

NOTAS

## Eficacia de la prueba del ADN en los juicios por declaración judicial de paternidad

Lorena Cascante

*La Corte Suprema de Justicia ha reiterado que se trata de una prueba de altos niveles de confiabilidad, por sus características científicas.*

La Ley de Casación en su artículo 19, inciso segundo, establece que *La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema*; esta norma le atribuye a la Corte Suprema una facultad colegisladora, que se concreta cuando en sus fallos, un mismo punto de derecho, es reiterado tres veces.

Esta triple reiteración es la que permite que la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal de justicia alcance una función creadora, constituyéndose en una fuente importante de derecho. Su importancia radica principalmente en que la jurisprudencia es, como lo dice el autor argentino Alberto G. Spota, *el medio principal por el cual el derecho va armonizándose con las exigencias de la vida jurídica, o sea, con las necesidades éticas, sociales y económicas prevalentes*. Pero sobre ella, dice además: *Entre el ideal de la certeza y estabilidad de las normas a fin de que la seguridad en el tráfico jurídico no quede lesionado, y aquel ideal de que el derecho se acerque a la justicia, desempeña la jurisprudencia su altísima función de armonizar lo que aparentemente resulta contradictorio: armonizar aquella certeza y estabilidad de la norma con lo fluyente y variable que en su eterno devenir nos presenta la vida del derecho.*<sup>1</sup>

De ahí que el estudio que se haga de la jurisprudencia constituye un aporte valioso para mejor comprender el derecho que nos rige.

Lo dicho sobre la jurisprudencia se refleja en los fallos que a continuación se analizan; y sobre los cuales diremos que introducen en nuestro ordenamiento jurídico, en especial en la actividad probatoria en los juicios que se siguen por declaratoria judicial de paternidad, una prueba de eficacia probatoria plena: el examen pericial del ácido dexosirribonucleico, o más conocido como la prueba del ADN; y que lo hacen, fundamentados en las reglas que regulan el *correcto entendimiento humano*, siguiendo las palabras de E. Couture, o de la sana crítica, como se las conoce en nuestro ordenamiento procesal (art. 119 CPC); pero sobre todo, fundamentados en la necesidad de que los casos sobre paternidad de menores sean resueltos conforme al mandato de velar por *el interés superior de los niños* contenido en la Constitución Política de la República del Ecuador (artículo 48), en los documentos internacionales ratificados por Ecuador (numeral 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y en las leyes especiales (artículo 6

del Código de Menores), y que en este caso específico se contraponen al tratamiento que sobre el tema establece el Código Civil en lo relativo a la declaración judicial de la paternidad y de la maternidad.

Pero antes, veamos qué dicen las sentencias de casación referidas:

La resolución n° 83-99, dictada dentro del juicio ordinario n° 170-97 que se sigue por investigación de paternidad, dice lo siguiente:

**DÉCIMO CUARTO:** *Respecto de los cargos por violación de los artículos 267 del Código de Procedimiento Civil y 18 regla 3ª del Código Civil, se considera: Dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi del cien por cien, por lo que su conclusión debería ser obligatoria para el juzgador de instancia, pero ha de advertirse que esta fuerza de convicción no lo es de cualquier informe pericial ni tampoco de cualquier examen; en efecto, a) debe tratarse de un examen genético o de histocompatibilidad (ADN) según su naturaleza específica de conformidad con la ciencia biológica, pero de ninguna manera están dotados de esta certeza los exámenes somáticos y hematológicos comparados; b) el peritaje ha de haberse actuado conforme a derecho, dando cumplimiento a lo que dispone el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil, es decir, el perito designado debe aceptar el cargo y jurar desempeñarlo fiel y legalmente, ya que si no ha precedido esta aceptación, el informe del perito carecerá de valor, al tenor de lo que dispone el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, y esto porque el perito que actúa en auxilio del juez asume una responsabilidad especialísima, que inclusive le puede acarrear responsabilidades en los planos civil y penal si es que no actúa con fidelidad y enmarcado dentro del ordenamiento legal pretendiendo inducir al juez a error; y c) el informe ha de tener una conclusión terminante, absoluta, en la que se señale que la probabilidad es casi del cien por cien, ya que de ser impreciso y dubitativo, el juez de instancia no estará obligado a atenerse, contra su convicción, al juicio de perito, por lo tanto, si el juzgador de instancia ha establecido que un perito no aceptó el cargo ni juró desempeñarlo fiel y legalmente, no podrá aceptar su informe como prueba idónea al tenor de lo que disponen los artículos 260 y 121 del Código de Procedimiento Civil, y si, ha-*

