



Los procedimientos para investigar la paternidad o la maternidad y la obligatoriedad de los exámenes en la ley 721 de 2001

*Por Fernando Alarcón**



Los conferencistas que me han precedido en el decurso de este seminario¹ proponen una serie de preguntas que se suman a otras que ya nos habíamos formulado con ocasión de la expedición de la Ley 721 de 2001.

Este panorama resultaría natural si la causa de los mencionados cuestionamientos fuera la trascendencia social del asunto allí tratado y no, como aquí ocurre, la falta de técnica jurídica que se evidencia en muchas de sus normas.

Ese tratamiento carente de técnica sugiere que la ley fue proyectada por personas que se formaron en otras áreas del conocimiento y no en el del derecho.

De todos esos interrogantes que aquí campean quisiera abordar estos dos para que ellos constituyan el tema de mi disertación:

* Profesor titular de derecho civil en la Universidad Externado de Colombia.

¹ Seminario sobre "Filiación y pruebas genéticas de ADN", mayo de 2003.

1

¿El Juez puede obligar a una de las partes a que se someta a los exámenes que tiendan a determinar la paternidad o la maternidad mediante la técnica del ADN?

El parágrafo 1° del artículo 8° de la Ley 721 de 2001 dispone: "... el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe realizar la prueba...".

Se ha pretendido sostener que esta preceptiva faculta al juez para someter a una de las partes a los exámenes que tiendan a determinar la paternidad o maternidad mediante la técnica del ADN, porque el juzgador tiene el poder-deber de hacer uso de todos los mecanismos que aseguren la presencia de quien debe ser examinado.

Lo primero que debe advertirse es que el precepto restringe los mecanismos que puede utilizar el juez para ese efecto, pues los limita a aquellos que estén "contemplados por la ley" y, en consecuencia, se establece un principio de legalidad que elimina el arbitrio judicial.

Pero como hay diversas leyes y, por ende, diversos mecanismos, debemos aclarar, aunque parezca obvio, que esos mecanismos no pueden ser otros que los previstos en el Código de Procedimiento Civil, por tratarse de un asunto en el que se aplican las normas de este cuerpo adjetivo, ya que la jurisdicción de familia carece de un código de procedimiento propio o particular.

En consecuencia, si bien la captura es un mecanismo previsto en la ley, el juez que conoce del proceso para establecer la paternidad o la maternidad no podrá acudir a aquel medio para asegurar la presencia del contumaz, porque esa medida es propia del procedimiento penal y no del proceso civil.

El Código de Procedimiento Civil prevé la conducción como un mecanismo para lograr la presencia forzada de una persona a un proceso, empero, como ella implica una restricción a la libertad de locomoción, hay que entender que sólo procede en aquellos casos en que expresamente se permita.

El numeral 4 del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil le impone al juez el deber de emplear los poderes que se le dan en materia de pruebas para verificar los hechos que aducen las partes, pero en parte alguna prevé la comparecencia forzada para este efecto.

El único evento en que la conducción es posible es el que señala el numeral 3 del artículo 225 del Código de Procedimiento Civil; esto es, la del testigo que desatiende la citación que el juez le ha hecho para que rinda su versión².

De manera que, de acuerdo con las reglas del procedimiento civil, el juez que conoce del proceso para establecer la paternidad

o la maternidad no puede forzar la presencia³ de una persona de la que se aspira que se someta a los exámenes ordenados.

Ahora, como cosas bien diferentes son la comparecencia y el sometimiento al examen, es del caso analizar la hipótesis en que la persona comparece pero se niega a que se le practique el correspondiente análisis.

Las personas, por regla general, no pueden ser sometidos a exámenes sin su consentimiento, porque su cuerpo es inviolable y sobre él tienen un derecho del cual se excluye a los demás.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional expresó: "El individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo cual cualquier manipulación del mismo sin su consentimiento constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito"⁴.

Pero, desde luego que este derecho no es absoluto, y por ende la intervención forzada se admite cuando por ejemplo está en peligro la salud colectiva⁵.

