



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado ponente

STC6435-2019

Radicación n.º 13001-22-13-000-2019-00045-01

(Aprobado en sesión de veintidós de mayo de dos mil diecinueve)

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo proferido el 27 de febrero de 2019 por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en la acción de tutela promovida por Liz Katiana Martínez-Aparicio Rivera contra el Juzgado Sexto de Familia de esa ciudad, trámite al que se ordenó vincular a las partes e intervinientes en el proceso judicial objeto de la queja, a Colpensiones y al SENA.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

La accionante solicitó la protección de sus derechos al debido proceso, legítima defensa y la de los derechos fundamentales de su menor hijo, que considera vulnerados con la decisión de la autoridad accionada de acceder a las pretensiones de la parte demandante y privar al niño de la filiación paterna.

Pretende, en consecuencia, que se ordene dejar sin efectos la sentencia proferida en dicho asunto y se retrotraiga la actuación a fin de que se le permita intervenir en la audiencia de instrucción y juzgamiento.

B. Los hechos

1. La tutelante y Eduardo Hawkins Gómez contrajeron matrimonio civil el 5 de julio de 2008.

2. La primera dio a luz a un niño el 19 de diciembre de 2008.

3. Eduardo Hawkins Payares, progenitor de Eduardo Hawkins Gómez, reconoció como su hijo a la criatura el 29 de diciembre de 2008.

4. El reconociente falleció el 30 de diciembre de 2016 y su cuerpo fue cremado.

5. Margarita Paut de Hawkins, en su calidad de cónyuge del señor Hawkins Payares, impugnó la paternidad respecto del menor E.H.M.A. y señaló como padre biológico de éste a Eduardo Hawkins Gómez.

6. El conocimiento del proceso le correspondió al Juzgado Sexto de Familia de Cartagena.

7. Mediante auto de 7 de febrero de 2016, el juzgador admitió la demanda y decretó la práctica de la prueba de marcadores de ADN respecto del niño, la madre de éste y el presunto padre biológico.

8. A través de proveído de 11 de abril de 2018, se fijó el 15 de mayo siguiente para la toma de las muestras.

9. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses certificó que la demandada y su hijo asistieron a la diligencia, pero Eduardo Hawkins Gómez no lo hizo.

10. El 25 de mayo de 2018 se reprogramó la práctica de la prueba para el día 12 de junio, fecha en la cual no asistió ninguno de los citados; la accionante pidió la fijación de nueva fecha al no contar con el tiempo suficiente para solicitar permiso en su trabajo.

11. Por medio de auto de 26 de julio, el juzgado ordenó nuevamente la realización del examen para el 2 de octubre de 2018.

12. A la cita indicada acudieron la madre y el niño, pero no asistió el presunto padre biológico.

13. Advirtiéndose a las partes que sería la última fecha para practicar la prueba, en auto de 26 de noviembre, el juez fijó el 18 de diciembre de 2018 para ese fin.

14. La toma de muestras no se efectuó por falta de comparecencia de Eduardo Hawkins Gómez.

15. En memorial presentado el 14 de diciembre, el apoderado de la tutelante y su hijo informó que su representada desconocía el paradero del presunto padre biológico, y conoció que éste había renunciado a su empleo.

16. Mediante providencia de 17 de enero de 2019, que se notificó en el estado No. 006 del día siguiente, el funcionario judicial señaló el 5 de febrero para realizar la audiencia, en la cual se surtirían las actuaciones descritas en los artículos 372 y 373 del C.G.P.

17. En la fecha mencionada y agotadas las etapas previstas en las citadas normas, el juez profirió sentencia en la que declaró que el niño E.H.M.A. no es hijo de Eduardo Hawkins Payares, y dispuso que, en adelante, debía llevar los dos apellidos maternos.

La decisión se fundamentó en la renuencia a la práctica de la prueba pericial, la no concurrencia de los demandados a la audiencia y el indicio derivado de una regla de la experiencia conforme a la cual, en muchos casos, los abuelos registran a sus nietos con el fin de percibir beneficios o de acercarse a sus hijos.

