

**ESTUDIO DE CASO: LA FILIACIÓN, UN VÍNCULO DE LAZOS  
FRATERNOS Y AFECTIVOS**

**LAURA VICTORIA LÓPEZ MANJARRÉS**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
FACULTAD DE DERECHO  
DERECHO  
MEDELLÍN  
2020**

**ESTUDIO DE CASO: LA FILIACIÓN, UN VÍNCULO DE LAZOS  
FRATERNOS Y AFECTIVOS**

**LAURA VICTORIA LÓPEZ MANJARRÉS**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO**

**ASESOR (A):**

**LINA MARCELA ESTRADA JARAMILLO**

**ABOGADA**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DERECHO**

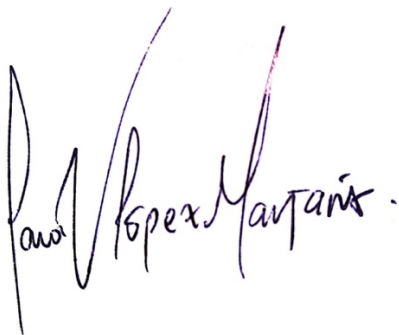
**MEDELLÍN**

**2020**

19 de noviembre de 2020

Laura Victoria López Manjarrés

“Declaro que este trabajo no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en ésta o en cualquier otra Universidad” Art. 92, párrafo, Régimen Estudiantil de Formación Avanzada.



Laura Victoria López Manjarrés.

## **AGRADECIMIENTOS**

Para mis abuelos, todo es por ellos.

A mis papás y a mi hermana por estar en este largo camino.

Para Lina, que nunca dejó de creer en mi y me enseñó que lo esencial es invisible a los ojos.

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	7
1. CAPÍTULO I: RELATO DEL CASO .....	9
1.1. RELATO DEL CASO .....	9
1.2. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEDE JUDICIAL .....	11
2. CAPÍTULO II: CATEGORÍAS JURÍDICAS .....	16
2.1. PATERNIDAD .....	16
2.2. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR .....	19
2.3. FILIACIÓN .....	23
2.4. INAPLICABILIDAD .....	26
3. CAPÍTULO III: RELACIÓN DEL CASO ANALIZADO Y LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS .....	30
CONCLUSIONES .....	36
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	38

## **RESUMEN:**

El presente trabajo de grado a partir de un estudio de caso analiza la importancia de las relaciones paternofiliales como elemento fundante de la construcción de la identidad personal y familiar de los niños, así, a partir del estudio y análisis de un caso de impugnación de la paternidad se indaga por la trascendencia del vínculo fraterno afectivo, el cual se sobrepone a todo vínculo legal y su ruptura supone la amenaza del interés superior de los niños. Además, a partir de un detallado análisis jurisprudencial, se señala que siempre los operadores jurídicos deben abogar por darle supremacía a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y al interés superior del menor, estos como sujetos de especial protección y pertenecientes a la familia, núcleo de la sociedad, que no se conforma únicamente por lazos de consanguinidad, si no también por lazos fraternos y afectivos.

**Palabras claves:** paternidad, interés superior del menor, filiación e inaplicabilidad.

## INTRODUCCIÓN:

La familia es el núcleo fundamental de toda la sociedad, la misma implica para quienes la conforman una serie de derechos y obligaciones que se hacen exigibles judicialmente, los padres encuentran, entre otros, el deber de proteger, educar, representar y acompañar a sus hijos los cuales pueden terminar viéndose afectados por los conflictos que atañen a la pareja. Así, dependiendo de los casos particulares, se hace necesario que entren las autoridades judiciales y administrativas para proteger a los niños, niñas y adolescentes que carecen de una familia que les sea garante de sus derechos y a su vez se encuentren vulnerando sus intereses.

Con el presente trabajo se busca, a partir de un análisis jurisprudencial y de un estudio de caso, analizar la importancia de que a los niños se les permita crecer en compañía de ambos padres y con esto, acabar con la falsa creencia de que la figura paterna es sólo sinónimo de aportes económicos, pues su presencia es fundamental para el desarrollo de la identidad personal y familiar de los niños, últimos que siempre deben ser reconocidos como sujetos titulares de dignidad, que no solo entienden todo lo que sucede a su alrededor si no que también pueden expresar su voluntad. A su vez, se hace necesario señalar que existen muchos tipos de familias, que si bien no fueron previstas por el legislador, exigen la misma protección y trato igual que aquella consagrada primigeniamente.

Así, se estudia un proceso de impugnación de la paternidad legítima incoado por la madre en contra del padre que, una vez realizada la prueba de marcadores genéticos (ADN), encuentra que no comparte vínculo de consanguinidad con su reconocido hijo, sin embargo, este expresa su querer de seguir ejerciendo la figura paterna para el niño y continuar dándole el trato de hijo que le ha dado durante sus seis años de existencia, el juez más que escuchar los intereses de los padres abogó por darle supremacía a los derechos fundamentales y al interés superior del niño, reconociendo que la paternidad y la filiación no se limitan a un vínculo de consanguinidad si no que se basan en los lazos fraternos y afectivos.

El objetivo general de la presente investigación es analizar las relaciones paterno filiales y su papel de forjadoras de la identidad personal y familiar de quienes hacen parte de ellas, esto a partir del estudio de cuatro categorías jurídicas que son: paternidad, interés superior del menor, filiación e inaplicabilidad, que permiten llegar a la conclusión de que si para el ordenamiento jurídico colombiano la familia es el núcleo fundamental, se debe proteger a quienes la conforman y por consiguiente al ser los niños, niñas y adolescentes sujetos de especial protección mediar siempre por sus derechos, dentro de los cuales se encuentra tener una familia y no ser separados de ella. Para alcanzar el objetivo señalado, se utilizó por método el estudio de caso, este busca analizar una un proceso particular desde la forma más detallada posible para lograr así una descripción diáfana del problema encontrado en el ordenamiento jurídico colombiano.

El trabajo se desarrolla en tres capítulos los cuales son: el primero un relato del caso; el segundo el análisis de cuatro categorías jurídicas a partir de la normatividad y jurisprudencia; y el tercero, es una relación entre lo investigado y el caso analizado.



## **1. CAPÍTULO I: RELATO DEL CASO:**

### **1.1 Hechos:**

Ante el Juzgado Primero de Familia de Santiago de Cali se promovió la demanda de impugnación de la paternidad legítima a favor del niño Marcos, fundamentada en los siguientes hechos:

Los señores Claudia García y Antonio Hernández, estuvieron en una relación de noviazgo desde el 15 de diciembre de 2006 y contrajeron matrimonio católico el día 15 de diciembre de 2012, para ese momento ya tenían a su hijo mayor, Lorenzo Hernández García, nacido el 15 de octubre de 2010. El segundo hijo de la pareja nació el 14 de junio de 2013 y fue llamado Marcos Hernández García.

La pareja hizo vida conyugal desde antes de la fecha del matrimonio hasta el mes de abril de 2018, mes en el cual, relató la madre, Claudia García, fue víctima de violencia intrafamiliar ejercida por el padre demandado, Antonio Hernández; en razón a esto deciden cesar la convivencia y le dan trámite al proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio católico por mutuo acuerdo.

