

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL – FAMILIA

Medellín, ocho de julio de dos mil veinticuatro

Proceso	: Acción de tutela
Asunto	: Primera instancia
Ponente	: WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA
Sentencia	: 26
Accionantes	: Lina Marcela Jaramillo Posada y otra
Accionado	: Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia
Radicado	: 05000221300020240014000
Consecutivo Sría.	: 1171-2024
Radicado Interno	: 0034-2024

ASUNTO A TRATAR

La Sala profiere fallo de primera instancia en la acción de tutela interpuesta por Deisy Kimberly Giraldo Gallego y Lina Marcela Jaramillo Posada, actuando en carácter de representantes legales de la menor MJG, contra el Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia, extensiva a las demás partes e intervinientes del proceso verbal de impugnación de la maternidad que actualmente se está adelantando bajo el radicado n.º 05736-31-84-001-2022-00189-00.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

El apoderado de las actoras expuso los que seguidamente se resumen:

1. Ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia se está controvirtiendo la maternidad que las dos accionantes ostentan frente a la niña MJG, *«nacida dentro de [su] matrimonio y registrada como su hija»*. Allí demanda como padre sanguíneo Delio Ferney López Londoño, con quien Deisy Kimberly sostuvo relaciones sexuales *«con el único y exclusivo fin de quedar embarazada y tener una niña con su pareja Lina»*.
2. Pese a que la contestación fue extemporánea, entre los anexos del libelo genitor se localiza *«el registro civil que da cuenta de la forma familiar especial de [MJG]»* con respecto de sus dos madres. Sin embargo, el despacho encartado ha prescindido del *«decreto oficioso de pruebas para averiguar la realidad familiar de la niña»* y, además, ha limitado su dirección a ordenar *«la práctica de la prueba de ADN»* en aras de establecer

pericialmente *«la verdadera filiación y la verdadera familia de la niña»*, siendo ello del todo innecesario, pues *«ambas madres reconocen que el aportante del material genético necesario para producir la vida de [MJG] fue el demandante»*.

3. Ignorando su *«deber y obligación de proteger la realidad familiar de la niña [MJG]»*, el despacho atacado comisionó la realización de la prueba genética mediante auto fechado en 20 de junio hogaño, mandando a la Comisaría de Familia de Remedios para que, en compañía de la Policía de Infancia y Adolescencia, llevase a la menor hacia el laboratorio Adilab, ubicado en Segovia, *«aun contra la voluntad de las señoras [demandadas]»* y sin efectuar previo aviso, sea a ellas, sea a su apoderado, *«teniendo en cuenta la renuencia evidente de las [mismas]»*.

4. La comisión se intentó llevar a cabo el 26 de junio, a las 7:30 a. m., fecha en que las autoridades comisionadas subieron a la niña *«a una patrulla con su madre Deisy y la lleva[ron] hasta Segovia»*. Tanta era la irregularidad de la orden, empero, que la prueba no pudo hacerse *«porque el demandante no estaba presente»*. Por ello, se citó *«nuevamente para mañana»* bajo *«amenaza»* de que la fuerza policial regresaría.

5. La prueba así decretada representa una franca extralimitación del poder jurisdiccional y deviene inconstitucional por limitar las posibilidades de defensa que acompañan a las demandadas, especialmente porque no les fue notificada a ellas ni a su abogado, sino que, todo lo contrario, trató de esconderseles.

PETICIÓN

Las accionantes solicitaron la protección del derecho fundamental al debido proceso, tanto el propio como el de su hija, y que, en consecuencia, se le ordenara al despacho criticado cesar *«el comportamiento presentado»*.

Como medida provisional pidieron la suspensión de la prueba comisionada hasta tanto no se resolviera sobre el fondo del presente amparo.

TRÁMITE Y RÉPLICA

1. La solicitud de tutela fue admitida a trámite en auto del 27 de junio último, donde se dispuso: (i) vincular por pasiva la Comisaría de Familia de Remedios, al Comando de Policía de Infancia y Adolescencia, a Adilab S. A. S. y a Delio Ferney López Londoño; (ii) otorgar la medida provisional implorada; (iii) requerir una copia del expediente en que se contiene el proceso ordinario; y (iv) comunicar la acción al procurador delegado ante esta Corporación.