¿Se preguntará entonces si el derecho a establecer la paternidad o la maternidad para definir el estado civil debe prevalecer sobre el derecho a la autonomía personal de quien ha de ser examinado?

Una colisión de derechos supone que ante una misma situación de hecho todos ellos no pueden coexistir y se hace imperioso entonces que alguno prevalezca.

Luego, si el orden jurídico ofrece un medio que permite la coexistencia de esa variedad de derechos ante una misma situación de hecho, ellos no pueden colisionar y resulta inútil cualquier juicio sobre cual ha de prevalecer.

Creemos que el derecho a la autonomía personal y el derecho a definir el estado civil no colisionan, porque el ordenamiento prevé mecanismos que lo impiden.

En efecto, si el presunto padre o la dubitada madre se niegan a la práctica del examen, hay una solución que deja incólume ambos derechos como adelante se verá.

El examen persigue obtener la opinión de un experto sobre la probabilidad de la paternidad o la maternidad que se discute, por lo que se está en presencia de una prueba pericial.



2 El artículo 317 del Código de Procedimiento Civil también contemplaba la conducción del demandado que debía ser notificado personalmente de una providencia, pero esta disposición fue derogada por el artículo 70 de la Ley 794 de 2003.

3 Entendida como traerla por la fuerza.

4 SU-337-99.

5 *Ibíd.*

El artículo 242 del Código de Procedimiento Civil le impone a las partes el deber de colaboración en la práctica del experticio, y toda conducta que impida u obstaculice debe ser apreciada como un indicio en contra.

Así que si se presenta una negativa a la realización del examen no será necesario dilucidar si el derecho a la autonomía personal debe ceder frente al derecho a definir el estado civil, porque ese comportamiento se apreciará como un indicio en contra del renuente, consecuencia ésta que permite dejar a salvo ambos derechos.

En consecuencia, la advertencia que debe hacerse en la notificación del auto admisorio de la demanda y a la cual se refiere el artículo 8° de la Ley 721 de 2001 no es otra que la prevención de que la renuencia a la práctica de la prueba se apreciará como un indicio en contra del renuente.



Adicionalmente, podrá el juez imponer como medida correccional una multa de hasta diez salarios mínimos mensuales por desobedecer una orden que le ha impartido.

No sobra recordar que la norma aplicable es el artículo 60 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el numeral 1 del artículo 58 ibídem y no el numeral 1 del artículo 396 del Código de Procedimiento Civil⁷.

Aunque el párrafo 1° del artículo 8° de la Ley 721 de 2001 ordena que si persiste la renuencia, el juez de oficio, “y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa”, la Corte Constitucional decidió que una interpretación sistemática y armónica de este párrafo con el artículo 3° de esa ley debe conducir a entender que en este caso no se debe proceder a fallar de plano sino a decretar otras pruebas para establecer la verdadera filiación⁸.

2

¿A partir de la vigencia de la Ley 721 de 2001 existe un solo procedimiento para establecer la paternidad o la maternidad?

El Código Civil de la Unión le concedía al hijo extramatrimonial el derecho de investigar su paternidad o maternidad⁹, previsión ésta que rigió luego de disuelto el régimen federal en virtud de la adopción que de esa codificación hizo el artículo 1° de la Ley 57 de 1887, sin que el legislador previera un procedimiento especial para esta investigación.

Poco tiempo después esa disposición fue derogada por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887 quedando así el hijo extramatrimonial sin la posibilidad de establecer su filiación paterna o materna.

En 1890 la ley presumió que los hijos concebidos por mujer viuda o soltera habían sido reconocidos por ésta y por consiguiente tenían el carácter de naturales¹⁰.

En 1936 el legislador ordenó que los hijos habidos por mujer soltera o viuda tuvieran la calidad de naturales frente a la madre, por el solo hecho del nacimiento¹¹ y permitió la investigación de la paternidad, aunque solamente en los precisos casos allí señalados¹². En esta ley no se estableció un procedimiento especial para la investigación de la paternidad.

