

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.
SALA DE FAMILIA**

Bogotá D. C., dieciséis de diciembre de dos mil veinte.

MAGISTRADA: LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ.

PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DE BERENICE ALGARRA EN CONTRA DE NELSON ALBERTO ENRÍQUEZ BARACALDO, EDWIN EDILSON ENRÍQUEZ BARACALDO, RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO Y HEREDEROS INDETERMINADOS DE SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO (Apelación sentencia) Rad. 11001-31-10-022-2017-00619-01/02.

Aprobado en Sala según Acta N° **115** del 11 de diciembre de 2020.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra el auto del veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) y de la sentencia del veintiocho (28) de enero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá D. C.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado judicial, la señora **BERENICE ALGARRA**, promueve demanda de filiación frente a los herederos determinados de **SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO**, los demandados **NELSON ALBERTO ENRÍQUEZ BARACALDO**, **EDWIN EDILSON ENRÍQUEZ BARACALDO**, **RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO**, **FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO** y **MARÍA ELVIRA PULIDO** y los **HEREDEROS INDETERMINADOS DEL SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO**, solicitando acceder, en síntesis, las siguientes **pretensiones**:

1. Declarar que la señora **BERENICE ALGARRA**, nacida el 11 de marzo de 1981, es hija extramatrimonial del fallecido **SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO**.
2. Disponer que al margen del Registro Civil de Nacimiento de la señora **BERENICE ALGARRA**, se tome nota correspondiente sobre su estado civil de hija extramatrimonial del fallecido **SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO**.

3. En caso de oposición por parte de los demandados, se condene en costas y agencias en derecho a la parte opositora.

Al explicar el sustento fáctico de la demanda, el apoderado de la demandante expone los siguientes hechos:

Que para el año 1980, el señor **SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ** sostuvo relaciones sexuales con la señora **BLANCA CECILIA ALGARRA**, de las cuales, nació la señora **BERENICE ALGARRA**, sin embargo, el señor **ENRÍQUEZ** se negó a realizar el reconocimiento de su hija.

Como madre soltera la señora **BLANCA CECILIA ALGARRA**, no inició proceso judicial alguno para obtener el reconocimiento como hija extramatrimonial del señor **SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO**.

En vida, el señor **SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO** tuvo del matrimonio de la señora **MARÍA CLEMENCIA BARACALDO** los siguientes hijos: **EDWIN EDILSON ENRÍQUEZ BARACALDO** y **NELSON ALBERTO ENRÍQUEZ BARACALDO**. Y, de la unión marital de hecho que sostuvo con **MARÍA ELVIRA PULIDO MARTÍNEZ**, procreó a **RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO** y **FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO**.

El señor **SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO**, falleció el 16 de marzo de 2017, sus restos fueron cremados en la Funeraria Los Olivos.

TRÁMITE Y CONTRADICCIÓN

La demanda, presentada ante el Juzgado de Familia de Circuito de Funza (Cundinamarca) el 17 de julio de 2017, se rechazó de plano y ordenó remitir las diligencias al Juez de Familia de Bogotá (Reparto), correspondió por reparto al Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá, se admitió en auto del 27 de septiembre de 2017, ordenando notificar a los demandados y emplazar a los herederos indeterminados del señor **SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO**.

El demandado **NELSON ALBERTO ENRÍQUEZ BARACALDO**, notificado el 24 de octubre de 2017, no contestó la demanda (fl. 37); los demandados **RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO** y **EDWIN ENRÍQUEZ BARACALDO** fueron notificados el 26 de enero y 8 de febrero de 2018 (fls. 56 y 72).

El demandado **EDWIN ENRÍQUEZ BARACALDO** manifiesta que acatará la decisión judicial que corresponda, pues, desconoce los hechos relativos al parentesco o negativa de reconocimiento de su padre respecto de la señora **BERENICE ALGARRA** (fls. 73 a 76). La demandada **RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO**, de igual manera, dijo no oponerse a las pretensiones “*si y solo si, después del examen de ADN, logra establecerse llegando a la verdad más allá de toda duda razonable la paternidad de mi fallecido padre respecto de la señora BERENICE ALGARRA*”, pero, que de no ser favorable la demanda, solicita el resarcimiento de los daños causados por el dolor generado a la familia y se ordenen disculpas públicas por haber atentado contra la honra de una persona que ya no se puede defender (fls. 78 a 81).

Los demandados **MARÍA ELVIRA PULIDO MARTÍNEZ** y **FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO**, quedaron notificados por aviso el 21 y 14 de febrero de 2018, respectivamente (fls. 91 a 94), la primera dijo no oponerse a las pretensiones si la prueba de ADN, determina la paternidad del señor **SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO** (fls. 95 a 97). El segundo, contestó por fuera del término, aun cuando volvió a ser notificado de la demanda el 18 de junio de 2018, su réplica resultó ser extemporánea, según obra en los folios 106 a 109.

El curador ad litem de los **HEREDEROS INDETERMINADOS DE SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO**, se notificó personalmente el 18 de septiembre de 2018, y, oportunamente dijo dentro del término para ello contestó la demanda indicando que se atiene a lo que resulte probado en el proceso.

