

Hay que tener cuidado, porque muchas veces cuando se profundiza en la parte se llega a excesos, como libertades de la totalidad y encontrar partes que no se tienen en la totalidad que es como realmente se presenta la totalidad. Las partes de un todo no es una suma, sino una totalidad, donde existirán calidades y cualidades que no están en los componentes.

3. LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS REBASAN LA CAPACIDAD MEDIA DE LAS

PERSONAS QUE EVITAN SU COMPRENSIÓN

LA CIENCIA, LA TÉCNICA Y EL PROCESO

Se ha dicho: "para el laico, la ciencia se asocia a menudo con una forma

irracionalista y un alto grado de conocimientos técnicos. Por eso, la ciencia

se encuentra más allá de lo que la capacidad media de las

personas permite comprender y evaluar. Dejad la tarea a los científicos, es

un sentimiento común de los científicos, que la ciencia y la técnica son

un conocimiento nuevo.

DR. JAIRO PARRA QUIJANO¹

1. NADIE "ESCAPA", A LOS LOGROS DE LA CIENCIA Y LA TÉCNICA.

Los medios masivos de comunicación en forma de cuñas introducen la necesidad de su uso. Se deben tener en cuenta que los logros de la ciencia, tienen doble cara: De una parte permiten el bienestar y ciertos logros del hombre y por otra, destruyen cosas caras de la naturaleza, como el medio ambiente, etc.

La ciencia y la técnica no son una panacea, pero no pueden negar sus logros y el bienestar que a través de ellas ha logrado la humanidad.

2. LOS CIENTÍFICOS, SOLO HASTA LOS ÚLTIMOS TIEMPOS SE HAN DADO CUENTA QUE LA NATURALEZA ES UNA TOTALIDAD Y QUE ESTUDIARLA SEPARADAMENTE NO PERMITE SIEMPRE LOGROS EN LA TOTALIDAD.

Se ha dicho: "A principios de este siglo, los físicos comprendieron que la naturaleza no es como un inmenso rompecabezas, cuyas piezas puedan juntarse, proporcionando una imagen comprensiva de la totalidad. Ya que las piezas se comportan en forma distinta cuando están aisladas que cuando se combinan, surgen propiedades de su interacción que no pueden predecirse de antemano. Los biólogos han tardado en reconocer este hecho y todavía hoy creen que, si los organismos vivos pueden reducirse a sus componentes más elementales, de la suma de esos componentes ha de emerger una imagen comprensiva de la vida"².

¹ Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Profesor de las Universidades Externado de Colombia y Pontificia Javeriana. Distinción; "DOCENCIA EXCEPCIONAL" otorgada por la Universidad Nacional de Colombia en cuatro (4) oportunidades: 1992, 1994, 1995 y 1997.

² SUZUKI, David y KNUDTSON, Peter. *Genética*. Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 20.

Hay que tener cuidado, porque muchas veces cuando se profundiza en la parte se llega a excesos, como liberarla de la totalidad y encontrar propiedades que no se tienen en la totalidad que es como realmente se presenta la realidad. Las partes de un todo no es una suma, sino una totalidad, donde existirán calidades y cualidades que no están en los componentes.

3. LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS REBANAN LA CAPACIDAD MEDIA DE LAS PERSONAS QUE EVITAN SU COMPRESIÓN.

Se ha dicho: “para el lego, la ciencia se asocia, a menudo, con una jerga incomprensible y un alto grado de conocimientos técnicos. Por eso, la ciencia parece que se encuentra más allá de lo que la capacidad media de las personas permite comprender y evaluar. “Dejad la tarea a los científicos” es un sentimiento común, cuando se trata de determinar cómo debería aplicarse un conocimiento nuevo”³.

Con relación a lo anterior, se puede decir que hay conocimientos que por requerir una preparación muy especial, y que por no caer dentro de la curiosidad volcada al propio hombre, resultan de muy difícil popularización y por consiguiente de conocimiento.

Hay, por decirlo en otra forma, ciertos logros de la ciencia que por exigencias de las poblaciones se hace necesario “traducirlos” a términos comunes. Además porque explicados en libros y revistas resultan rentables desde el punto de vista del consumo. Dentro de estos, encontramos todo lo que tiene que ver con la herencia humana, la identificación de personas, etc.

Esos conocimientos “traducidos”, son de relativo fácil manejo por personas de una cultura media y con buenos ingredientes lógicos comunes.

