



Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIO DE BOYACA SALA CIVIL FAMILIA
Magistrado Ponente: Dr. BERNANDO ARTURO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
E.S.D.

REFERENCIA: IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

Rad. 1a Inst. 15001-31-60-003-2017-00040-00

Rad. 2a Inst. 15001-31-60-003-2017-00040-01

Rad. Int. 2021-0222

DEMANDANTE: SANDRA CRISTINA CASTILLO ROBAYO

DEMANDADO: YULY SLENDY CÁRDENAS BORDA

FAUSTINO CÁRDENAS BORDA, mayor de edad, reconocido como apoderado de la parte demandada, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrado como apoderado de la Señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, por medio del presente escrito en los términos del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, toda vez que en la actualidad se encuentra ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación, me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto por mi parte en contra de la sentencia de fecha 8 de Abril de 2021, , fijada en el estado del 9 de abril de 2021; proferida por parte del **JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO - ORALIDAD DE TUNJA**, por medio de la cual ese Despacho Admitió las pretensiones de la demanda de la acción propuesta y negó la totalidad de la contestación de la demanda, siendo la sustentación del recurso de apelación la siguiente:

1.-ARGUMENTOS QUE DEMUESTRAN LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL FALLO.

Radica la inconformidad con la sentencia aquí recurrida, ya que en la misma se niegan todas excepciones de mérito presentadas, por parte de la hermana de la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, la señora **ADRIANA CASTILLO ROBAYO** a través de su apoderado, sin que medié, tan siquiera explicaciones o motivaciones de fondo que desvirtué lo argumentos esbozados por el colega y porque no decirlo los del suscrito.

Así mismo, señores Magistrados, el señor Juez de instancia, no tuvo en cuenta las evidencias presentadas en la contestación de la demanda realizada por el **Dr. YOLMAR REINALDO YOMAYUSA MURCIA**, bajo representación de la señora **ADRIANA CASTILLO ROBAYO** hermana de la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO** y demás argumentos expuestos que denotare uno por uno, con el fin de justificar que el fallo es contra derecho.

En primer lugar, se puede observar que a pagina 5 de la sentencia el juzgado, inobserva justificar la ubicación de las pruebas documentales solicitadas que se encuentran en el expediente, a sabiendas que es imperioso justificar cada afirmación adoptada dentro de la **obiter dicta**.

PRUEBAS. DOCUMENTALES: Solicita tener en cuenta las que obran dentro del proceso y las que en el transcurso del mismo alleguen las partes o se decreten de oficio. **TESTIMONIALES:** Pidió Recibir el testimonio de varias personas que se relacionan en el auto fechado del xxxxxxx

Luego de lo anterior, en la sentencia el fallador de instancia dispone, lo siguiente:



Presenta EXCEPCIONES DE MERITO O DE FONDO: CARENCIA DEL DERECHO RECLAMADO A CAUSA DE RECONOCIMIENTO A TRAVES DE UN INSTRUMENTO PUBLICO, TEMERIDAD O MALA FE. Las que se resolverán en el momento de fallar el proceso.

respecto de las pretensiones se opone a todas las mismas declaratorias y condenatorias propuestas por la demandante por carecer de fundamentos legales y de hecho.

Se observa que en la fecha en que se notificó el apoderado 27 de enero de 2020, el proceso estaba en la etapa probatoria, a esa fecha ya estaba anexados los resultados de las prueba científica del ADN ordenadas, Luego, El conocía el contenido y resultados de las mismas y de las providencias donde se puntualizaba, que en los procesos de filiación, la prueba científica es la prueba reina a tener en cuenta para definirlos, tal como lo dispone la ley 721 de 2001 y el Art 386 del C.G.P. , cuando indica que las disposiciones de este artículo sobre la prueba científica prevalecerán sobre las normas generales de presentación y de contradicción de la prueba pericial contenidas en la parte general de este código. Por tanto, se dará aplicación a la normatividad vigente. Además, de tener en cuenta lo manifestado por el apoderado cuando manifiesta que se atiene a lo que resulte probado y lo que disponga la Ley en materia sustancial y procesal

Como se observa en la sentencia, el juez no realiza un análisis profundo de las excepciones, que fueron propuestas, resolviendo y pronunciándose con cada una de las mismas, en armonía al numeral 7 del artículo 42 de la ley 1564 de 2012.

En el fallo aquí recurrido, no se observaron normas de actualidad y se procedió tomar una decisión con carentes de realidad, es el caso de la prueba que sustenta la demanda **y que no fue objeto de pronunciamiento de juez de instancia**, señores Magistrados en la contestación **REALIZADA A LA DEMANDA** se justificó, **CON ARGUMENTOS LÓGICOS Y DE DERECHO** que la parte demandante no probó con **CERTEZA** que la comunicación a través de la cual el señor **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO** (q.e.p.d.), la validez legal depende en muchos casos del consentimiento de la otra parte para que la misma sea grabada y la existencia de una orden judicial que lo autorice lo transmitido, la noticia, y en este caso, tan solo se limitó a aportar los pantallazos impresos de un mero registro con fechas y nombres; que por cierto **NO** concuerdan con los hechos afirmados supuestamente ocurridos el día 9 de noviembre de 2016, toda vez que a folios 51 y 52 se observan nombre, fechas y horas así:

Primer registro denominado “Papi”, no se identifica abonado telefónico y relaciona fecha del 6/11/16, 3:03 pm. No se prueba conexión alguna entre la demandante y el señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.)

Segundo registro denominado “Fabio Miguel”, no se identifica abonado telefónico y relaciona fecha del 6/11/16, 2:03 pm. No se prueba conexión alguna entre la demandante y el señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.)

Tercer registro denominado “Dra. Milena”, no se identifica abonado telefónico y relaciona fecha del 4/11/16, 7:22 pm. No se encuentra conexión alguna.

Cuarto registro denominado “Papi”, no se identifica abonado telefónico y relaciona fecha del 3/11/16, 4:36 pm. No se prueba conexión alguna entre la demandante y el señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.)

Quinto registro denominado “Papi”, no se identifica abonado telefónico y relaciona fecha del 1/11/16, 4:56 pm. No se prueba conexión alguna entre la demandante y el señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.)



Sexto registro denominado “killy González”, no se identifica abonado telefónico y relaciona fecha del 29/10/16, 5:02 pm. No se encuentra conexión alguna.

Séptimo registro denominado “Papi”, no se identifica abonado telefónico y relaciona fecha del 27/10/16, 11:31 pm. No se prueba conexión alguna entre la demandante y el señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.)

FOLIO 52

Registro denominado “Papi”, no se identifica abonado telefónico y relaciona fecha del 3 de noviembre de 2016, llamada de voz entrante 02:28 - 4:36 pm- 730 KB, y llamada de voz entrante 04:21 - 3:24 pm- 1,3 MB No se prueba conexión alguna entre la demandante y el señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.)

Ahora bien como se dispuso en la contestación, la Ley 527 de 1999, reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, para lo cual las pruebas aportadas identificadas a folios 51 y 52 **NO SON UN MENSAJE DE DATOS**, son la copia que se le realizó en un momento concreto a la pantalla de un celular, y por consiguiente no se le debe dar tal diferenciación, los mensajes deben ser obtenidos mediante una orden judicial para tener validez, como quiera que lo establecido en el literal a) del artículo 2 de la ley 527 de 1999 especifica claramente, que si es un mensaje de datos en los siguientes términos “Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax (...)”

De igual forma los pantallazos o copias de pantalla no cumplen con los requisitos contemplados en el ordenamiento jurídico colombiano para este tipo de documentos, toda vez que, el señor juez de instancia debió de valorar los documentos aportados como mensajes de datos debe verificar la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se **identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente**, siendo obligatorio que medie una orden judicial para solicitar el análisis del equipo que contiene los mensajes y así mismo, una adecuada cadena de custodia. Otra de las normas que deben cumplirse con obligatoriedad, es que tanto el laboratorio forense especializado en medios digitales, como los programas de software que se usen en el análisis y las personas que realizan el procedimiento, sean legalmente certificados para el manejo de este tipo de pruebas, o de lo contrario perderán su validez, circunstancias que no fueron aprobadas por la parte actora ni tampoco hubo un pronunciamiento alguno por parte del juez de instancia.

Así mismo el artículo 244 de la ley 1564 de 2012 establece que “Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.(...), circunstancia que la parte demandante no probó con **CERTEZA**, por cuanto no se establece una conexión de comunicación entre la demandante y el señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.), **NO** se estableció que la información que se muestra en los pantallazos obedece a una comunicación entre la demandante y el señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.), pues puede ser que el nombre “ papi” identificativo de cualquier persona y no una conexión directa con el señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.), además de lo anterior el despacho en auto de fecha 30 de enero de 2017 solicitó, que la parte demandada se pronunciara sobre la fecha en que supuestamente fue informada y que el acervo probatorio aportado no se estableció conexión alguna y es incongruente.

La parte actora afirmó que la conversación se llevó a cabo el día 9 DE NOVIEMBRE DE 2016, PERO LOS DOCUMENTALES APORTADOS QUE SUSTENTAN DICHA



AFIRMACIÓN NO HACEN REFERENCIA DE ESA FECHA, SINO TODO LO CONTRARIO, HACE REFERENCIA A DÍAS TOTALMENTE DISTINTOS SIENDO INCONGRUENTE EL ARGUMENTO Y LA PRUEBA, ADEMÁS, NO UBICAN PROBATORIAMENTE LA CONEXIÓN ENTRE EL SEÑOR LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (Q.E.P.D.), Y LA DEMANDANTE, NI SE JUSTIFICA PROBATORIAMENTE LA VOLUNTAD DEL SEÑOR LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.), EN LO REFERENTE AL PRESENTE LITIGIO.