Siguiendo el curso procesal con auto del 21 de noviembre de 2018, el Juzgado ordenó la práctica de la prueba de ADN con la demandante **BERENICE ALGARRA**, su progenitora **BLANCA CECILIA ALGARRA** y los demandados **EDWIN EDILSON ENRÍQUEZ BARACALDO**, **NELSON ALBERTO ENRÍQUEZ BARACALDO**, **RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO** y **FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO**, prueba cuya práctica resultó frustrada ante el Instituto Nacional de Medicina Legal, por cuanto si bien asistieron **BERENICE ALGARRA**, su progenitora **BLANCA CECILIA ALGARRA** y los demandados **EDWIN EDILSON ENRÍQUEZ BARACALDO** y **NELSON ALBERTO ENRÍQUEZ BARACALDO**, no lo hicieron las demás personas convocadas.

Con información suministrada por el demandado **NELSON ALBERTO ENRÍQUEZ BARACALDO** y por petición del apoderado de la demandante, en auto del 28 de marzo de 2019 se ofició al Hospital Universitario San Ignacio, solicitando “*el traslado de la biopsia de tiroides realizada al paciente SIXTO MANUEL ENRIQUEZ QUINTERO (q.e.p.d) al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a fin de realizar el cotejo genético con las muestras de la prueba genética de la demandante (...) y su progenitora (...)*”, con el fin de practicar la prueba de ADN con esa muestra (fl. 147).

Con ese insumo biológico pudo practicarse por el Instituto Nacional de Medicina Legal (fls. 161 y 162), la prueba genética cuyos los resultados se allegaron al Juzgado el 24 de septiembre de 2019, concluyendo que “**SIXTO MANUEL ENRIQUEZ QUINTERO (fallecido) no se excluye como el padre biológico de BERENICE ALGARRA. Es 3.383.547.902 veces más probable el hallazgo genético, si SIXTO MANUEL ENRIQUEZ QUINTERO (fallecido) es el padre biológico. Probabilidad de Paternidad: 99.9999999%**” (fls. 199 a 202), dictamen sometido contradicción mediante traslado conferido en auto del 15 de octubre de 2019 (fl. 217).

La demandada **RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO** y los también demandados **FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO** y **MARÍA ELVIRA PULIDO**, solicitan la práctica de una nueva prueba genética, pues a pesar del resultado dice tener duda razonable sobre la muestra (fl. 219). Esta solicitud fue denegada en auto del 21 de noviembre de 2019, “*de conformidad con el parágrafo del art. 228 ibídem en el término de traslado del dictamen la parte pasiva no solicitó la aclaración o complementación a la experticia, y en su lugar solicitó la practica [de] un nuevo dictamen a costa de la interesada, sin que se encontrara debidamente motivada, al no precisar los errores que estimaba presentes en el primer dictamen, fundando únicamente su inconformidad en razones ajenas a la forma como se practicó la experticia*”; a continuación fueron decretadas las demás pruebas solicitadas por las partes y se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de los arts. 372 y 373 del C.G.P. (fls. 220 y 221).

Contra la decisión que negó practicar una nueva prueba genética, interpuso la demandada **RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO** y apoderada de los demandados **FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO** y **MARÍA ELVIRA PULIDO**, recurso de reposición y el subsidiario de apelación, resuelto con auto del 16 de enero de 2020, confirmatorio del de primera instancia por considerar que, “*la*

experticia se cimentó en razones técnicas y científicas emitidas por una entidad acreditada y certificada para la realización de este tipo de pruebas”, además, por cuanto la recurrente no precisó los errores atribuibles al dictamen practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al paso que el reparo tiene como sustento su particular visión sobre lo que consideró dudas acerca de la cadena de custodia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotado el trámite previsto en los arts. 372 y 373 del C.G.P., el Juzgado emitió sentencia declarando a la demandante **BERENICE ALGARRA**, hija del fallecido **SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO**, ordenó inscribir la sentencia en el Registro Civil de Nacimiento de la demandante, autorizó la expedición de copias de la sentencia y condenó en costas a los demandados **MARÍA ELVIRA PULIDO MARTÍNEZ, RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO** y **FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO**.

Para sustentar la decisión, dijo el señor Juez, que si bien en este caso, dentro del término de traslado de la prueba genética la parte demandada solicitó practicar una nueva prueba de ADN, esa solicitud debe cumplir la carga argumentativa prevista en el art. 176 del C.G.P., motivando fundadamente los defectos atribuidos a la pericia, obligación no cumplida por la solicitante de una nueva prueba de ADN, por cuanto se limitó a cimentar su inconformidad en dudas subjetivas acerca de la muestra de biopsia practicada al causante en el Hospital San Ignacio.

Con motivo de la sentencia de tutela conocida por el Tribunal, dijo el juzgador, el Hospital aclaró que no está faltando a la verdad en cuanto a la información suministrada, pues se dio en respuesta a distintas solicitudes de los demandados, de distinto contenido, una de las herederas y otra la solicitud efectuada por el demandado **NELSON ENRÍQUEZ**. La primera, indagó sobre muestras de laboratorio y el último sobre una muestra de patología, guardada en cumplimiento de mandatos legales durante 20 años. Aun así, con respecto a la biopsia sobre el material biológico del señor **SIXTO** con la cual se practicó la prueba de ADN, hay hechos incontrovertibles, como que, al causante de acuerdo con la Historia Clínica, se le hicieron varias intervenciones, una de ellas por un cirujano de cabeza y cuello, especialista quien tomó la muestra, si bien no es

clara la fecha de toma del examen, lo cierto es que al señor **SIXTO** se le hizo una biopsia.

