento de trabajo del autor. [Sin más referencias de fuente]

Litardo, E. (2018). Múltiple filiación en Argentina: Ampliando límites del parentesco. *Revista Bolivariana de Derecho*. (Nº27), P. 374-391.

López Contreras, R. Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, núm. 1, enero-junio, 2015, pp. 51-70. Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud. Manizales, Colombia. [En línea]. Recuperado de: Base de datos/ Redylac: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77338632001> [Fecha de consulta: 30/10/2018]

Montoya, M. y Montoya, G. (2010). Las Personas en el Derecho Civil. De las personas y otros Sujetos de Derecho. 3 Ed. Bogotá, Leyer.

Pérez, B. (septiembre,2016). Los principios que orientan el derecho de familia en Colombia: Desarrollo histórico del derecho de familia. Conferencia presentada en 8º Congreso Internacional

de Derecho de Familia. Constitución y justicia: protección, derechos y garantías de la familia. Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia.

Prieto Sanchís, Luis (2005). Apuntes de teoría del derecho. Madrid. Trotta. P. 286-299.

Quintero, M Y Prieto, E. (2000). Teoría General del Proceso. Tomo I. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis.

Saza Pineda, J. (2014). Apuntes sobre filiación. Pruebas de A.D.N. Pronunciamientos jurisprudenciales y nuevas tendencias. Bogotá. Ibáñez

Verbic, F. (2018). La función epistémica de la prueba. Traducción al español de Taruffo, M. La Funzione Epistemica Della Prova. En Mosmann, M. Victoria. Ed. Astrea. Buenos Aires [En línea:]

https://www.academia.edu/37450826/La_funcion_epistmica_de_la_prueba [Fecha de consulta: 03/11/2019]