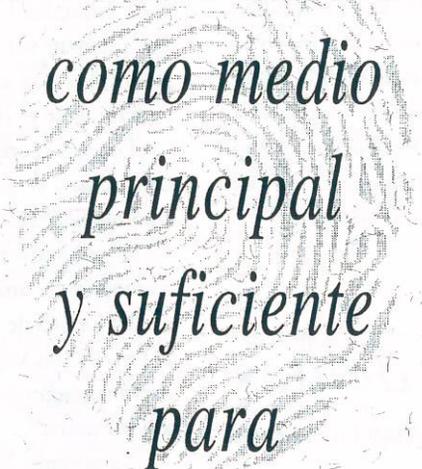


DERECHO Y VIDA

I U S E T V I T A

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

La huella del DNA



*como medio
principal
y suficiente
para
establecer la
paternidad*

*Fernando Alarcón Rojas **

A raíz de recientes fallos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia¹, está en boga afirmar que la prueba científica de la huella del DNA, por la verdad casi absoluta que enseña, permite hoy incorporar a un proceso de filiación extramatrimonial la convicción plena de la existencia o inexistencia de uno de esos hechos que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, hace presumir la paternidad.

Esta afirmación que mirada desapercibidamente no merecería reparo alguno, por lo obvia y porque sería hasta motivo para elogiar la labor de los jueces por su empeño en acompasar el derecho con los avances tecnológicos, es desafortunada.

En efecto, la aludida aseveración contiene la enjuiciable idea de que la paternidad extramatrimonial sólo puede declararse judicialmente cuando se ha demostrado uno cualquiera de los seis eventos que enlista el artículo 6° de la Ley 75 de 1968 y que por ende la huella del DNA sólo sirve para acreditarlos con certeza.

En otras palabras, el concepto allí anidado es que quien pretenda obtener que el juez declare la paternidad extramatrimonial, deberá probar una de esas taxativas hipótesis que la hacen presumir, razón por la cual descaminada y condenada al fracaso estaría su pretensión si sus probanzas se enderezaran tan sólo a demostrar que una parte de su código genético corresponde al del demandado.

Esa forma de discurrir sería apropiada hace veinte o más años cuando la procreación sólo era concebible mediante las relaciones sexuales; pero hoy, cuando ella se logra por otros medios como la inseminación artificial o la clonación, es evidente que queda fuera de contexto.

Y es que, obsérvese, todas las causales del citado artículo 6° de la Ley 75 de 1968, apuntan directa o indirectamente a inferir que entre la madre y el presunto padre existieron relaciones sexuales, hecho este que, una vez establecido, permite a su vez deducir la paternidad.

Nosotros, por el contrario estamos convencidos de que la mejor y más contundente prueba de la paternidad, es la demostración de la coincidencia del código genético del presunto padre con el del hijo.

Y es que si la ciencia permite establecer con certeza la paternidad mediante el análisis del DNA, ¿Cuál es la razón para persistir en la indagación de tratos sexuales como único e inseguro medio para deducirla?

Y es inseguro porque son muchos los casos que conocemos en que aún al ser demostrada una o varias de las llamadas causales de presunción de la paternidad, ésta corresponde a un sujeto distinto a aquel respecto del cual se ha acreditado².

Sin embargo, somos conscientes de que esa certeza de paternidad biológica que da la prueba científica del DNA, puede entrar en contradicción con algunas especiales situaciones de

* Profesor de Derecho Civil en la Universidad Externado de Colombia.

¹ Sentencias de 22 de noviembre de 1999 (expediente 5301) y del 10 de marzo de 2000 (expediente 6188).

² Uno de tantos casos es precisamente el que corresponde a la situación fáctica del proceso a que se refiere el expediente 6188, en donde se demostraron las relaciones sexuales del demandado con la madre de la demandante por la época en que se presume la concepción y sin embargo la huella genética indica que otro es el padre.

También es frecuente encontrarse frente a paternidades atribuidas con fundamento en la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, a pesar de que biológicamente no hay coincidencia.

paternidad jurídica³, pero este hecho no desvirtúa en nada lo que hemos aseverado máxime si se tiene en cuenta que la casi totalidad de los casos investigados se reducen a establecer la paternidad jurídica para hacerla coincidir con la biológica.

Pero se dirá que la argumentación expuesta en pro de acoger el análisis de la huella del DNA como medio principal y suficiente para establecer la paternidad, se vuelve inútil ante la evidencia de que nuestro ordenamiento ha consagrado un sistema restrictivo de causales que por hacer presumir la paternidad permiten que ella se declare judicialmente y dentro de las cuales no está la tal prueba científica.