La señora Claudia García decide demandar al señor Antonio Hernández para impugnar su paternidad frente al hijo Marcos Hernández, señalando que en el mes de septiembre de 2012 fue víctima de acceso carnal violento por persona desconocida, pero decidió no informarle a las autoridades, a sus familiares ni a su cónyuge, Antonio Hernández, porque esto le generaba angustia, impotencia y miedo al rechazo, además, desconoció que en dicha situación había quedado en embarazo, pues su vida conyugal y relaciones sexuales con su pareja eran constantes y no se le ocurrió que el menor Marcos fuera consecuencia de los actos abusivos de los que fue víctima.

El 17 de junio de 2019 el señor Antonio Hernández, ante comentarios de terceros de que el niño Marcos no se parecía a él, decide hacerse una prueba de ADN, la cual arrojó como resultado la exclusión de la paternidad es decir, que el señor Antonio no era el padre biológico del menor.

Debido a esto, señaló Claudia en la demanda, el señor Antonio cambió por completo su actitud para con el menor Marcos y con ella, se volvió violento y la ridiculizaba ante la familia, vecinos, compañeros de trabajo e incluso frente a sus hijos, al referirse a ella con frases peyorativas. Esto, alega, terminó afectando psicológicamente a los dos niños, además, dice terminar siendo víctima de violencia de género en razón a esto.

Como consecuencia de los actos violentos del señor Antonio, la señora Claudia decidió denunciarlo por violencia intrafamiliar y la Fiscalía profirió orden de protección a favor de ella. Igualmente, decidió acudir al ICBF para recibir asesoría sobre cómo proceder en el cambio de apellido y allí, según informó la demandante, la autorizaron a suspender las visitas del demandado con el niño Marcos.

En la escritura pública que declara la cesación de efectos civiles del matrimonio católico pactan ambos padres, Antonio Hernández y Claudia García, una cuota alimentaria por valor de \$500.000, a favor de los dos hijos, sin embargo, alega la demandante, Claudia, que desde el mes que el señor Antonio conoció el resultado de la prueba de marcadores genéticos, no ha cumplido con el pago de lo que le corresponde al menor Marcos, por lo que solo consignaba \$250.000 como cuota de Lorenzo.

La señora Claudia a través de su apoderado judicial pretende que mediante sentencia judicial se declare que el menor Marcos, nacido en Envigado, el día 14 de junio de 2013, no es hijo del señor Antonio Hernández, y que en consecuencia se haga la corrección en el nombre y apellidos del menor.

## **1.2 Actuación procesal en sede judicial de familia:**

El señor Antonio Hernández contestó la demanda y dio por cierto todo lo relativo a fechas y el nacimiento de sus hijos, sin embargo, desmintió todas las acusaciones en su contra en lo referente a la violencia intrafamiliar y al maltrato psicológico a su cónyuge, Claudia García, frente a sus hijos y frente a las demás personas, y resalta que, durante los 12 años de relación, nunca le había interpuesto denuncia alguna en su contra, por lo cual no entiende su actuar.

Igualmente, confirmó que no sabía del acceso carnal violento del que fue víctima la demandante, Claudia, y que, para la época, 2012, ella visitaba frecuentemente a un primo en la cárcel de Bellavista, el cual nunca fue conocido por Antonio y por este motivo varios familiares le sembraron dudas de que Marcos fuera hijo suyo. Luego de la prueba, aunque esto fue confirmado, le dijo a la señora Claudia que quería seguir en contacto con el niño y seguir comportándose como su padre, por esto inició un proceso psicológico con el menor, en el cual quiso involucrar a la madre, Claudia García, pero esta nunca dio respuesta de los correos donde se le invitaba a ser parte del proceso.

Por último, respecto a la cuota alimentaria, el demandado reconoce que durante los meses de julio y agosto de 2019 solo pagó \$250.000, y el mes de septiembre lo pagó completo, de igual forma, dice haberle enviado a su hijo Marcos loncheras y juguetes que nunca le han llegado al niño pues le han sido devueltos.

El 12 de noviembre de 2019 la parte actora, Claudia García, solicitó al Juzgado de Familia, como medida cautelar la suspensión de visitas que tenía el señor Antonio Hernández frente al niño Marcos, esto en razón a los supuestos hechos de violencia y vulneración en contra de este. Esta petición fue resuelta el 5 de diciembre de 2019 por el Juzgado, negando la petición invocada y fijando como fecha de la audiencia inicial, el 16 de diciembre de 2019.

Una vez en la audiencia inicial y luego de la correspondiente presentación de las partes, ambas a través de sus representantes legales deciden renunciar al periodo probatorio. El Juez aclara que se tiene la prueba de marcadores genéticos de ADN donde se excluye la paternidad del señor Antonio, no obstante, la controversia se centra en si se va a implementar o no un régimen de visitas, atendiendo al interés superior del menor, en tanto la parte demandante aboga de que no lo haya y el demandado lo pretende, por esto se decidió escuchar en interrogatorio a las partes.

Una vez realizado el juramento, Claudia García relata las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se desarrolló la relación con Antonio Hernández y para la época del nacimiento del niño Marcos, el cual siempre identificó a este como su padre. Además, refuerza su petición de que el señor Antonio no mantenga contacto con el niño, según abduce, porque de hacerlo se retrocede en el proceso psicológico del menor, que lleva con una psicóloga particular contratada por la madre, adicionalmente, desestima las intenciones del demandado y considera que de concederlas se incurre en violencia de género.

Por su parte, el señor Antonio Hernández, luego de contextualizar su relación con la señora Claudia, confirma su interés en que se establezca un régimen de visitas a favor suyo con el niño Marcos, aún a sabiendas que no es el padre biológico, dijo querer seguir ejerciendo la figura paterna y que nunca lo va a dejar de ver como su hijo. Así mismo, indica que la abogada de la señora Claudia, le mandó una carta donde le suspende las visitas del niño, según dice, para darle mayor eficacia al proceso psicológico y que el dinero consignado (\$500.000) no se entendía a favor de Marcos si no a una prima que debía de junio del niño Lorenzo.

En la etapa de alegaciones la apoderada de la demandante, Claudia García, advierte, nuevamente, su no conformidad con continuar con el régimen de visitas y propone que de hacerlo deben ser una sola vez al mes, a lo que el Juez de conocimiento le aclara que esto fue objeto de acuerdo previo entre las partes de manera consiente, libre y voluntaria, por lo que lo encuentra fuera de lugar, toda vez que no se está coaccionando a las partes y en caso de

que continúe la inconformidad, propone entonces acoger otro arreglo que sería decretar como prueba el nombramiento de un equipo técnico del ICBF para escuchar al menor a través de este y se decida si hay lugar o no a las visitas.

La apoderada del demandado Antonio Hernández, se limita a lo jurídico, hace un llamado a reconocer a este como padre de crianza de Marcos y a que prime ese vínculo fraternal. De la misma manera, resaltó la conducta de buena fe del demandado Antonio, siempre en aras a la protección del interés superior del menor y solicitó continuar el régimen de visitas y la cuota alimentaria en razón a que su mandante así lo desea, esto dentro del reconocimiento de sus funciones como padre y con el fin de proteger al menor y a garantizarle una familia y no ser separado de ella.

Escuchadas las partes, el Juez hace un llamado a la sensatez y a no revictimizar al niño, así, recordó que Marcos es un tercero ajeno al proceso y por esto sus intereses deben primar, en cuanto es fundamental para este tener una figura paterna que lo acompañe en su formación y le brinde ese lazo de amor, para lo cual termina siendo calificado quien ha ejercido este rol durante sus 6 años de vida. Además, hace las siguientes consideraciones:

Recordó que el problema jurídico se contrae a decir si conforme a los avances científicos a que alude a la Ley 721 de 2001 es posible desvirtuar el reconocimiento de la paternidad legítima ejercida por Antonio Hernández sobre el menor Marcos, y señalar las consecuencias jurídicas de la manifestación libre y voluntaria de aquél en el sentido de obligarse con respecto al niño, para seguir cubriendo lo correspondiente de la cuota alimentaria a cambio de un régimen de visitas a su favor.