El argumento de las dudas sobre la muestra de patología empleado en la realización del examen, no tiene respaldo fáctico en el proceso, por el contrario, la Historia Clínica muestra que la biopsia fue practicada por un cirujano de cabeza y cuello, con instrumentadora quirúrgica y personal que lo acompañó en el quirófano y en el procedimiento quedaron protegidos por bloques de parafina, unas láminas histológicas, que fue lo enviado al Instituto Nacional de Medicina Legal, además se cuenta con documentación de un procedimiento y de la existencia de muestras biológicas tomadas por razones clínicas, sobre las cuales el juzgado ni la parte recurrente, tienen argumentos para poner en duda lo afirmado por el Hospital o que se ponga en duda la cadena de custodia.

Descartada cualquier motivo de duda acerca de la procedencia de las muestras biológicas, por razón de la enfermedad del señor **SIXTO MANUEL ENRIQUEZ QUINTERO**, entregadas al Instituto Nacional de Medicina Legal, no quedan motivos reales, legales o prácticos por los cuales se deba desechar una prueba legalmente incorporada a la actuación judicial, a la que, por demás, ningún error grave le es enrostrada por los recurrentes.

En cambio, si se puede alegar en favor de preservar su legalidad y eficacia demostrativa, que procede de muestras directamente tomadas al presunto padre y por ello su confiabilidad por tener un mayor grado de aproximación entre los investigados.

La prueba de ADN practicada con muestra directa del causante, da a conocer que no hay exclusión en los marcadores, todos los alelos se comparten, por eso medicina legal dice que la probabilidad es 99,9999999%, por lo que, no hay la más mínima duda que la señora **BERENICE** es hija del señor **SIXTO**. Entonces, venir a discutir supuestamente por un tema de control o de cadena de custodia o una contradicción, no es otra forma distinta que tratar de dilatar este proceso, de atentar contra la administración de justicia, de no aceptar lo que inobjetablemente dice la medicina y es que la señora es hija del señor **SIXTO**.

RECURSO DE APELACIÓN

1. **Razones del recurso de apelación del auto:** Los demandados **MARÍA ELVIRA PULIDO, RUTH ELIZABETH y FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO**, interponen recurso de apelación en contra del auto del 21 de noviembre de 2019, que negó la práctica de una nueva prueba de ADN, argumentando que, en este caso, es extraña la aparición de una muestra de biopsia, cuando la institución médica había dicho que no contaba con muestras para poder aportar al proceso, según los recurrentes, se genera una duda razonable con las aclaraciones ofrecidas sobre la muestra obtenida para el cotejo de ADN, máxime cuando la información aclaratoria no corresponde a la Historia Clínica del causante.

El Juzgado desatendió el artículo 386 del Código General del Proceso, cuando desde antes de conocer el resultado se viene atacando el origen de la muestra y al existir hijos debidamente reconocidos por el causante, debía ordenar la práctica de una nueva prueba de ADN, pues pese al resultado, la situación no ofrece garantías *“ni certeza que se trate de muestras biológicas que hayan podido ser tomadas del demandado”*.

2. **Razones del recurso de apelación de la sentencia:** Los demandados **MARÍA ELVIRA PULIDO, RUTH ELIZABETH y FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO** solicitan revocar en su totalidad la sentencia emitida por el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá, para en su lugar, tomar una nueva prueba de ADN con los hijos reconocidos del causante y la demandante, en cambio emitir otra sentencia, con los nuevos resultados de la prueba genética.

En criterio de los recurrentes, hay contradicción en el interrogatorio de la demandante y lo consignado en la demanda, indicio de un proceder ajeno a la buena fe, mientras en su declaración la señora **BERENICE ALGARRA** adujo que el señor **SIXTO** pagaba o sobornaba para que no lo demandaran, en la demanda, aseguró que su señora madre **BLANCA CECILIA ALGARRA** nunca inició acción en contra del causante para obtener su reconocimiento como hija extramatrimonial, sin si quiera aportar prueba sumaria de sus aseveraciones. Adicionalmente, asegura desconocer la fecha de fallecimiento del presunto progenitor, sin embargo, en la demanda sí indica la fecha.

El demandado **NELSON ALBERTO ENRÍQUEZ BARACALDO**, si bien en su declaración asegura reconocer a la demandante como la hermana, de ese hecho no informó a los demás hermanos en una conciliación sostenida el 1 de abril de 2017 y también en posteriores oportunidades, situación que merece especial

atención, por cuanto, *“no han aportado una prueba genética que permita establecer que son hermanos de Sangre como así lo asegura el interrogado, tampoco aporta criterios válidos para establecer su filiación respecto de la demandante”*, y omite informar que fue él la persona que inició el proceso de su señor padre, que actualmente conoce el Juzgado Veintitrés de Familia de Bogotá. Indican que el Juzgado impidió el interrogatorio de los hoy recurrentes por parte de su apoderado, por lo que le ha sido cercenado el derecho de contradicción desconociendo el art. 221 del Código General del Proceso.