biéndose presentado informes periciales de exámenes simplemente somáticos y hematológicos comparativos que no son concluyentes tanto por su misma naturaleza como por su redacción resultan imprecisos y dubitativos, no obstante que el juzgador de instancia insistió en su pedido a los peritos a fin de que precisaran el porcentaje de posibilidad de paternidad que tendría el demandado sin que este requerimiento haya sido atendido por los peritos, tal juzgador no está obligado a atenerse contra su convicción al juicio de los peritajes, ya que el aceptar o no el dictamen pericial en estas circunstancias es de su exclusiva incumbencia y responsabilidad, no pudiendo el juzgador de casación imponerle convicción diferente. Por último, no se advierte que en el fallo impugnado se haya violado la regla tercera del artículo 18 del Código Civil, ya que en ninguna parte del mismo se encuentra que a una palabra técnica se la haya dado sentido diferente de aquel que debía darse según esta regla, vicio que de otra parte no se ha concretado en el libelo de agravios de la recurrente. Por lo tanto, no procede este cargo contra el fallo impugnado.

Más adelante, en el mismo fallo, se dice:  
**DÉCIMO SEXTO:** La Sala, en fallo No. 671, de 2 de octubre de 1998, las 10h00, dictado dentro del recurso de casación No. 16-98 expresó su posición doctrinaria respecto del tema de la declaración judicial de paternidad, haciendo suyas las palabras del Doctor Juan Larrea Holguín, quien en su obra "Igualdad de los cónyuges e igualdad de los hijos" (C.E.P. Quito, 1967, pág. 85) dijo "En cuanto al fondo mismo de la investigación de la paternidad nuestro Código requiere una modernización en el sentido de facilitar la prueba de la paternidad..." y aún antes, en 1966 (Derecho Civil del Ecuador, T. III, p. 228) afirmó: "Puede sorprender que nuestra Ley permita la declaración de la paternidad solamente cuando se prueben las relaciones sexuales ilícitas que reúnan alguna de aquellas circunstancias que las convierten en particularmente graves, al punto de que normalmente serán delitos. Esto se debe, sin duda a la dificultad que ha hallado el legislador para vencer la mentalidad dominante en épocas pasadas, contrarias en general a la investigación de la paternidad... Si la Ley de modo más sencillo, y sin hacer distinciones odiosas, permitiera la declaración judicial de paternidad siempre que se demuestre que la madre tuvo relaciones sexuales con el presunto padre y solo con él, durante la época de la concepción, se facilitaría mucho la investigación de la paternidad... Poco humanitaria y poco lógica, y poco práctica, resulta, pues, en este punto nuestra Ley". La reforma del Código Civil que se produjo por Ley No. 256-CLP promulgada en el Registro Oficial No. 446 de 4 de junio de 1970, confirmada en su vigencia por Decreto Supremo 180 publicado en el Registro Oficial No. 34 de 7 de agosto de 1970, que incluyó una modificación relativa a la exigencia de prueba por escrito en la hipótesis del numeral 3º del artículo 300, actual artículo 267, aunque "constituyó un notable avance en la materia, a favor de los hijos" (Juan Larrea Holguín: Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, 4a. ed. CEP, Quito, s/a, p. 437), sin embargo no ha bastado para que deje de ser sorprendente la posición de nuestro derecho positivo sobre la materia, la que sigue siendo poco humanitaria y poco