Respecto a la normatividad colombiana contextualiza basado en dos normas, primero la Convención de los Derechos del Niño, acogida por Colombia por la Ley 12 de 1991, establece que a todos los niños, niñas y adolescentes se les reconoce el derecho fundamental a establecer su verdadera filiación, consagrado en el Artículo 25 de la ley 1098 de 2006. Además, la Constitución Política en el Artículo 44 otorga los derechos de los niños, niñas y

adolescentes el carácter de fundamentales, adicionalmente, consagra el derecho a tener un nombre, lo cual es un atributo de la personalidad y está en la Carta Magna en los Artículos 14 y 16.

Según jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la filiación es un atributo de la personalidad y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano del reconocimiento de su personalidad jurídica. En efecto, la filiación es la relación que existe entre padres e hijos, proporcionando una identidad a toda persona e implicando derechos y obligaciones entre estos, por ende, es importante resaltar que las normas sobre filiación son de orden público y no pueden ser variadas por voluntad entre las partes.

Retomando el caso que los reunió, hizo un breve recuento de lo que fue el proceso. La demandante, Claudia García, a través de su apoderada judicial acudió ante el órgano jurisdiccional para obtener la impugnación del reconocimiento de la paternidad legítima realizado por Antonio Hernández respecto al menor Marcos, sustentando que el interés jurídico para entablar le surgió en razón a una prueba de ADN practicada, y cuyo resultado fue excluyente para el presunto padre. Así pues, se asume que la parte demandante tiene la carga de la prueba, Artículo 167 Código General del Proceso, acerca de la impugnación, y se entra a valorar los elementos de convicción arrojados al juicio a fin de determinar si hay lugar o no a recoger las pretensiones de la demanda.

Respecto a la valoración del acervo probatorio, dice, se deben estimar las pretensiones de la demanda, pues el resultado de la prueba científica arroja que el niño Marcos no tiene por padre biológico a Antonio Hernández, quien lo reconoció como hijo en el matrimonio que tuvo con la progenitora demandante.

De igual forma, se tiene que el demandado, Antonio Hernández, a pesar de saber que Marcos no es su hijo biológico, manifiesta un interés claro de quererse obligar a seguir cubriendo la cuota alimentaria fijada con anterioridad, a cambio de un régimen de visitas a su favor, guiado por el sentimiento de amor que tiene al menor, de lo cual afirma es recíproco, por lo cual

procedió el señor Juez a dar por restablecida la cuota alimentaria a favor del niño Marcos, y en consecuencia se restablece el régimen de visitas.

Por otro lado, admitiendo la rivalidad y falta de entendimiento que tienen las partes, respecto a las pautas de crianza de los hijos en común, apreciación que se hizo bajo la premisa de que el concepto de familia no surge únicamente por los lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, si no también por las relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, y lo que ha manifestado el padre demandado con respecto al niño Marcos, considera el Juez que se hace necesario y conveniente vincular a todo el grupo que conformó la familia Hernández García, a un proceso de intervención terapéutica por espacio no inferior a tres meses, con el objeto de implementar herramientas y pautas de crianza, un estilo de vida saludable y afianzar el rol paterno, este proceso deberá ser individual y familiar.

Con base a lo anterior, el Juez de Familia mediante sentencia decide acoger las pretensiones de la demanda verbal de impugnación de la paternidad legítima y en consecuencia declara que Antonio Hernández no es el padre biológico de Marcos, por lo que se dispone la corrección del Registro Civil de Nacimiento del niño para que lleve los apellidos maternos. De igual forma, restablece en tiempo, modo y lugar la cuota alimentaria y régimen de visitas acordado previamente por las partes por medio de escritura pública.

## **2. CAPÍTULO II: CATEGORÍAS JURÍDICAS**

### **2.1 Paternidad:**

En Colombia la familia ha sido entendida por la Constitución Política de 1991 en el artículo 42, como núcleo fundamental de la sociedad, por esto el Estado le da una protección especial y cierta supremacía a todo lo que con ella se relaciona, esto con el fin de darle una protección integral. Así, en las relaciones de pareja, vida matrimonial o compañeros permanentes, se les permite cierta libertad en temas reproductivos, sin embargo, no se deja de lado su deber conjunto de ejercer la patria potestad, educar y acompañar a sus hijos de forma conjunta.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue acogida por Colombia mediante la ley 12 de 1991 y en su artículo 18 establece que todos los niños tienen el derecho a no solo tener un nombre y una nacionalidad si no también el derecho a conocer a sus padres, a ser cuidados por ellos y exigirles sus obligaciones como progenitores, por consiguiente, se presenta el principio de que ambos padres comparten obligaciones con el fin de alcanzar el Interés Superior del Niño.

Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se tramitó uno de los procesos mas conocidos en lo relativo a la protección de la familia: Fornerón e hija vs. Argentina. El caso hace alusión a la transgresión de los derechos del padre al ser separado de su hija, es decir, ejercer el derecho que como progenitor tiene sobre la menor. Todo comienza el 18 de junio del 2000 cuando la ex pareja del señor Fornerón tuvo a su hija biológica, la madre momentos después del parto entregó en guarda provisoria a la recién nacida para que se concretara una adopción. Todo esto en contra de la voluntad señor Fornerón, quien a pesar de intentar obtener la custodia de su hija nunca logró su objetivo y conforme pasaba el tiempo la niña afianzaba vínculos con los guardadores, aunado a esto, todas sus solicitudes eran rechazadas, aduciendo una posición estereotipada de la familia, donde no se consideraba un



progenitor como único garante del bienestar de la menor. Luego de transcurridos cuatro años de disputa, la CIDH en Sentencia del 27 de abril de 2012, decide a favor del progenitor, reconociendo que las decisiones tomadas con anterioridad constituían una restricción ilegítima al derecho de tener una familia y sostiene que se había puesto al padre en una posición de inferioridad.

El Código Civil en el artículo 288, le otorga iguales derechos y obligaciones a mujeres y hombres, de esta forma define y otorga la patria potestad a ambos padres implicando que están llamados a tener los mismos derechos y deberes frente a sus hijos no emancipados. Por su parte, el artículo 206 de la misma norma, define la autoridad parental, a partir de la relación con la responsabilidad parental, y le impone al padre y a la madre el conjunto de facultades y deberes de proteger, educar, representar, acompañar, entre otros a sus hijos en el proceso de formación.

De igual forma, la ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, en su artículo 23 consagra que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que sus padres asuman de forma permanente y solidaria su custodia para así lograr un desarrollo integral, esto debe ser entendido en relación con el principio de corresponsabilidad, artículo 10 del mismo Código, en donde deben concurrir los padres para que prevalezcan los derechos de los niños.

Así mismo, la legislación colombiana reconoce tres formas de parentesco, entendiendo este como el vínculo jurídico entre personas naturales que conforman una misma familia, este puede ser por consanguinidad, afinidad o civil. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en el Concepto de 63 de 2014 los define: el primero, parentesco por consanguinidad, hace referencia al vínculo jurídico entre personas con sangre común, en este encontramos líneas y grados; el segundo, parentesco por afinidad, hace referencia a la relación entre cónyuge o compañero permanente y los consanguíneos de su pareja; el tercero, parentesco civil o de adopción, es el que surge entre personas que no tienen calidad de parientes pero lo son con ocasión de haberse tramitado un proceso de adopción.