Desde el momento en que la señora **ELIZABETH ENRÍQUEZ** tuvo conocimiento de la biopsia, manifestó al Juzgado que si bien no se opone a la experticia, solicita se tenga en cuenta *“igualmente la muestra tomada a todos los hijos reconocidos del fallecido SIXTO ENRIQUEZ, y en conjunto se efectúe la experticia”*, ofreciendo incluso la realización de una nueva prueba a su costa, ante la inexistente cadena de custodia, pues el Hospital Universitario San Ignacio, es una institución académica no entrenada como policía judicial y al momento de toma de la muestra se hizo con fines médicos, especialmente teniendo en cuenta las imprecisiones respecto de la muestra utilizada, con lo que persiste duda sobre los resultados de la prueba de ADN.

Finalmente, refiere que, la condena en costas es incongruente, pues si se mira la pretensión tercera de la demanda, ella se solicita en el evento de contradicción y los recurrentes no se opusieron a las pretensiones.

INTERVENCIÓN DE LA PARTE NO RECURRENTE

El apoderado de la señora **BERENICE ALGARRA**, solicita mantener la sentencia apelada, a su modo de ver, los argumentos del recurso parecen sugerir que *“la demandante [incurrió] en acciones ilegales para la obtención de la biopsia del fallecido Sixto Manuel Enríquez Quintero en el Hospital Universitario San Ignacio”* y el resultado de la prueba de ADN, expresiones irrespetuosas y fuera de lugar, plasmadas en *“un memorial de agravios del abogado recurrente en contra del también demandado Nelson Alberto Enríquez Baracaldo, de lo cual no se extracta ningún hecho relevante que pueda servir a la apelación”*.

El apoderado recurrente, según la demandante, cuestiona por *“enésima vez”* la prueba de ADN, practicada con fundamento en una biopsia del causante obtenida del Hospital San Ignacio, cuyo resultado fue 99,9999999%, sin

embargo, los recurrentes inconformes, han cuestionado la veracidad y autenticidad de la biopsia, presentando ahora los mismos argumentos de la acción de tutela conocida por el Tribunal, reparos frente a los cuales *“el Juez Constitucional de tutela como el Juzgado de conocimiento han dejado claro en sus providencias que, tanto la solicitud como el traslado de la biopsia y la práctica del dictamen pericial elaborado por Medicina Legal, cumplieron a cabalidad con toda la ritualidad dispuesta para tal efecto. Por lo tanto, pretender el recurrente que a estas alturas del proceso se ordene la práctica de una nueva prueba de ADN con todos los hijos reconocidos del presunto padre, no es más que una maniobra dilatoria del proceso (...)”*. Además, llama la atención que ahora soliciten insistentemente la práctica de la prueba con los hijos reconocidos del señor **SIXTO**, cuando se rehusaron a asistir a la toma de muestras ante Medicina Legal.

En esa dirección dice, mal pueden los recurrentes escudarse en su propia omisión, incluso la del actual apoderado de los demandados, luego de no presentar argumentación alguna en el traslado de la prueba de ADN, especialmente cuando los hechos fundamento de la inconformidad, sobre la obtención de la muestra del laboratorio de patología, fueron analizados en la sentencia de tutela conocida por el Tribunal. Y, de forma *“socarrada una posible sospecha en el actuar de los funcionarios del Hospital”*, más la inconformidad no está dirigida a *“demostrar o precisar de manera concreta los errores que estimaba incurrió el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el desarrollo de la experticia genética, como autoridad competente y científicamente calificada para este tipo de prueba”* y tampoco expuso en la debida oportunidad (traslado de la prueba de ADN), las imprecisiones de la Historia Clínica. Por lo anterior, considera que los argumentos de las imprecisiones en la Historia Clínica expuestos contra la sentencia, son extemporáneos, pues al momento del fallo se *“dio por sentada la legalidad de la prueba de marcadores genéticos de ADN”*.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Abonada la presencia de los presupuestos procesales necesarios para emitir pronunciamiento de fondo, a ello procederá el Tribunal, como autoridad competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, en proceso adelantado por personas plenamente capaces, legitimadas para comparecer a este juicio y quienes a lo largo de su

trámite tuvieron plenas garantías de contradicción, descartando así causales de nulidad.

En estricta relación con el motivo de inconformidad, el estudio en esta instancia se contrae a los siguientes puntos: 1) La prueba de ADN practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y su contradicción; 2) La valoración probatoria conjunta de los medios de prueba; y 3) La condena en costas.