2. La titular del Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia explicó que tomó la decisión de comisionar la prueba genética debido a la renuncia de las opositoras para tal propósito, negativa que ha impedido avanzar en la determinación científica necesaria para esclarecer la filiación de la niña en cuestión, motivo por el cual *«no se les notificó previamente lo dispuesto, dado que su falta de cooperación viene obstaculizando el proceso»*. Agregó que en la providencia se tuvo en cuenta el derecho del presunto

padre a conocer dicha filiación, y que no se ha aplicado la presunción contemplada en el artículo 386 del Código General del Proceso, toda vez que aquél ha acusado cierta incertidumbre al decir que *«para la fecha de la concepción de la menor, la progenitora sostenía relaciones con otro hombre»*. Concluyó así que la decisión adoptada responde a la necesidad de proteger los derechos fundamentales de la menor y del presunto padre, *«buscando esclarecer la verdad biológica y legal en beneficio de todas las partes»*.

3. La Comisaria de Familia de Remedios realizó un recuento de lo sucedido el 26 de junio último, cuando se intentó llevar a efecto la comisión, adjuntando una copia de la respectiva acta o constancia.

4. Delio Ferney López Londoño arguyó que en este caso era *«absolutamente necesario hacer la prueba de ADN a fin de establecer la verdadera relación de filiación biológica entre la niña [MJG] y mi persona»*. Para llegar a esta aseveración, recordó que sostuvo una breve relación sentimental con Deisy Kimberly *«durante el año 2020»*, resultando ella embarazada por esa época, *«bajo el entendimiento mutuo –al principio– que el bebé en camino era mío»*, hasta que la progenitora, poco antes del alumbramiento, resolvió irse a vivir con su actual pareja Lina Marcela, *«situación que me sorprendió, pero [que] respeté en su momento»*. Nacida la niña, afirmó que él buscó en repetidas ocasiones a Deisy Kimberly para que se realizara la prueba genética, a lo cual ella respondió que *«solo había pretendido quedar en embarazo para tener un hijo y criarlo con su compañera sentimental [la] señora Lina Marcela»*, aunque *«en otras ocasiones me decía que no molestara que la criatura no era mía sino de otro señor conocido del pueblo de Remedios (...)»*¹ con quien también habría tenido relaciones sexuales ya que lo único que ella buscaba era quedar encinta de quien fuera», pero más adelante volvió a decirle que *«la niña sí era mía»* para pedirle colaboración económica en su manutención. Seguidamente enfatizó que su única aspiración era *«conocer la verdad»*, porque, si bien *«comprend[ía] y respet[aba] el proyecto de familia que ha elegido la señora Deisy madre de la niña con su pareja»*, lo más justo sería que ambos –padre y niña– puedan conocer su vínculo *«más allá de lo que pueda decir un registro civil»*. En lo demás, criticó la actitud de las dos accionantes al esconderse para no recibir citaciones y eludir previos requerimientos del despacho, señalando su grande extrañeza ante la incoherencia de conducta, pues *«si la señora Deisy está segura que yo soy el padre biológico de la niña [MJG], no entiendo por qué motivo se niega tan vehementemente a realizar la prueba de ADN»*, máxime cuando él está dispuesto a llevar sus obligaciones parentales en la proporción de sus capacidades.²

5. El Procurador Delegado de Familia conceptuó que el despacho criticado había incurrido en una violación iusfundamental al decretar y practicar una prueba a espaldas de los sujetos procesales, en este caso las madres de la niña, haciendo necesaria la emisión de un nuevo auto que regule la prueba genética.

6. No se recibió ninguna otra intervención durante este trámite.³

¹ No quiso el vinculado mencionar su nombre por respeto [nota fuera del original].

² Sobre su ausencia en la diligencia comisionada, dijo desconocer que ese día se realizaría la toma de muestras.

³ Consta que todos los otros vinculados fueron notificados personalmente a través de los correos electrónicos que figuraban en el expediente contentivo del proceso verbal; vid. cuaderno del Tribunal: archivos 0005 y 0015.

CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

Las accionantes arguyen que el Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia vulneró su derecho de defensa al comisionar la realización sorpresiva de la prueba científica de marcadores genéticos, sin previa notificación, aun cuando ella resulta completamente innecesaria en el específico caso de la menor MJG, quien se halla dentro de una unidad familiar homoparental, donde, por obvias razones, no puede confluír el aporte gamético de dos personas del sexo femenino.