lógica; la Sala considera que las disposiciones limitantes antes señaladas han quedado tácitamente derogadas por ser contrarias al principio constitucional contenido en el artículo 48 de la Constitución Política del Estado y que en todo caso en que se pruebe dentro del proceso que la madre tuvo relaciones sexuales con el presunto padre y solo con él durante la época de la concepción, el juez está en el deber de declarar la paternidad, sin hacer distinciones odiosas y en forma sencilla, e inclusive para el perfecto esclarecimiento de la cuestión dispondrá de oficio, como diligencia para mejor proveer, el examen de histocompatibilidad, cuando ello sea posible atendiendo a la capacidad económica de las partes, al tenor de lo que dispone el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil, conforme lo reclama con tanta razón el autor citado, ya que de esta manera se hace efectiva la garantía consagrada en la norma constitucional antes citada, que dice: "Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás." (Resolución publicada en el Registro Oficial n° 159 de 29 de marzo de 1999 y en la Gaceta Judicial Serie XVI n° 1, p. 29).

La resolución n° 183-99, dictada dentro del juicio ordinario n° 150-98 que se sigue por declaración judicial de paternidad, dice lo siguiente:

**CUARTO:** Es oportuno destacar que las disposiciones del Código Civil sobre declaraciones judiciales de paternidad fueron expedidas en una época plagada de prejuicios en contra de la filiación de los niños concebidos fuera del matrimonio y en que la ciencia no había logrado encontrar medios idóneos para la investigación biológica de la paternidad, el niño prácticamente era un objeto de la relación jurídica de esa investigación; los verdaderos sujetos de esa relación eran los padres; pues la conducta observada por ellos durante la concepción del hijo era la determinante para la declaración judicial de la paternidad, o no. El actual Código de Menores; la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que el Ecuador es parte y es Ley de la República por haber sido ratificada y publicada en el Registro Oficial, y la Constitución Política de la República del Ecuador, consagran preceptos que difieren sustancialmente de las disposiciones del Código Civil. De otro lado, la ciencia ha descubierto que la paternidad de un niño es posible determinar prácticamente con total certeza a través de la prueba del ADN.- Los preceptos legales por un lado, y la ciencia, por otro, han convertido en obsoletas las reglas rígidas para la declaración judicial de la paternidad del Código Civil.- Los códigos modernos de otros países que contenían normas iguales o similares al nuestro, las han modificado radicalmente.- Es hora de que nuestra legislación siga esa corriente y establezca reglas actualizadas y precisas para el efecto. Sin embargo, estimamos que para la declaración judicial de la paternidad los jueces y tribunales de la Función Judicial, en aplicación de los instrumentos legales citados, que han reformado tácitamente las disposiciones referidas del Código Civil, así como también de conformidad con las reglas de la sana crítica previstas por el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, uno de cuyos competentes son las bases científicas y, que tratándose de la declaración judicial de la paternidad,

es la prevalencia de los dictámenes periciales basados en el examen del ADN. Por cierto estos dictámenes han de ser de laboratorios serios y confiables ciñéndose a las ritualidades previstas en el Código de Procedimiento Civil para la prueba pericial.

Pero además, el mismo fallo introduce el siguiente efecto importante:

*En vista de que en todos los casos, esto es sin excepción, en la administración de justicia se debe aplicar el principio del interés superior del niño, preceptuado por el artículo 48 de la Constitución y el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, las resoluciones sobre filiación de menores concebidos fuera del matrimonio dictadas sin la prueba del ADN, o de otras de igual o mayor valor que la ciencia vaya descubriendo, no causarían autoridad de cosa juzgada sustancial.* (Gaceta Judicial Serie 16 n° 1, p. 37)

Finalmente la resolución n° 480-99, dictada dentro del juicio ordinario n° 62-99 que se sigue por investigación de paternidad, y que recoge el criterio expuesto en el proceso de casación n° 268-98, mediante resolución n° 464-99, dice lo siguiente:

*De acuerdo con la doctrina consagrada por nuestro ordenamiento legal, la filiación resulta por los vínculos de la sangre. Respecto de la prueba de la maternidad no hay dificultad porque se manifiesta por el embarazo y el parto, hechos materiales visibles. En cambio, la paternidad resulta de la concepción y la concepción no puede establecerse materialmente mediante el testimonio de terceros o exámenes morfológicos. Estos elementos de prueba constituyen simples indicios, conjeturas, probabilidades que hagan presumir las relaciones sexuales de los presuntos padres en la época de la concepción. En la actualidad, los avances de la ciencia han permitido encontrar un medio de prueba fehaciente para la investigación biológica de la paternidad y determinar prácticamente con total certeza el padre de una persona. Es la prueba del ADN, la misma que no se ha realizado en el presente juicio.*

Más adelante en el fallo se recoge el criterio: *Las resoluciones judiciales sobre filiación de menores concebidos fuera del matrimonio dictados sin la prueba del ADN, o de otras de igual o de mayor valor que la ciencia vaya descubriendo, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial, como ya lo dijo esta Sala en fallo pronunciado en el juicio N°. 150-99 de 22 de marzo de 1999 mediante Resolución 183-99 y la Resolución N°. 464-99, dictada el 1 de septiembre de 1999 en el proceso de casación N°. 268-99.*

Analicemos en detalle algunos aspectos que aportan los fallos citados.

### 1. La valoración de la prueba judicial

En un proceso, cuando el juez adopta una decisión sobre la litis, lo hace fundamentado en la prueba; es indispensable, como enseña Hernando Devis Echandía, que el juez se considere convencido por ella y decida con arreglo a lo que considera que es la verdad; aunque dicho convencimiento no sea más que una creencia de que conoce la verdad.<sup>2</sup>

Ahora bien, aquella operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse del contenido de la prueba, es lo que se conoce como valoración o apreciación de la prueba.<sup>3</sup>

Los autores Eduardo Couture y Jaime Guasp vinculan la valoración con la determinación de la eficacia concreta de la prueba sobre la decisión que el magistrado debe expedir.<sup>4</sup>

Guasp sostiene que, dado que la función de la prueba es producir la convicción psicológica del Juzgador en torno a la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, apreciar la prueba procesal no puede querer decir sino expresar el resultado psicológico de las operaciones probatorias: exteriorizar la convicción del juez tal como ésta surge al finalizar los actos de prueba. Y dice además este autor coincidiendo en ello con Devis Echandía, que la convicción psicológica del juzgador no es un ente ideado teóricamente, sino una realidad, si bien una realidad que consiste en una creencia.

Para Leo Rosenberg, la valoración o apreciación de la prueba es el examen de si la prueba está lograda, según este autor; esto se realiza mediante la comparación del resultado de la prueba con el tema.<sup>5</sup>

Santiago Pereira Campos, participante en las Xas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Uruguayo, en lo atinente a actividad probatoria distingue entre los conceptos de eficacia y valoración de la prueba; y dice: la eficacia de la prueba está conformada por su poder de convicción sobre el juez; la valoración es la operación intelectual de juzgarla, valorarla.<sup>6</sup>

Sin embargo, aún para aquellos autores que no distinguen entre valoración y eficacia, la valoración conlleva una operación mental; y en ella, como lo dice Devis Echandía, entran en juego algunas operaciones sensoriales e intelectuales como la percepción, la representación y el razonamiento; pero también intervienen las reglas de la sana crítica (lógica basada en reglas de la experiencia: físicas, morales, sociales, psicológicas, técnicas, científicas, etc.) y otros conocimientos científicos y técnicos.<sup>7</sup>

### 2. Prueba legal o prueba tasada vs. prueba libre o apreciación conforme a la sana crítica

Este convencimiento o certeza, o determinación de la eficacia, puede ser de dos tipos: personal (llamada también moral, subjetiva y real) y legal (llamada también subjetiva y formal); el primero, cuando el convencimiento o certeza deriva de la libre apreciación por parte del juez de la prueba; y del segundo tipo, cuando el convencimiento o certeza deriva del mérito obligatorio que la ley le asigna a una prueba determinada.<sup>8</sup>

Estos dos tipos corresponden, cada uno, a dos sistemas que la doctrina llama: 1. sistema de tarifa legal o prueba legal; y 2. sistema de libre convicción o pruebas libres.