C. El trámite de la primera instancia

1. Mediante auto de 13 de febrero de 2019, se admitió la acción de tutela, ordenándose vincular a las partes e intervinientes en el proceso e impugnación de la paternidad, a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, a la Defensoría de Familia y a la Procuraduría Delegada para Asuntos de Familia. (folio 13, cno. 1)

2. El juez accionado se opuso a la prosperidad del amparo por ser falsas las acusaciones de la accionante, toda vez que la audiencia a la cual se abstuvo de asistir, fue convocada en auto de 17 de enero de 2019, el cual se notificó por anotación en el

estado del día siguiente, sin que resulte procedente sanear la incuria de dicha parte a través del mecanismo constitucional. (folios 21-24)

El Delegado del Ministerio Público recalcó que el interés superior del menor debía prevalecer, por lo que el juzgador tenía la obligación de insistir en la práctica de la prueba pericial. (folios 30-33)

La demandante en el proceso señaló que las normas procesales son de obligatorio cumplimiento, por lo que si el proveído que fijó fecha para la audiencia fue notificado en debida forma, las partes estaban en la obligación de concurrir. De haberse practicado la prueba de ADN se hubiesen materializado las prerrogativas del niño a conocer a su verdadero progenitor. (folios 43-47)

La Defensora de Familia sostuvo que la conducta procesal asumida por la madre del infante determinó el resultado del litigio; sin embargo, solicitó conceder la protección para ordenar el decreto, práctica y valoración de todas las pruebas pertinentes a fin de establecer la paternidad, la cual depende también del rol asumido por quien la detenta y de su relación con el menor. (folios 50-52)

La Coordinadora del Grupo de Pensiones del SENA informó que el complemento pensional del señor Hawkins Payares fue reconocido en proporciones iguales al reconocido como hijo y a la cónyuge supérstite. (folios 54-55)

La Directora (E) de la Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones señaló que inicialmente otorgó pensión de sobrevivientes a la esposa del afiliado, pero con ocasión de la reposición interpuesta contra el acto de reconocimiento, revocó dicho beneficio y procedió a reconocer la prestación en un 50% a ella y al menor en el porcentaje restante, dejando en suspenso la inclusión en nómina del último, en tanto se decide el proceso de impugnación de paternidad. (folios 72-73)

3. La Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena concedió la protección constitucional, porque a pesar de que la notificación del auto de 17 de enero de 2019 se realizó en debida forma y que el presunto padre biológico fue renuente en relación con la práctica del examen genético, el accionado debió agotar todos los mecanismos a su alcance para recaudar la mencionada prueba, *«en aras de resolver el asunto con base en elementos de juicio sólidos que lo acercaran a una decisión ajustada a los principios de justicia material y corrección»*.

4. El juez del conocimiento impugnó la decisión aduciendo el estado de parálisis de la práctica de toma de muestras de ADN en virtud de la ausencia de contrato vigente entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Instituto de Medicina Legal, de ahí que una quinta citación para realizar la prueba resultaría ilusoria. Insistió, además, en los argumentos que soportaron su defensa. (folios 144-147)

La demandante en el juicio de impugnación, también recurrió el fallo con fundamento en que la acción de tutela no se erige en una tercera instancia dentro de los procesos, máxime cuando la incuria de la accionante dio lugar a la firmeza de la

decisión le fue adversa, y dado que la vulneración de los derechos del infante es atribuible a sus padres biológicos, quienes inscribieron como su progenitor a quien no lo era. (folios 153-162)

II. CONSIDERACIONES

1. Como ha sido sostenido por la jurisprudencia, por regla general, la acción de tutela no procede contra providencias judiciales y, por tanto, sólo en forma excepcional resulta viable el amparo para atacar tales decisiones cuando con ellas se causa quebranto de los derechos fundamentales de los asociados.

Los criterios que se han sostenido para identificar las causales de procedibilidad en estos eventos están cimentados en el reproche que merece toda actividad judicial arbitraria, caprichosa, infundada o rebelada contra las preceptivas legales que rigen el respectivo juicio, con detrimento de las garantías de las personas que han sometido la resolución de sus conflictos a la jurisdicción.