La motivación del antedicho despacho apunta a la necesidad de esclarecer la «*verdad biológica*» de la niña, dado que Delio Ferney López Londoño, demandante dentro del proceso de impugnación de la maternidad, dijo tener vacilaciones sobre su parentesco, inseguridad esta que sólo puede ser satisfactoriamente despejada mediante la prueba científica a la que tanto obstáculo han puesto las actoras.

En razón de los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala solucionar varios problemas jurídicos estrechamente interconectados, a saber:

(a) ¿Puede prescindirse o soslayarse la prueba genética en un proceso verbal de impugnación de la maternidad, enfocado contra dos mujeres, con la sola afirmación de que una de ellas tuvo relaciones sexuales con el varón demandante para quedar encinta y poder conformar una familia homoparental con la otra?

(b) ¿Es constitucionalmente admisible el medio empleado por la célula judicial para lograr la realización de esa prueba, esto es, comisionar a la Comisaría de Familia para que –en compañía de la Policía de Infancia– sorprendan a las dos mujeres demandadas sin previa notificación o algún tipo de aviso?

(c) ¿Es viable resolver sobre el fondo de la maternidad impugnada con fundamento en los resultados de la eventual prueba genética, cuando se está ante una apariencia de familia homoparental?

Antes de tratar estos interrogantes en concreto, la Sala estima conveniente hacer un recuento de la jurisprudencia imperante sobre la procedencia de la acción constitucional contra providencias judiciales.

2. La acción de tutela contra providencias judiciales

Fuerza es admitir la posibilidad de yerro del juez en la dirección y desarrollo del proceso, así como en los actos de decisión, motivo por el cual se establecieron los recursos adecuados para reparar la legalidad del proceso. Empero, hay casos en los que no resulta factible corregir tales desafueros en uso de los mecanismos estatuidos por el legislador y, al mismo tiempo, es palmario que sí se ha lesionado el derecho fundamental al debido proceso por hallarse configurada una deficiencia

protuberante de la actividad judicial, antes denominada una «*vía de hecho*» y ahora una «*causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales*».⁴

Desde la jurisprudencia constitucional se tiene firmemente averiguado que no cualquier desacierto o anomalía judicial habilita la posibilidad de cuestionar una determinada decisión, sino sólo de forma excepcional, cuando la acción de tutela resulta el único mecanismo idóneo y eficaz para contrarrestar los efectos nocivos de cierta providencia en «*abrupta y franca incompatibilidad con las normas constitucionales o legales aplicables al caso*», la cual, «*dada su gravedad e ilicitud*», puede ser catalogada como una clara «*actuación de hecho*» por parte del funcionario jurisdiccional.⁵

Lo primero que exige su procedencia, entonces, es la rigurosa observancia de las «*causales genéricas*», a saber: (i) la cuestión debatida debe tener una marcada relevancia constitucional y abarcar la afectación de un derecho superior, requisito indispensable para desplazar a los jueces ordinarios⁶; (ii) el interesado debe haber agotado todos los medios que el sistema jurídico consagra para la defensa de sus derechos, siempre que ello fuere posible; (iii) la acción debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la supuesta vulneración iusfundamental; (iv) en caso de irregularidades procesales, éstas han de tener un efecto decisivo en la decisión que se cuestiona; y (v) no debe dirigirse contra otros fallos de tutela.⁷

Solamente si concurren los requisitos generales de procedencia es que hay cabida a examinar las «*causales específicas*», también desarrolladas por la constante jurisprudencia constitucional de la siguiente manera:

i) *Defecto sustantivo, orgánico o procedimental: La acción de tutela procede, cuando puede probarse que una decisión judicial desconoce normas de rango legal, ya sea por aplicación indebida, error grave en su interpretación, desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, o cuando se actúa por fuera del procedimiento establecido.*

ii) *Defecto fáctico: Cuando en el curso de un proceso se omite la práctica o decreto de pruebas o estas no son valoradas debidamente, con lo cual variaría drásticamente el sentido del fallo proferido.*

iii) *Error inducido o por consecuencia: En la cual, si bien el defecto no es atribuible a funcionario judicial, este actuó equivocadamente consecuencia de la actividad inconstitucional de un órgano estatal generalmente vinculado a la estructura de la administración de justicia.*

⁴ CC, Sentencias T-1031 de 2001, T-774 de 2004 y C-590 de 2005.