1. Sobre la prueba de ADN practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y valoración conjunta de la prueba.

Empezar por señalar a propósito del primer reparo, el carácter obligatorio de la prueba científica, hoy de ADN, aun desde la vigencia de la Ley 75 de 1968, modificada en su artículo 7o, en los inequívocos términos del artículo 1o de la Ley 721 de 2001, según el cual, Artículo 7o. *“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%.”*

De esta manera el legislador puso en armonía con el desarrollo científico, los procesos de filiación e impugnación paterna o materna, buscando proveer con seguridad cercana a la certeza esta clase de litigios, si bien tampoco estableció un sistema probatorio único o tarifado, es innegable el valor persuasivo de conclusiones expertas adoptadas con el soporte de un método científico, ponderación acogida en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en su sentencia del 29 de mayo de 2010, en el proceso Ref.: Exp. No. 50001-31-10-002-2002-00495-01, dijo:

“Sin duda fue el progreso científico en materia genética el que contribuyó a que el legislador elevara a forzosa la práctica de la prueba científica de A.D.N., disposición recogida en el artículo 1º de la Ley 721 de 2001, porque como aparece en la exposición de motivos de la aludida norma, se hacía indispensable «adecuar la legislación a la Constitución Política que actualmente nos rige y cambiar la normatividad positiva para poder con ello brindar a la administración de Justicia, mecanismos expeditos para establecer con eficacia y rapidez la paternidad. Con el avance científico y tecnológico de que hoy gozamos, es hora de eliminar el complejo y obsoleto sistema de presunciones para determinar la paternidad”.

(...)

Viene de lo dicho que en la actualidad los exámenes de ADN, elaborados conforme a los mandatos legales, son elementos necesarios -y las más de las veces suficientes- para emitir una decisión en los juicios de filiación, pues dan luces sobre el nexo biológico y obligado que existe entre ascendiente y descendiente, con un altísimo grado de probabilidad que, per se, es capaz de llevar al convencimiento que se requiere para fallar. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del veintiuno de mayo de dos mil diez, Ref.: Exp. No. 50001-31-10-002-2002-00495-0- Magistrado Ponente EDGARDO VILLAMIL PORTILLA Bogotá, D.C.)

Siguiendo similar orientación, el artículo 386 del C.G.P. consagra la obligatoriedad del decreto y práctica de la prueba de ADN en todos los procesos de investigación o impugnación de la paternidad o maternidad, y establece a propósito, que *“Cualquiera que sea la causal alegada, en el auto admisorio de la demanda 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”*.

Desde el análisis de un caso particular, pero con valor de criterio auxiliar, de interpretación, la sentencia T-249 de 2018 de la Corte Constitucional con ponencia del señor Magistrado Dr. José Fernando Reyes Cuartas, analizó la obligatoriedad de la prueba de ADN, recalcó que *“tanto la ley como la jurisprudencia constitucional han reconocido la prueba de ADN como un elemento crucial al momento de determinar el vínculo natural entre padres e hijos, atendiendo los mandatos superiores y los presupuestos normativos establecidos por el legislador en los cuales se destaca la prevalencia de los derechos fundamentales de quienes buscan certeza al momento de conocer quiénes son sus ascendientes”*.

No cabe duda entonces de la trascendencia de la prueba de ADN y del carácter imperativo de su decreto y practica en los procesos de filiación, investigación o impugnación de la paternidad y maternidad, sin llegar a constituir tarifa legal, sus resultados se evaluarán junto con los restantes elementos de juicio obrantes en el proceso.

La capacidad persuasiva de la prueba de ADN, no sólo está ligada a su decreto, incorporación y contradicción dentro del proceso, también a la idoneidad del laboratorio “(...) *legalmente autorizados*’, los cuales *‘deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales’* (par. 1º. Art. 1º)”, (...) siendo *‘el querer del legislador que la prueba científica se rindiera por laboratorios especializados, y no por un perito, en el sentido que lo contempla el artículo 24 de la Ley 794 de 2003, modificadorio del artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, [de donde] mal puede el recurrente dolerse por la falta de posesión del mismo’* (cas.civ. sentencia de 16 de julio de 2008, exp. 11001-3110-022-2005-00286-01). Corte Suprema de Justicia en sentencia del veinticuatro (24) de noviembre de dos mil nueve (2009), Magistrado Ponente Dr. William Namén Vargas, expediente 11001-31-10-004-2004-00556-01.

Con el fin de determinar la filiación paterna de la demandante **BERENICE ALGARRA**, con auto del 21 de noviembre de 2018, el juzgado decretó y ordenó la práctica de la prueba de **ADN**, mediante la comparación de los perfiles genéticos de la demandante **BERENICE ALGARRA**, su progenitora **BLANCA CECILIA ALGARRA** y con los demandados **EDWIN EDILSON ENRÍQUEZ BARACALDO**, **NELSON ALBERTO ENRÍQUEZ BARACALDO**, **RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO** y **FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO**, no obstante, la prueba no pudo practicarse por el Instituto Nacional de Medicina Legal, porque los demandados **RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO** y **FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO**, no comparecieron a la toma de muestras.

Malograda la ocasión de realizar la prueba de ADN en la forma decretada e informado sobre la existencia de muestras biológicas procedentes del presunto padre tomadas con el fin de realizar estudios de patología, en auto del 28 de marzo de 2019, el Juzgado ordenó trasladar las muestras tomadas para “*la biopsia de tiroides realizada al paciente SIXTO MANUEL ENRIQUEZ QUINTERO (q.e.p.d) al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a fin de realizar el cotejo genético con las muestras de la prueba genética de la demandante (...) y su progenitora (...)*”. con el fin de practicar la prueba de ADN con esa muestra (fl. 147).