Los niños vienen manejando la biología y las leyes de Mendel, sin mayores dificultades. Esa formación en la primaria y quizá más adelante en el bachillerato, les formará una imaginación lo suficientemente robusta que le permita recibir los logros posteriores de la biología en la etapa adulta sin mayor dificultad.

4. LA BIOLOGÍA NO HA LOGRADO TODO.

Dedicándonos a lo que importa para el tema que hemos de desarrollar y como consecuencia de lo dicho, la ciencia en todas sus manifestaciones tiene grandes vacíos, así por ejemplo:

³ SUZUKI, David y KNUDTSON, Peter. Ob. cit., pág. 21.

4.1. Se estima que hay de 10 a 30 millones de especies de organismos en este planeta. Los biólogos sólo han descubierto 1.7 millones. Sabemos poco de la complejidad de la vida en nuestro planeta.

4.2. “Consideremos, por ejemplo, la mosca de la fruta, *Drosophila Melanogaster*, que millares de genetistas han estudiado. Durante unos ochenta años ha sido el centro de la investigación genética. Decenas de millares de años de vidas de científicos se han invertido en el estudio de la *Drosophila*. Miles de millones de dólares del dinero destinado a la investigación se han gastado en esos estudios; cuatro premios Nobel se han concedido a genetistas de la *Drosophila* –y más están por venir–. Ese esfuerzo ha valido la pena. Podemos hacer cosas asombrosas. Podemos clonar células de mosca, y eliminar e insertar genes a voluntad; podemos criar moscas con doce patas en lugar de seis, con cuatro alas en lugar de dos, con patas en lugar de bocas y con alas que brotan de sus ojos.

Pero, a pesar de todas esas inversiones y de conocimiento alcanzado, todavía no sabemos hoy cómo la mosca de la fruta sobrevive al invierno. No entendemos cómo un huevo de mosca se transforma, primero, en una larva, y luego, en una pupa. Sabemos muy poco acerca de los mecanismos por los cuales las moscas sienten y dan respuestas a sus entornos. Por eso, si los científicos aprenden algo de sus estudios, es lo poco, no lo mucho que conocen”⁴.

5. LA ALIANZA “INVESTIGACIÓN JUDICIAL” Y LA CIENCIA.

El artículo 7º de la Ley 75 de 1968, regla: “En todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo - biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre y ordenará peritación antro-po-heredo-biológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles que valorará según su fundamentación y pertinencia.

“La renuencia de los interesados a la práctica de tales exámenes, será apreciada por el juez como indicio, según las circunstancias”.

Con relación a estas pruebas ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “Conviene hacer una aclaración en torno a la insólita afirmación que el Tribunal plasmó al decir, tras no encontrar probado el trato sexual investigado, que

⁴ SUZUKI, David y KNUDTSON, Peter. Ob. cit., pág. 23.

“la peritación de los forenses nada refuerza ni mucho menos concluye con el evento de marras”. Porque al descuido pudiera involucrarse allí la idea errónea de que la prueba en cuestión, en cuanto se afirme que “nada refuerza”, es un elemento a desdeñar a la hora de indagar asuntos relativos a la procreación humana, concepto que luciría tan equivocado como espacioso. Tal modo de ver las cosas conllevaría ante todo a desoír al aprecio que en el punto ha mostrado la ley por la ciencia, una de cuyas manifestaciones más reveladoras la constituye las voces del artículo 7º de la Ley 75 de 1968 conforme a las cuales, es indispensable que en todos los procesos de filiación extramatrimonial los jueces acudan al aporte científico del caso, independientemente de los resultados que el mismo pueda arrojar en orden a comprobar la paternidad que se discute, al estatuir dicho precepto que en evento semejante decretarán “los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros ‘a objeto de’ reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y el presunto padre”, así como también “ordenará” una pericia que analice los factores y grupos sanguíneos y las características patológicas, morfológicas, fisiológicas e intelectuales transmisibles. Y es tal el imperio de la ley, que bien puede asegurarse que el funcionario judicial que sea omisivo sobre el particular, bien porque, siendo posible, deja de decretarlas, ora porque no controla que su práctica se realice con la idoneidad y cautela bastantes a garantizar el valor científico que de ella se espera, compromete su responsabilidad, como también la comprometen en su caso los entes estatales encargados de su práctica cuando no la realizan, o la realizan deficientemente.