Por consiguiente, es notable que el ordenamiento colombiano reconoce la existencia de vínculos familiares entre padres e hijos que no comparten un vínculo de consanguinidad, esos vínculos filiales que no surgen por un vínculo de consanguinidad son una expresión de los derechos fundamentales de los niños, y representan uno de los atributos de la personalidad jurídica, la filiación, la cual le reconoce unas obligaciones y derecho a los padres para con sus hijos, concluyendo de que este no se limita a surgir por la consanguinidad.

Sin embargo, en materia de custodia y deber de cuidado personal frente a los hijos luego de que la pareja ha decidido separarse, se tiene la creencia social de que sólo la madre es capaz de brindarles bienestar, aún cuando el padre no puede sustraerse de sus obligaciones, no es la primera opción al momento de decidir quien tendrá el cuidado, esto, desde una perspectiva sociológica, puede ser producto de pertenecer a una sociedad matriarcal.

Siendo claro así el trato preferente por parte de la sociedad y estado, la Corte Constitucional en la sentencia T- 384 de 2018 entiende que los progenitores también se preocupan por el interés superior del niño, y en razón a este se deben considerar circunstancias individuales, únicas y concretas de los mismos, las cuales pueden conducir a que ambos padres son idóneos para el cuidado de los hijos y por consiguiente es válida la figura de custodia compartida, la cual reconoce los derechos paternos de pertenecer en igual medida en la vida de sus hijos que la madre.

En materia de familia aún se ven corrientes donde el padre es solo ese aportador económico que tiene derecho a unas cuantas visitas, como si fuera un tercero ajeno en la formación de sus hijos, aún cuando la Corte Constitucional en sentencia T- 523 de 1992 expresó “Algo similar ocurre con la regulación concreta del derecho de visita la cual debe hacerse siempre procurando el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tienden a cercenarlo...” , la misma, más que abogar por el progenitor, tiene como guía el Interés Superior del Menor, asumiendo que esa relación paternal es fundamental en la formación de los hijos.

## 2.2 Interés Superior del Menor

Es un pilar fundamental del derecho el interés superior del menor, la Constitución Política de 1991 en el artículo 44 representa la protección constitucional que tienen en el ordenamiento los niños, niñas y adolescentes. Este enumera sus derechos fundamentales, entre ellos se encuentra tener un nombre, una nacionalidad, el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, entre otros. Todos con el fin de garantizar su desarrollo armónico e integral, haciendo hincapié en que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

La Convención sobre los Derechos de los Niños entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 y con sus 54 artículos busca señalar la condición especial de los niños, ya que estos no tienen un desarrollo mental y físico pleno, por lo que requieren una protección especial. Esta es la primera ley internacional que legisla sobre los derechos de los niños y le da esa obligatoriedad a los Estados firmantes.

El artículo 2 de la citada Convención señala que los derechos de los niños deben ser aplicados a todos y sin excepción, por lo que los Estados deben tomar las medidas necesarias para protegerlos de toda discriminación; así mismo, el artículo 3, referencia este principio de forma clara al imponer que todas las medidas del niño se deben basar en la consideración del interés superior del mismo.

En Colombia la ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, busca establecer las normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, así lograr garantizarles el ejercicio de sus derechos y libertades. El artículo 8 define el interés superior del menor como un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, los cuales son prevalentes e interdependientes.

Las características del interés superior del menor fueron señaladas por la Corte Constitucional en la sentencia C- 313 de 2014, esta determinó que este derecho es: 1) Real, pues se relaciona con las particulares necesidades del menor y sus aptitudes físicas y psicológicas; 2) Independiente del criterio arbitrario de los demás, su existencia no depende de la voluntad o capricho de sus protectores, padres; 3) Es un concepto relación toda vez que la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; 4) Garantizar este principio implica el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009 estudió todo lo referente a este principio en razón a unos hechos, los cuales versan así: Los señores Salomón y Raquel, colombianos y residentes de Estados Unidos, contactan a la señora Sarai, residente colombiana, para iniciar un proceso de gestación a través de la fecundación de óvulos de la esposa y así ser padres, sin embargo, el tratamiento no dio resultados. Con el tiempo el señor Salomón viajó a Colombia para conocer a Sarai con quien inició una relación, y le pidió realizar de nuevo el proceso de fertilización, pero con sus propios óvulos y con el fin de tener un hijo, a cambio le ofreció una buena posición económica y criar entre ambos al niño, a lo que la señora aceptó.

Para el 21 de marzo de 2006 y producto de la inseminación artificial la señora Sarai tuvo gemelos, pero en sus primeros 9 meses de vida no conocieron a su padre ni este les brindó alimentos, además, la custodia de ambos fue dada a una tía de la madre puesto que la última, que, aunque los cuidaba de forma adecuada, su hogar no estaba adaptado para un integral crecimiento de los gemelos, aún así la señora Sarai los visitaba constantemente y estos la reconocían como su madre.

Por lo último sucedido, el padre decide iniciar un proceso de pérdida de custodia de sus hijos y para el 2007 a través de apoderada judicial presenta una demanda de permiso de salida del país para que los niños cambiaran su residencia a Estados Unidos, la demanda fue conocida por el Juzgado Decimo de Familia de Cali y el permiso fue concedido en virtud a la relación

de alquiler de vientre pre existente en donde a la señora Sarai se le pagó una alta suma y por ende el padre gozaba de un mejor derecho de estar con ellos, además, señaló que la madre era consciente de que al nacer los niños se los debía entregar al padre y aún así esta decidió apegarse a ellos. De igual forma, al padre se le advirtió que debía permitir que los gemelos continuaran en contacto con su madre.

La señora Sarai no de acuerdo con el fallo y a través de apoderado, interpuso acción de tutela frente a la citada sentencia, pues afirma que la misma desconoce el derecho fundamental de sus hijos de tener una familia y a no ser separados de ella, a la igualdad y a la aplicación de los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños.

El Tribunal Superior del Distrito de Cali fue el competente para estudiar la sentencia en primera instancia, una vez subsanada la actuación, dejó sin efectos la sentencia proferida por el Juzgado Decimo de Familia de Cali por haberse apartado de su deber de sustentar sus decisiones en pruebas determinadas y haber omitido la aplicación de las reglas, así mismo, señala que el mismo aludió al interés superior de los menores como guía para tomar decisiones, pero en la práctica no fue así, ya que la decisión no aseguraba un armónico desarrollo integral de los menores y los separaba de su madre a una corta edad, aún cuando la Declaración de los Niños, integrante del bloque de constitucional, lo impide.

El señor Salomón impugnó la sentencia de tutela ya que según él esta vulneraba la presunción de buena fe y desconocía que tenía mejor capacidad de darle una buena vida a sus hijos que la señora Sarai, la cual, por su corta edad de 24 años no era la idónea sicofísicamente. Así, la Corte Suprema de Justicia el 24 de febrero de 2009 confirma el fallo del Tribunal Superior del Distrito de Cali, al considerar no aceptable privar a los menores de la posibilidad de desarrollarse en el seno de su familia, la cual en caso de no tener la capacidad económica el Estado se ve obligado de tomar medidas de protección.