Los resultados de la prueba se incorporaron el 24 de septiembre de 2019, y la conclusión central determina que “**SIXTO MANUEL ENRIQUEZ QUINTERO (fallecido) no se excluye como el padre biológico de BERENICE ALGARRA. Es 3.383.547.902 veces más probable el hallazgo genético, si SIXTO MANUEL ENRIQUEZ QUINTERO (fallecido) es el padre biológico. Probabilidad de**

Paternidad: 99.9999999%” (fls. 199 a 202), dictamen sometido contradicción mediante traslado conferido en auto del 15 de octubre de 2019 (fl. 217).

Conocido el resultado de la prueba de ADN, la demandada **RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO** y los también demandados **FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO** y **MARÍA ELVIRA PULIDO**, solicitaron la práctica de una nueva prueba genética, a lo que el Juzgado no accedió el 21 de noviembre de 2019, “*de conformidad con el parágrafo del art. 228 ibídem en el término de traslado del dictamen la parte pasiva no solicitó la aclaración o complementación a la experticia, y en su lugar solicitó la practica [de] un nuevo dictamen a costa de la interesada, sin que se encontrara debidamente motivada, al no precisar los errores que estimaba presentes en el primer dictamen, fundando únicamente su inconformidad en razones ajenas a la forma como se practicó la experticia*” (fls. 220 y 221).

La prueba de ADN así practicada, evidentemente fue conocida por los recurrentes, quienes no controvierten el fundamento de la prueba¹, lo que resulta evidente, cuando en el curso del proceso solicitaron “*que pese al resultado arrojado por el mismo, las circunstancias que calificó en su momento el HOSPITAL SAN IGNACIO como infortunados, son consistentes con una duda razonable sobre las muestras, pese al resultado*”. Y agregaron los hoy recurrentes, que “*atendiendo la necesidad de identificar la verdad más allá de toda duda razonable*”, es que debe practicarse una nueva prueba genética.

La crítica a la prueba y sus resultados no tiene un fundamento consistente, en ella no se precisan errores presentes en el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se limita la parte recurrente a señalar alguna duda a su modo de ver razonable, acerca de la procedencia de las muestras suministradas por el Hospital San Ignacio, pero ese asunto fue clarificado en su oportunidad, pues, la entidad hospitalaria explicó las razones por las cuales tomó las muestras biológicas de **SIXTO MANUEL ENRIQUEZ QUINTERO**, para un análisis de patología, las que son conservadas por hacer parte de la historia clínica de un

¹ Artículo 386 C.G.P. establece “*De la prueba científica se correrá traslado por tres (3) días, término dentro del cual **se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de un nuevo dictamen, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. S***

***i se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.** Las disposiciones especiales de este artículo sobre la prueba científica prevalecerán sobre las normas generales de presentación y contradicción de la prueba pericial contenidas en la parte general de este código”.*

paciente, que se debe conservar durante 20 años (Resolución 1995 de 1999- del Ministerio de Salud, artículo 15).

En ese sentido, las razones de los recurrentes frente a la sentencia, sobre posibles inconsistencias en la cadena de custodia o en la procedencia de las muestras, es decir a determinar si en efecto pertenecen al causante **SIXTO MANUEL ENRIQUEZ QUINTERO**, tampoco tienen un soporte fáctico que las sustente, son especulativas, por tanto, insuficientes para revocar la sentencia de primera instancia u ordenar una nueva prueba de ADN.

En asunto similar dijo la Corte en sentencia STC5687-2019 de 9 de mayo que *“en el sub lite la Colegiatura encartada, para confirmar el auto que negó la práctica de una segunda prueba de ADN tuvo como soporte de su decisión que el accionante no fundamentó adecuadamente su reproche frente a tal negativa pues simplemente adujo la existencia de posibles defectos al momento de realizar el embalaje de la prueba ya realizada sin que dicha afirmación tuviera soporte científico o jurídico que indicara certeramente la necesidad de la realización de una segunda valoración, lo que evidenció claramente que el gestor acudió simplemente a una serie de hipótesis que de ninguna manera pudieron ser demostradas amén que la posible «contaminación» de la muestra no puede llevar a un resultado tan concluyente como el que arrojó la prueba refutada por lo que acudió a las reglas de la experiencia las cuales llevaron a concluir acertadamente que no resultaba necesaria la realización de un nuevo dictamen dándole plena validez a la ya recaudada”*.

Al efecto, es pertinente recordar que mediante auto del 28 de marzo de 2019, el Juzgado ordenó solicitar al Hospital San Ignacio enviar la biopsia de tiroides realizada en vida al señor **SIXTO MANUEL ENRIQUEZ QUINTERO**; a ello procedió la institución hospitalaria el 9 de mayo de 2019 (fl. 162), remitiendo *“las muestras con bloques de parafina y láminas histológicas con número de protocolo 17003134 (...) con oficio de las características con que se envía la muestra expedida por la Directora de Patología de este centro asistencial”*, y las muestras así identificadas se recibieron en el Instituto Nacional de Medicina Legal *“9 Láminas y 3 bloques histológicos total 12 elementos”*.