⁵ T-211 de 2006. La terminología de «*actuación de hecho*» se remonta a C-543 de 1992 y T-079 de 1993.

⁶ Tiene dicho la Corte Constitucional: «*El presupuesto básico para la procedencia del amparo es la vulneración o la amenaza de vulneración a un derecho fundamental y en ese sentido puede anotarse que las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales deben estar inescindiblemente relacionadas con la vulneración de derechos fundamentales, lo que implica que para lograr el amparo constitucional, no basta acreditar la concurrencia de una de las vulneraciones genéricas señaladas –que bien podrían ser subsanadas a través de los mecanismos y recursos ordinarios– es necesario también, que tal defecto en la providencia vulnere derechos fundamentales en el caso concreto*». Sentencia C-701 de 2004.

⁷ Sentencia C-590 de 2005. Ver también SU-813 de 2007, SU-913 de 2009 y SU-090 de 2018.

iv) *Decisión sin motivación:* Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos.

v) *Desconocimiento del precedente:* En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia.

vi) *Vulneración directa de la Constitución:* Cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto.⁸

3. Acervo probatorio

Un examen de las pruebas aquí recaudadas, contrastadas con el expediente en que se contiene el proceso verbal de impugnación de la maternidad, arroja los siguientes datos de importancia:

(i) En el registro civil de nacimiento acompañado a la demanda aparece que Lina Marcela Jaramillo Posada y Deisy Kimberly Giraldo Gallego son madres de la menor MJG, alumbrada en Yolombó el 20 de julio de 2021.⁹

(ii) Delio Ferney López Londoño fundó su demanda en que había sostenido un «noviazgo» con Deisy Kimberly «desde mediados del año 2015», el cual se caracterizó por ser inestable hasta los albores «del año 2020». Allí se afirmó que sí llegó a aflorar una convivencia de pareja, concluida, entre otras cosas, por la supuesta conexión que aquella mujer mantenía con Lina Marcela, notándose el embarazo a los pocos meses después de la separación, aunque «al preguntar [Delio Ferney] quién era el padre del futuro bebé, [Deisy Kimberly] le dijo que NO era de ÉL, y no le iba a decir quién era».¹⁰

(iii) El apoderado de las codemandadas presentó su contestación de forma extemporánea, de modo que se tuvo por no contestada la demanda en providencia del 25 de abril del año pasado, en la cual, además, se agendó fecha para practicar la prueba genética, expresamente decretada desde el auto admisorio.¹¹

(iv) Conviene anotar que en la contestación extemporánea se contenía una amplia y detallada argumentación sobre el «tratamiento diferencial» que requería este caso, esgrimiéndose a tales efectos el «derecho fundamental a tener una familia y no ser separada de ella de las parejas del mismo sexo y prevalencia de la voluntad procreacional sobre

⁸ Sent. cit.

⁹ Cuaderno principal del proceso verbal de impugnación de la maternidad: archivo 01, pág. 5.

¹⁰ Delio Ferney pidió y obtuvo un amparo de pobreza antes de proceder a la demanda; ibídem, carpeta 2022-006.

¹¹ Ibídem: archivos 14-15.

el concepto de verdad biológica». Asimismo, se discurrió extensamente en derredor de los conceptos de la pluriparentalidad y la filiación socioafectiva o múltiple.¹²

(v) La citadora del despacho cognoscente hizo constar que había entablado comunicación telefónica con Deisy Kimberly, informándole que la prueba genética estaba programada para el 16 de mayo del año pasado en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sede Medellín. Antes de esa fecha, intervino su vocero judicial para manifestar que *«la filiación de [MJG] está definida por la voluntad procreacional de mis representadas y por sus estados civiles de casadas»*, con lo que devenía irrelevante la prueba genética. Asimismo, se formuló una solicitud de amparo de pobreza.¹³

(vi) Dicha manifestación obtuvo respuesta en auto del 12 de mayo del mismo año, donde se hizo remisión, a su vez, a la providencia que tuvo por no contestada la demanda. Allí se explicó *«que en esta clase de procesos es necesario el resultado de la prueba de genética, con el fin de establecer la verdadera filiación de la citada niña, tal como lo dispone el numeral 2° del artículo 386 del C.G.P y el artículo 7 de la Ley 721 de 2001»*. En esa misma providencia se concedió el amparo de pobreza en favor de las demandadas y se fijó el 30 de mayo como nueva fecha para la toma de muestras, a la cual sólo compareció el demandante Delio Ferney López Londoño.¹⁴