Señores Magistrados la norma es clara, en el sentido que dispone que **CESO EL DERECHO DE LA PARTE DEMANDANTE PARA ADELANTAR EL PRESENTE PROCESO**, como quiera que al determinar que si existe un instrumento público que permita **PROBAR** efectivamente el reconocimiento expreso del padre hacia su hijo, es decir, **CESO EL DERECHO DE LA DEMANDANTE, CUANDO EL SEÑOR LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (Q.E.P.D.), RECONOCIÓ A LA SEÑORA YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO, CON EL REGISTRO DE NACIMIENTO 10067047, Y QUE ESTE ESTANDO EN VIDA NO REALIZO NINGÚN ACTO TENDIENTE A MODIFICAR SU VOLUNTAD INICIAL.**

Por lo tanto, las pruebas aportadas por parte de la accionante carecen de veracidad y al ser desvirtuadas a través de los simples criterios lógicos y de derecho expuestos en la contestación de la demanda, el juez de instancias, fue en contravía del artículo 164 de la ley 1564 de 2012, por cuanto es su deber el de decidir de acuerdo al ordenamiento positivo el cual dispone **“ARTÍCULO 164. NECESIDAD DE LA PRUEBA. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho. (Subrayado fuera de texto).**

CARENCIA DEL DERECHO RECLAMADO A CAUSA DEL RECONOCIMIENTO A TRAVÉS DE UN INSTRUMENTO PÚBLICO.

Como se plateo en la contestación en este caso se presenta la inexistencia del derecho por cuanto en el artículo 7 de la ley 1060 de 2006 indica lo siguiente **“ARTÍCULO 70. El artículo 219 del Código Civil quedará así: Artículo 219. Los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el término para impugnar será de 140 días. Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público.** (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Señores Magistrados la norma expresa una condición, a través de la cual se **RESPETA** la última disposición del señor **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.)**, en el entendido que a diferencia de sus demás hijos el firma con puño y letra el certificado de registro de nacimiento de la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, de su hermana, veamos a folio 45 del expediente, en que se identifica inequívocamente su voluntad de tener la posición de **PADRE** de la **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, numerales 28-29-30-31-32-33 del citado registro este que no fue, **ABOLIDO, ANULADO O INVALIDADO POR SU MISMA VOLUNTAD**, (se expresa como la voluntad del que en vida se identificaba como **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.) CUMPLIENDO CON LO NORMADO EN EL ARTICULO 7** de la ley 1060 de 2006, en la que establece, **“Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público.**

Así mismo, debo indicar que es de suma importancia traer como referencia el artículo 230 constitucional el cual indica que **“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares**



de la actividad judicial”, en armonía con el numeral 6 del artículo 42 de la ley 1564 de 2012 el cual establece “Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal.

DE LA ACTUALIDAD DEL DERECHO Y SU ADAPTACIÓN A LAS NUEVAS REALIDADES.

EL FALLO DESCONOCE LA JURISPRUDENCIA; EN ESPECIAL LA SENTENCIA STC6009-2018 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

La sentencia STC6009-2018 de la Corte Suprema De Justicia, Magistrado ponente **AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO** dentro del proceso con radico **25000-22-13-000-2018-00071-01**, dispuso lo siguiente, “(...) En el asunto que convoca la atención de la Corte, la queja constitucional se enfiló contra el proveído de 17 de enero de 2018, dictado por el Juzgado de Familia de Soacha, en la medida en que rechazó de plano la demanda incoada por **DARINE YESENNIA** Bogotá Pirabán, mediante la cual solicitó fuera declarado que **BERENICE ROMERO DE ROMERO** y **TEÓFILO ROMERO RÍOS** (q.e.d.p.) son sus «padres de crianza», rechazo que obedeció al argumento según el cual dicha figura no estaba prevista por la ley ni tampoco existe un procedimiento para tramitar tal pedimento.

2.1. El artículo 42 de la Constitución Política, determinó el concepto de la familia así:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla... Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes... Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos...

2.2. A partir de tal definición, la Jurisprudencia desarrollada por las Altas Cortes ha sido coincidente, en orden a ir más allá de los límites allí trazados, entendiendo que la familia no solo se constituye por el vínculo biológico o jurídico, sino también a partir de las relaciones de hecho o crianza, edificadas en la solidaridad, el amor, la protección, el respeto, en fin, en cada una de las manifestaciones inequívocas del significado ontológico de una familia.

La Corte Constitucional al referirse al alcance de la protección al núcleo familiar, así como a los deberes y obligaciones de quienes lo conforman, en T-887 de 2009 precisó que:

La jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez.” Y recordó que “enfatisa la jurisprudencia constitucional que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar –abuelos, parientes, padres de crianza– son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige.

Más adelante, esa misma Corporación sentó que la protección a la familia no se predica únicamente de la acepción rígida formal de ésta concebida de antaño, sino del criterio



eminentemente sustancial, así explicó que: «el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial» (T-572/09).

En la sentencia T-606/13 resaltó que:

...es claro que la protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias.

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en SCE, 2 sep. 2009, rad. 17997; reiterada en SCE, 11 jul. 2013, rad. 31252, sostuvo que:

...la Sala debe reiterar su línea jurisprudencial referida a que la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esa perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.”

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la familia de crianza expresó:

El grupo familiar está compuesto no solo por padres, hijos, hermanos, abuelos y parientes cercanos, sino que incluye también a personas entre quienes no existen lazos de consanguinidad, pero pueden haber relaciones de apoyo y afecto incluso más fuertes, de ahí que no haya una única clase de familia, ni menos una forma exclusiva para constituirla.

Se distinguen entonces diversas clases de familia, por adopción, matrimonio, unión marital entre compañeros permanentes, de crianza, monoparentales y ensambladas, como lo definió la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011. (STC14680-2015, 23 oct., rad. 2015-00361-02).

2.3. A partir del reconocimiento dado por vía jurisprudencial a las familias de crianza, también se han reconocido derechos patrimoniales para sus integrantes, por ejemplo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en SC, 13 dic. 1996, rad. 9125, señaló:

Con todo, frente al asunto de los autos actúan circunstancias fácticas y principios jurídicos superiores que impiden la aplicación automática de estos preceptos. En primer término debe advertirse que el tema de decisión se enmarca dentro de la Seguridad Social, materia jurídica cuya teleología en algunos aspectos tropieza con el régimen legal de familia vigente, dado que este se halla imbuido por consideraciones estrechamente vinculadas con los derechos de propiedad y de herencia,



mientras que las instituciones que desarrollan aquella, como un servicio público de carácter obligatorio que se concreta frente a los habitantes del territorio nacional en calidad de derecho irrenunciable (C. N art 48) y fundamental, particularmente con relación a los menores (C.N art 44), procuran solucionar problemas vitales e inmediatos de subsistencia que surgen como consecuencia de siniestros previamente establecidos. Es que, por ejemplo, a propósito de la muerte de un afiliado, la Seguridad Social propende por proteger las personas a quienes dicha contingencia afecta directamente, vale decir al núcleo familiar pero entendido más con un criterio natural y socio económico que puramente legal, sin que desde luego se abandone absolutamente este último enfoque, y a propósito de la noción de hijo no es extraño pensar que en ella puedan incluso quedar comprendidos quienes no lo sean por razones biológicas, sino porque han sido considerados y mantenidos como tales en el seno familiar. Así lo acepta Número 2483 **GACETA JUDICIAL** 901 la doctrina internacional de la Seguridad Social, como se advierte del siguiente texto emitido por la OIT: "A los fines de la Seguridad Social se acostumbra distinguir dos categorías de hijos: los hijos descendientes directos de la persona protegida -o del beneficiario según el caso- y los que no obstante no serlo, son mantenidos en su hogar como hijos. Es frecuente que los primeros sean considerados hijos a cargo si vivían bajo el techo de la persona protegida en el momento- de su fallecimiento, mientras que para los segundos pueden exigirse otras condiciones; por ejemplo, que hayan sido mantenidos en el hogar del difunto desde al menos seis meses antes de su muerte..." (ver, Introducción a la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, Ediciones Alfaomega S.A México D.F 1992, página 78). Además, en el proceso figura acreditado con prueba testimonial que José Andrés Valencia Méndez convivió hasta su muerte, por más de diez años, con la actora y que procrearon un hijo llamado Andrés Ferney Valencia; que actuó como cabeza de familia y en tal condición "...veló por la subsistencia de su hijo y de su compañera María Celeny..." (ver, fols. 36 vto.). En otros términos, aparece establecido que el señor Valencia Méndez dio su nombre sin disputa y reconoció como hijo suyo a Andrés Ferney (nomen), según corresponde a un padre de familia aquel contribuyó a la crianza y manutención de este (tractatus) y los declarantes del vecindario dan fe de esta situación (fama). Dadas estas circunstancias, por razones de orden constitucional y de principio, no se remite a duda que en el presente caso, debe otorgarse prelación al concepto real de la relación familiar de filiación frente al criterio legal que lo contraría, sobre todo porque se trata del reconocimiento de una prestación de Seguridad Social que procura aliviar la condición de precariedad en que queda la familia al desaparecer su cabeza, contingencia que precisamente sufre la demandante señora María Celeny y su hijo Andrés Ferney.

La Corte Constitucional en T-495/97, reconoció el derecho a la reparación directa que les asistía a los padres por la muerte de su hijo de crianza, quien era soldado del Ejército Nacional y falleció con ocasión del servicio; en T-586/99, dispuso que la Caja de Compensación Familiar afiliara a la hija del compañero permanente de la cotizante, en esa decisión explicó que lo que pretende proteger este tipo de subsidios es la unidad familiar y más aún el bienestar de los menores con prescindencia de si existen o no las formalidades legales constitutivas de familia, «pues [si] el constituyente quiso equiparar la familia que procede del matrimonio con la familia que surge de la unión de hecho, y a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, forzoso es concluir que proscribire cualquier tipo de discriminación procedente de la clase de vínculo que da origen a la familia», en el mismo sentido, ha dictado las sentencias T-403/11 (los hijos de crianza de oficiales del Ejército Nacional tienen derecho a los beneficios educativos); T-606/13 (derechos de hija de crianza a acceder a las prerrogativas establecidas en la convención colectiva de trabajo de Ecopetrol); T-233/15 (reconocimiento de indemnización administrativa en favor de hija de crianza de una víctima del conflicto armado); T-074/16 (determinó que el hijo de crianza tiene derecho a percibir la pensión de sobreviviente); y T-177/17 (ordenó afiliar a la hija de crianza al sistema de salud y seguridad social); entre muchas otras.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia 16 mar. 2008, rad. 18846 al examinar un caso en el que una persona demandó del Ministerio de Defensa -Ejército Nacional- el pago



de perjuicios materiales y morales irrogados por la muerte de su padre de crianza en un accidente causado por un vehículo oficial, en esa oportunidad dijo, que:

...De la prueba obrante en el proceso, se da por acreditada la condición de “hijo de crianza” de Carlos Mauricio Devia Cerquera, respecto a Rafael Antonio Atara Ortiz, y aunque si bien, es sabido que se encuentra legitimado para intervenir o incoar en el proceso de reparación directa, todo aquel que sea perjudicado directo con el hecho dañoso, al margen del ius sanguinis o parentesco, encuentra oportuno la Sala esbozar unos leves lineamientos sobre lo que con inusitada frecuencia en nuestra realidad social se denomina “hijo de crianza”. Condición que puede tener origen no del todo en el marco de la solemnidad de la adopción como institución jurídica, sino en la facticidad de las relaciones sociales propias de nuestra cultura (...)