Refiriéndose al sistema de tarifa legal, E. Couture, siguiendo a Carlos Furno, sostiene que: *Pruebas legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio; es decir que, por un acto de autoridad, se aspiraba a señalar de antemano el resultado de los procesos intelectuales del juez.*<sup>9</sup> En cambio, sobre la sana crítica opina que este sistema introduce un principio regulador, ya no del resultado de la valoración, sino de la actividad intelectual del juez frente a la prueba.<sup>10</sup> Este principio consiste en reglas que son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano; en ellas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez.<sup>11</sup> Estas reglas no le permiten al juez razonar discrecional o arbitrariamente; pero son preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.<sup>12</sup>

Es importante resaltar, como lo hace Couture, que el sistema de la sana crítica o libre apreciación, si bien da libertad al juez para determinar la eficacia de la prueba, no es un sistema arbitrario. Santiago Pereira Campos afirma que en

el sistema de la libre convicción, el valor o mérito probatorio es determinado por el juez, pero éste debe —de todos modos— fundar su fallo. Este autor, siguiendo las enseñanzas de Teitelbaum, sostiene que el sistema de la prueba racional o sana crítica excluye la predeterminación legal de la prueba, pero no implica discrecionalidad total, sino determinadas reglas lógicas y de experiencia que el juez debe seguir, y si bien la ley no regula su eficacia, consagra ciertas normas que en definitiva son reglas de lógica y de experiencia, como la edad de los testigos, que no se les permita leer apuntes al tiempo de la deposición. Las reglas de la sana crítica proyectadas en la prueba constituyen un *standard* jurídico: su valor como tal radica en que consisten en una parte suficientemente precisa (las reglas de la lógica formal) y en otra lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia) como para procurar la justicia de las situaciones particulares; así, que los hombres mantienen una línea habitual de conducta, que los hechos se desenvuelven de acuerdo con las previsiones regulares de la experiencia.<sup>13</sup>

Sobre las reglas probatorias legales, que es como Rosenberg se refiere a la prueba tasada, dice que ellas conducen a establecer la verdad o falsedad de una afirmación, sin tener en cuenta la convicción judicial, pero pone énfasis de que deben haberse cumplido los presupuestos de que hace depender la ley los efectos de ese establecimiento.<sup>14</sup> Caso contrario, el juez deberá valorar la prueba conforme a la sana crítica.

Ahora bien, históricamente el sistema de tarifa legal representó un avance trascendental en la administración de justicia y en el ordenamiento jurídico general de los Estados, al excluir los medios bárbaros, fanáticos o matemáticos que caracterizaron un determinado período.

E. Couture, cita algunos ejemplos de pruebas legales o tasadas: en el Fuero Real de España estaba excluido, por regla general, el testimonio de la mujer. Sin embargo, eran admitidos sus dichos para atestiguar cosas que fueron oídas o hechas, en baño, horno, molino, río, fuente, hilados, tejidos, partos, hechos mujeriles y no en otra cosa. El Espéculo graduaba el valor de los testigos imponiendo al juez sobrios criterios de estimación. Los ancianos deben ser más creídos que los mancebos, *porque vieron más y pasaron más las cosas*. El hidalgo debe ser creído más que el villano, *pues parece que guardará más de caer en vergüenza por sí, y por su linaje*. El rico debe ser más creído que el pobre, *pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa*. Y más creído debe ser el varón que la mujer, porque tiene el seso más cierto y más firme. La Partida Tercera, en cambio, está muy dominada por el criterio de la prueba aritmética. Dos testigos idóneos hacen plena prueba que obliga al juez. Si las dos partes presentan testigos en igual número, prevalecen los que son de mejor fama. Si los testigos de ambas partes son de igual fama, predomina el mayor número. Si se trata de probar la falsedad de un instrumento privado, se requieren dos testigos. Si la falsedad se encuentra en instrumento público no alcanzan dos, sino que se requieren cuatro. Para probar el pago cuando la deuda consta en instrumento público, son indispensables cinco testigos. En los pleitos sobre testamentos se requieren siete testigos, y ocho si el testador fuese ciego, etc.<sup>15</sup>