“Aporte que tanto más es forzoso en la actualidad, cuando el avance de la ciencia en materia de genética es sencillamente sorprendente, contándose ahora con herramientas que a juicio de los doctos contienen un indiscutible rigor científico, al extremo de que existen pruebas de tal naturaleza que pueden determinar la paternidad investigada en un grado de verosimilitud rayana en la seguridad.

“No está bien, entonces, mostrar tanto desprecio por tales pruebas, como lo hizo el Tribunal en el fallo que se estudia, desconociendo el considerable valor demostrativo que en un momento dado pueden llevar a la convicción del juzgador en materia tan compleja como es la de desentrañar el misterio de la fecundación”⁵.

6. LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y SU FUERZA VINCULANTE.

No hay, mayor número de países que establezcan tarifa legal para valorar la prueba pericial incluidas las llamadas pruebas biológicas.

⁵ Sentencia de Casación, abril 23 de 1998. Expediente 5014. Mag. Pon.: Dr. Rafael Romero Sierra.

En el caso de Colombia, todas las pruebas deben ser apreciadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 254 del C. de P.P., art. 187 del C. de P. C.) y por consiguiente otro tanto ocurre con la prueba pericial. El art. 273 del Código de Procedimiento Penal, regla: “Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. En el mismo sentido, el art. 241 del C. de P.C.

7. EL DERECHO A LA PRUEBA Y LA PRUEBA PERICIAL (LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS).

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, estableció el derecho a la prueba cuando dice: “A presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”.

Al estar constitucionalizado el derecho a la prueba, en el evento de las llamadas pruebas científicas, el perito debe explicar en detalle sus razonamientos y los términos que use, precisamente para que las partes (los sujetos) procesales puedan ejercer adecuadamente su derecho de contradicción.

Se ha dicho: “Independientemente de su complejidad y de la “longitud” del desglose técnico que proceda, es un imperativo al juez para poder valorarlo, y parte del derecho de defensa de los justiciables, el conocer las razones que llevaron al experto a dictaminar de tal forma; toda vez que en buena medida, si el juez da por bueno el informe no crea por sí mismo la “fuente” de convencimiento, sino que homologa (reproduce) las argumentaciones del perito. Por tanto, las partes deben tener facilidad para controlar los resultados de la prueba y ello únicamente puede ser posible teniendo acceso a las premisas del saber especializado de aquél. Si pese al esfuerzo del perito (que debería bastar), éstas resultan tan complicadas de entender como la máxima misma, así como la eventual conclusión fijada a partir de ellas, estará entonces en el interés del litigante, de un lado (procurándose el asesoramiento técnico necesario), y del juez, del otro (pidiendo al autor del informe las aclaraciones que procedan -por ejemplo, mediante diligencias para mejor proveer). Pero, mientras no consten los razonamientos y la explicitación en detalle y con el lenguaje más llano que sea posible al juicio técnico, nos mantendremos en el terreno de la indefensión procesal”⁶.

En Colombia, y por sobre todo después de la vigencia de la Constitución de 1991, el juez debe ordenar en el auto que decreta las pruebas biológicas,

⁶ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. *Valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Editorial Trivium, Madrid, 1992, pág.125.

que el perito explique todas las premisas que utiliza, para que esas pruebas no resulten producidas como por actos de magia, sin ninguna explicación y por tanto sin ser entendidas ni por las partes ni por el juez.

Así por ejemplo, si se utiliza el locus D1S80 (región polimórfica de interés forense del cromosoma 1, región 80), el perito debe explicar: A). En cada persona hay dos cromosomas 1: El que cedió el padre; en consecuencia, cada persona tiene dos alelos para cada locus, uno de la región D1S80 del cromosoma padre y otro de la región D180 del cromosoma de la madre. B). Debe igualmente decir cuál es el genotipo de la madre (por ejemplo 18,21). Igualmente el genotipo del presunto padre (por ejemplo 23,24) y el genotipo del hijo (por ejemplo 18,24), y como en efecto tiene que concluir que la paternidad se incluye, debe decir por qué razón y con qué grado de probabilidad y por qué razón, explicitando las operaciones para llegar a la probabilidad.

Se puede afirmar, que el perito tiene que actuar como un verdadero pedagogo, para que se pueda hablar de prueba pericial.