(vii) En memorial del día siguiente, el vocero de las demandadas hizo saber que ellas no contaban con medios económicos suficientes para desplazarse hacia Medellín, y que, aunque no era su voluntad *«negarse a cumplir la orden dada»*, insistían en la irrelevancia de la prueba genética cuando ya se reconocía el aporte biológico del demandante para la generación de la pequeña, cuya *«determinación filial y familiar no se determina por el vínculo biológico sino por la voluntad procreacional»*.¹⁵

(viii) Vista la inasistencia de las demandadas, el despacho de conocimiento resolvió proseguir el curso del proceso con base en la confesión presunta y directa de aquellas sobre la paternidad del demandante. Bajo esa premisa, dispuso *«pasar el expediente a despacho para dictar sentencia de plano escrita»*.¹⁶

(ix) Contra esta decisión se interpuso recurso de reposición y de subsidiaria apelación, fundamentado en que debía procederse al decreto oficioso de pruebas antes de intervenir en el estado civil de una menor criada en el seno de una familia abiertamente homoparental, la cual, se reiteró una vez más, producía lazos filiales igualmente válidos que los originariamente sanguíneos, en virtud de la tantas veces citada *«voluntad procreacional»* de Lina Marcela como cónyuge de Deisy.¹⁷

(x) La impugnación horizontal fue despachada de forma negativa por medio de proveído del 17 de julio del año pasado, haciéndose alusión a la presunción de

¹² Ibídem: archivo 14 *in totum*.

¹³ Ibídem: archivos 24-25.

¹⁴ Ibídem: archivo 26.

¹⁵ Ibídem: archivos 31-33.

¹⁶ Ibídem: archivo 34.

¹⁷ Ibídem: archivo 35.

paternidad que dimanaba de la falta de oportuna contestación. Frente a las pruebas oficiosas bastó decir que, de momento, no se les estimaba necesarias, *«sin perjuicio de que, más adelante, de considerarse pertinente, pueda tomarse otra decisión al respecto»*.¹⁸

(xi) No fue concedida la alzada porque el auto opugnado no era pasible de dicho medio de impugnación. Lo anterior salió confirmado –en sede de queja– por parte del despacho del magistrado ponente.¹⁹

(xii) Mientras se surtía la queja, el vocero del demandante solicitó que fuera realizada la prueba genética, ofreciéndose a pagar todos los gastos del caso, dada la inasistencia de las demandadas a la previa citación del despacho.²⁰

(xiii) En el proveído que decidió el recurso de reposición contra el que había negado la concesión de la apelación, fechado el 6 de septiembre, el despacho hizo mérito de la solicitud precedente y ordenó *«practicar la prueba de ADN decretada en este proceso»* una vez se tuviera noticia del convenio celebrado por el ICBF. Esto ocurrió el 9 de abril del año corriente, cuando se fijó fecha para la realización de la prueba genética el 25 de la misma mensualidad, en el *«laboratorio ADILAB ubicado en la carrera 50 No. 51-41 Edificio JAR, piso 4, de este municipio [de Segovia]»*.²¹

(xiv) Llegada la fecha previamente programada, el laboratorio Adilab arrió una constancia de incumplimiento *«debido a que solo se presentó el señor DELIO FERNEY LOPEZ CC (...) cita que se tenía programada para el día de hoy 25 de abril de 2024»*. Comentó este señor, en memorial del 2 de mayo, que las demandadas faltaron adrede, razón por la cual exoró que se adoptaran *«las medidas necesarias para que comparezcan, bien sea a través de la comisaria o la entidad que corresponda, con acompañamiento policial de ser procedente, porque esto se entiende es como una burla con la señora Juez y con la rama judicial amén que (...) no está de acuerdo que se le conceda la paternidad como padre biológico, sin la práctica de esta prueba de ADN, ya que siempre quedaría la duda, máxime si la madre aparte de él tenía otra persona sentimentalmente para la misma época»*.²²

(xv) Un nuevo auto del 29 de mayo reprogramó la realización de la muestra científica para el 14 de junio siguiente, advirtiéndole a la parte demandada que su renuencia haría presumir como cierta la paternidad alegada. Empero, esta fijación también fracasó por la falta de las mujeres, cuyo vocero insistió, una vez más, que tanto la probanza genética como la *«presunción conminatoria»* devenían innecesarias ante la concesión de que Delio Ferney sí había aportado el material genético.²³

(xvi) En vista de las repetitivas dilaciones, el demandante reiteró su petición de forzar a las renuentes para que comparecieran (vid. *supra* § xiv).²⁴

¹⁸ Ibídem: archivo 37 || carpeta 44, archivos 0003 y 0005.