Sin embargo, a criterio del autor colombiano Devis Echandía *la civilización occidental ha superado su necesidad desde hace dos siglos y sólo por nefasta tradición se conservó en el proceso civil hasta hace pocos años*.<sup>16</sup>

De igual criterio es Jaime Guasp, para quien el sistema de la prueba legal o tasada tiene que ser científicamente rechazado; por cuanto estima que *las normas de derecho son inidóneas para ordenar una eficacia probatoria, dado el sentido de la prueba misma*. Pues siendo la norma jurídica un imperativo, va dirigida a inclinar en cierto sentido la voluntad de un sujeto y no es apta por naturaleza para imponerse frente a otras actividades de la personalidad, entre ellas, las creencias. Y dice aún más: *El fenómeno de la prueba legal o prueba tasada constituye una anormalidad jurídica, ya que, destinadas, por esencia, todas las operaciones probatorias a convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, en el momento de llegar a la obtención del resultado de dichas operaciones se prescinde de tal convicción y se la sustituye por un imperativo legal*.<sup>17</sup>

Couture es coincidente en que la prueba legal correspondió a una etapa histórica en la cual el legislador aspiraba a regular de antemano, con la máxima extensión posible, la actividad mental del juez en el análisis de la prueba.<sup>18</sup> Pero Devis Echandía sostiene que esto hoy no se justifica, por cuanto la preparación de los jueces es mayor.

Pese a lo dicho, Devis Echandía también indica cómo las normas o reglas de la sana crítica pueden transformarse en reglas de carácter jurídico, en el sentido de que se convierten en mandatos legales imperativos que el juez debe aceptar y aplicar sin valoración subjetiva o personal; y es que, como indica el autor citado, es evidente que las normas consagradas en la tarifa legal son reglas lógicas y de experiencia acogidas por el legislador de manera abstracta, con el fin de dirigir el criterio del juez; o sea, son la lógica y la experiencia del legislador, mas no la del juez ni la del abogado litigante. En un sistema de libre apreciación existe además la diferencia sustancial de que esas reglas son concretas, para casos específicos examinados, mientras que en la tarifa legal son abstractos o de carácter general. Son las reglas de la sana crítica que constituyen un *estándar jurídico*, esto es, un criterio permanente para la valoración de la prueba judicial; pero no son inflexibles ni estáticas; porque son tomadas del normal comportamiento social e individual, que está sujeto a las leyes de la evolución cultural, técnica, científica, moral y económica. Su naturaleza y flexibilidad son similares a las de *las reglas o máximas de la experiencia*.<sup>19</sup> A criterio del autor, estas reglas provienen de la legislación, pero en ausencia de éstas, han sido las costumbres judiciales las que han regulado la actividad probatoria, desde tiempos antiquísimos; y lo han hecho, ora sujetando al juez a reglas abstractas preestablecidas que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o ausencia de determinados medios de prueba (que es el sistema conocido como tarifa legal); ora otorgándole, por el contrario, facultades para que haga una libre valoración personal y concreta del material probatorio.<sup>20</sup>