8. CUÁL ES LA RAZON IDEOLÓGICA, ADEMÁS DEL DERECHO A LA PRUEBA PARA QUE SE REQUIERA UNA EXPLICITACIÓN DE LOS DICTÁMENES PERICIALES Y CONCRETAMENTE DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS.

Ya lo ha dicho VITTORIO DENTI en los siguientes términos: "Mirando más allá de las características de los ordenamientos singulares, es quizá posible captar una razón profunda que ha inspirado a las legislaciones procesales modernas en el rechazamiento del principio de la eficacia probatoria vinculante de la peritación y en la sanción de la libertad de valoración del juez. Esta razón es la esencia misma del proceso, como está dada por su relación con la colectividad frente a la cual se celebra el rito judicial. Henry Lévy-Bruhl ha expresado muy bien esta relación al observar que el elemento central en el fenómeno de la prueba judicial es la adhesión del grupo social en el ámbito del cual se desenvuelve el proceso, puesto que el juez es algo bien diverso de un técnico: Es un representante de la colectividad.

"Este aspecto del problema surgió claramente en los debates en curso en la HARVARD LAW REVIEW en torno al uso de la prueba matemática en el proceso. Frente a la propuesta de FINKELSTEIN y FAIRLEY de recurrir a expert witnesses para explicar a los jurados la real eficacia de la prueba matemática a los fines del juicio de probabilidad, Tribe ha opuesto que en esa sugerencia existe el peligro de erosionar la opinión de que el aparato de la justicia funciona de modo comprensible, sobre la base de pruebas que hablan, al menos en términos generales, a la comunidad más amplia para la cual el proceso debe servir. "Un proceso —observaba— es solamente en parte una búsqueda objetiva

de la verdad histórica: Es también, lo que no es menos importante, un ritual dirigido a la finalidad de dar solución pacífica a los conflictos sociales”. A valores análogos, por los demás, se refiere la relación Andrioli, cuando habla de la necesidad de que las nociones científicas “sean vulgarizadas hasta el punto de permitir al juez operar un cambio de dirección conciente”⁷.

Con mayor razón debe existir esa “traducción” de la prueba pericial, cuando se trata de las pruebas biológicas.

El encartado en un proceso sea civil o penal, que no entiende las pruebas, y que por tanto no tiene información, sufre un dolor peor que uno físico. El hombre es homo quaren, necesita información sobre lo que lo afecta y debe entenderla, para que tenga tranquilidad.

9. TARIFA CIENTÍFICA.

Dice PATTI SALVATORE: “Si se considera el progreso de la ciencia, la dificultad siempre mayor de seguir y de controlar las argumentaciones de los expertos de otras disciplinas, directamente la necesidad de recibir pasiva-mente los resultados de las pericias, el juez se aleja progresivamente de la figura goethiana del «hombre culto» en grado de dominar todos los sectores de la vida en relación. En cierto sentido regresamos a un sistema de ligamen, de vínculo que no tolera manifestaciones subjetivas e incontrolables del convencimiento”⁸.

Con relación a este planteamiento ha escrito VITTORIO DENTI⁹: «Cuando, pues, se nos pregunta qué tipo de control puede desarrollar el juez sobre el correcto empleo de las nociones técnico-científicas por parte del perito, la respuesta no puede ser más que una: El mismo control que puede ejercer la colectividad de la cual el juez es exponente e intérprete. Se explica así porqué no se puede exigir al juez que posea una ciencia superior a la del perito, y en consecuencia rehacer por cuenta las valoraciones llevadas a cabo por el mismo, pero se le debe exigir que controle el grado de aceptabilidad, en el plano del conocimiento común, de los nuevos métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito. Tres son, en verdad, los modos de control que posee la opinión pública frente a la obra de un

⁷ DENTI, Vittorio. *Estudios de Derecho Probatorio*. Ediciones Jurídica Europa-América. Buenos Aires (Argentina), pág. 301.

⁸ PATTI, Salvatore. “Libero convincimento e valutazione delle prove”, en la *Rivista di Diritto Processuale*, núm 3, Padova, 1985, págs. 518 y 519. Cita tomada de Juan Carlos Cabañas. Ob. cit., pág. 126.

⁹ Obra citada, pág. 301.

experto: A). La valoración de su autoridad científica. B). La incorporación al patrimonio científico comúnmente aceptado de los métodos de investigación por él seguidos¹⁰. C). La coherencia lógica de su argumentación. Estos mismos métodos de control son los que el juez debe aplicar y en este significado sólo se lo puede calificar, según la tradición de *peritus peritorum*.