(...) y es en el anterior entendimiento, que acreditado por cualquiera de los medios probatorios, la circunstancia o relación de especial afecto y protección que se adjetiva como “hijo de crianza”, lo que permite se infiera de allí el dolor moral padecido por aquél o por el pater familias.

A partir de este precedente el Consejo de Estado admite el vínculo de crianza como forma válida de familia, reconociéndole a cualquiera de sus integrantes legitimidad para reclamar resarcimiento de perjuicios por daños antijurídicos imputables al Estado, así lo reiteró en CE, 28 ene. 2009, rad. 18073; CE, ST 6may. 2009, rad. 2009-00197-01; CE, 7 abr. 2011, rad. 20733; CE, 19 nov. 2012, rad. 21285.

2.4. En el ámbito jurídico colombiano las relaciones de familia están determinadas por vínculos biológicos o jurídicos, así para efectos de establecer la filiación de una persona las presunciones consagradas por la ley tienen su fuente en el trato sexual entre los presuntos padres, no obstante, a pesar de que la mayoría de normas que regulan el tema de la filiación están encaminados a establecer el vínculo consanguíneo entre los presuntos padres y el presunto hijo, el ordenamiento legal de antaño, consagró una presunción de paternidad extramatrimonial, donde no se exigía como requisito para establecerla las relaciones carnales del demandado con la madre del demandante, determinando que hay lugar a declararla judicialmente, «cuando se acredita la posesión notoria del estado de hijo».

Es así como el numeral 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, previó la posesión notoria del estado de hijo como presunción de paternidad extramatrimonial, la cual cumple probarse conforme a lo dispuesto en los artículos 5º y 6 de la Ley 45 de 1936 y el 398 del Código Civil, modificado por el artículo 9º de la Ley 75 de 1968, figura que a pesar de su vetustez continua vigente, pues no fue modificada por las Leyes 29 de 1982, 721 de 2001 y 156 de 2012 (Código General del Proceso)

Doctrina y jurisprudencia han señalado que a efectos de caracterizar la posesión notoria debe acreditarse tres elementos, el trato, la fama y el tiempo, precisando que:

...la posesión notoria del estado de hijo opera como una presunción legal de paternidad - iuris tantum - , edificada sobre la base de la conciencia más o menos uniforme y generalizada que el presunto padre ha generado a la comunidad, cuando despliega, durante un lapso prolongado y relevante, aquellas acciones que usual y razonablemente resultan indicativas de la asunción de dicha calidad respecto del hijo y que, por lo mismo, originaron y suscitaron espontáneamente la mentada creencia a lo largo del ámbito social correspondiente, hasta convertirla en una situación tan nítida, palpable y obvia que se da por descontada como cierta por parte de los miembros de la colectividad.

(...)



...lejos de poderse reducir a mostrar la existencia de vagas creencias en un vecindario acerca de su real ocurrencia, tienen que traducirse en hechos concretos y susceptibles de ser sometidos a una razonable verificación en busca de la certidumbre y no de la mera probabilidad ... y a recabar, por el contrario, evidencia irrecusable acerca de actos que acrediten cumplidamente que el hijo, con ese carácter, y de manera visible para amigos o relacionados, mantuvo y, si fuere el caso, aún mantiene con el presunto padre vínculos constantes de la clase de los que describe el texto contenido en el artículo 6º de la ley 45 ... ”. (G.J. t, CCXXV, pag. 522; reiterada en SC) (SC, 3 oct. 2003, rad. 6861).

En desarrollo de dicha presunción, la Corte de antaño se estableció que si el presunto padre «por actos positivos acogió al hijo como suyo», no tenía sentido alguno demostrar la imposibilidad de haberlo engendrado o de oponer la *exceptio plurium constupratoru*, pues las manifestaciones inequívocas de acogimiento del hijo enervaban la posibilidad de proponer tales defensas, haciendo inexpugnable la presunción de la posesión notoria del estado de hijo (SC 14 sep. 1972 y SC 5 nov. 1978).

En el presente litigio se despeja lo contemplado por la alta Corte en el sentido de establecer probatoriamente el espectro que limita el hijo de crianza con las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.”

Cabe resaltar, que la hermana (ADRIANA CASTILLO ROBAYO) afirma que su padre **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO** (q.e.p.d.), mantuvo en vida la posición notoria de padre frente a la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO** su hermana, y que este le prodigo amor filial de padre durante 31 años, sentimientos de cariño y apego que se generó durante todo ese tiempo de vida compartida, tal y como se observa en las fotografías que reposan en el plenario.

En relación a idea anterior, afirma que se generaron lazos fuertes de amor, entre su padre **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO** (q.e.p.d.), y la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, este le prodigo amor de padre hacia ella su hija, siendo único y puro, inmedible e inalterable, como se puede apreciar, él y ella compartían la misma afición por un mismo equipo de futbol, tanto así que su plan favorito era ir a ver un partido de futbol, (circunstancia que se prueba con fotografía vistas en el expediente).

Que el afecto era mutuo, los dos se proporcionaban ayudas, se dedicaron tiempo, para escuchar, para respetar, las muestras de amor como besos, abrazos, palabras afectuosas, de su padre así ella fueron ineludibles, la ayuda de su padre fue siempre incondicional para que la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, realizara los estudios con el fin de concretar un mejor futuro y ella igualmente le ayudaba en el supermercado el “**CAYRO**”, ubicado en el barrio, los Muiscas de la ciudad de Tunja; realizando tareas como atender la caja, surtir de mercancías en los estantes, recibir y pagar pedidos de los proveedores y demás tareas necesarias, prueba de lo anterior, está en el testimonio de la señora **CLAUDIA CRISTANCHO**, y de la señora **LUZ MARINA GUTIERREZ MACIAS** y en la fotografía en donde se encuentra dentro del supermercado precitado, con el hijo de la demandante (foto que se anexa al presente escrito)

Que las relaciones sociales y de familia, eran solidas; el acompañamiento era mutuo, el entorno social, se manejaba como cualquier familia colombiana, prueba de lo anterior, se puede establecer en la foto que se acompaña al presente escrito; en donde se observa a la demandante, al señor



LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.), la señora YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO en el cumpleaños de la señora Anadelina (q.e.p.d.), madre del señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.), así como las fotografías que se anexan al escrito identificadas de la 1 hasta la 21 Que la ayuda entre el señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.), y la señora YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO, era mutua, que cuando el señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.) necesito apalancamiento del supermercado el “CAYRO” ubicado en el barrio, los muiscas de la ciudad de Tunja, la señora YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO fue codeudora del señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.), firmando un pagare a la orden de ALMACENES ÉXITO S.A. probando una vez más esos lazos de confianza y amor, documento que se anexa al presente escrito.

En la decisión adoptada, por el juez de instancia no se pronunció sobre el vínculo de las relaciones de hecho o de crianza, edificadas con solidaridad, amor y la protección, entre quien en vida se identificó como LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.), y la señora YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO, hermana de mi poderdante; la cual manifiesta inequívocamente que su interés en el presente litigio es la de defender el vínculo que sostuvieron el señor LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.), y la señora YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO, como padre y hermana, aspecto no reconocido en el presente fallo que se recure.

EL FALLO DESCONOCE LA JURISPRUDENCIA; EN ESPECIAL LA SENTENCIA STC1976-2019 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La sentencia STC1976-2019 de la Corte Suprema De Justicia, el honorable Magistrado ponente, ARIEL SALAZAR RAMIREZ, dentro del proceso con radico 25000-22-13-000-2018-00310-01, dispuso lo siguiente, “en relación al fallo del 25 de agosto de 2017 (...) aunque exista en ocasiones la prueba biológica o por ADN (ácido desoxirribonucleico), existen casos como el aquí estudiado en los que se {deben} potenciar los valores de paz familiar, seguridad jurídica, afecto filial y el rol o funcionalidad de la relación paterno filial, desvalorizando la realidad biológica y estableciendo unos esquemas de determinación de la filiación basados en la voluntad unilateral o en determinadas presunciones, y vedando la posibilidad de impugnación o investigación filial, por fuera de esquemas legales previstos.

En este orden de ideas cito un fragmento de la citada sentencia, en la cual acertadamente la corte evidencia la realidad de un Estado Social de Derecho, el cual observa y se adapta a las nuevas concepciones de familia, a las nuevas realidades, a las que la sociedad colombiana está evolucionando, permitiendo que se respeten “potenciar los valores de paz familiar, seguridad jurídica, afecto filial y el rol o funcionalidad de la relación paterno filial, desvalorizando la realidad biológica”(original STC1976-2019).

3. El ordenamiento superior nacional, en armonía con los tratados internacionales sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establece que se les debe garantizar “...la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. (...) [la protección] contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”

De allí nace la obligación para la familia, la sociedad y el Estado de “asistir y proteger a los niños, niñas y adolescentes” para “garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, así como el compromiso de los países signatarios de la Convención sobre los Derechos del Niño de asegurarles “la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar” (art. 3, núm. 2) en lo que atañe al tratamiento constitucional del bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el



articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

3.1. En el citado instrumento internacional se reconoció que la familia es el “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”, por lo que cualquiera sea su origen “debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”, pues el niño “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (se subraya)

El artículo 7° establece que los menores de edad tienen derecho a ser cuidados por sus padres, y el precepto siguiente impone a los Estados Partes la obligación de “respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (se subraya).