En igual sentido, Jaime Guasp afirma que *Las reglas de la sana crítica o del criterio humano o son definidas jurídicamente por la ley o la jurisprudencia, y entonces se convierten en preceptos de derecho y hacen de la prueba una prueba tasada, o bien no se consideran como mandatos, sino como simples indicaciones, y la prueba sigue siendo libre, con lo que la alusión a tales reglas resulta teóricamente, aunque no prácticamente estéril*. Y por ello, el autor español sostiene que aunque la ley atribuye cierto valor específico a la eficacia de ciertas pruebas particulares, el Tribunal Supremo, a través de su jurisprudencia, ha admitido la

apreciación conjunta de la prueba, que devuelve al juzgador la libertad de valorar la pruebas.<sup>21</sup>

Pietro Castro justifica el establecimiento de ciertas reglas acerca del valor de las pruebas no sólo en la persistencia de ciertos criterios antiguos, sino también en la necesidad de proteger a determinados medios de prueba, por razones de conveniencia y de seguridad jurídica.<sup>22</sup>

Sobre lo dicho, nos interesa resaltar lo siguiente:

1.- El sistema de valoración conforme a la prueba tasada tiene, al igual que el sistema de libre apreciación, fundamento en las reglas de la sana crítica; entre las cuales está la sujeción del pensamiento a las leyes de la técnica científica.

Como se vio en los fallos analizados, la prueba del ADN, gracias al avance de la ciencia, ha alcanzado un grado de confiabilidad muy alto; por lo que negar su valor sería desconocer los estudios científicos al respecto.

2.- Para que la prueba del ADN sea obligatoria para el juzgador, y conforme se confirma en uno de los fallos, debe cumplir con ciertos presupuestos o requisitos: a) debe tratarse de un examen genético o de histocompatibilidad (ADN) dotados de certeza; se excluyen los exámenes somáticos y hematológicos comparados; b) el peritaje ha de haberse actuado conforme a derecho, dando cumplimiento a lo que dispone el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil; y c) el informe ha de tener una conclusión terminante, absoluta, en la que se señale que la probabilidad es casi del cien por cien. Como bien señalan los fallos, si la prueba no reúne dichos requisitos, el juez no estará obligado a atenerse contra su convicción; con lo cual la prueba pierde su carácter de legal o tasada.

3.- El establecimiento de una prueba cuyo grado de convencimiento está determinado en la ley (prueba tasada), tiene su fundamento en la sana crítica, pero también se justifica por el interés que permite tutelar.

Vimos que la jurisprudencia da vida a las normas jurídicas ajustándolas al normal comportamiento social e individual, pero también, permite aplicar a una realidad concreta una tendencia que puede no estar manifestada en el conjunto de la legislación. En los fallos citados, la Corte Suprema declara tácitamente derogadas las normas del Código Civil, por ser contrarias a principios *del interés superior del niño*; y resuelve que para declarar la paternidad bastará con una prueba de ADN al menor, sin importar la conducta observada por los padres durante la concepción del hijo; todo ello evidencia la razón o conveniencia de fijar para estos casos una prueba tasada.

4.- La Corte Suprema, a través de sus fallos de triple reiteración, asigna un valor adicional a la prueba del ADN que consiste en que aquellas resoluciones sobre filiación de menores concebidos fuera del matrimonio dictadas sin la mencionada prueba no causarían autoridad de cosa juzgada sustancial o material. Dicha declaración abre la puerta para que se pueda renovar la contienda en iguales condiciones, dejando de lado el principio del *non bis in idem*, y prevaleciendo aquel del interés superior del niño.

5.- Finalmente, cabe resaltar que si bien los fallos se refieren a la prueba del ADN, la Corte deja abierta la posibilidad de que otras pruebas de igual o mayor valor que la ciencia vaya descubriendo tengan el mismo valor probatorio y efecto procesal.