La sentencia fue así modificada por el Juzgado Décimo de Familia de Cali y resuelta a favor de la madre, sin embargo, el señor Salomón interpuso acción de tutela contra la nueva

decisión, la cual volvió a ser dejada sin efectos por el Tribunal de Cali ya que hizo un pobre análisis de la situación lo que lo hizo volver a incurrir en error, esta sentencia volvió a ser impugnada por el apoderado de la señora Sarai.

Después de un riguroso estudio por parte de la Corte Constitucional y analizadas las providencias, recordó que los menores de edad son sujetos de especial protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, por lo que resulta constitucionalmente inadmisibles que se antepongan otros cometidos para dilatar la eficacia judicial en un proceso que verse sobre menores, todas las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos deben ser orientadas por el principio del interés superior del menor. Contrario sensu, este proceso fue dilatado por más de dos años, lo que en niños tan pequeños puede causar un daño de forma definitiva e irremediable por decisiones que no atienden sus intereses y derechos.

Sobre el principio objeto dice la Corte que es importante determinar las circunstancias particulares de los menores para aplicarlo, así, también se debe buscar un equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres

En este contexto, los derechos e intereses de los padres solo podrán ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga el interés prevalente del menor. La forma en que se deben armonizar los derechos y resolver los conflictos entre los intereses de los padres y los intereses del menor, no se puede establecer en abstracto, sino en función de las circunstancias de cada caso particular

Por esto, aunque exista un conflicto por situaciones sentimentales de la pareja, este no puede afectar en ninguna circunstancia los intereses de los hijos, los cuales, siempre están protegidos y guiados por el principio de interés superior del menor.

De esta forma es clara la tendencia jurisprudencial en Colombia hacia la protección del principio objeto de esta categoría; la sentencia T-105 de 2017 de la Corte Constitucional, recoge y aclara lo acá concluido, esto es, en todos los casos relacionados con la protección de los niños, niñas y adolescentes, al ser estos sujetos en condición de vulnerabilidad y objeto

de protección constitucional, el criterio a seguir por las autoridades judiciales debe ser el de preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor.

### **2.3 Filiación:**

La Convención de los Derechos de los Niños, en el artículo 7 les otorga a todos los niños el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos, esto debe ser traducido en la importancia de que todos los niños, niñas y adolescentes esclarezcan su verdadera filiación.

Bien versa la Constitución Política de Colombia en el artículo 42 que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, esta se constituye por vínculos jurídicos libres e iguales que implican deberes de pareja, como lo es el respeto recíproco y la protección a sus descendientes. Esa relación paterno- filial, sustentada también en el artículo 14 de la Carta no solo brinda una igualdad entre los hijos, también afirma que en caso de que esta relación esté siendo discutida se debe ser probada.

Según la sentencia C-109 de 1995 la filiación es “uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona”; así, esta existe entre padre o madre con el hijo o hija, por lo que se encuentra ligado a las normas de carácter de familia las cuales son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes.

En Colombia, la ley 75 de 1968 dicta las normas sobre filiación y crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El Congreso de la República mediante la ley 1060 de 2006 modifica las normas que regulan la impugnación de la paternidad y maternidad. El Código de Infancia y Adolescencia, ley 1098 de 2006, en el artículo 25 señala que los niños tienen derecho a la filiación conforme a la ley, significando que los hijos tienen derecho a un

vínculo legal con quienes son sus padres biológicos; de igual forma, la filiación puede ser adoptiva, en esos casos se establece de forma irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

Por su parte, el Código Civil en el artículo 213 considera que el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que en un proceso de investigación o impugnación de la paternidad se demuestre lo contrario. En caso de que se busque refutar esa relación filial reconocida en virtud de la ley, se deberá acudir a un proceso de impugnación de la paternidad.

Así, la jurisprudencia señala la filiación como un derecho innominado, que, aún sin estar positivizado es un derecho fundamental y debe ser leído conforme al artículo 94 de la Constitución Política, donde los jueces están llamados a actuar con diligencia y proactividad en todos los procesos de investigación de la paternidad y maternidad, por lo que deben preferir su decisión conforme a las pruebas y al interés superior del menor, buscando siempre que los niños hagan parte de la sociedad y de una familia.

Como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia T- 207 del 2017:

La filiación es el vínculo que une al hijo con su padre o madre, es el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias y nacionalidad, entre otros.

Aunado que, proteger ese derecho de filiación concreta la protección a otras garantías como dignidad humana, desarrollo de la personalidad y tener una familia.

La sentencia C- 109 de 1995, hito en el tema y expedida por la Corte Constitucional, señala que la filiación es un derecho fundamental de todas las personas, no solo de los niños; esta se relaciona con la dignidad humana pues supone el derecho a ser identificado en la sociedad a partir de los derechos que surgen como hijo. En esta la actora, Marcela Barona, demanda por inconstitucionalidad una parte del artículo 3° de la ley 75 de 1968, pues, a su



consideración, se viola la Constitución Política al darle un trato contrario a los hijos fruto de una relación extramatrimonial, pues la norma establece una causal única y restrictiva para que se pueda impugnar la paternidad, así, aquellos hijos que no se encuentran en la causal prevista por la ley no pueden acudir a la vía judicial para establecer su filiación.

Aduce la demandante que todos los hijos, y en realidad todas las personas, tienen como derecho fundamental acceder a la administración de justicia y en caso de que sea obstruída se atenta contra la dignidad humana, pues el menor sufriría por consecuencias externas a él que le impiden gozar de la filiación. Así mismo, argumenta que la norma no permite gozar el reconocimiento de la personalidad jurídica y viola las disposiciones internacionales ratificadas por Colombia.

La Corte luego de un acucioso análisis concluye que la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica y por ende un elemento integrante del estado civil de las personas, un atributo de la personalidad que lo hace ser un derecho constitucional y representar los valores fundantes del Estado colombiano; esto hace que la filiación sea un derecho fundamental ligado al artículo 14 de la Constitución Política.

Se concluye entonces que la filiación es un derecho innomado que resulta del derecho a la personalidad jurídica, del libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la justicia y la dignidad humana, por lo que esta

No puede ser un elemento puramente formal, sino que tiene que tener un sustento en la realidad fáctica 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

argumenta la Corte basado en que la filiación regula las relaciones de una persona con su familia, núcleo de la sociedad.

## 2.4 Inaplicabilidad

Al momento de tomar una decisión, sentencia, el juez debe ligar esta con cuatro principios: congruencia, motivación, decisión colegial y eficacia. De igual forma, la Constitución Política en el artículo 4º establece la excepción de inconstitucionalidad, esta le otorga la facultad al operador jurídico de que cuando existen normas contrarias a la Carta pueda alejarse de ellas para darle cumplimiento a la Constitución, siempre que considere la situación del caso concreto y lo pondere con las normas constitucionales para darle primacía a los derechos fundamentales que se pueden ver en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía a la de la norma constitucional.

Dicho control por vía de excepción puede ser realizado por cualquier juez o autoridad administrativas que deban aplicar la norma jurídica a un caso concreto, lo importante es señalar que la excepción depende de un caso concreto y que se debe analizar de forma detallada, pues son situaciones particulares e individualizadas, no son un conflicto general y abstracto, por lo que inaplicar una norma no lo anula de forma definitiva ni significa que siempre está en contra de la Constitución Política.

El 21 de febrero del corriente año la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC 1976- 2019 decidió la impugnación contra un fallo de tutela proferido por el Tribunal de Cundinamarca, donde la accionante, una adolescente de 15 años, solicitó que se le ampararan sus derechos fundamentales pues consideraba que se le estaban vulnerando por el juzgador que la quería obligar a practicarse la prueba de marcadores genéticos (ADN) para establecer su filiación natural, sin embargo, su deseo no era saber si el demandante era o no su progenitor ya que desde su nacimiento tenía establecida su familia.