¹⁹ TSA, SC-F, auto 3 oct. 2023, rad. n.º 2022-00189-01, M. P. Wilmar José Fuentes Cepeda.

²⁰ Ibídem: archivo 38.

²¹ Ibídem: archivos 41, 44 y 46.

²² Ibídem: archivos 54 y 56.

²³ Ibídem: archivos 57 y 65.

²⁴ Ibídem: archivo 67.

(xvii) A esto accedió el juzgado en auto de 20 de junio último, que es el que presentemente se revisa, argumentando que el derecho de las demandadas cedía ante el derecho de la niña a una identidad y una filiación, según lo consagrado por los artículos 8 y 25 del Código de la Infancia y de la Adolescencia.

Sobre la base de esas preceptivas, apuntaló lo siguiente:²⁵

Colofón del citado precepto legal, es que, en el caso de la niña M.J.G, es crucial garantizar su derecho a la filiación, que comporta que ésta tenga certeza acerca de quién es su progenitor. En este caso concreto, en conflicto los derechos de la niña y los de sus progenitoras, en aplicación del principio de interés superior del menor, prevalece éste sobre el derecho a la patria potestad en cabeza de las señoras DEISY KIMBERLY GIRALDO GALLEGO Y LINA MARCELA JARAMILLO POSADA, y en virtud del cual se han negado a comparecer para la práctica de la prueba de ADN, necesaria para determinar la verdadera identidad de su hija. Este derecho es esencial para que la niña entienda sus orígenes y se sienta parte de su medio familiar.

Tampoco podemos pasar por alto, que, al mismo tiempo, es importante reconocer el derecho del padre a ejercer su paternidad, garantía reconocida en el artículo 406 del C.C., al preceptuar que “Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce”. En este sentido importa mencionar lo dicho por la corte Constitucional en sentencia C 109 de 1995, al indicar que “Dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real”.

Seguidamente diseñó la siguiente orden compulsoria:

Así las cosas, se ordena comisionar a la señora Comisaria de Familia del municipio de Remedios, Antioquia, para que, en compañía de la Policía de Infancia y Adolescencia, se desplace a la residencia de la niña MARTINA JARAMILLO GIRALDO, y traslade a ésta al laboratorio Adilab ubicado en la carrera 50 No 51-41 Edificio JAR, piso 4, municipio de Segovia, con el fin de que le sean tomadas las muestras de sangre necesarias para establecer la filiación objeto de investigación en este proceso. Lo anterior, aun contra la voluntad de las señoras DEISY KIMBERLY GIRALDO GALLEGO Y LINA MARCELA JARAMILLO POSADA; sin perjuicio de que, si éstas lo desean, también se desplacen al lugar y les sea tomada la muestra de sangre para la prueba de ADN. A la funcionaria comisionada se le solicita absoluta reserva, teniendo en cuenta la renuencia evidente de las demandadas, a quienes no se les pueden dar previo aviso de la diligencia. Verificado lo anterior, de manera inmediata regresarán la menor a su correspondiente hogar.

Las señoras DEISY KIMBERLY GIRALDO GALLEGO Y LINA MARCELA JARAMILLO y la niña MARTINA JARAMILLO GIRADO, se ubican en el barrio María Angola, la casa no tiene nomenclatura, está ubicada en el último guaje, en toda la esquina donde hay un negocio de venta de jugos de caña, se sube por todo el camino hasta arriba, la casa es de madera pintada de color blanco.

Para cumplir la comisión se le concede a la comisionada el término de quince (15) días.

Oficiase al Laboratorio Adilab, para que, en el momento en que la citada Comisaria se presente allí con la menor, le tome las muestras respetivas, pues posteriormente concurrirá el presunto padre para los mismos efectos.

²⁵ Ibídem: archivo 68.

Y remató con la siguiente forma de notificación asimétrica:

Comuníquese esta providencia al apoderado demandante a través del correo electrónico. Por los motivos antes mencionados, al apoderado de las demandadas, se le notificará una vez practicada la diligencia.