A esto replicamos que actualmente nuestro sistema jurídico no puede entenderse ni aplicarse como un sistema restrictivo de causales y que por lo tanto hay que abandonar la opinión según la cual la declaratoria de paternidad sólo procede "en aquellos casos en que a juicio del legislador, parece factible contar con pruebas convincentes de ese vínculo encubierto, vale decir en los supuestos taxativamente enumerados por la misma ley"⁴.

Antecedentes

Un breve recuento histórico nos ayudará a sustentar lo que hemos dicho:

El Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca en lo que atañe a los hoy llamados hijos extramatrimoniales preveía que podían ser reconocidos por sus padres si no eran de "dañado ayuntamiento", reconocimiento que les permitía adquirir la calidad de naturales⁵.

Aquellos que no habían sido reconocidos eran "ilegítimos" y no podían exigir su reconocimiento sino con el sólo fin de pedir alimentos⁶.

Esta exigencia, y para ese solo fin, daba derecho a que el presunto padre fuera citado ante el juez para que declarara bajo juramento si creía serlo⁷.

En el evento de no concurrir, después de haber repetido la citación, se presumía la paternidad⁸.

Este código era perentorio al señalar que no era "admisible la indagación o presunción de paternidad por otros medios que los expresados (sic) en los dos artículos antecedentes"⁹.

El Código Civil de la Unión¹⁰, que pasaría a ser luego el Código Civil de la República de Colombia, por disposición del artículo 1° de la Ley 57 de 1887, reguló de manera distinta el asunto¹¹:

Estableció que los hijos nacidos fuera del matrimonio adquirían la calidad de naturales en virtud del reconocimiento de sus padres, pero podían exigir que estos fueran citados ante el juez para ese efecto, con la consabida consecuencia en caso de contumacia y después de haber repetido la citación¹².

La diferencia estribaba en que la exigencia del reconocimiento no era para la sola finalidad de obtener alimentos,

sino que una vez conseguido así, se producían los mismos efectos del voluntario¹³.

Pero este ordenamiento fue más allá porque presumió la paternidad en los casos de raptó y seducción y tuvo a los hijos de la concubina como hijos del concubinario¹⁴.

Sin embargo, también estableció que no era "admisible la indagación o presunción de paternidad por otros medios que los expresados en los artículos precedentes"¹⁵.

La Ley 153 de 1887, modificó esta regulación con la introducción del mismo sistema que había consagrado el Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca, es decir que los hijos naturales lo eran exclusivamente por el reconocimiento que hicieran sus padres y sólo permitió la investigación de la paternidad con el único fin de pedir alimentos y mediante la citación ante el Juez¹⁶.

Derogó la presunción establecida en favor de los hijos de la concubina¹⁷ y reiteró que la paternidad no podía ser indagada sino mediante citación ante el juez, para reconocimiento con el fin de pedir alimentos y sólo se presumía en el caso de renuencia a comparecer una vez repetida la citación¹⁸.

La Ley 45 de 1936 eliminó las modificaciones que introdujo la Ley 153 de 1887 y en su artículo 4° dispuso que "hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural" en los cinco casos allí previstos¹⁹.

Su artículo 29 reza que "no es admisible la comprobación de la paternidad natural por otros medios que los señalados en esta ley", previsión que dio lugar a que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia pregonara enfáticamente que los casos señalados por el artículo 4° de la Ley 45 de 1936 eran taxativos²⁰.

La Ley 75 de 1968 introdujo una nueva causal de presunción de paternidad y reestructuró las restantes²¹, pero en parte alguna dice derogar el antes mencionado artículo 29.

Esta situación determinó que se persistiera en sostener que las causales que permiten presumir la paternidad son taxativas.

³ Piénsese por ejemplo en la hipótesis de inseminación heteróloga y con espermatozoides de donante anónimo de una mujer casada cuyo marido ha consentido el procedimiento.

⁴ Sentencia del 29 de noviembre de 1991 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

⁵ Artículo 341.

⁶ Artículo 351.

⁷ Artículo 353.

⁸ Artículo 354.

⁹ Artículo 355.

¹⁰ Qué es la Ley 84 del 26 de mayo de 1873.

¹¹ Lo reguló de manera similar a la del Código Civil del Estado Soberano de Santander y esta es una de las tantas razones que hay para sostener que es este Código, y no el de Cundinamarca, el que tomó el doctor Agustín Núñez como modelo para elaborar el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia o Código Civil de la Unión.

¹² Artículos 318, 319, 321 y 322.

¹³ Artículo 332.

¹⁴ Artículos 330 y 328.

¹⁵ Artículo 331.

¹⁶ Artículos 54, 66, 68 y 69.



*La huella del DNA
como medio principal y suficiente
para establecer la paternidad*

Pero si se analizan las circunstancias que imperaban otrora y se ponderan las actuales, no cabe menos que concluir que hoy han desaparecido esas razones que sustentaban entonces la mentada taxatividad.