2. En cualquier caso, la eventual concesión de la salvaguarda está supeditada a la verificación de ciertas condiciones de procedibilidad, entre las cuales se encuentra el cumplimiento del requisito de subsidiariedad.

No obstante, cuando la vulneración de las garantías superiores es protuberante y resultan afectados derechos que tienen un valor superior en el ordenamiento constitucional como aquellos que la Carta Política reconoce a los niños, niñas y adolescentes, o cuando se ponen en peligro atributos básicos de

la persona como el estado civil, la filiación y la personalidad jurídica, la procedencia del mecanismo constitucional no puede supeditarse a requerimientos como el mencionado.

En tal sentido, en oportunidades anteriores y en casos de similares características al que ahora se estudia, la Sala concedió la tutela, advirtiendo que si bien *«no se cumple con el requisito de la subsidiariedad, puesto que no fue recurrido el auto que denegó el recurso de apelación, lo cierto es que el estrado acusado transgredió los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del promotor e incurrió en una vía de hecho con la aludida determinación»*. (CSJ STC2400-2017, 23 feb. 2017, rad. 2016-01743-03).

En dicha ocasión se reiteró un precedente, según el cual *«...a pesar que se obvió controvertir la determinación que declaró desierta la alzada a través del mecanismo defensivo contemplado en la ley adjetiva civil -recurso de reposición-... [e]xisten circunstancias verdaderamente excepcionales que, puntual y casuísticamente verificadas, posibilitan que sólo y únicamente cuando la decisión cuestionada encierra, per se, una anomalía en grado tal que el yerro enrostrado luzca bajo cualquier óptica inadmisibles, por causa de producir de manera desmesurada un menoscabo y «peligro para los atributos básicos», es posible la extraordinaria intervención del juez de amparo, no obstante la negligencia desplegada, por quien depreca el resguardo, al abandonar las vías legales con que cuenta para remediar sus males directamente en el proceso... (CSJ STC, 4 feb. 2014, rad. no. 00088-00, reiterada en CSJ STC11491-2015, 28 ago. 2015)...» (CSJ STC793-2016, 1º feb. 2016, rad. 2015-00367-01).*

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que en las acciones judiciales donde se cuestiona la filiación *«las consecuencias desfavorables de la falta de interposición de un recurso pueden no ser aplicables»*, dado que la controversia está relacionada

con el estado civil de las personas, reconocido como una prerrogativa indisponible (T-411-2004 y T-160-2013).

Y respecto de las peticiones de amparo en las que se encuentra vinculado el interés superior de un menor de edad, la citada Corporación precisó:

No obstante, la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos. Por el contrario, le corresponde al juez constitucional analizar la situación particular del accionante y los derechos cuya protección se solicita, con el fin de comprobar si aquellos resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en los asuntos que involucran derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, el análisis del cumplimiento del requisito de subsidiariedad es menos riguroso, debido al interés superior de los menores de edad, garantizado por el artículo 44 de la Constitución. (C.C., T-091-2018)

El anterior criterio fue acogido por la Sala en la sentencia STC13597-2018, donde se expresó que *«(s)ería del caso confirmar el fallo impugnado y denegar el amparo por falta de cumplimiento del principio de subsidiariedad, en tanto que no se interpusieron los recursos de reposición y apelación contra el auto de 9 de octubre de 2017 que declaró la terminación del proceso por desistimiento tácito, si no fuera porque de la actuación censurada refulge palmaria la vulneración de los derechos fundamentales afectando garantías de rango superior, como el debido proceso, protección de los menores de edad y acceso a la administración de justicia, por lo que se obviará este presupuesto general de procedibilidad y se estudiará de fondo la solicitud de amparo constitucional»* (19 oct. 2018, rad. 2018-00023-01).