Ahora bien, el artículo 9° asigna a los países signatarios el deber de velar “porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...”.

Tal prerrogativa acompasa con la garantía superior de las niñas, niños y adolescentes de “tener una familia y no ser separados de ella”, reconocida por el artículo 44 de la Carta Política, que es desarrollada por el precepto 22 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) en los siguientes términos:

«Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.

(...) sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”. (subrayado propio)

Sobre la naturaleza y alcance de esta garantía esencial, prevalente y preferente de los menores, la Corte Constitucional sostuvo:

(...) No se trata apenas de una aspiración explicable e importante de los menores sino de un verdadero derecho suyo con rango de fundamental. La familia es el núcleo humano que acoge al niño desde su nacimiento, le prodiga cuidados y protección, le facilita la adecuada y oportuna evolución de sus caracteres físicos, morales y síquicos, estructura paulatinamente su personalidad, moldea y orienta sus más diversas inclinaciones y preferencias, forja su personalidad, al menos en las fases iniciales, y le ofrece permanente e integral amparo para sus derechos.

El niño debe encontrar, y normalmente encuentra en la familia, ambiente propicio para su desarrollo. Ella lo cobija y defiende, en los aspectos más elementales y necesarios -vestuario, comida, educación, formación social y religiosa-, y además proyecta y define los rasgos esenciales de su personalidad.

Para el niño, ser separado de su familia significa violencia, crisis, peligro, desestabilización, tragedia. Es su derecho el de permanecer en el seno de ella, como lo es también el de reclamar la presencia constante, o al menos regular, de sus padres, aun en situaciones de ruptura conyugal, no menos que la compañía de los hermanos. De donde resulta que la separación del entorno familiar afecta al menor en lo más profundo y delicado de su ser en desarrollo y puede causar, además de la desprotección física, gravísimos problemas psicológicos y emocionales y traumas de difícil solución posterior.



Desde luego, el concepto de familia no incluye tan sólo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía, incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquéllos integrantes, o cuando, por diversos problemas -entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos- resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico.

El Estado tiene la obligación de obrar en tales casos con la mira puesta en la mejor protección del niño. Pero, naturalmente, no bajo la perspectiva de una función ciega y predeterminada, independiente de las circunstancias, sino fundada en la realidad. Es decir, la intervención estatal sólo tiene cabida en cuanto se requiera su actividad y en búsqueda de mejores condiciones que las actuales; no para desmejorar la situación del menor, ni para someterla al albur de mundos desconocidos cuando el que lo rodea es adecuado a la finalidad perseguida. (CC, T-049-99, 1º feb. 1999, rad. T-182058; se subrayó para enfatizar)

3.2. La familia constituye un espacio privilegiado en el cual los niños, niñas y adolescentes construyen sus referentes de identidad personal y social, por lo que alterar o injerir indebidamente en la construcción de esa identidad, que incluye “las relaciones familiares, genera situaciones de sufrimiento y desarraigo que afectan su desarrollo psicológico y emocional.

El derecho a preservar la propia identidad guarda una estrecha relación con la prerrogativa que toda persona tiene al reconocimiento de su personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política, la cual está compuesta por ciertos atributos destinados a identificar a cada individuo, entre ellos el estado civil (T-023 de 2016).

A voces del artículo 1º del Decreto 1260 de 1970, el estado civil de una persona «...es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley.». Sus elementos son la individualidad, la edad, el sexo, el lugar de nacimiento y la filiación, los cuales pueden derivar de los hechos, los actos o las decisiones judiciales (C-109 de 1995, T-909 de 2000, T-721 de 2010, T-006 de 2011 y T-023 de 2016).

Por eso, tal como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Sala, «históricamente el legislador ha regulado el tema del estado civil y de la familia con precisión y cuidado sumos a fin de proteger la propia intimidad que rodea su constitución y de atender a las realidades que en punto de los hijos genera su entorno y su propio desarrollo. (...) siempre ha preferido el legislador aceptar los hechos por los cuales se producen situaciones jurídicas que surgen de la vivencia de las relaciones intrafamiliares, en lugar de dejar un determinado estado civil en entredicho o sujeto a una incertidumbre permanente, motivo por el cual ha impedido, en línea de principio, que cualquier persona llegue a cuestionar un estado civil que viene consolidado de atrás, ni que pueda intentarlo cuando se le ocurra y en todo tiempo, por muy altruista que parezca o pueda ser el motivo aducido para desvirtuar una situación familiar en cuya construcción afectivamente se han afirmado lazos sólidos y definitivos. (CSJ SC 2 jun. 2006, rad. No. 11001-31-10-010-2001-13082-01)

3.3. Debido a la trascendencia de la familia en el desarrollo armónico e integral de los menores, cualquier cambio que se pretenda imponer sobre su conformación y en la dinámica familiar debe obedecer a la protección de los derechos de los menores, y la actuación de las autoridades, sean administrativas o judiciales, no puede ser ajena a esta finalidad, de modo que sus decisiones siempre han de propender por lograr el bienestar de éstos, debiéndose evitar a toda costa, medidas que puedan ocasionarles una afectación física, espiritual o psíquica, o que reduzcan o eliminen las condiciones del entorno de protección en el que se encuentren.



Lo anterior es un desarrollo de dos principios que inspiran todo el marco regulatorio de la salvaguarda de las niñas, niños y adolescentes en los planos nacional e internacional: i) El interés superior de éstos y ii) La prevalencia de sus derechos.

El artículo 8° de la Ley 1098 de 2006 define el primero como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

En tanto el artículo 9° preceptúa que “En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona...” (subrayado y negrilla para destacar).

Por mandato del artículo 5° de la obra normativa citada, los anteriores principios, al igual que las normas y reglas allí contenidas en relación con los menores de 18 años “se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes”.

En palabras de la Corte Constitucional, el “interés superior del menor de edad consiste en “el reconocimiento de la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad” (T-768-13; se subrayó).

La determinación de dicho interés debe realizarse atendiendo las circunstancias de cada caso, pues no existen fórmulas maestras que sean capaces de resolver toda especie de conflicto; la especificidad de cada situación y de las distintas garantías constitucionales y legales que se encuentran involucradas no sólo del menor, sino también de otras personas como progenitores, padres y cuidadores, reclama que se adopte una solución única frente a cada asunto concreto.

Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, el interés superior «no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal» (CC, T-510 de 2003 y T-397 de 2004; negrilla para resaltar).

La consideración de las circunstancias específicas, sin embargo, «no excluye la existencia de criterios generales que pueden guiar a los operadores jurídicos al momento de determinar cuál es el interés superior de un menor y cómo materializar el carácter prevaleciente de sus derechos fundamentales en casos particulares. La aplicación de tales lineamientos, proporcionados por el ordenamiento jurídico, se debe combinar con la consideración cuidadosa de las especificidades fácticas que rodean a cada menor en particular, para efectos de llegar a una solución respetuosa de su interés superior y prevaleciente» (ibídem).

En los citados pronunciamientos, se hizo énfasis en que las autoridades encargadas de fijar el contenido del interés superior de los niños en controversias concretas, como por ejemplo los jueces, «tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección, deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones...» (subrayado propio).



Por ello, en aras de materializar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en cada conflicto, la jurisprudencia ha señalado algunos criterios jurídicos orientadores, tales como: (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; y (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado.

En relación con el penúltimo, la sentencia T-393 de 2004 precisó que «en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza; “sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados”.

Y respecto de la última de las pautas generales señaladas, indicó: «(...) En todo caso, es necesario que las autoridades o los particulares encargados de adoptar una decisión respecto del bienestar del niño implicado se abstengan de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión...» (se subrayó).

4. En el asunto puesto a consideración de la Sala, la solicitante del amparo estima transgredidos sus derechos fundamentales porque el juez accionado le ha ordenado practicarse una prueba de ADN con la cual el demandante pretende demostrar su paternidad biológica, ignorando su derecho de pertenecer a la única familia que ha conocido durante sus quince años de vida, en la cual está incluido el hombre a quien ella considera su padre.

De acuerdo con las manifestaciones de la menor M.J.V.T., entre ella y el hombre le dio su apellido, se construyó durante varios años una relación de paterno-filial, en la que éste le ha prodigado cariño, protección y una adecuada crianza, tal como un padre lo hace con sus hijos, amén de proveer su educación, alimentación y sostenimiento, y velar por su bienestar emocional y físico.

Desde el recurso de reposición que los padres de la adolescente presentaron contra el auto admisorio de la demanda, se puso de presente al juzgador que por tratarse de un «...tema tan delicado que puede llegar a afectar profunda y gravemente la integridad sicológica, social y personal de la niña MJVT», es imperioso que «...a la actuación se le imponga la atención, reserva y cuidado extremos y necesarios para evitar lastimar o afectarla, máxime que goza de especial protección constitucional y que por más de 15 años ha tenido una familia, entorno social y cultural propicios, es decir, la estabilidad sicológica armoniosa y edificante que garantiza la Carta Política y que merece protección y respeto, entorno que no puede verse resquebrajado catastróficamente por intentos harto extemporáneos y acompañados de no se sabe qué fin, a estas alturas malsanos, de terceros». Y al contestar la demanda, muchas de las excepciones de mérito se encaminaron a evitar la práctica de la prueba de ADN, por considerarla una invasión ilegítima al fuero interno de la adolescente, quien ha expresado su rechazo, no solo hacia el proceso, sino también hacia el examen genético decretado.

Por último, en escrito posterior, se insistió en que «...en pro de los derechos prevalentes de la menor MJVT, se le escuche en esta actuación y antes de la práctica del examen de ADN decretado, dado que conforme lo expresan mis poderdantes es su voluntad hacerlo, esto con intervención del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación, trabajadora social del Despacho y la Defensoría de Familia asignada si [es] el caso».