(xviii) Consta que la autoridad comisionada procuró descargar su cometido con asistencia de la policía de infancia, el 26 de junio, sin éxito por la ausencia del presunto padre. Esto es lo que se lee en la respectiva constancia:²⁶

Dando cumplimiento a la comisión ordenada por el juzgado de circuito promiscuo 001 de familia de Segovia Antioquia, procedo a salir de la oficina siendo las 7:25 am, en camioneta Toyota Hilux doble cabinada de propiedad del municipio de Remedios de placas FPZ594, color super blanco, con el conductor oficial Danny Mario Álvarez Zapata, identificado con cedula de ciudadanía 15.539.935, pasamos por la Estación de Policía por la patrullera Verónica Durango Ortiz identificada con cedula de ciudadanía 1.042.708.706, integrante protección a la Infancia y Adolescencia, saliendo de allí a las 7:35 am para el barrio Maria Angola a dar cumplimiento con la comisión ordenada.

Siendo las 7:51 am doy con la casa de las señoras Deisy Kimberly Giraldo Gallego y Lina Marcela Jaramillo Posada, me presento "mi nombre es Laura Barrientos, comisaria de familia del municipio de Remedios" les informo el motivo por el cual estoy en la vivienda, les doy a conocer la comisión, la patrullera también se presentan, la señora Deisy Kimberly llama al abogado quien se escucha algo alterado diciendo que no nos podíamos llevar la niña, que bajo que argumento, por lo que le informo que estaba cumpliendo una orden de un juez, manifestó que no se le había notificado, el señor abogado habla con la patrullera le lee "para esta agencia judicial no existe óbice alguno que impida acceder a las peticiones impetradas, mas aún, teniendo en cuenta los deberes y facultades del juez consagrados en los arts. 42 y 229 del C.G.P.; aunado la importancia de garantizar el derecho a la identidad y de paso la filiación de la niña MJG, según lo contemplado en artículo 25 de la ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia".

Una vez terminada la llamada con el señor abogado le dijimos a las señoras Deisy Kimberly Giraldo Gallego y Lina Marcela Jaramillo Posada que a la niña se le debía hacer el examen y que estábamos cumpliendo con la orden de un juez, la señora Deisy Kimberly manifiesta que la niña esta dormida y que hay que esperar que se despierte, la patrullera le dijo que no había problema, que nosotros esperábamos a que la niña se despertara, la señora Lina le decía a la señora Deisy Kimberly que organizara la niña, preguntan si pueden ir con la niña, a lo que respondí que si, pero que en la camioneta solo podía ir una con la niña, deciden las señoras que la que va en la camioneta es la señora Deisy Kimberly y que la señora Lina Marcela se va en la moto, las señoras bañaron la niña, se organizaron las 3 para ir a la toma de la muestra de sangre.

Estando en el laboratorio nos informan que deben de estar todas las partes del proceso de filiación y que no se podía tomar la muestra sin el señor Delio Ferney López Londoño presunto padre de la niña MJG, las señoras Deisy Kimberly Giraldo Gallego y Lina

Marcela Jaramillo Posada manifestaron que no habían llevado los documentos de identidad y que no le era posible regresar porque la señora Lina debía trabajar, las señoras me solicitaron que si se podían hacer la prueba otro día, que le dijeran fecha y hora para organizar en el trabajo (la señora Lina), a lo que se pregunta en el laboratorio y dicen que para el día siguiente a las 3:00pm, les pregunto a las señoras que si les queda bien a esa hora quienes responde la señora Lina que iba a cambiar turno con la compañera para poder asistir, le dije que para ese día y hora no me daba para ir, pero que ellas podían ir con la niña a los exámenes, me manifestaron que no había problema que ellas iban, les manifesté que si no iban yo debía ir por la niña en cumplimiento a la comisión ordenada por el juzgado de circuito promiscuo 001 de familia de Segovia Antioquia el día 18 de junio de 2024.

Antes de salir de la casa de las señoras Deisy Kimberly Giraldo Gallego y Lina Marcela Jaramillo Posada, se les dijo que nosotros llevábamos a la niña con la mamá hasta el municipio de Segovia, en el edificio JAR, laboratorio Adilab y las regresábamos nuevamente hasta su casa, quienes manifestaron que se regresaban en la moto, porque iban buscar o mirar unas cosas para el cumpleaños de la niña MJG que es el 20 de julio del próximo mes, las señoras Deisy Kimberly Giraldo Gallego y Lina Marcela Jaramillo Posada me suministraron voluntariamente sus números de contacto 3217836791 y 3208290249, por si se llega a presentar alguna novedad.