3. Así ocurre en el caso *sub judice*, pues a pesar de no recurrirse por vía de apelación la sentencia de 5 de febrero de 2019, que declaró que el infante E.H.MA. no era hijo del fallecido Eduardo Hawkins Payares y ordenó suprimir su apellido paterno

para reemplazarlo por el de la madre, se torna necesario superar tal desatención de presupuesto de residualidad del amparo, dado que la controversia involucra los derechos fundamentales de un niño a tener un nombre, una familia, a recibir amor y cuidados de sus padres, a la identidad, a la filiación y al estado civil con sus características de indisponible, indivisible e imprescriptible (artículo 1° Decreto 1260 de 1970), prerrogativas todas que en virtud del artículo 44 del Ordenamiento Superior prevalecen sobre los derechos de los demás, reconociéndose al menor la calidad de sujeto de especial protección constitucional.

4. La Carta Política, 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. (...) Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”*.¹

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”*², así como el compromiso de los países signatarios de la Convención sobre los Derechos del Niño³ de asegurarles *“la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”* (art. 3,

¹ Artículos 44 de la Constitución y 7, 8, 9, 11, 16, 19, 24, 26, 27, 28, 31, 32, 34, 36, 37 y 39 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

² Artículo 44 Constitución Política.

³ Conforme al artículo 1° de este tratado, para los efectos del mismo *“se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

num. 2).

4.1. El artículo 7° del citado instrumento internacional establece que los niños⁴ tienen derecho a “*conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”, 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*”, tomando en consideración que “*{e}n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*” (art. 3.1).

Por ello, los países signantes adquirieron el compromiso de “*asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, **teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres**, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*” (art. 3.2), entendiéndose en el plano nacional que el interés superior del menor 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

⁴ Léase también niñas y adolescentes.

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).

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).

4.2. Sobre la naturaleza y alcance de la garantía esencial del estado civil de los menores, la Corte Constitucional señaló que «reviste el carácter de derecho fundamental y prevalente. Por ello, (...) **el hecho que el menor tenga certeza de quien es su progenitor constituye un principio de orden público y hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica**» (CC, T-979-01, T-277-02 y T-719-17; negrilla y subrayado para enfatizar).

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 Carta Magna, 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 1° 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 filiación⁵, 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).

5. Del análisis de las presentes diligencias, advierte la Sala que aunque no le asiste razón a la promotora de la herramienta constitucional en el reproche que le formula al juzgador del conocimiento respecto de la indebida notificación del auto de 17 de enero de 2019, en el juicio de impugnación de paternidad se verificó una vulneración de los derechos fundamentales de su menor hijo que torna necesaria la intervención del juez constitucional.

Lo anterior por cuanto, si bien la referida providencia, que señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia en que se cumplirían las etapas de los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso, se notificó en la forma prevista en dicho

⁵ Corte Constitucional, T-488 de 1999, T-381 de 2013 y C-258 de 2015.

estatuto, esto es, mediante anotación en el estado del día siguiente (art. 295 *ibídem*), con la sentencia proferida se materializó el quebranto de los derechos del niño E.H.MA. a tener un nombre, conocer a sus padres, llevar sus apellidos, construir su identidad sobre la base de sus relaciones familiares, al estado civil y a la filiación.

En efecto, el funcionario judicial soportó su decisión en la renuencia a la práctica de la prueba genética, la presunción de confesión derivada de la inasistencia injustificada de la parte demandada a la única audiencia del proceso y la existencia de un indicio fundado en una regla de la experiencia relativa a la costumbre de algunos abuelos de registrar a sus nietos como hijos suyos.

Adujo el sentenciador que el menor y la ahora tutelante no comparecieron en dos oportunidades a la toma de muestras de material de ADN; no obstante, de acuerdo con las certificaciones emitidas por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, tal situación sólo se presentó en una ocasión, en la cual la demandada solicitó reprogramar la cita por no haber contado con la antelación suficiente para solicitar permiso en su trabajo a fin de cumplir la orden judicial.

El presunto padre biológico fue quien no asistió a ninguna de las citaciones efectuadas en autos de 11 de abril (corregido el 24 de abril), 25 de mayo, 26 de julio y 26 de noviembre de 2018; sin embargo, el juez no adoptó ninguna medida, entre ellas, las de orden correccional, para hacer efectivo el cumplimiento del decreto de la prueba pericial.