En efecto, dejando de lado consideraciones hoy irrelevantes como la del ocultamiento y reserva de la existencia de los hijos extramatrimoniales por razones culturales, religiosas y morales²², el mayor argumento que justificaba la restricción era que sólo mediante la demostración de la existencia de relaciones sexuales, se podía inferir la paternidad por ser ellas el único medio idóneo para procrear.

En otras palabras, se es padre por ser el autor de la preñez de la madre, autoría que no podía derivar sino del hecho de haberla accedido carnalmente.

Pero como no todas las relaciones de esa índole generan preñez, se impone la restricción legal de *"los casos de investigación y su prueba, porque un criterio irrestricto sobre el particular y una investigación sin límites ni cortapisas, producirían males funestos a la sociedad y podrían llevar a una familia elementos extraños a ella"*²³.

Sin embargo, como hoy contamos con un medio que da certeza casi absoluta de la paternidad, que no es otro que el del análisis genético, resulta evidente que podemos prescindir de aquel otro medio dubitativo que consiste en inferirla a partir de la demostración de la ocurrencia de relaciones sexuales.

Pero si no se acepta este extremo, por lo menos debe convenirse, ante la fuerza de la evidencia, que la huella del DNA es también un medio principal y suficiente para establecer la paternidad.

Genes y patentes*

•••••● No existen dudas acerca del papel clave del conocimiento y uso de la información genética humana para el futuro de la industria farmacéutica y el progreso de la ciencia médica. Aun cuando no hay necesidad de discutir sobre las cuantiosas inversiones que son necesarias para desarrollar drogas nuevas comercializables, si es discutible el argumento de la industria de que aquéllas no se realizarán si no se asegura la amplia protección que reclaman sobre el material genético humano.

Algunos desarrollos pasados en el área farmacéutica nos han enseñado que la introducción de patentes puede ser ex-

tremadamente beneficiosa, porque pone a disposición del público un creciente número de drogas nuevas y valiosas. No hay razón para presumir lo contrario en relación con las patentes sobre invenciones genéticas humanas, siempre y cuando la amplitud de la protección otorgada sea directamente proporcional a la contribución al estado de la técnica hecha por el inventor. La revelación de esta contribución, motivo último de la patente, deberá ser clara y completamente descrita en la aplicación.

•••••● En realidad no encontramos razones jurídicas o bioéticas de fondo para prohibir el patentamiento de inventos genéticos humanos, siempre y cuando lo que se patente sea un producto génico copiado de un gen humano aislado y/o el procedimiento para obtenerlo, y no el gen humano como tal en forma natural. La cuestión sujeta a debate no es ya si los genes humanos pueden ser patentados, sino qué clase de patente debe otorgarse y sobre qué clase de información genética, para estimular mejor el desarrollo de inventos útiles y productos que promuevan la salud y el bienestar humano.

•••••● Vale la pena insistir en la necesidad de limitar con la mayor precisión posible la frontera que separa el invento del descubrimiento, así como en la necesidad de que se observen adecuadamente los requisitos de novedad y aplicación industrial. No se deben conceder patentes sobre el simple descubrimiento de algo que se encuentra en la naturaleza, ni sobre una secuencia cuya utilidad es desconocida. En cambio, los genes de función conocida, secuenciados, aislados, y utilizados en un procedimiento útil no son productos naturales y por ende no caen en la categoría de descubrimientos no patentables. La invención genética humana que se diferencia del descubrimiento y llena los criterios de novedad, altura inventiva, y aplicación industrial, sin contrariar las prohibiciones y exclusiones expresas, puede ser patentable.

¹⁷ Artículo 65.

¹⁸ Artículo 70.

¹⁹ Ellos son: 1- En el caso de raptó o violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción; 2- En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de sponsales, siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil esa deducción; 3- Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad; 4- En el caso que entre el presunto padre y la madre haya existido de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron; y 5- Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.

²⁰ Entre otras, se destacan las sentencias de 26 de abril de 1940, 16 de octubre de 1943, 11 de junio de 1954 y 3 de mayo de 1955.

²¹ Artículo 6°.

²² El artículo 78 de la Ley 153 de 1887 preveía la posibilidad de que, por decisión del juez, los procedimientos sobre reconocimiento provocado fueran secretos.

²³ Sentencia del 16 de octubre de 1943.

paternidad jurídica³, pero este hecho no desvirtúa en nada lo que hemos aseverado máxime si se tiene en cuenta que la casi totalidad de los casos investigados se reducen a establecer la paternidad jurídica para hacerla coincidir con la biológica.

Pero se dirá que la argumentación expuesta en pro de acoger el análisis de la huella del DNA como medio principal y suficiente para establecer la paternidad, se vuelve inútil ante la evidencia de que nuestro ordenamiento ha consagrado un sistema restrictivo de causales que por hacer presumir la paternidad permiten que ella se declare judicialmente y dentro de las cuales no está la tal prueba científica.