Sin reparar en ello, el juez del conocimiento de la causa impugnatoria, luego de decretar la práctica de la probanza, ha sido insistente al punto de la obstinación en la realización de tal examen, a pesar de que en varias oportunidades se le ha solicitado no someter a la menor a la verificación sanguínea del vínculo filial alegado en la demanda, dados los efectos psicológicos y sufrimiento que la pretensión del demandante le está causando ante la posibilidad de ser separada de su núcleo familiar, pedimentos frente a los cuales se limitó a señalar que «...la mera enunciación de la voluntad de la menor, no varía la orden judicial emanada de la misma Ley en desarrollo de sus derechos fundamentales...»

Se adiciona su falta de interés en que se determine un eventual parentesco con el impugnante, de quien sostuvo que nunca le dio nada y apareció casi 16 años después de su nacimiento para desbaratar su vida y su familia.

5. El derecho a la filiación se encuentra articulado con valores constitucionales como la dignidad humana y la autonomía de la persona, los cuales confluyen en el derecho al libre desarrollo de la personalidad; por eso no se le concibe como un elemento puramente formal, sino que necesariamente debe tener como sustrato la realidad de las relaciones humanas «a fin de que se respete la igual dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad» (CC, C-109, 15 Mar. 1995, Rad. D-680).

Lo anterior supone la «correspondencia, a partir de bases razonables, entre la identidad que se estructura a partir de las reglas jurídicas y la identidad que surge de la propia dinámica de las relaciones sociales», por cuanto «una regulación legal que imponga de manera desproporcionada a una persona una serie de identidades jurídicas -como la filiación legal- diversas de su identidad en la sociedad constituye un obstáculo inconstitucional al libre desarrollo de la personalidad» (ibídem).

5.1. La dinámica de las relaciones humanas y las nuevas configuraciones ocurridas en la célula básica de la sociedad -la familia- determinan el ejercicio de una maternidad y de una paternidad que trascienden el nexo simplemente biológico. La afectividad está llamada a cumplir un rol fundamental en las interacciones familiares e incluso puede fundar o dar lugar a una relación de parentesco.

Se ha llegado a considerar que “fruto de la maleabilidad social en relación con el sistema familiar, que se inicia en la segunda mitad del siglo XX”, “[e]l afecto pasa a ser el paradigma de la parentalidad”

Con fundamento en la investigación de los aspectos psicológicos de la relación padres – hijos, los psicoanalistas Anna Freud y Albert Solnit junto con el profesor de derecho de la Universidad de Yale Joseph Goldstein, plantearon el concepto de «paternidad (o maternidad) psicológica» psychological parenthood), que se basa en la idea de que un niño puede entablar una relación estrecha con un adulto que no sea su padre o madre biológico, el cual se va convirtiendo en su padre psicológico a través de la convivencia diaria y el compartir experiencias juntos, en tanto una figura paterna o materna ausente e inactiva no satisface las necesidades y expectativas del menor frente a la progenitura.

La paternidad psicológica plantea la relación parental con alguien a quien se le considera hijo, exista o no un lazo de sangre. Los autores afirman que debe otorgarse importancia a “los vínculos de paternidad psicológica que el niño ha establecido. Para ellos, una relación de proximidad es crucial para el desarrollo del niño. Llegaron a preguntarse si se debe evaluar, en ese sentido, la calidad de la relación entre el niño y el adulto cuando está en juego la separación judicial del niño del padre psicológico, algo que puede ser extremadamente doloroso y penoso para el niño”



Al interior de muchas familias, la paternidad biológica es sustituida por una progenitura edificada en el afecto, fenómeno sociológico al que algunos denominan “paternidad socioafectiva”, el cual describe al “tratamiento dado a una persona en calidad de hijo, sustentada en el sentimiento de cariño y amor, con independencia de la imposición legal o vínculo sanguíneo” –

Este tipo de paternidad es merecedor de la misma protección constitucional y legal reconocida a la surgida del acto de la concepción, porque en esta forma de progenitura, la socioafectividad juega el destacado papel de ser el elemento esencial y necesario que debe existir en todas las relaciones familiares, basado en los lazos emocionales que se entretienen y reafirman durante la convivencia continua, los cuales generan un trato particular y recíproco que favorece las condiciones para dar a los niños, niñas y adolescentes lo que necesitan para su desarrollo armonioso e integral.

Son indudables las implicaciones de la figura paterna en el desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes; «la forma de “paternar del padre influye de manera notable en la evolución psicológica, física, sexual, moral, cognoscitiva y en el ser social de los hijos desde la gestación», de modo que «la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo, y aún más cuando ha decidido asumir su papel en forma consciente y responsable, garantizando al hijo el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y especialmente el derecho al cuidado y amor para su desarrollo armónico e integral» (CC, C-273-03 y T-808-06).

5.2. Esta Sala, en múltiples pronunciamientos, ha destacado que en algunos casos debe prevalecer la afectividad como generador del vínculo filial, permitiendo al hijo conservar su estado civil a pesar de la inexistencia de parentesco consanguíneo con quien pasaba como su padre.

Adicionalmente, ha admitido la existencia de familias surgidas de lazos afectivos, dignas de reconocimiento y amparo por parte del ordenamiento jurídico.

5.2.1. En sentencia de 2 de junio de 2006, se indicó que el juez debe «resolver sobre la tensión que se presenta por el establecimiento de hechos que conforme a los métodos científicos permiten observar una certeza probable sobre la paternidad, frente a la realidad social que también hace posible ver de otro modo ese aspecto entre quienes componen un grupo familiar, la que puede ser divergente a pesar de los resultados aproximados a la verdad que ofrece la ciencia; de allí que hoy por hoy todavía no pueda considerarse, sin más, que las pruebas científicas alcanzan para derribar las barreras que en el plano jurídico han sido implantadas para preservar esa compleja situación emergente de la realidad de la vida familiar...» (rad. No. 11001-31-10-010-2001-13082-01).

5.2.2. Mediante pronunciamiento de 23 de octubre de 2015, sostuvo que el núcleo básico de la sociedad «puede conformarse por lazos naturales o jurídicos, producto del amor, el respeto, la convivencia y la solidaridad entre sus integrantes, quienes deciden construir una unidad de vida y desarrollar unas relaciones personales recíprocas para el crecimiento y bienestar de sus miembros». (...) «El grupo familiar está compuesto no solo por padres, hijos, hermanos, abuelos y parientes cercanos, sino que incluye también a personas entre quienes no existen lazos de consanguinidad, pero pueden haber relaciones de apoyo y afecto incluso más fuertes».

Hizo referencia a la familia de crianza como aquella en la que priman «vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia», desarrollados durante un período de tiempo suficiente para el surgimiento de sentimientos filiales (CSJ, STC14680-2015, 23 oct., rad. 2015-00361-02; se subrayó).

5.2.3. En el fallo sustitutivo proferido el 25 de agosto de 2017, reafirmó que «aún siendo la relación sexual entre los padres la principal fuente de la filiación, no puede considerarse como la única, ya que el consentimiento o la voluntad también pueden llevar a una relación filial que no puede desconocerse». Añadió que «(...) aunque exista en ocasiones la prueba biológica o por ADN (ácido



desoxirribunucleico), existen casos como el aquí estudiado en los que se {deben} potenciar los valores de paz familiar, seguridad jurídica, afecto filial y el rol o funcionalidad de la relación paterno filial, desvalorizando la realidad biológica y estableciendo unos esquemas de determinación de la filiación basados en la voluntad unilateral o en determinadas presunciones, y vedando la posibilidad de impugnación o investigación filial, por fuera de esquemas legales previstos.

(...) debe estudiarse cada caso en particular para verificar si prevalecen los afectos y el trato social, así como el consentimiento del padre sobre lo puramente biológico para que, aun conociendo la veracidad de la prueba científica, se dé prioridad a los afectos y se permita al hijo accionado mantener el statu quo civil en la forma en que lo ha sustentado durante toda su vida, impidiendo que razones ajenas a intereses puramente familiares permitan despojarlo de una filiación que ha detentado con la aquiescencia de aquel que la ha tratado siempre como su padre. Son casos en que una certeza jurídica o social debe primar sobre la verdad biológica (CSJ, SC12907-2017, 25 Ago., Rad. 2011-00216-01, negrilla y subrayado para resaltar).

5.2.3. En sentencia de 19 de octubre de 2017, enfatizó en que «la ruptura de los lazos afectivos creados durante años de convivencia familiar» entre un menor y quien de forma voluntaria reconoció la paternidad respecto suyo, se ocupó de su crianza y lo integró a su familia, genera en el primero «una afectación psicológica» como consecuencia de verse «truncados súbitamente» dichos lazos. Concluyó que si el ascendiente «a modo de retracto, decide no sólo romper el vínculo afectivo que voluntariamente auspició sino rechazar la filiación de quien una vez acogió en su seno, cual mercancía que, dependiendo del estado de ánimo, puede ser desechada», está en la obligación de reparar el daño psicológico que con ese proceder ocasiona (CSJ STC16969-2017, 19 Oct., Rad. 2017-02463-01).

5.2.4. En pronunciamiento de 9 de mayo de 2018, señaló que era necesario ir más allá de las concepciones tradicionales, entendiendo que el grupo familiar «no solo se constituye por el vínculo biológico o jurídico, sino también a partir de las relaciones de hecho o crianza, edificadas en la solidaridad, el amor, la protección, el respeto, en fin, en cada una de las manifestaciones inequívocas del significado ontológico de una familia» y reconoció la necesidad de brindar protección a la nacida de la afectividad (CSJ, STC6009-2018, 9 May. 2018, Rad. 2018-00071-01).

5.2.5. En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional al recalcar que en el marco del Estado Constitucional de Derecho «la protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias» (CC, T-606-13, 2 Sep. 2013, Rad. T-3873716; subrayado propio).

Y en el pronunciamiento T-207-17, señaló: «(...) la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que se vulnera la unidad familiar y el desarrollo armónico de los menores de edad, cuando se desconocen las relaciones que surgen entre padres e hijos, protegiendo así distintos tipos de familia, lo anterior, como una proyección de igualdad dentro del núcleo familiar» (CC, 4 Abr. 2017, rad. T-5.849.749).