En el resultado de la prueba de ADN, el Instituto Nacional de Medicina Legal, registró que las muestras del presunto padre **SIXTO MANUEL ENRIQUEZ QUINTERO** consisten en *“1. Tres (3) bloques de parafina, marcados: “3134-1”, 3134-2” y “3134-3”, respectivamente. Registrados: 2019-05-09. 2. Nueve (9)*

láminas histológicas (...)”, y que esos elementos “se recibieron dentro de una caja sellada y marcada: ‘3134-17 Entregar caso solo a Nelson Enríquez Baracaldo o al Juzgado’, del cual queda registro fotográfico ya sea impresa en la carpeta o archivada en el sistema de información” (fl. 199), por ende, no hay espacio alguno para una alteración de los elementos enviados por el Hospital San Ignacio y los recibidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal, y ninguna razón podría mover a dos entidades de salud para interferir en la orden judicial para movilizar las muestras biológicas.

Adicionalmente fue explicado a la señora **RUTH ELIZABETH ENRIQUEZ PULIDO**, que una biopsia es diferente a una muestra de laboratorio, pues la primera se guarda en el Departamento de Patología, con conservación de 20 años de acuerdo a lo contemplado en la Resolución 1995 de 1999, y que, en el caso del señor **SIXTO** la biopsia fue tomada el 8 de marzo de 2017, por el Dr. Gabriel Sánchez. No hay razones para pensar que las muestras de la biopsia correspondan a una persona diferente al señor **SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO**, especialmente cuando, en la Historia Clínica de éste emitida por el Hospital Universitario San Ignacio del causante, aportada por la señora **RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ QUINTERO** se ve que le tomaron una “*Biopsia abierta de Glandula Tiroides SOD*” por el Dr. “*Gabriel Sánchez*” (fls. 206 a 209 y 211 a 215).

Descartada cualquier falencia en la identificación y entrega de las muestras biológicas tomadas en vida a **SIXTO MANUEL ENRÍQUEZ QUINTERO**, ningún error se enrostra a la experticia practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal, por tanto, tampoco era necesario autorizar la práctica de una nueva prueba genética, tal como advirtiera el Juzgado de Primera Instancia en auto del 21 de noviembre de 2019, al negarla, por el hecho de “*no precisar los errores que estimaba presentes en el primer dictamen, fundando únicamente su inconformidad en razones ajenas a la forma como se practicó la experticia*”.

Finalmente, hay mayor probabilidad de confrontar los patrones o cadenas genéticas de ADN si las muestras corresponden a la persona indicada como posible padre y el hijo o hija, y se reduce la probabilidad de obtener un resultado diferente a la realidad genética, según la explicación de los expertos genetistas, Emilio Yunis T. y Juan José Yunis L.:

“Existen tres situaciones clásicas en la investigación de paternidad. La más habitual es el trío típico compuesto por un hijo(a), la madre y un presunto padre.

Una segunda temática habitual de estudio es la que pretende confirmar la paternidad sin el concurso de la madre, situación a la que se llega cuando esta rechaza someterse a la prueba, o lo cree innecesario puesto que no está en dudas la maternidad, o se impugna la paternidad sin el concurso de la madre, por cualquier motivo, o el padre ha reconocido al hijo pero la agobia la duda de la paternidad. La determinación con estudios padre-hijo procede también, con resultados ciertos, con la salvedad de que se necesita ampliar el número de marcadores en estudio, ya que la fórmula matemática para el cálculo de la probabilidad de la paternidad es más conservadora (...)

La tercera condición intenta probar si un individuo fallecido era o no el padre de un menor, situación típica en las demandas de sucesiones. Hay dos caminos posibles para el análisis: si el fallecido no fue cremado, la exhumación procede como la mejor elección, prueba directa después de extraer el ADN de los restos óseos, lo que supone un desafío adicional cuando la metodología de trabajo con ese tipo de componente es distinta a las empleadas con una muestra de sangre fresca, o con una reciente toma de células de cavidad bucal. Insistimos, además en la frecuencia con que se obtiene ADN de deficiente calidad en los tejidos exhumados, lo que se relaciona en general con el tiempo y las condiciones propias de la zona de la inhumación.

En todos los casos en que sea posible el estudio del presunto padre con restos óseos, debe procederse de esa forma, lo que permite evitar potenciales conflictos, como los que se derivan de un caso como el que describimos enseguida.

Se realizó un primer estudio con los presuntos abuelos, padres de un fallecido de quien se reclamaba que debía ser el padre de un menor. El estudio indicó que un hijo biológico de ellos no podía ser el padre del menor (...)

La madre del menor reclamó y solicitó que la prueba se efectuara en forma directa, con los restos óseos del fallecido. Decretada la exhumación, el estudio arrojó un resultado compatible para todos los marcadores genéticos analizados. (...)

Entre las enseñanzas que dejó un caso como éste, figura una, si se quiere, con carácter anecdótico. Luego que el juzgado correspondiente se encontró con los resultados, solicitó una respuesta, interrogando sobre cuál de todos es el correcto. Nuestra respuesta no se hizo esperar. Todos eran y son correctos; lo único equivocado era el abuelo paterno.