En lugar de ello, sancionó con las consecuencias adversas de esta omisión, a quienes no participaron de tal proceder, ni incurrieron en renuencia frente a la toma de las muestras.

Particularmente, impuso al menor los anotados efectos sin reparar en las repercusiones que habrían de derivarse en su derecho a la personalidad jurídica del que hacen parte los atributos del estado civil y la filiación, ni en atender su deber de investigar la progenitura según lo demanda el artículo 218 del Código Civil, norma conforme a la cual en todos los juicios de reclamación o de impugnación de la paternidad o de la maternidad, es deber del juzgador vincular al proceso al presunto padre biológico o presunta madre biológica “con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre” (subrayado para enfatizar).

De lo precedente se colige que tal como lo señaló el *a quo* constitucional, asumió una actitud pasiva en la instrucción del proceso que desatiende de forma evidente el interés superior del menor, el cual le demandaba un especial grado de diligencia, celo y cuidado al resolver el mérito de la controversia, de modo que no era admisible sustentar su decisión en inferencias y *“reglas de la experiencia”* sin respaldo probatorio alguno que permitiera establecer con certeza la paternidad, como garantía del niño E.H.MA. a conocer su verdadera filiación.

Luego, advertida tempranamente la falta de colaboración del presunto padre biológico del infante y cónyuge de la madre de éste, era imperativo para el accionado adoptar las medidas

correccionales procedentes a fin de lograr la realización de la prueba y en caso de no ser ello posible, decretar sucedáneos de la misma como la reconstrucción del perfil genético con los marcadores de ese tipo extraídos de familiares cercanos a éste, como serían la presunta abuela paterna -madre de Eduardo Hawkins Gómez- y dos o más hermanos de aquél -hijos de la unión Hawkins Gómez-, dado que en virtud de la cremación del cuerpo del reconociente, era imposible obtener material genético de su persona.

6. De acuerdo con lo estatuido por el numeral 2° del artículo 386 del Código General del Proceso, “*{c}ualquiera que sea la causal alegada, en el auto admisorio de la demanda el juez ordenará aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada. La prueba deberá practicarse antes de la audiencia inicial*”.

No obstante, en este caso el funcionario accionado incurrió en defectos sustantivo y fáctico al aplicar la mencionada regla normativa, pues la renuencia a la práctica del examen de marcadores genéticos no provino de la parte demandada (madre e hijo), sino del tercero vinculado en condición de presunto progenitor, de ahí que la inasistencia sistemática de este último a las citaciones impuestas, no estructura el comportamiento rebelado o rebelde que tornaría aplicable la presunción de paternidad.

6.1. En todo caso, debe atenderse que las reglas del artículo 386 de la codificación adjetiva, las cuales deben aplicarse en las

acciones de investigación e impugnación de la paternidad o de la maternidad, debido a su carácter general, no prevalecen sobre disposiciones legales especiales como lo es el artículo 1° de la Ley 721 de 2001, conforme al cual la práctica de la prueba de ADN es obligatoria en todos los procesos tendientes a establecer la progenitura.

La jurisprudencia constitucional ha resaltado la importancia de la prueba de ADN en los procesos de filiación, que dimana *«no sólo del hecho de que dicha prueba permite que las personas tengan una filiación acorde con la realidad, sino también porque conlleva la protección y reconocimiento de derechos tales como: la personalidad jurídica, la dignidad humana, el derecho a tener una familia y formar parte de ella, el derecho al estado civil, y el derecho a conocer con certeza la identidad de los progenitores»* (sentencias C-808-02, T-997-03, T-363-03, T-307-03, T-305-03, T-411-05, T-888-10, T-071-12, T-352-12, T-160-13, C-258-15 y T-249-18, entre otras).

En razón de la trascendencia y finalidad de la referida probanza, se ha reconocido que el deber del juzgador impuesto por la Ley 721 de 2001, no se agota en su decreto, sino que se le impone su práctica y valoración, como inestimable elemento de juicio para solucionar la controversia (T-249-18).