La misma posición ha sido expuesta por el Consejo de Estado, Corporación que, en sentencia proferida el 11 de julio de 2013, reiteró su precedente jurisprudencial en torno a que «la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus



miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales» (CE, 11 Jul. 2013, Rad. 31252; se subrayó).

6. El juzgador accionado no tomó en consideración que la accionante tiene un núcleo familiar que solventa sus necesidades espirituales, intelectuales y materiales, en el cual ha construido una estrecha relación afectiva con el hombre que la reconoció como hija y siempre le ha dado el trato de tal, vínculo que debe ser protegido.

El Estado, a través de sus agentes debe promover que los niños, niñas y adolescentes crezcan y se desarrollen física y psicológicamente en el seno de una familia; por lo que si el menor cuenta con un núcleo familiar que lo protege, asiste, educa, le da afecto y le brinda el sostén necesario para su formación y desempeño en sociedad, a las autoridades públicas no les está permitido irrumpir en la tranquilidad de aquel grupo, ni descomponerlo o fracturar su unidad. Tampoco pueden ignorar los vínculos emocionales que con el paso de los años se han formado entre sus miembros.

Quebrar abruptamente la identidad parental que ha formado un menor y que viene desde la primera infancia, en la cual se produce la identificación de las figuras materna y paterna, conlleva necesariamente daños a nivel de la psiquis y de la emocionalidad de un individuo que se encuentra en pleno proceso de formación y de estructuración de su personalidad.

6.1. Es inadmisibile que se quiera poner en riesgo el derecho de la tutelante a pertenecer a un núcleo familiar y no ser separada de aquél. Se trata de un comportamiento a todas luces reprochable, máxime porque proviene de un funcionario judicial, el cual tiene altos deberes constitucionales y legales frente a la preservación del bienestar integral de la menor.

Precisamente, a fin de determinar, en el caso, el modo en que se satisfacía de mejor manera el interés superior de la adolescente, el deber del accionado era analizar la situación de ésta en el contexto real de su relación con sus padres en el entorno familiar, y con el demandante, quien pretende hacer valer su reclamo de progenitura.

Además, debió tomar en consideración las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de la accionante, pues resulta evidente que ella no tiene ningún interés en saber si quien impugna la paternidad fue el que la procreó, más al reparar en que, según su dicho, desde antes de su nacimiento era conocedor de ese hecho, pero no intentó acercársele y establecer una relación con ella, ni le procuró ninguna atención o cuidado hasta ahora, cuando han pasado más de quince años, en los que forjó un arraigo en la familia conformada por su madre y el único hombre que respecto suyo se comporta como un padre.

6.2. Es de notar que ninguna de las manifestaciones de la parte demandada en relación con la necesidad de escuchar la opinión de la menor fue atendida. A ese respecto, no debe olvidarse que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que su opinión sea tenida en cuenta para efectos de adoptar decisiones que alteren su vida de algún modo y así lo ha reconocido la Corte Constitucional en providencias que esta Sala acoge:

«...Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) 'no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones'; ii) 'el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto'; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) 'la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias'; v) 'la capacidad del niño [...]



debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso', y vi) 'los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica', por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de 'la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente'...

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión

La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el derecho de los niños y niñas a ser escuchados en el marco de cualquier acción judicial o administrativa. Sobre este asunto, la sentencia T-844 de 2011, reiterada en la sentencia T-276 de 2012 indicó:

“Siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité sobre los Derechos del Niño acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante señalar que la opinión del menor de dieciocho años debe siempre tenerse en cuenta en donde la razonabilidad o no de su dicho, dependerá de la madurez con que exprese sus juicios acerca de los hechos que los afectan, razón por la que en cada caso se impone su análisis independientemente de la edad del niño, niña o adolescente.

“Se ha indicado que la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su ‘madurez’ debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo”. (C.C. T-955 de 2013; se subrayó)

Se ha reconocido también que, en ciertos casos, los “menores adultos” cuentan con capacidad jurídica para autodeterminarse, por lo que si sus decisiones no afectan a terceros, el Estado no puede invadir su fuero interno ni su intimidad:

«A partir de la jurisprudencia constitucional, se desprenden las siguientes conclusiones: 1) La institución de la capacidad jurídica busca permitir el desarrollo de las personas en el marco de las relaciones que surgen de la sociedad. Es también un instrumento de protección de sujetos que, por varias razones, como la edad, no están en condición de asumir determinadas obligaciones. 2) En términos generales, la regla es la de presumir la incapacidad del menor de edad. La ley civil reconoce la diferencia entre niños, impúberes y menores adultos estableciendo que las dos primeras categorías carecen de capacidad legal. De otra parte, reconoce capacidad relativa a los menores adultos. 3) La capacidad se encuentra estrechamente relacionada con el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aunque cada caso debe ser evaluado individualmente, los extremos de la ecuación son los siguientes: (i) A menor edad y mayor implicación de la decisión en relación con el goce efectivo de los derechos fundamentales, se presume la incapacidad total o relativa del menor, por lo cual mayor será la intensidad de las medidas de protección restrictivas de sus libertades. Por ejemplo, en temas relativos a la salud del niño que impliquen un riesgo para su vida o integridad, se hace más riguroso el examen de la capacidad del menor para decidir sobre tratamientos o intervenciones médicas, ampliando el alcance de la representación de sus padres o



representantes legales. (ii) Por el contrario, cuando se trata de menores adultos o púberes, se hace necesario armonizar el goce efectivo de sus derechos y el respeto por su libertad de autodeterminación. No pueden prohibirse los comportamientos de los jóvenes respecto de su autocuidado, como el tabaquismo o del trabajo infantil de los mayores de 14 años, o de la apariencia personal, porque en estos casos el Estado no puede intervenir en la esfera privada de las personas, a menos de que la conducta afecte a terceros. En estos eventos, se prefieren las medidas que de modo indirecto busquen desincentivar determinada conducta sin imponer de manera coactiva un modelo ideal, especialmente cuando el menor es consciente de los efectos que su comportamiento implica para su vida. (...). (C.C., C-131 de 2014)

La joven M.J.V.T., quien tiene una edad suficiente para darse a entender, expresar y exigir el respeto de sus prerrogativas (15 años y 9 meses), es decir, se trata de una menor adulta, ha sido clara y contundente al señalar que con la práctica de la prueba científica que se le exige realizar, siente amenazados sus derechos a conservar su familia, su nombre, identidad y personalidad jurídica, razones más que valederas, con las cuales busca impedir la invasión a su fuero interno, la intimidad familiar y la suya.

El juzgador optó por dar aplicación a los preceptos legales que imponen la práctica de la prueba de ADN en esta especie de juicios, sin reparar en que el artículo 5º de la Ley 1098 de 2006 consagra la preferencia de los principios contenidos en esa normativa como el del “interés superior del menor” sobre otras disposiciones jurídicas.

En acatamiento de este postulado, debía abstenerse de adoptar cualquier medida que le ocasionara a la adolescente una afectación psicológica o espiritual, como la que le produce la exigencia del examen genético al sentir amenazado y resquebrajado el entorno de protección en el que se encuentra, suministrado por su familia.

No podía obviarse el criterio general expuesto por la jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de evitar cambios desfavorables en la situación de M.J.V.T., menospreciando el impacto negativo de la práctica de la prueba científica y del adelantamiento del proceso en la construcción de su identidad basada en las relaciones familiares preexistentes.

6.3. La Corte no avizora ninguna razón que consulte los intereses y derechos de la joven que justifiquen la injerencia del Estado en su intimidad, autodeterminación, identidad, personalidad jurídica y familia; por el contrario, el accionado desatendió que el conocimiento del verdadero origen biológico, es un derecho fundamental que puede ser ejercido libremente por el hijo y que no constituye una obligación para él, de modo que si no es su deseo establecer con certeza la existencia o inexistencia de una relación biológica con quien afirma ser su progenitor, la Administración de Justicia no puede obligarlo.

Según lo estatuido por el artículo 116 del Decreto 1260 de 1970 “No se podrá exigir prueba de la filiación de una persona sino en los casos en que sea indispensable la demostración del parentesco, para fines personales o patrimoniales, en proceso o fuera de él.

La exigencia de dicha prueba en casos o con propósitos diferentes será considerada como atentado contra el derecho a la intimidad y sancionada como contravención, en los términos de los artículos 53 a 56 del Decreto Ley 118 de 1970”.

Si la accionante se encuentra integrada a una familia, en la cual encuentra el apoyo necesario para desarrollar a plenitud sus prerrogativas superiores, aun si ésta no se halla compuesta por los dos progenitores biológicos, sino por uno de ellos y su padre afectivo, es la solidificación de los vínculos emocionales allí compartidos, la que genera la consolidación del estado civil que le figura en su registro de nacimiento, y de allí deriva su derecho de no aceptar la paternidad del demandante y de permanecer en el seno de su grupo familiar, el cual debe recibir la protección del Estado como



institución base de la sociedad, a fin de que pueda asumir plenamente sus responsabilidades, **siendo improcedente cualquier injerencia que la perturbe.**

6.4. Este es un caso en el que la seguridad jurídica del estado civil consolidado entre la tutelante y sus padres debe prevalecer sobre la verdad biológica, por lo que en la pugna surgida entre los derechos fundamentales del impugnante de la paternidad y la menor de edad, es inobjetable que de acuerdo con las premisas que en esta providencia se han dejado consignadas, y a partir del mandato contenido en los artículos 44 de la Carta Magna y el artículo 9º de la Ley 1098 de 200, al no ser posible la armonización de tales prerrogativas, el criterio constitucional que impone aplicarse es la prevalencia de los derechos de la segunda.

Ello supone, como lo ha dispuesto esta Corte en otros casos, reconocer el derecho de la promotora del amparo de conservar el statu quo de su estado civil en la forma en que lo ha sustentado durante sus casi 16 años de vida.

6.5. En la demanda de filiación, el actor no indicó cuál es su interés en el juicio y aunque es de presumir que su intención es loable, también debe suponerse que está en capacidad de comprender que sus derechos no están por encima de los de adolescente, y que existen vías no coercitivas y diferentes a la modificación del estado civil, que podrían llevarlo a generar un mejor ambiente para intentar entablar una relación filial con ella, velando siempre por su interés superior.