Los hechos remontan al 11 de mayo de 2018 cuando el accionante, Javier Giovanny, demandó en impugnación a la menor y a sus padres inscritos, a lo que el juez de conocimiento ordenó la notificación del extremo demandado y la respectiva práctica de la prueba de ADN;

el padre demandado se opuso pues podría causar daños irremediables a la menor que por más de 15 años ha tenido una familia que le ha dado estabilidad psicológica y armónica, pero que se podía ver afectada por intentos extemporáneos y mal intencionados de terceros; de igual forma, la madre demandada manifestó que no se ordenara la vinculación de la menor al proceso, pues le daba miedo que ese entorno construido por 15 años fuera afectado y le causara afectaciones graves, sin embargo, el juzgado mantuvo la orden de practicar el examen aduciendo que según la norma el padre biológico tiene todo el derecho de impugnar la paternidad, haciendo caso omiso de la salvaguarda rogada a favor de la niña.

Aunque el proceso tuvo muchas oposiciones, como “inexistencia de la menor de edad”, “prevalencia del derecho que le asiste a la menor de edad de repeler el derecho que le pueda corresponder a conocer su identidad y filiación y conservar el nombre, familia, estado civil ante la sociedad por más de 15 años”, “violencia psicológica y obstaculización abrupta del ejercicio de los derechos de menor de edad”, entre otros, se continuó adelante el proceso y la prueba, el apoderado demandado solicitó que en pro de los derechos de la menor se le escuchara a la misma antes de realizar el examen de ADN, pero esto no fue posible, por lo que fue interpuesta tutela y el Tribunal de Cundinamarca negó el amparo al considerar que era una etapa muy temprana del proceso como para que algún derecho fundamental se viera vulnerado, sin embargo, una vez la Corte conoció el caso fueron otras las consideraciones.

Según la Corte, los menores de edad tienen derecho a ser cuidados con sus padres, por lo que se debe procurar guardar las relaciones familiares y evitar que los niños sean separados de sus padres en contra de la voluntad de éstos, y en los únicos casos donde esto es posible es en aquellos en que están rodeados de un ambiente de violencia, peligro, crisis o desestabilización que puede causar a futuro problemas psicológicos o emociones.

La Corte aclaró que:

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.

Por esto, y en razón de las manifestaciones aducidas por la adolescente donde afirma haber creado una relación paterno-filial caracterizada por el cariño, protección, y acompañamiento, y por lo que realizar el examen sería una invasión ilegítima al fuero interno de ella que de forma expresa manifiesta su rechazo hacia el proceso, da paso a la Corte para hablar de la paternidad psicológica donde se plantea que existe una relación parental con alguien que se le considera hijo, exista o no un lazo de sangre, este concepto planteado por Anna Freud y Albert Solnit son, acorde al caso, una forma de ver este tipo de paternidad como un concepto que puede ser objeto de protección constitucional y legal reconocido, pues al igual que la consanguinidad juega un papel necesario en toda las relaciones familiares, basado en lazos emocionales que se reafirman con la convivencia continua y que permiten el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Así, señala la Corte que “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”, pues acepta la existencia de familias surgidas por lazos afectivos que merecen amparo del ordenamiento jurídico, presupuesto que para el caso no fue considerado por el juzgador, pues al querer romper abruptamente con la identidad parental creada por la adolescente desde su primera infancia, se generan daños psicológicos y emocionales en la misma, todo por buscar aplicar la norma por encima del interés superior del menor; por esto, al decidirse de fondo y tutelar los derechos de la accionante de 15 años, se recuerda que no se podrá exigir prueba en casos o con propósitos diferentes pues será considerada como un atentado al derecho a la intimidad y sancionado como contravención, y como en la demanda el actor no justificó su interés en el juicio, deberá suponerse que priman los derechos de la adolescente y se deberá resolver a favor suyo.

Es así como esta sentencia es un reflejo de la primacía del derecho sustancial sobre el procesal o sobre las formalidades, este principio, consagrado en el artículo 228 de la Carta Política, es una muestra de que el juzgador puede inaplicar la norma jurídica para darle prevalencia al interés superior del menor, conforme a los hechos del caso concreto.

El ordenamiento jurídico colombiano y sus aplicadores jurídicos han, conforme al paso del tiempo, decidido rendir un culto ciego a la ley; sin embargo, la norma, que señala el camino que debe seguir todo juez al momento de decidir sobre un caso en específico no tiene que tener una primacía ciega ya que dentro del orden jerárquico se le sobreponen otros postulados, tal como la Constitución Política de 1991 que en el artículo 4º señala que es la norma de normas y que en caso de existir incompatibilidad entre ella y una ley se deberá aplicar las disposiciones constitucionales, aún así, y existiendo este precepto los jueces prefieren darle aplicación a las normas por miedo a que se les acuse de prevaricar.

Las normas nacionales poseen el carácter de ley, tienen un rango legal, y los “jueces y tribunales están facultados para inaplicar los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa” (Alonso, 1995), haciendo visible la necesidad existente, ante la realidad de aplicabilidad, de encontrar un equilibrio entre el sometimiento de los jueces a las normas y la supremacía del texto constitucional. Desde un ámbito práctico y ante el olvido de este mandato constitucional, que traduce la excepción de inaplicación constitucional, falta una cultura jurídica que refleje la superioridad del texto constitucional y que limite el ejercicio del poder y garantice los Derechos Humanos.

Si la Constitución Política debe primar sobre las normas, y esta en el artículo 44 señala los derechos fundamentales de los niños, impone la obligación de la sociedad, familia y Estado de proteger al niño para que sea garantizado su desarrollo armónico e integral y lo más importante, indica que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, se encuentra

que todos los operadores jurídicos deben inaplicar aquellas normas que, una vez ponderado el caso concreto, vayan en contravía del interés superior del menor.

### **3. CAPÍTULO III: RELACIÓN DEL CASO ANALIZADO Y LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS:**

El caso seleccionado para el presente trabajo es un reflejo de la primacía del interés superior del menor y la obligación que tienen los operadores jurídicos de poner por encima de cualquier ley los derechos de los niños, tal como lo señala la Constitución Política en el artículo 44, en concordancia con el artículo 23 del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

Así, se hace fundamental para el presente trabajo exponer un proceso sucedido en Tucumán, Argentina, en expediente de filiación N° 659/17 del Juzgado Civil en Familia en la Sentencia N°11 del 7 de febrero de 2020, donde la juez decide proteger los intereses de la niña Juli de 9 años, y en la parte introductoria de su decisión cita una frase del libro “El Principito”, advirtiéndole que este enseña que: “Solo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible para los ojos [...] Los ojos son ciegos. Hay que buscar en el corazón”, pues, cuando en el derecho de familia se tiene que entrar a decidir el futuro de un niño se debe mirar más allá de la apariencia, prejuicios o estereotipos, y pensar en el niño a quien le afectará de forma directa su vida.