A esto replicamos que actualmente nuestro sistema jurídico no puede entenderse ni aplicarse como un sistema restrictivo de causales y que por lo tanto hay que abandonar la opinión según la cual la declaratoria de paternidad sólo procede "en aquellos casos en que a juicio del legislador, parece factible contar con pruebas convincentes de ese vínculo encubierto, vale decir en los supuestos taxativamente enumerados por la misma ley"⁴.

Antecedentes

Un breve recuento histórico nos ayudará a sustentar lo que hemos dicho:

El Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca en lo que atañe a los hoy llamados hijos extramatrimoniales preveía que podían ser reconocidos por sus padres si no eran de "dañado ayuntamiento", reconocimiento que les permitía adquirir la calidad de naturales⁵.

Aquellos que no habían sido reconocidos eran "ilegítimos" y no podían exigir su reconocimiento sino con el sólo fin de pedir alimentos⁶.

Esta exigencia, y para ese solo fin, daba derecho a que el presunto padre fuera citado ante el juez para que declarara bajo juramento si creía serlo⁷.

En el evento de no concurrir, después de haber repetido la citación, se presumía la paternidad⁸.

Este código era perentorio al señalar que no era "admisibile la indagación o presunción de paternidad por otros medios que los expresados (sic) en los dos artículos antecedentes"⁹.

El Código Civil de la Unión¹⁰, que pasaría a ser luego el Código Civil de la República de Colombia, por disposición del artículo 1º de la Ley 57 de 1887, reguló de manera distinta el asunto¹¹:

Estableció que los hijos nacidos fuera del matrimonio adquirían la calidad de naturales en virtud del reconocimiento de sus padres, pero podían exigir que estos fueran citados ante el juez para ese efecto, con la consabida consecuencia en caso de contumacia y después de haber repetido la citación¹².

La diferencia estribaba en que la exigencia del reconocimiento no era para la sola finalidad de obtener alimentos,

sino que una vez conseguido así, se producían los mismos efectos del voluntario¹³.

Pero este ordenamiento fue más allá porque presumió la paternidad en los casos de raptó y seducción y tuvo a los hijos de la concubina como hijos del concubinario¹⁴.

Sin embargo, también estableció que no era "admisibile la indagación o presunción de paternidad por otros medios que los expresados en los artículos precedentes"¹⁵.

La Ley 153 de 1887, modificó esta regulación con la introducción del mismo sistema que había consagrado el Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca, es decir que los hijos naturales lo eran exclusivamente por el reconocimiento que hicieran sus padres y sólo permitió la investigación de la paternidad con el único fin de pedir alimentos y mediante la citación ante el Juez¹⁶.

Derogó la presunción establecida en favor de los hijos de la concubina¹⁷ y reiteró que la paternidad no podía ser indagada sino mediante citación ante el juez, para reconocimiento con el fin de pedir alimentos y sólo se presumía en el caso de renuencia a comparecer una vez repetida la citación¹⁸.

La Ley 45 de 1936 eliminó las modificaciones que introdujo la Ley 153 de 1887 y en su artículo 4º dispuso que "hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural" en los cinco casos allí previstos¹⁹.

Su artículo 29 reza que "no es admisibile la comprobación de la paternidad natural por otros medios que los señalados en esta ley", previsión que dio lugar a que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia pregonara enfáticamente que los casos señalados por el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 eran taxativos²⁰.

La Ley 75 de 1968 introdujo una nueva causal de presunción de paternidad y reestructuró las restantes²¹, pero en parte alguna dice derogar el antes mencionado artículo 29.

Esta situación determinó que se persistiera en sostener que las causales que permiten presumir la paternidad son taxativas.

³ Piénsese por ejemplo en la hipótesis de inseminación heteróloga y con espermatozoides de donante anónimo de una mujer casada cuyo marido ha consentido el procedimiento.

⁴ Sentencia del 29 de noviembre de 1991 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

⁵ Artículo 341.

⁶ Artículo 351.

⁷ Artículo 353.

⁸ Artículo 354.

⁹ Artículo 355.

¹⁰ Qué es la Ley 84 del 26 de mayo de 1873.

¹¹ Lo reguló de manera similar a la del Código Civil del Estado Soberano de Santander y esta es una de las tantas razones que hay para sostener que es este Código, y no el de Cundinamarca, el que tomó el doctor Agustín Núñez como modelo para elaborar el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia o Código Civil de la Unión.

¹² Artículos 318, 319, 321 y 322.

¹³ Artículo 332.

¹⁴ Artículos 330 y 328.

¹⁵ Artículo 331.

¹⁶ Artículos 54, 66, 68 y 69.