7. De lo expuesto queda claro que tanto la interpretación como la aplicación de los artículos 1º de la Ley 721 de 2001 y 386 del estatuto procesal general realizada por el accionado, resulta violatoria, en este asunto concreto, de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Política a la menor involucrada en el litigio, tornándose procedente la tutela en cuanto se infringió directamente el ordenamiento superior.

A efectos de proteger las garantías fundamentales de M.J.V.T. a tener una familia y no ser separado de ella, a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación, a la intimidad, a la libertad de expresión y a que su opinión sea tenida en cuenta en los asuntos que son de su interés, la Sala revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, concederá el amparo en el sentido de ordenar al juez accionado que disponga el archivo inmediato de las diligencias adelantadas con fundamento en el juicio de impugnación e investigación de paternidad promovido por Javier Giovanny Capera Quintana contra L.G.T.Y. y otros, dada la ausencia de consentimiento de la menor para establecer si existe o no el parentesco que se alega, y en atención a que su estado civil se halla consolidado.

Ahora, si bien es cierto la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, que su hermana señora **ADRIANA CASTILLO ROBAYO**, no es una menor de edad, y el fallo se justifica en una persona que si lo es, no desmerita que las circunstancias que soportan la decisión de la Alta Corte, en ese caso se encuentren en consonancia con lo aquí expuesto, por razones garantistas de los derechos de hijos de crianza.

La señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, tiene el derecho de tener como padre al señor **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO** (q.e.p.d.), por cuanto él mantuvo su posición de padre durante toda la vida hasta el día del fallecimiento, como se probó en el álbum fotográfico que se acompañó al escrito de contestación de la demanda y que el juez de instancia no valoró.

En este mismo orden de ideas, es devastador para La señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, que después de tantos años de crianza y formación psicología (figura paterna) generada por su padre, el juez de instancia inobserve este vínculo quitando el apellido que orgullosamente porto durante todos estos años, ante ella misma y ante la sociedad que la ve



como hija del señor **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO** (q.e.p.d.), aspecto que se prueba solo escuchando los testimonios de las personas que fueron solicitadas en la contestación de la demanda y que el juez no decreto (**ADRIANA CASTILLO ROBAYO, LUZ MARINA GUTIERREZ DE SOSA, LUIS FERNANDO DELGADO RAMÍREZ, CLAUDIA GEOVANNA MALAVER SÁNCHEZ, MARIA VICTORIA CASTILLO, MAHIRA ALEJANDRA CASTILLO CASTILLO, ROSA ELIANA MEJÍA NARANJO, CLAUDIA PATRICIA CRISTANCHO CELIS**).

De igual forma y como se expresó en la inobservada contestación en el presente litigio se despeja lo contemplado por la alta Corte en el sentido de establecer probatoriamente el espectro que limita el hijo de crianza con las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.”

Su hermana afirma que su padre **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO** (q.e.p.d.), mantuvo en vida la posición notoria de padre frente a la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO** una de sus hermanas, durante 31 años, como se observa en el álbum fotográfico obrante en el expediente, prueba está que fue solicitada y no decretada como prueba.

Asevera que se generaron lazos fuertes de amor, entre su padre **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO** (q.e.p.d.), y la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, se prodigaban amor mutuo, lo que generó una vida armónica, que les permitieron acompañarse, tanto en pequeños y grandes momentos de sus vidas, como prueba de esto se puede observar como compartían la misma afición por un deporte en especial el futbol, y por un mismo equipo, tanto así que su plan favorito era ir a ver un partido de futbol, con el mismo amor, con el que le enseñó a dar sus primeros pasos de vida.

Que el afecto era mutuo, sin lugar a dudas, los dos se proporcionaban ayudas, su padre ayudaba en lo que podía para que la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, realizara los estudios con el fin de concretar un mejor futuro y ella ayudaba en el supermercado el “**CAYRO**”, ubicado en el barrio, los Muiscas de la ciudad de Tunja; realizando tareas como atender la caja, surtir de mercancías en los estantes, recibir y pagar pedidos de los proveedores y demás tareas necesarias, prueba de lo anterior, está en el testimonio de la señora **CLAUDIA CRISTANCHO**, y de la señora **LUZ MARINA GUTIERREZ MACIAS**, testimonios solicitados y no decretados como prueba y en la fotografía en donde se encuentra dentro del supermercado precitado, con el hijo de la demandante aspecto que no fue valorado por el juez de instancia.

Que las relaciones sociales y de familia, eran solidas; el acompañamiento era mutuo, el entorno social, se manejaba como cualquier familia colombiana, prueba de lo anterior, se puede establecer en álbum fotográfico obrante en el expediente, solicitada y no decretada como prueba; en donde se observa a la demandante, al señor **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO** (q.e.p.d.), la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO** en el cumpleaños de la señora **ANADELINA** (q.e.p.d.), madre del señor **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO** (q.e.p.d.), así como las fotografías identificadas de la 1 hasta la 21 del álbum fotográfico obrante en el expediente, solicitadas y no decretada como prueba.

Que la ayuda entre el señor **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO** (q.e.p.d.), y la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, era mutua, que cuando el señor **LUIS ANTONIO**



CASTILLO ROBAYO (q.e.p.d.) necesito apalancamiento del supermercado el “CAYRO” ubicado en el barrio, los muiscas de la ciudad de Tunja, la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO** fue codeudora del señor **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO** (q.e.p.d.), firmando un pagare a la orden de **ALMACENES ÉXITO S.A.** probando una vez más esos lazos de confianza y amor, documento que se anexo se solicitó como prueba y no se decretó ni valoro por el juez de instancia.

Como se ha expuesto hasta ahora, el juez de instancia no puede sujetarse a la aplicación taxativa de un artículo que no refleja la realidad, por cuanto atentaría contra la seguridad jurídica, toda vez que, en el juez de instancia recae la observación de las nuevas realidades, con el fin de que sus decisiones sean justas y proporcionales a los aspectos probados, de igual manera el fallador al no decretar las pruebas no pudo obtener certeza de esos lazos de solidaridad, afecto y apoyo que se crearon entre **LUIS ANTONIO CASTILLO ROBAYO** (q.e.p.d.), y la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, y que ahora se desconocen con el fallo.

EL FALLO DESCONOCE LA JURISPRUDENCIA; EN ESPECIAL SENTENCIA C-836/01 CORTE CONSTITUCIONAL

La sentencia C-836/01 de la Corte Constitucional, el honorable Magistrado ponente, **RODRIGO ESCOBAR GIL**, dispuso que la función del Estado social de derecho además de creador de principios jurídicos permita que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales, aspecto que debe ser aplicado al presente caso, como quiera que los avances que la Cortes Suprema de Justicia ha tenido en relación a los hijos de crianza y a la nueva concepción de familia, deban ser aplicados en el presente caso y no desconocidos por el juez de instancias sin justificación alguna, para demostrar lo anterior me permito citar algún fragmento de la sentencia así:

4. La forma como resulta obligatoria la doctrina judicial dictada por la Corte Suprema de Justicia

4.1 ¿Cuándo resultan obligatorios para los jueces y para la Corte Suprema de Justicia las decisiones de ésta como tribunal de casación?

14. La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución. La Corte ha avalado desde sus comienzos esta interpretación constitucional del concepto de “imperio de la ley” contenido en el art. 230 constitucional. Al respecto, en la Sentencia C-486/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo:

“Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la “ley” captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones “Marco Jurídico” (Preámbulo) y “orden jurídico”(Cart. 16).”



Por supuesto, esta no fue la intención del constituyente, quien, por el contrario, estableció explícitamente la prevalencia de la Constitución sobre las demás normas jurídicas (art. 4º), permitiendo así la aplicación judicial directa de sus contenidos. Sin embargo, esta jerarquía normativa no requiere ser explícita –como cláusula positiva– para que la comunidad jurídica la reconozca, ni supone como única consecuencia la aplicación directa de las normas constitucionales por parte de los jueces y de los demás operadores jurídicos. Implica, además, que la ley misma, la ley en sentido formal, dictada por el legislador, debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución. En esa medida, la Carta cumple una función integradora del ordenamiento, que se desarrolla primordialmente dentro de la actividad judicial, y en la cual los más altos tribunales de las diversas jurisdicciones tienen una importante responsabilidad.^[19]

15. Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, contruidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho. Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no sólo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial, pues, como quedó sentado en la Sentencia C-252/01 antes citada, esto constituye una garantía general para el ejercicio de los derechos de las personas y una garantía específica de la confianza legítima en la administración de justicia.

16. La sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta, y caracteriza su función dentro del Estado social de derecho como creador de principios jurídicos que permitan que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales. Esta doble finalidad constitucional de la actividad judicial determina cuándo puede el juez apartarse de la jurisprudencia del máximo órgano de la respectiva jurisdicción. A su vez, la obligación de fundamentar expresamente sus decisiones a partir de la jurisprudencia determina la forma como los jueces deben manifestar la decisión de apartarse de las decisiones de la Corte Suprema como juez de casación.

17. En principio, un cambio en la legislación motivaría un cambio de jurisprudencia, pues de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (artículo 113) y vulneraría el principio democrático de soberanía popular (artículos 1º y 3º).

18. Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la



jurisprudencia. Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.

19. Es posible, de otro lado, que no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto, compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. De la misma forma, ante la imprecisión de los fundamentos, pueden los jueces interpretar el sentido que se le debe dar a la doctrina judicial de la Corte Suprema.

20. Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la **autoridad** otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una **continua confrontación y adecuación a la realidad social** y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “plus” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.

21. La expresión “erróneas” que predica la norma demandada de las decisiones de la Corte Suprema puede entenderse de tres maneras diferentes, y cada interpretación da lugar a cambios jurisprudenciales por razones distintas. En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responde adecuadamente al cambio social posterior. Como se analizó de manera general en el numeral 18 supra, este tipo de error sobreviniente justifica que la Corte cambie su propia jurisprudencia. En segundo lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión. En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.