No puede ignorarse que la realización del examen genético *«se encuentra estrechamente ligada al derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, la búsqueda de la verdad y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal como uno de sus principios fundantes»* (T-997-03 y C-258-15).

En la sentencia T-249 de 2018, la Corte Constitucional consideró que la prueba de marcadores genéticos con ADN es *«un*

elemento crucial al momento de determinar el vínculo natural entre padres e hijos, atendiendo los mandatos superiores y los presupuestos normativos establecidos por el legislador en los cuales se destaca la prevalencia de los derechos fundamentales de quienes buscan certeza al momento de conocer quiénes son sus ascendientes», y por ello al resolverse el litigio sin practicar previamente dicho examen, estimó que se estructuraba un defecto fáctico por omisión.

6.2. Aunque el Código General del Proceso derogó algunos preceptos de la ley precitada (arts. 7° y 8°), las restantes disposiciones, entre ellas el artículo 1°, mantuvieron su vigencia.

No podría pensarse tampoco que, en aplicación de la regla consagrada en el artículo 3° de la Ley 153 de 1887 conforme a la cual *“(e)stímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”,* a partir de la entrada en vigencia del estatuto procesal quedaron insubsistentes los preceptos de la Ley 721 de 2001, porque esa codificación no *“regula íntegramente la materia”* que es objeto de la preindicada ley; su artículo 1° no ha sido derogado expresamente, y el contenido de la disposición no es incompatible con el artículo 386 de la normatividad adjetiva, por lo que no se encuentra cumplido ninguno de los supuestos de derogación expresa o tácita de la norma.

7. La aplicación del numeral 2° del artículo 386 citado en el presente asunto, comportó el sacrificio de las garantías superiores del menor hijo de la accionante, pues a pesar del mandato legal contenido en el artículo 1° de la Ley 721 de 2001, la autoridad judicial acogió la pretensión impugnatoria sin

verificar la existencia o inexistencia del lazo sanguíneo con el reconociente ni establecer la verdadera paternidad.

El juez accionado desconoció el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, porque ante la posibilidad de definir científicamente la paternidad con el examen de marcadores genéticos con ADN que decretó en el auto admisorio del proceso, le otorgó preeminencia al rito procesal y profirió sentencia, sin preocuparle si su decisión ofrecía una protección efectiva y cierta de los derechos fundamentales del menor E.H.MA.

Por mandato del artículo 228 de la Constitución Política, en las actuaciones de la administración de justicia debe prevalecer el derecho sustancial, lo que también impone el artículo 11 de la codificación procesal, la cual, como uno de sus principios esenciales, establece que *“al interpretar la ley procesal el juez debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”*.

Sobre lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-207 de 4 de abril de 2017, expuso que:

(...) [L]a aplicación de las reglas de carácter procedimental no puede llegar a un grado de rigor tal, que se sacrifique el goce de los derechos fundamentales. Ha encontrado que:

“Si bien la actuación judicial se presume legítima, se torna de hecho cuando el actuar del juez se distancia abiertamente del ordenamiento normativo, principalmente de la normatividad constitucional, ignorando los principios por los cuales se debe regir la administración de justicia

Y con absoluta vehemencia indicó:

“(...) el juez que haga prevalecer el derecho procesal sobre el sustancial, especialmente cuando este último llega a tener la connotación de

fundamental, ignora claramente el artículo 228 de la Carta Política que traza como parámetro de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

(...) si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material (art. 228).”

(...) Así lo ha considerado la Corte incluso para el caso de los procedimientos de casación, en los cuales el rigor procesal exige el cumplimiento de especiales y particulares requisitos formales (subrayado propio).

7. De otra parte, también incurrió en equívoco el juzgador al derivar una confesión de la falta de asistencia de la madre del menor a la audiencia realizada el 5 de febrero de 2019, toda vez que la configuración de ese medio de prueba requiere, al tenor de la previsión contenida en el artículo 191 del Código General del Proceso, que el confesante tenga “*poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado*”, de modo que al ser el estado civil del infante E.H.MA. un derecho indisponible e intransigible, la madre en su condición de representante legal de éste, no tiene ningún poder dispositivo sobre tal prerrogativa superior.