El artículo 7° de la Ley 45 de 1936 ordenó la aplicación de los artículos 403 y 404 del Código Civil a los casos de filiación natural.

El artículo primeramente mencionado determinaba quiénes eran los legítimos contradictores en la disputa sobre la paternidad o maternidad legítima¹³, mientras que el segundo permitía que los herederos representaran en el juicio al contradictor legítimo que había fallecido antes de proferirse la sentencia¹⁴.

De estos dos preceptos dedujo la Corte Suprema de Justicia que la acción de investigación de la paternidad no se transmitía a los herederos, porque se extinguía con la muerte del hijo o del presunto padre¹⁵.

Esta posición empezó a resquebrajarse con los salvamentos de voto que le hicieron los magistrados JUAN FRANCISCO MÚJICA, ARTURO TAPIAS PILONIETA y HERNÁN SALAMANCA al fallo del 26 de abril de 1940¹⁶.

6 La Corte Constitucional, sin mayores razones, afirma que los poderes que puede utilizar para hacer comparecer al demandado a la práctica de la prueba están consignados en el artículo 39 del C. P. C. Cfr. C-808/2002.

7 Cfr. LÓPEZ BLANCO, HERNAN FABIO. Derecho Procesal Colombiano, t. I, parte general, Bogotá, Dupré Editores, 1997, p.151.

8 C-808/2002.

9 Artículo 319: “El hijo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, podrá pedir que su padre o madre le reconozca”.

10 Artículo 7° de la Ley 95 de 1890.

11 Ley 45 de 1936, artículo 1°.

12 Ibid. art. 4°.

13 Artículo 403: “Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre o la madre contra el hijo. Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente, so pena de nulidad”.

14 Artículo 404: “Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron”.

15 Cfr. Sentencia del 24 de mayo de 1939, G. J. T. XLVIII, pp. 251-257; sentencia del 26 de abril de 1940, G. J. T. XLIX, p. 249-286.

16 G. J. T. XLIX, p. 269-286.

Finalmente, en los fallos de 1º de octubre de 1945¹⁷ y 29 de julio de 1946¹⁸ la Corte Suprema de Justicia desechó la postura anterior y sentó la doctrina según la cual muerto el hijo o el presunto padre, la acción de investigación de la paternidad no se extingue, y por ende se transmite a los herederos.

La Ley 83 de 1946 en los artículos 85 a 96 reguló la investigación de la paternidad y estableció un procedimiento para ello, pero partiendo del supuesto de que tanto el hijo como el presunto padre no han fallecido.

El artículo 86 de esta ley disponía: “El juicio sobre investigación de la paternidad podrá adelantarse ante el juez de menores. La madre podrá iniciarlo desde el quinto mes de gravedad hasta cuando el hijo cumpla los veintiún años”.

En fallo del 28 de septiembre de 1964 la Corte Suprema de Justicia pretendió volver por la tesis que sostenía que la muerte del hijo extinguía la acción de investigación de la paternidad, aunque con salvamento del voto del magistrado ENRIQUE LÓPEZ DE LA PAVA¹⁹.

Esta inseguridad jurídica fue la que determinó que los artículos 10 y 11 de la Ley 75 de 1968 resolvieran el problema de una vez por todas.

En efecto, el artículo 10 modificó el artículo 7º de la Ley 45 de 1936 ordenando aplicar a la filiación natural, entre otros, los artículos 403 y 404 del Código Civil, pero aclaró que muerto el hijo o el presunto padre la acción corresponde o se dirige contra los respectivos herederos.

Por su parte, el artículo 11 modificó el artículo 86 de la Ley 83 de 1946 al disponer que de la acción de investigación de la paternidad conocería el juez de menores, pero que muertos el hijo o el presunto padre, su conocimiento correspondería al juez civil por la vía ordinaria.