El proceso inició con la demanda de Roberto para lograr el reconocimiento legal como padre de Juli, pretendiendo la impugnación de la filiación del señor Jorge, quien en el acta de nacimiento figura como padre de la niña. Una vez contestada la demanda, la juez decide ordenar una entrevista con la niña en el lugar donde ella reside, para esto se le explicó el motivo de la entrevista y ella aceptó querer participar en la misma; comenzó explicando como se conforma su núcleo familiar, y señalando que tiene dos papás, Jorge y Roberto, una mamá,

la señora Lucía, y cuatro hermanos, luego, explicó que se turna para vivir con sus dos papás pero que le preocupaba que le habían dicho que en el proceso iba a tener que elegir entre uno de ellos, lo cual ella no quería. Luego, la niña a través de su apoderada solicita se le respete el derecho de identidad en el doble aspecto: dinámica y estática, pues no quiere elegir y quiere continuar llamándose Juli S.

La historia de Juli es interesante, no vive con su madre Lucía, por eso en semana vive con su papá Jorge, una hermana y una tía y los fines de semana vive con su papá Roberto y otra hermana, va a una escuela local y quiere ser profesora de matemáticas cuando sea grande. Juli sabe toda su historia, que es hija biológica de Jorge, pero la reconoció Roberto, por eso ambos a sus ojos son sus auténticos padres, y con los dos comparte lazos fraternos afianzados en el amor y apego familiar, por eso reside en ambas casas, cosa que disfruta. La única pretensión de Juli en el proceso es querer tener en el papel a sus dos padres, haciendo un llamado a la juez a no ser ciega ante la realidad de su familia.

El proceso lleva a la juez a cuestionarse varias cosas, entre ellas:

“¿Podría el Estado desoír la voz de Juli y su consecuente petición de “no elegir entre sus padres”? ¿Acaso Juli tiene algo o alguien que elegir en este proceso? ¿A quién se le ocurre que una hija elija entre dos padres a quienes ella ama? ¿Cabría la posibilidad de desplazar a uno de ellos, ya sea por inexistencia de vínculo biológico o por el mero vencimiento de plazos legales?”

Entre otras preguntas cuyas respuestas fueron negativas, pues lo esencial es otra cosa, el amor y el apego que son los que en verdad construyen la parentalidad, esta es una creación diaria.

Partiendo de que el derecho de las familias es respetuoso de la diversidad, y aceptando que aunque la familia de Juli no fue considerada por el legislador, no significa que se deba ignorar al momento de resolver, por el contrario, se encuentra obligada la juez a realizar una interpretación del caso a la luz del ordenamiento jurídico nacional e internacional, el cual se ve retado con el presente proceso que demostró que no todas las familias se conforman por el binomio de una madre y un padre.

Así, el faro de este proceso debe ser el interés superior de Juli, que prevalece sobre los derechos de los demás, en este proceso judicial ese derecho “*se relaciona con los siguientes derechos: la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión de Juli, derecho al nombre, a su personalidad jurídica y a su dignidad*”, toda vez que no protegerlo restringe de forma inmediata estos que se vieron amenazados desde el momento que se le dijo que tenía que elegir entre sus padres, lo cual la llevó a pasar por momentos de angustia e incertidumbre, aún cuando el Estado no debería imponerle una elección si no permitirle disfrutar de sus dos padres.

Con base a esto, para decidir casos como éste se debe recordar que el niño es la centralidad y esto implica tres cosas:

- a). Reconocer a la niña titular de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y a partir de la lógica del desarrollo integral de los NNA; b) reconocer su capacidad para ejercer sus derechos de forma independiente en función de su edad y madurez; c) reconocer y promover su derecho a participar y a que su voz y opinión sea tomada en consideración en la petición que hacen sus padres como en la decisión que corresponde tomar, y que decididamente la afectará.

En razón a esto y a otros cuantos argumentos, la juez decide proteger y garantizar el derecho a la dignidad personal de Juli permitiéndole no elegir entre sus papás, reconociendo la familia pluriparental que ellos conforman y devenida de una filiación socio afectiva, por último, ordena que se inscriba en el registro civil de la niña a ambos padres y declara inconstitucional el artículo 558 del Código Civil de Argentina, pues para el caso particular es necesario inaplicarlo ya que termina vulnerando el interés superior de la menor.

Para el caso de estudio que reúne este trabajo, más las categorías anteriormente desarrolladas se deben hacer ciertas aclaraciones que permitan la integración de estas. Frente a la paternidad se encuentra que cada uno desarrolla una identidad, tanto familiar como individual, esta permite que nos diferenciamos entre nosotros y que seamos a su vez



portadores de diferentes derechos, vélgase decir, nombre, nacionalidad, sexo, entre otros. Marcos aún a su corta edad ya ha desarrollado gran parte de su identidad, misma que incluye la identificación de sus padres, que, más que para él ser trascendente un vínculo consanguíneo ha forjado un vínculo fraterno y afectivo con el señor Antonio Hernández, con quien ha creado un lazo que supera cualquier vínculo legal y trasciende al ámbito personal, pues el apoyo de una figura paterna le permite fijar su identidad personal y construir un plan de vida.

La paternidad termina siendo un elemento constituyente de la identidad familiar y dignidad personal de los niños, Marcos exige de Antonio Hernández ese afecto y amor que es fundante del vínculo paterno, separarlos causaría un daño irremediable que afectaría esa construcción que ha realizado el niño en torno a su determinación, y más aún cuando este se ve amenazado por una rivalidad entre los padres, que, sin duda, no evalúa la afectación futura de Marcos; por esto, no permitir que el vínculo o identidad biológica desplazara ese vínculo o identidad socio afectiva era la mejor decisión en el presente caso de estudio, pues, primó el interés superior de Marcos sobre cualquier prescripción normativa.

A su vez, resulta claro que los conceptos de parentalidad y filiación tienen una relación significativa y ambos se complementan en tanto traducen vínculos jurídicos libres e iguales ligados al estado civil de la persona; la relación que existe entre padre e hijo refleja ese vínculo filial y protege garantías como la dignidad humana, el desarrollo de la personalidad y tener una familia. El derecho a la filiación no es puramente formal, toda vez que siempre debe tener como sustento la realidad de las relaciones humanas, por esto el juez que permitió a Marcos continuar esa relación paterna con Antonio Hernández no se guió por las formas si no por el interés superior del menor, lo que traduce un respeto por su dignidad y desarrollo autónomo de su personalidad.

Identificar el derecho filial le permite a los niños desde temprana edad estructurar una identidad a partir de sus relaciones familiares, permitiendo que quienes en su vida ocupan la figura de padre o madre sean los más importantes y presentes durante su crecimiento. Marcos, se encontraba en el medio de una disputa entre sus dos padres, por lo que el operador jurídico

tuvo que involucrarse como tercero ajeno para representar sus intereses, y recordar que las dinámicas familiares confluyen para formar a los descendientes y ahí está la importancia que le da el ordenamiento jurídico a la familia, núcleo de la sociedad.

Del mismo modo, en el presente caso se pueden evaluar las diferentes fuentes de la filiación, sin reducir a la misma a las relaciones sexuales entre los padres, pues, de forma voluntaria las relaciones filiales se pueden construir a partir de vínculos socio afectivos, por lo que, como sucede, aún cuando hay una prueba de marcadores genéticos (ADN) que señala que el señor Antonio Hernández no es el padre biológico del niño Marcos, se puede resolver que los mismos pueden continuar el contacto y relación de padre- hijo, ya que se hace imposible ignorar la realidad y la relación paterno filial creada entre ambos, misma que demuestra y potencializa los valores familiares. Es así como debe estudiarse cada caso de forma individual, más aún cuando se tienen intereses de niños de por medio, donde se debe decidir a favor de la relación que les genere mejor trato y afecto.