“Si se pierde de vista esta esencial ligazón entre proceso y grupo social, se termina cayendo en la ilusión de proyectar el advenimiento de la fase científica de la prueba, como la época del rigor que sucedería a la del sentimiento o derechamente en el peligro de transformar el proceso en una suerte de laboratorio, dominado por la técnica y neutral respecto de los valores que estén en juego en la controversia y en los cuales se reflejan los valores de la sociedad entera. Una legislación procesal que se colocase en esta vía terminaría por instaurar una especie de autoritarismo procesal moderno de tipo tecnocrático, quizá peor que el que caracterizaba la época de las pruebas irracionales y la de las pruebas legales. En efecto, uno y otro de estos métodos probatorios del pasado hallaban correspondencia en el modo de sentir de la colectividad; las pruebas irracionales porque su eficacia se remontaba a la acción de las fuerzas ultraterrenas, cuya autoridad nadie discutía, las pruebas legales, porque el vínculo con la libertad de valoración del juez que de ellas derivaba, era considerado necesario para proteger ciertos valores de la sociedad o para prevenir los peligros ínsitos en la decadencia de la costumbre judicial.

“Sociedades democráticas como aquellas en las cuales afortunadamente vivimos, no pueden renunciar al control de lo que acontece en el proceso, y deben ayudar a tenerse en pie a las técnicas modernas y en primer lugar a

¹⁰ "La Prueba o Método de Kùhne": Una variedad de la prueba heredobiológica, más que prueba autónoma distinta, es la llamada "prueba morfológica de la columna vertebral", o método de Kùhne, en cuanto se funda en transmisión hereditaria de ciertos caracteres morfológicos de la columna vertebral, según las leyes de Mendel. Su fundamento a grandes rasgos, es el siguiente: las vértebras de la columna son de varias clases: siete cervicales, doce dorsales, cinco lumbares, cinco sacras y de tres a seis coxígeas. Cada clase tiene caracteres más o menos definidos, pero no se presentan puros casi nunca, y a veces la séptima vértebra cervical, por ejemplo, parece más bien dorsal, o la primera dorsal parece cervical; el reparto, pues, de cada clase de vértebras, puede darse a un nivel superior o inferior. Esas variaciones pueden ocurrir en dirección craneana (tendencia a la reducción) o caudal (tendencia al aumento). De las investigaciones de Kùhne ha resultado que tales variaciones son hereditarias, y que las de sentido craneal (designadas como Cr) son dominantes sobre las de sentido caudal (cr). De esta forma puede excluirse en algunos casos la paternidad. Esta prueba sólo es eficaz en la exclusión de la paternidad, y sus probabilidades de éxito son tanto mayores por cuanto que según los estudios de su autor hay pocas personas de tipo normal, siendo la mayoría de variabilidad craneal o caudal. Prueba acogida en otro tiempo con calor, y aceptada incluso por algún Tribunal alemán, ha sido objeto de recientes críticas y **series reparos científicos, por lo que parece hoy desacreditada, al menos hasta tanto no sea mejor conocida esa materia.** (Cita tomada de RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *La presunción de paternidad legítima*. Editorial Tecnos, Madrid, 1971, págs. 503 y 504).

las probatorias, con el consenso de los grupos sociales. Esto y no otra cosa significa la libertad de valoración que se atribuye al juez frente a la prueba pericial y es por medio de la motivación de la propia decisión (en algunos ordenamientos sancionada como deber constitucional) como el juez debe dar cuenta del control que ha ejercido, a nivel de los conocimientos comunes y del común convencimiento en torno a la validez de los métodos empleados sobre lo actuado por el perito. A la profunda observación de Lévy-Bruhl: El experto resuelve un problema técnico; el juez un problema que, a fin de cuentas, es un problema humano, cabe añadir que ese problema humano no es —o no es solamente— el del individuo que debe ser juzgado, sino el de la sociedad que vuelca en el proceso sus valores éticos, políticos y sociales”.

LIBRERÍA DEL PROFESIONAL

**EDITORIA - DISTRIBUIDORA
DE OBRAS JURÍDICAS**



40 AÑOS AL SERVICIO DEL DERECHO

Calle 12 N° 5 - 24 Tels.: 281 8667

Fax: 243 3482 A. A. 18087

Santafé de Bogotá, D.C., Colombia