La segunda alternativa (la primera, se ha indicado, es exhumar los restos del presunto padre fallecido) procura reconstruir la carta genética del presunto padre con familiares directos, entre ellos, los padres del mismo (presuntos abuelos del menor o la menor que reclama la paternidad), o con varios hermanos, o con los hijos y la madre de otra unión del causante. Sin embargo, en los estudios de sucesiones encontramos solicitudes que establecen de antemano los familiares con los que se debe trabajar, muchas veces con imposibilidad de obtener un resultado cierto (...)”².

Por lo demás, no son los restos óseos la única opción para obtener muestras directas del presunto padre para la práctica de la prueba de ADN, pues los laboratorios de genética resaltan que el ADN se puede analizar “(...) en cualquier tipo de muestra biológica: sangre, saliva, pelos, semen, líquido amniótico, biopsias, restos óseos, uñas, colillas, cepillos, chicles... u otros restos orgánicos presentes en prendas u objetos”³.

² YUNIS T. Emilio José y YUNIS L. Juan José, El ADN en la identificación humana, Editorial Temis, 2002, Págs. 159 a 162.

³ DOPIDO Rosa, Principales dudas sobre las pruebas de paternidad, 2011. Recuperado de <https://cagt.es/blog/genetica/principales-dudas-sobre-las-pruebas-de-paternidad->

De su lado, la señora **MARÍA ELVIRA PULIDO MARTÍNEZ** dijo que fue compañera permanente de **SIXTO** desde el año 1983 hasta su muerte, pero nada conoció sobre la existencia de **BERENICE**, ni de su progenitora.

Los demandados **FREDY GERMÁN** y **RUTH ELIZABETH ENRÍQUEZ PULIDO**, dijeron desconocer la existencia de la demandante y de su progenitora.

Por el contrario, según el demandado **NELSON ALBERTO ENRÍQUEZ** siempre tuvo conocimiento que la demandante es su hermana, con ella asistió a la primaria, además, era de conocimiento de sus profesoras, vecinos y demás, que **BERENICE** era hija de **SIXTO**, sin embargo, al confrontar a su padre él le dijo que eran chismes o evadía dar respuesta. A su hermana **RUTH ELIZABETH** en alguna ocasión si le hizo mención de la existencia de **BERENICE** más o menos hacía los años 1993 o 1994.

La declaración de las partes, además de referirse al nivel de incertidumbre anterior a la realización de la prueba de ADN, la omisión del padre frente a sus deberes parentales ni siquiera cuestionan el resultado de la prueba de ADN, practicada por una entidad certificada como es el Instituto Nacional de Medicina Legal.

No logran en consecuencia, los argumentos de los recurrentes derruir los fundamentos legales y fácticos de la sentencia de primera instancia, recurrida en apelación.

2. Sobre la condena en costas

Establece el art. 365 del Código General del Proceso, que *“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*.

Determina la misma norma que *“sólo habrá condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*, y que, las estipulaciones sobre las costas se tendrán como no escritas, pero la parte a favor de quien se declaren puede renunciarlas.

Según la primera regla es ineludible la condena en costas en los procesos contenciosos a cargo de la parte a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Descendiendo lo anterior al caso en estudio, no hay lugar a revocar la condena en costas, pues si bien, al contestar la demanda, los hoy recurrentes **MARÍA ELVIRA PULIDO, RUTH ELIZABETH y FREDY GERMÁN ENRÍQUEZ PULIDO** manifestaron no oponerse siempre y cuando la prueba de ADN demostrara la paternidad demandada, lo cierto es que, a lo largo del proceso presentaron oposición en la práctica de la prueba genética con las muestras del Hospital San Ignacio. Además, en caso de no haberse demostrado la paternidad, pidieron resarcimiento de daños por parte de la demandante.

Y, se causaron costas, pues la señora **BERENICE ALGARRA** actuó a través de apoderado judicial, asumió gastos de notificación y de emplazamiento, y, acreditó el pago de la prueba de ADN al Instituto Nacional de Medicina Legal, por ende, no se configuran los requisitos del numeral 8 del art. 365 ibídem, para revocar la condena en costas realizada en la sentencia de primera instancia.

3. Conclusión

En ese orden de ideas se confirmarán el auto apelado que negó la práctica de una nueva prueba de ADN y la sentencia apelada, en tanto, no se cumplieron los requisitos del art. 386 del Código General del Proceso para ordenar la práctica de una nueva prueba de ADN, tampoco se demostró razón alguna para no tener en cuenta la prueba presentada por el Instituto Nacional de Medicina Legal, las demás pruebas no desvirtúan la prueba genética y no hay lugar a revocar la condena en costas.

En razón y mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión de Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) y la sentencia del veintiocho (28) de enero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá D. C.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a los recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de un salario mínimo mensual legal vigente.

TERCERO: ORDENA devolver el proceso al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE (2)



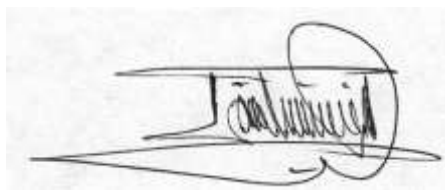
LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

Magistrada



JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ

Magistrado



IVÁN ALFREDO FAJARDO BERNAL

Magistrado