La ruptura de lazos espontánea que pretendía la señora Claudia García en el proceso, al exigir que Antonio Hernández que había actuado como padre del niño Marcos por más de seis años, desapareciera de su vida y se le impusiera olvidarlo, terminaba generando una afectación psicológica en el niño que había creados esos lazos a partir de muchos años de convivencia familiar, no en razón a la existencia de un vínculo consanguíneo, si no por aquello invisible a los ojos, el amor y afecto.

En el mismo sentido, otro orientador de la decisión tomada en el caso de estudio es el interés superior del niño y su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Marcos, al igual que su hermano, son sujetos de especial protección en el ordenamiento jurídico, habida cuenta que dada su condición de vulnerabilidad por ser sujetos que apenas están comenzando la vida pueden estar sujetos a tratos discriminatorios que, al no entender, terminan en estado de indefensión, teniendo la sociedad y el Estado la necesidad de entrar a defenderlos.

Los padres Antonio Hernández y Claudia García desde el momento que decidieron conformar una familia fueron titulares de unas responsabilidades compartidas, entre esas, garantizar que sus hijos puedan ejercer plenamente sus derechos, dentro de los cuales se encuentran tener una familia y a no ser separada de ellos, por lo que ni los padres, ni las autoridades judiciales o administrativas, pueden pretender dicha separación, muchos menos cuando la misma genera una afectación al interés superior del niño Marcos que había sido afortunado al tener una crianza íntegra y la presencia de una figura paterna que le representaba un vínculo estable de seguridad y amor.

De igual forma, la realidad hace un llamado a los operadores jurídicos para que siempre busquen darle primacía al texto constitucional y a los derechos fundamentales que este consagra, están obligados, sobretodo en el derecho de familia, a siempre sobreponer los intereses de los terceros ajenos al proceso, esto es, los niños que hacen un llamado a través de las autoridades administrativas para que sus intereses sean respetados y salvaguardados, y sus juzgadores encuentren un equilibrio entre las normas y el texto constitucional. Para el estudio de caso se encuentra que ese equilibrio pedido por el niño Marcos fue establecido por el juez de familia que le permitió seguir teniendo una figura paterna, incluso esta decisión es un respeto por el art 44 de la Constitución Política que señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y por ende es merecedora de una protección especial.

## CONCLUSIONES:

Es claro que el ordenamiento jurídico colombiano ha favorecido el vínculo materno filial sobre el paterno filial, pues se ha construido la falsa creencia de que los niños encuentran mejores garantías al cuidado de sus madres, esto, no siendo regla general, implica que se desconozca la relación paterno filial como constructora de la identidad personal, familiar y garante de todos los derechos que también implican protección como lo son el derecho a tener un nombre, una nacionalidad, un sexo, una familia, entre otros.

El paso del tiempo ha demostrado que existen muchas familias no contempladas por el legislador, como fue el caso presentado de Juli, tenía dos papás y una mamá, situación no reglada en el ordenamiento jurídico pero que implica que los mismos operadores jurídicos más que sobreponer las normas para dictar una decisión deban analizar el caso concreto y sobreponer el interés superior del menor. En el caso analizado, era claro que la decisión a tomar era declarar que no era hijo suyo y por ende ordenar que su nombre fuera cambiado, toda vez que es lo debido en un proceso de impugnación donde la prueba de marcadores genéticos excluye la paternidad, sin embargo, el análisis no se podía limitar a esa situación, el niño Marcos reconoce en el demandado una figura paterna que le ha permitido durante sus cortos años de vida forjar una identidad personal y familiar, la cual, en caso de que se hubiera ordenado acabar con el lazo afectivo amenazaba los derechos del infante, por esto, el juez decidió darle primacía a sus intereses y con esto ordenar que se continuaran las visitas y las obligaciones para con el niño, protegiendo la familia que aún sin basarse en lazos consanguíneos sí podía exigir una protección.

Se hace fundamental que en la sociedad se acabe la falsa creencia de que una familia se basa exclusivamente en lazos consanguíneos, el parentesco tiene otras fuentes de origen, como lo son por afinidad y civil, y más que limitarse a relacionar personas busca reconocer la existencia de vínculos familiares entre padres, hijos, abuelos y tíos, que aún sin compartir un vínculo consanguíneo han sabido forjar una relación basada en el respeto y que a su vez

forja la identidad de quienes pertenecen a ella y les hace ser merecedores de la dignidad humana, pues supone ser identificado en la sociedad a partir de los derechos que surgen a partir de esta.

Por su parte, la protección especial e integral de la que goza la familia en nuestro ordenamiento jurídico conlleva a su vez a exigirle a los padres, si bien no una convivencia estable, ya que hay parejas separadas que aún separadas garantizan el bienestar de sus hijos, sí un conjunto de deberes como proteger, educar, representar y acompañar a sus descendientes, mismos que al verse afectados deben ser exigidos y restablecidos por el operador jurídico que siempre debe basarse en la realidad de las relaciones del caso concreto para tomar una decisión, la cual no implica el beneficio de uno de los padres, por el contrario siempre debe reflejar el interés superior del niño, por eso, en muchas ocasiones se tiene que ambos padres pueden ser idóneos para el cuidado de sus hijos.

Así, resulta claro que ponderar las normas constitucionales para darle primacía a los derechos fundamentales que se ven arriesgados por una norma de carácter inferior es deber no solo de los jueces si no de todas las autoridades que hacen parte de la cadena de protección de los niños, niñas y adolescentes; es deber de todos como sociedad permitir que estos desarrollen su identidad personal y familiar a partir de la protección de los vínculos paterno filiales que representan en ellos y en su proceso de formación, el gozar de un conjunto de garantías que les permiten desarrollarse, eso sí, sabiendo que en realidad siempre se termina protegiendo aquello invisible a los ojos, el amor.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Alonso García, M. C. (1995). La Facultad del Juez Ordinario de Inaplicar la Ley Interna Posterior Contraria a la Norma Comunitaria. *Revista de Administración Pública*, 138(Septiembre-diciembre 1995), 203-223.  
file:///Users/lauvlopez/Downloads/Dialnet-LaFacultadDelJuezOrdinarioDeInaplicarLaLeyInternaP-17288%20(1).pdf

Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 julio). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Secretaría del Senado de la República.  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989, 20 noviembre). *Convención sobre los Derechos del Niño*. UNICEF.  
<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Congreso de Colombia. (2006, 8 noviembre). *Ley 1098 de 2006*. Secretaria de Senado.  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1098\\_2006.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html)

Congreso de la República. (1873, 31 mayo). *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. Secretaría del Senado.  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 27 abril). *Caso Fornerón e hija vs Argentina. Sentencia 27 de abril de 2012.* CIDH.  
[https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)

Congreso de Colombia. (1968, 30 diciembre). *Ley 75 de 1968.* ICBF.  
[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0075\\_1968.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0075_1968.htm)

Congreso de Colombia. (2006a, julio 26). *Ley 1060 de 2006.* ICBF.  
[https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/ley\\_1060\\_de\\_2006.pdf](https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/ley_1060_de_2006.pdf)

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2020, 7 mayo). *Concepto 63 de 2014.* ICBF.  
[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0000063\\_2014.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000063_2014.htm)

Poder Judicial de Tucumán. (2020, 7 febrero). *L.F.F. c. S.C.O/ Filiación, Expediente N°659/17.* Centro Judicial Monteros. <http://www.sajj.gob.ar/FA20240001>

Corte Constitucional de Colombia. (1972). *Sentencia T- 523/72.*

Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia C- 109/95.*

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T- 207/17.*

Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia T- 384/18.*

Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia STC- 1976/19.*