



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva
Sala Civil Familia Laboral

Magistrada Ponente: Dra. **ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ**

Proceso : Impugnación e investigación de la paternidad
Radicación : 41001-31-10-002-2017-00582-01
Demandantes : DIANA MARCELA LEYTON
Demandada : JHON FREDY GONZÁLEZ ARIAS
Procedencia : Juzgado Segundo de Familia de Neiva (H)
Asunto : Resuelve solicitud de pruebas

Neiva, doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

1.- Correspondió a esta Sala, el conocimiento de la alzada propuesta en forma parcial por la parte demandante en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Segundo de Familia de Neiva, el pasado 28 de abril de 2021, solicitando el señor apoderado de la demandante dentro del término de ejecutoria del auto admisorio del recurso el decreto y práctica de pruebas, fundado inicialmente en el hecho de haber promovido la alzada en forma parcial contra la sentencia de primera instancia, en lo atinente a la improsperidad de la pretensión de filiación de la menor LPCL frente a JHON FREDY GONZALEZ ARIAS, señalado como presunto padre y vinculado como demandado al proceso, pues prosperó la pretensión de impugnación de la paternidad que había venido encarnando JUAN BAUTISTA CASTELLANOS, doliéndose de la falta de aplicación del artículo 281 del CGP, en virtud del cual en asuntos de familia, el juez está autorizado para fallar ultra y extra petita para propender por la garantía de los derechos de los niños, niñas o personas en condición de discapacidad, por lo que el juzgado de primera

instancia, pudo para garantizar los derechos de filiación de la menor de edad, decretar y practicar de oficio, pruebas cuya necesidad solo vino a advertirse en forma sobreviniente durante el desarrollo de la audiencia en la que se dictó sentencia, momento para el cual, había fenecido la oportunidad para que las partes pudieran solicitarlas.

Para ello, reseña que fue solo hasta la audiencia desarrollada el 28 de abril de 2021, en la que de la declaración del demandado JUAN BAUTISTA CASTELLANOS pudo advertirse la posibilidad de dar con el paradero del demandado como presunto padre JHON FREDY GONZALEZ ARIAS, pues mencionó su vinculación como miembro activo del Ejército Nacional de Colombia, lo cual hubiese facilitado su comparecencia personal al proceso y no a través de curador ad litem como se efectuó y hubiese asegurado la toma de la prueba biológica de ADN que ordenó el *a quo*, para corroborar la paternidad de la menor LPCL, mencionando además el hecho de que la concepción se produjo mediante la comisión del delito de acceso carnal violento en contra de la demandante, que generó la apertura de un proceso penal.

Agrega que dicha información por ser de carácter tan sensible para la demandante, por memorar hechos penosos, no había sido reportada a su apoderado, quien la representa como defensor público adscrito a la Defensoría del Pueblo por designación en amparo de pobreza, pero que dada su importancia y a la vez su vaguedad, merecían del juzgado de primer grado, una reflexión que llevara a tomar medidas e impartir las ordenes necesarias para asegurar la salvaguarda del derecho a la filiación de que es titular la menor LPCL.

Indica además que adjunta a su solicitud oficios de atención por ABUSO SEXUAL contra la humanidad de la demandante DIANA MARCELA LEITÓN, que fue atendido por la profesional DORIS ANDREY DUSSAN en el

centro de salud "Roberto Liévano Perdomo" de Colombia – Huila, remitido al señor Sargento YESID ROJAS CASTRO en calidad de comandante de la Estación de Policía de Colombia – Huila.

2.- Advierte taxativamente el artículo 327 del C.G.P., los eventos en que el juzgador de segunda instancia restrictivamente debe decretar y practicar pruebas, sin perjuicio de su potestad oficiosa, así:

“1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo.

2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.

3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.

4. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria.

5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior.”

Conforme lo anterior, se observa que la oportunidad probatoria de segunda instancia se orienta a satisfacer unas especialísimas situaciones que propenden por completar un cabal recaudo probatorio, sin que sea una nueva ocasión de parte, para aprovisionar el juicio de los elementos de convicción necesarios para acreditar los supuestos de hecho concernientes a su posición procesal, de los que tuvo conciencia durante la instrucción de primera instancia.

Señala el artículo 167 del C.G.P. que: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, apartado procesal que asigna una responsabilidad probatoria individual y conjunta, así, cada extremo procesal debe respaldar los hechos que declara ante la administración de justicia con elementos de persuasión y también, los debe presentar al proceso en las oportunidades probatorias

detalladas en el ordenamiento procedimental, atendiéndose al principio de igualdad de las partes y de lealtad procesal, de modo que exista un verdadero debate probatorio y que ninguna de las partes pueda obtener ventaja al reservarse pruebas para la segunda instancia.

No puede desconocerse que la solicitud probatoria a esta avanzada altura del trámite, podría encontrar sentido al advertirse que el hecho registrado que la motiva, si bien, no tuvo acaecimiento reciente, fue sólo hasta ese momento procesal, a través de la declaración del demandado JUAN BAUTISTA CASTELLANOS, que pudo advertirse una posibilidad no agotada, para localizar al presunto padre de la menor agenciada por la demandante, la cual, con las resultas de la sentencia emitida en primera instancia, ha quedado desprovista de apellidos paternos y fundamentalmente el restablecimiento de la filiación.