## NOTAS

1. Spota, Alberto, *El Juez, El Abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, 2da. Reimpresión, editorial Depalma, Buenos Aires, 1989.
2. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II: Pruebas Judiciales, décima edición, editorial Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994, p. 70.
3. Devis Echandía, op. cit., p. 99.
4. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, tercera edición, editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 257; Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, tercera edición, editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 338.
5. Rosenberg, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo 2, editorial Ediciones Jurídicas Europa-América EJEA, Buenos Aires, 1955, p. 206.
6. Actividad probatoria: sus diferentes momentos: 1) proposición, 2) admisión, 3) ordenación, 4) asunción, 5) valoración Relato General Xas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Selva A. Klett, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1 /1999, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
7. Devis Echandía, op. cit. p. 100 a 101
8. Devis Echandía, op. cit., p. 80
9. Couture, op. cit., p.268
10. Couture, op. cit. P. 270
11. Couture, op. cit., p. 270
12. Couture, op. cit., p. 271
13. Revista de Derecho Procesal Uruguayo, op. cit., p. 76
14. Rosenberg. P 207
15. Couture, op. cit., p. 269
16. Devis Echandía, op. cit., p. 33
17. Jaime Guasp, op. cit., p. 338 y 339
18. Couture, op. cit. p. 270
19. Devis Echandía, op. cit. p. 102
20. Devis Echandía, op. cit., p. 33
21. Jaime Guasp, op. cit. p. 339
22. Pietro Castro, P. 152

**JOSE MANUEL OTERO LASTRES.** Autor de numerosas publicaciones y conferencista internacional, el doctor Otero Lastres es Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Alcalá, Madrid.

**MARCO MATÍAS ALEMÁN.** El doctor Alemán se ha desempeñado, entre otros cargos, como Administrador de Programa de la División de Cooperación para el Desarrollo, Organización Mundial de Propiedad Intelectual - OMPI. Ha sido también Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial, en Colombia.

**ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ.** Abogado de prestigio, el doctor Ponce ha ejercido las cátedras de Sucesiones y Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica de Quito. Es autor de ensayos jurídicos sobre ambas ramas del Derecho.

**ÍÑIGO SALVADOR CRESPO.** Además del ejercicio profesional el doctor Salvador dicta la materia de Derecho Internacional Privado en la Pontificia Universidad Católica de Quito.

**FALCONI PUIG & ABOGADOS.** Estudio jurídico con sede en Quito, Ecuador. Una de sus principales áreas de ejercicio es la propiedad intelectual.

**LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA.** Profesor de Derecho Administrativo en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ha sido Presidente, y en la actualidad es Magistrado del Tribunal Andino de Justicia, con sede en Quito, Ecuador.

**FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA.** Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lima y Canciller del Perú. Es autor de varios tratados y estudios relativos al Derecho, y uno de los más prestigiosos juristas de América Latina.

**ERNESTO LÓPEZ FREIRE.** Doctor en Jurisprudencia y catedrático universitario, ha sido vocal del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales. En la actualidad ejerce libremente el Derecho.

**ANDRÉS FERNÁNDEZ-SALVADOR.** Es Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica de Quito, en donde ha ejercido la cátedra de Derecho Civil de los Contratos. Tiene una maestría en Derecho Internacional del Graduate Institute of International Studies, de Ginebra.

**SANTIAGO ANDRADE UBIDIA.** El doctor Andrade es, en la actualidad, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Tiene una gran experiencia como catedrático en las áreas de Derecho Civil y Derecho Mercantil, principalmente. Es profesor de Teoría de las Obligaciones en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

**RAMIRO AGUILAR TORRES.** Profesor de Derecho Procesal Penal en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ejerce libremente la profesión de abogado.

**ÁLVARO OJEDA HIDALGO.** Es Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica de Quito y por la Universidad de Salamanca, España. Es profesor de Derecho Romano en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

**ÁLVARO GALINDO CARDONA.** Vicedecano del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Director del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito. En la actualidad está estudiando para obtener una maestría en la universidad de Georgetown, en Washington D.C.

**LORENA CASCANTE.** Es profesora de Teoría del Proceso en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Trabaja en su tesis doctoral.