8. Ante la protuberante vulneración, procede la concesión del amparo, tal como fue ordenado por el *a quo* constitucional, pues en efecto, a la autoridad accionada le corresponde direccionar el trámite del proceso hacia el establecimiento de la progenitura, recurriendo a la prueba científica como medio de definición del más alto grado de probabilidad sobre la presencia del nexo filial discutido.

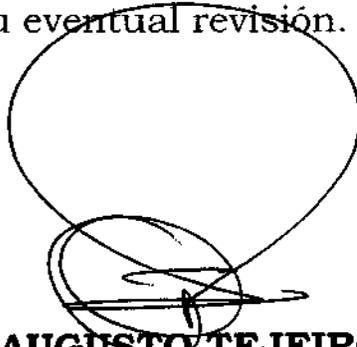
Además, dado que la sentencia debe fundarse en el pleno convencimiento del juez, lo que es conocido como el principio de la necesidad de la prueba, resulta necesario el recaudo de otros medios probatorios, los cuales deben valorarse en forma conjunta con la científica.

En razón de lo discurrido, se confirmará el fallo objeto de impugnación.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia impugnada.

Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Presidente de Sala



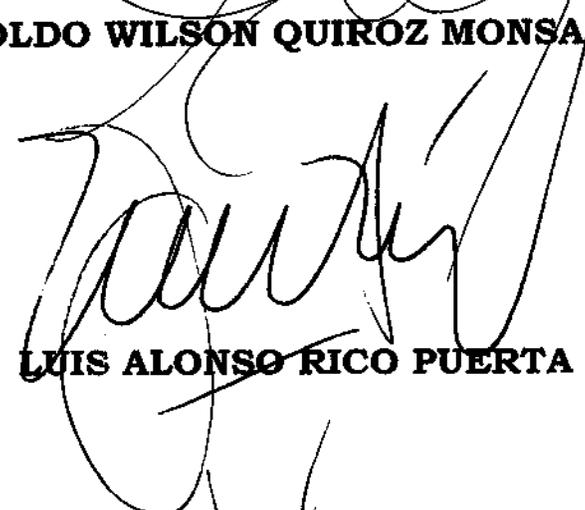
MARGARITA CABELLO BLANCO



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



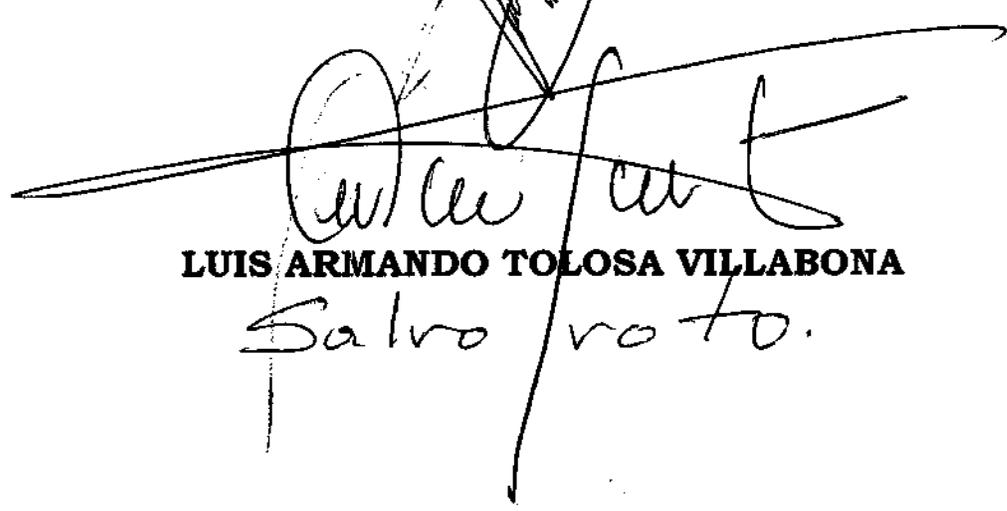
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Salvo voto.