Dispone la Convención sobre los Derechos del Niño, que en las decisiones adoptadas por todas las autoridades, debe prevalecer el interés superior del niño (artículo 3) y que todos los niños tienen derecho a un nombre y a conocer sus padres (artículo 7), lo cual se acompasa con la legislación interna de este país, cuya Constituyente de 1991 determinó que al categorizar como fundamentales estas garantías (artículo 44 Constitución Política de Colombia) y que es al Estado junto a la familia y la sociedad a quien corresponde su salvaguarda, siendo entonces a la administración de justicia como expresión del poder público judicial, a la que en nombre de este, adoptar las medidas que al interior de cada juicio se tornen necesarias para hacer efectivas dichas garantías.

Adicionalmente, ha señalado la Corte Constitucional en consistente jurisprudencia que la filiación tiene el carácter de derecho fundamental porque a través de este se accede a otras garantías como personalidad jurídica, la dignidad humana, el derecho a tener una familia y formar parte de ella, el

derecho al estado civil y el derecho a conocer con certeza la identidad de los progenitores¹ y además determinó que para llegar al establecimiento de la misma, es indispensable el decreto de la prueba antropoheredobiológica o genética, pero lo es aún más asegurar su práctica para lo cual *“Como director del proceso y por expreso mandato legal el juez está en la obligación de ordenar la prueba de ADN, pero su misión no se agota en ese momento sino que se fortalece con miras a lograr su realización y en aras de los principios de prevalencia del derecho sustancial y acceso efectivo a la administración de justicia. Para ello, el ordenamiento le ofrece algunos mecanismos a los cuales puede apelar en procura de la verdad material (...)”*².

De ello se concluye que encuentra pleno y amplio sustento convencional, constitucional y jurisprudencial, el ejercicio de los más robustos poderes de juez para atender la necesidad de garantizar al menor de edad, a gozar de su derecho fundamental a saber quién es su padre, de poseer en su nombre los apellidos paternos y a gozar del reconocimiento jurídico que ello conlleva de forma prevalente sobre el rigor procesal.

3.- En el presente caso, la jueza *a quo* se limitó exclusivamente a cumplir con la obligación impuesta por la Ley 721 de 2001, en tanto que decretó la práctica de la prueba genética frente al padre impugnante JUAN BAUTISTA CASTELLANOS como al señalado padre biológico JHON FREDY GONZALEZ ARIAS, pero al no poder asegurar la incorporación de la misma frente a este último, debió ejercer sus amplias facultades para garantizar su práctica, suspendiendo el juicio tras advertir en la audiencia, momento en el que tuvo conocimiento de su vinculación como agente de la fuerza pública del Estado, para que se entendieran así adoptadas todas las medidas que no solo podía sino

¹ Corte Constitucional. Sentencia T 411 de 2004.

² Corte Constitucional. Sentencia T 997 de 2003.

que **debía** agotar, para hacerlo comparecer a la toma de la prueba, pues con la información recién recaudada, evidentemente se facilitaría su citación.

Resulta entonces, que se hizo flagrante la vulneración al debido proceso de la parte demandante que agencia a una persona menor de edad que goza de especial protección constitucional y convencional y a quien le corresponde recibir de todas las autoridades la ponderación de su interés y en tratándose se causas judiciales, colocándosele por encima de las formas procesales como lo dispone el artículo 44 y 228 de la Constitución Política y adicionalmente la incursión en la causal de nulidad prevista en el numeral 5 del artículo 133 del Código General de Proceso, que procede en aquellos eventos en que deja de **practicarse** una prueba que por ley debe incorporarse al juicio, que tal como quedó claro anteriormente, la Ley 721 de 2001, dispone en su artículo 1 con la modificación del artículo 7 de la Ley 75 de 1968, que es obligatoria la práctica de la prueba científica para el establecimiento de la paternidad o maternidad en los correspondientes procesos en que se estuviera verificando la misma y en su artículo 3 autorizó al juez a recurrir exclusivamente a otros medios probatorios cuando **resultare absolutamente imposible** el recaudo de la misma, circunstancia que como quedó expresado no se cumplió, pues no se evidenció en el plenario que la jueza instructora dispusiera la adopción de medida alguna que facilitará el enteramiento de la citación para la práctica de la prueba genética frente al demandado señalado como presunto padre, sirviéndose de lo manifestado en el interrogatorio de parte formulado al demandado con paternidad impugnada, aun cuando contaba con la discrecionalidad para hacer uso de ellas o a través de las distintas herramientas informáticas y bases de datos públicas.

De modo que no queda otro camino más que efectuar la declaratoria de nulidad anunciada, con el fin de que la jueza de primera

instancia, con la información recaudada en la audiencia del 28 de abril de 2021, dicté las ordenes que le permitan aprovisionar el juicio puesto a su conocimiento de elementos probatorios e indiciarios que le permitan determinar con alto grado de certeza la paternidad de la menor de edad LPCL, y adopté las medidas que le aseguren la asistencia para la práctica de la prueba genética que decretó frente al demandado JHON FREDY GONZALEZ ARIAS.

Por lo expuesto se,

RESUELVE:

1.- **DECLARAR** la nulidad de todo lo actuado en primera instancia en el proceso de impugnación e investigación de la paternidad promovido por DIANA MARCELA LEYTON agenciando a su hija menor de edad LPCL, a partir del cierre del debate probatorio decretado en audiencia celebrada el 28 de abril de 2021, para que conforme a lo expuesto adopte las medidas tendientes a garantizar el interés superior de la menor cuya paternidad se investiga.

2.- **NEGAR** de decreto de las pruebas solicitadas por la parte demandante, habida cuenta la nulidad previamente declarada.

3.- **DEVOLVER** la actuación al juzgado de origen.

Notifíquese y Cúmplase.


ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ
Magistrada

Firmado Por:

Enasheilla Polania Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
e26939ca4d83a9d23f5d2ca59a9eac86df6037bbe5168055b50030536a23503e

Documento generado en 12/08/2021 04:42:48 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>