De otro lado, los artículos 14 a 18 de la Ley 75 de 1968 introdujeron un procedimiento especial para la investigación de la paternidad ante los jueces de menores, variando así lo que había dispuesto la Ley 83 de 1946 en los artículos 87, 89, 90, 91, 92 y 93.

En consecuencia, a partir de la vigencia de la ley 75 de 1968 coexistieron dos procedimientos para investigar la paternidad extramatrimonial: uno especial ante el juez de menores, si tanto el hijo como el padre estaban vivos y aquél era menor de edad, y el ordinario, ante el juez civil si alguno de ellos había fallecido o si estando ambos vivos el hijo era mayor de edad.

La ley 721 de 2001 modificó el artículo 11 de la Ley 75 de 1968 que establecía el procedimiento ordinario para los casos antes mencionados, y en su lugar señaló: “En todos los juicios de filiación de paternidad o maternidad conocerá el juez competente del domicilio del menor, mediante un procedimiento especial preferente”.

En consecuencia, consideramos que el procedimiento ordinario para establecer la paternidad o maternidad fue abolido para todos los casos en que interviene un menor y sólo subsiste cuando ambos son mayores de edad.

En efecto, el procedimiento especial supone la intervención de un menor y no lo prevé para la hipótesis últimamente mencionada.

Así las cosas, lo que determina el procedimiento es la minoría o mayoría de edad de los contradictores y no el que alguno hubiere fallecido.

Se dirá entonces que esta tesis resulta inconsistente, porque haría nugatorios los derechos patrimoniales del hijo, habida cuenta de que para reclamarlos hay un término de caducidad de dos años contados a partir de la muerte del causante.

Quienes esto sostienen argumentan que lo que fue objeto de trámite especial en la ley 721 de 2001 fue exclusivamente lo atinente al establecimiento de la paternidad o maternidad y no la pretensión de petición de herencia.

Afirman, en consecuencia, que la petición de herencia no podrá acumularse a la investigación de la paternidad por tener aquella el procedimiento ordinario, y ésta el especial que trajo la ley 721 de 2001, imposibilidad ésta que determinaría en la mayoría de los casos que cuando se defina lo atinente a la paternidad, la caducidad de los efectos patrimoniales ya se habría consolidado.

Por nuestra parte consideramos que la ley es clara al eliminar la vía ordinaria para los casos en que ha fallecido alguno de los contradictores y por ende mal puede el intérprete pretender hacer subsistir este procedimiento para esas hipótesis.

Luego, ha de hacerse una interpretación que no riña con el tenor de la ley, pero que tampoco conculque o haga nugatorios los derechos reconocidos por el ordenamiento.

En consecuencia, proponemos que debe entenderse que en aquellos casos en que hay un menor, y ha fallecido alguno de los contradictores, la acción de petición de herencia puede acumularse con fundamento en que en ese evento esta pretensión tiene un trámite especial que lo asigna el parágrafo 3º del artículo 8º de la Ley 721 de 2001, al disponer: “Cuando además de la filiación el juez tenga que tomar las medidas del caso en el mismo proceso sobre asuntos que sean de su competencia, podrá de oficio decretar las pruebas del caso...”, ya que de conformidad con el numeral 12 del artículo 5º del Decreto 2279 de 1989 son de competencia de los jueces de familia “los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales”.

Desde luego que se replicará que las medidas del caso a que se refiere el parágrafo 3º, ya citado, son las relacionadas con alimentos o patria potestad; empero, refutamos esta posición con aquella regla según la cual donde el legislador no distingue el intérprete no puede distinguir.

17 G. J. T. LIX, p. 679-703.

18 G. J. T. LX, p. 775-784.

19 G. J. T. CVIII, p. 342-357.

Publicación del CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

Directora: Emilssen González de Cancino

Amigo lector: Sus opiniones nos serán útiles y gratas. Las esperamos en el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, oficina A-407, Universidad Externado de Colombia, calle 12 n.º 1-17 este, o en la dirección de correo electrónico <deromano@uexternado.edu.co>.