Esta Corporación se ha pronunciado sobre las anteriores dos posibilidades de variar la jurisprudencia, en los siguientes términos:

“44- El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico, sino que, además, podría provocar inaceptables



injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-.” **SU-047/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)**

Debe entenderse entonces que el error judicial al que hace referencia la norma demandada justifica el cambio de jurisprudencia en los términos expresados, pero no constituye una facultad del juez para desechar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sin un fundamento explícito suficiente.

4.2. ¿Cómo resultan vinculantes las decisiones judiciales?

22. Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados obiter dicta o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho.^[20] Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los obiter dicta, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución. Por supuesto, la definición general de dichos elementos no es unívoca, y la distinción entre unos y otros en cada caso no resulta siempre clara. Sin embargo, la identificación, interpretación y formulación de los fundamentos jurídicos inescindibles de una decisión, son labores de interpretación que corresponden a los jueces, y principalmente a las altas Cortes. La *ratio decidendi* de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto.

23. Con todo, los obiter dicta o dichos de paso, no necesariamente deben ser descartados como materiales irrelevantes en la interpretación del derecho. En efecto, en muchos casos permiten interpretar cuestiones jurídicas importantes en casos posteriores que tengan situaciones de hecho distintas, aunque no necesariamente deban ser seguidos en posteriores decisiones. Así, puede ocurrir que carezcan completamente de relevancia jurídica, que contengan elementos importantes pero no suficientes ni necesarios para sustentar la respectiva decisión, que sirvan para resolver aspectos tangenciales que se plantean en la sentencia, pero que no se relacionan directamente con la decisión adoptada, o que pongan de presente aspectos que serán esenciales en decisiones posteriores, pero que no lo sean en el caso que se pretende decidir.

24. Adicionalmente, el juez puede observar que a pesar de las similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente existen diferencias relevantes no consideradas en el primero, y que impiden igualarlos, y en consecuencia, estaría permitido que el juez se desviara de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable. A contrario sensu, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados detalladamente, tengan un término de comparación -tertium



comparationis- que permita asimilarlos en algún aspecto. En esa medida, resulta adecuado que el juez emplee criterios de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables, y solamente en la medida en que lo sean. En este caso, el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar porqué, a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar. Tanto en una como en otra hipótesis, los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho. (...)

(...)

RESUELVE:

PRIMERO. - Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia.

(Subrayado fuera de texto)

25. ADICIONALMENTE, ESTA EL MARCO INTERNACIONAL

El numeral 3º del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado esta definición fue reproducida en los mismos términos en el numeral 1º del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica; por otro lado, el numeral 1º del artículo 23 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos dispone que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado: y el numeral 1º del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que "se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo":

Ahora bien, la Declaración de los derechos del Niño, en sus principios 1º y 2º que el niño disfrutará de todos los derechos, reconocidos a todos los niños, sin excepción alguna, ni distinción o discriminación por motivos de cualquier condición que tenga él o su familia y que al promulgar leyes sobre su especial protección, el principio rector deberá ser el interés superior del niño.

La Convención de los derechos del niño obliga a los Estados parte a tomar todas las medidas para garantizar la protección de sus derechos también invocando el interés superior.

26. OTROS VÍNCULOS DE HECHO EN COLOMBIA.

La familia de crianza no es la única relación que en Colombia surge de un vínculo de facto. Es así como, por ejemplo, en materia de derecho comercial, se reconoce a la Sociedad de Hecho, y en materia de derecho de familia, se reconoce a la Unión Marital de Hecho. Con el objeto de señalar la validez de estas dos figuras y el reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico de los efectos de cada una de ellas, nos referiremos a sus principales aspectos.

Ahora, en el acápite del problema jurídico, en el que se armonizaron las sentencias del juez de tutela con algunas disposiciones del Código de Infancia y Adolescencia, el artículo 67 expresa taxativamente que "El Estado reconocerá el cumplimiento del deber de solidaridad que ejerce la familia diferente a la de origen, que asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos. En tal caso no se modifica el parentesco."(Negrillas fuera del texto original)

Bajo este panorama, ¿dónde queda o dónde puede ubicarse el padre de crianza?



En el acápite de la línea jurisprudencial se encuentra citada la sentencia T. 705 de 2016, que como dijimos, enuncia los medios probatorios a través de los cuales se puede comprobar el vínculo estrecho de la familia de crianza. El primero de ellos es la inexistencia de una relación del menor con sus padres biológicos, y en el evento de existir; esta es prácticamente inexistente o nula.

Esto se configura en los artículos 310 y 315 como las causales de larga ausencia (Artículo 310 del código civil) y por haber abandonado al hijo (Artículo 315 del código civil).

Continuando con lo conceptuado por el ICBF, esta institución precisó: "Cualquiera de los padres podrá solicitar ante el Juez de familia, la suspensión o privación de la patria potestad del otro padre por cualquier causal, e incluso el Juez de Familia puede entregar la guarda a una tercera persona al hijo, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera conveniente para los intereses del hijo

Así las cosas, la figura de entregar bajo guarda "a una tercera persona del hijo", se alinea con el padre y/o la madre de crianza.

En conclusión, la familia de crianza que reclame la declaración del reconocimiento como hijo de crianza al menor con el cual ha creado el vínculo de hecho, puede estar legitimada para pretender la privación de la patria potestad de los padres biológicos del menor, sin que su intención sea la de modificar el parentesco del menor con relación a sus padres biológicos, aunque, como se dijo anteriormente, esta suspensión o privación se inscriba en el registro civil de nacimiento.

Es oportuno recordar en este punto, que el vínculo que une a la familia de crianza es un vínculo de hecho, y que, tal como la sociedad comercial de hecho y la unión marital de hecho, sus efectos son diferentes a los vínculos jurídicos de los demás tipos de familia (no modifica el parentesco). Los reconocimientos que se conceden son en virtud de los principios de pluralismo, de solidaridad, de dignidad humana, y de los derechos a la igualdad, a no ser discriminado por el origen familiar y atener una familia y no se expulsado de ella.

Bajo estos preceptos, la pretensión de la familia de crianza es, en observancia del principio de solidaridad y los demás ampliamente mencionados en esta exposición de motivos, brindar amor, protección, seguridad y los demás derechos de los niños contemplados en el artículo 44 de la Constitución Nacional a los menores que han acogido en su seno, no modificar su parentesco (en concordancia con lo estipulado en el artículo 67 del Código de la Infancia y la Adolescencia); por lo cual, la patria potestad continúa en cabeza de sus padres biológicos, o solo las obligaciones derivadas de esta, en caso de haber sido objeto de suspensión o privación de la misma.

27. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO MECANISMO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. APROXIMACIÓN A LOS CONTENIDOS DEL BLOQUE EN DERECHOS EN COLOMBIA.

A partir de una interpretación sistemática de los artículos 4 y 93 de la Constitución Política, la jurisprudencia incorporó en el ordenamiento jurídico la noción de BC. De acuerdo con esta figura, se entienden incluidos dentro de la Constitución todos aquellos tratados internacionales que versen sobre DD HH y, en especial, aquellos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción.

En particular, en la Sentencia C-291 del 2007, la Corte precisó que las normas que hacen parte del BC cumplen dos funciones: (i) una "función interpretativa", según la cual las disposiciones contenidas en el bloque contribuyen en la identificación del contenido y el alcance las cláusulas constitucionales, y (ii) una "función integradora", de acuerdo con cual las normas que componen



el BC constituyen también un parámetro de control directo cuando no existen disposiciones constitucionales expresas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 53, 93 y 94 superiores.

Ahora bien, a pesar de que el alcance de estas dos funciones del BC parece claro, la revisión de algunos fallos recientes muestra las dificultades que ha tenido la jurisprudencia constitucional para determinar, por un lado, las normas que hacen parte del BC y, por el otro, las consecuencias concretas que se derivan de esta incorporación. Esta situación se presenta, en particular, con el uso que la Corte les ha dado a los documentos de Derecho Internacional denominados “derecho blando”.
(...)

DECISIÓN

De declarar exequible el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia.

PETICIÓN

1.- Por las razones expuestas, de manera respetuosa solicitamos al superior jerárquico, que revoque y/o modifique el fallo proferido por el **Juzgado Tercero De Familia Del Circuito - Oralidad de la ciudad de Tunja**; dentro del proceso de la referencia, por cuanto los hijos de crianza, tiene los mismos derechos que los hijos biológicos, por lo expuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia; me permito solicitar se le otorgue a la señora **YULY SLENDY CASTILLO ROBAYO**, la condición de hija de crianza y que esta condición sea ingresada en el respectivo registro civil. Para que de esta forma se respeten sus derechos y se generen los respetivos efectos jurídicos, según la disposición de mí representada en el presente asunto.

De igual forma se decrete y practiquen las pruebas pedidas en la contestación de la demanda según lo indica el DECRETO 806 DE 2020, artículo 14. Como son los testimoniales de MARIA CRISTINA ROBAYO MARTIN, con correo Electrónico: mrobayomartin48@gmail.com, LUZ MARINA GUTIERREZ MACIAS Con correo electrónico: lumagunar960@hotmail.com, ADRIANA CASTILLO ROBAYO Con correo electrónico: adrianacastle@gmail.com y ROSA ELIANA MEJINA NARANJO Con correo electrónico: elianamedpnt@gmail.com

Además, respetuosamente solicito se tenga en cuenta el álbum fotográfico a portado por el Señor Apoderado de la Señorita **ADRIANA CASTILLO ROBAYO**, sin perjuicio de las facultades oficiosas que la ley señala.

NOTIFICACIONES

La parte demandada en la dirección indicada en la contestación de la demanda

Los demandantes en cada una de las direcciones aportadas con la demanda

El Suscrito las recibiré en la secretaría de su Despacho o en la Carrera 9 No. 20-45 Oficina 210 Edificio

Papelería Central Frente al Palacio de Justicia de la ciudad de Tunja. Email: cardensbf@gmail.com.

Móvil (313) 304 51 16 Y (320)323 28 06



Faustino Cárdenas Borda
Abogado

30

Cordialmente,

FAUSTINO CARDENAS BORDA
C.C.No.4.226.242 de Rondón
T.P.No.199405 del C.S. de la J.