Regreso a mi lugar de trabajo a las 11:03am.

²⁶ Cuaderno del Tribunal: archivo 0013.

(xix) Bien que se quedó en gestionar la diligencia al día siguiente, milita otra constancia de la asistente social del estrado cognoscente, con la misma fecha, en que aseguró haber recibido llamada de Adilab para informar «*que la cita que se tenía programada para el día de hoy fue reprogramada para el día jueves 4 de julio a las 3:00 pm por solicitud de las demandas [sic] debido a inconvenientes laborales*». Lo último que se percibe dentro del expediente es un auto del 27 de junio que ordenó suspender la comisión hasta nueva orden, según la medida provisional de esta instancia tuitiva.²⁷

(xx) Está registralmente acreditado que Deisy Kimberly y Lina Marcela están casadas por lo civil desde el 13 de mayo de 2021, o sea, dos meses antes de que naciera la niña MJG (vid. *supra* § i).²⁸

4. Caso en concreto

4.1. Sea lo primero advertir que los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela sí están reunidos en el presente caso, pues, en últimas, se está cuestionado la validez de un auto muy reciente que ordenó la movilización forzosa de una niña, aun contra la voluntad de quienes figuran como madres, bajo expresa indicación de que no se les podía notificar hasta que se llevase a cabo la diligencia comisionada, la cual, lógicamente, impidió el ejercicio oportuno de cualquier medio impugnatorio contra este proveído.²⁹ Refulge así el cumplimiento de los supuestos liminares de legitimación, subsidiariedad, inmediatez y relevancia constitucional.

4.2. Ahora bien, descendiendo al fondo del primer problema jurídico, la Sala concluye prestamente que no puede soslayarse u omitirse la prueba genética con la sola afirmación de que Deisy Kimberly Giraldo Gallego tuvo relaciones sexuales con Delio Ferney López Londoño para quedar embarazada y poder así conformar una familia homoparental con su cónyuge Lina Marcela Jaramillo Posada.

Rigen en ello las razones que el Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia ha venido aduciendo desde el año pretérito, a saber, que el artículo 386 del Código General del Proceso fuerza la ejecución de dicha prueba y faculta al juzgador para insistir en ella «*en el caso de impugnación de la afiliación de menores*», aunque el extremo demandado haya cedido en ese punto (vid. *acervo probatorio* § vi, x, xv y xvii).

Esta exigencia entronca con el imperativo consagrado por el artículo 1 de la Ley 721 de 2001, y responde, en últimas, a las amplísimas prerrogativas oficiosas que asisten a la autoridad de familia para mejor proveer sobre la forma en que debe cuidarse el derecho a la identidad de los menores de edad (cfr. CIA, art. 25 || D.L. 1260/1970, arts. 1 y 3 || CGP, arts. 2, 169, 170, 281-par 1.º y 386-3).

²⁷ Cuaderno principal del proceso verbal de impugnación de la maternidad: archivos 69 y 70.

²⁸ *Ibidem*: archivo 14, págs. 35-41.

²⁹ Adviértase que las providencias que hagan mención a menores no se insertan en estados electrónicos por caros motivos de intimidad, y que, por ende, la parte demandada no pudo enterarse de la comisión por medio de consulta digital (cfr. L. 2213/2022, art. 9). Es así que en TYBA no aparece –a la fecha– copia del auto en cuestión.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

Dentro de los derechos que el Estado debe garantizar a todos los habitantes del territorio nacional se encuentran los derechos fundamentales de los niños y el derecho a tener una personalidad jurídica, derechos estos que merecen la especial protección del Estado, para lo cual este debe disponer de todos los medios y elementos necesarios para su pleno goce, derechos éstos que se encuentran íntimamente ligados con el derecho a tener un nombre, una familia, a conocer su origen y que son los que se tiende a proteger y hacer efectivos a través de los procesos de filiación.

Como quiera que el Estado a través de la administración de justicia busca o tiene como finalidad primordial no sólo el esclarecimiento de la verdad, sino también lograr la efectividad de los derechos de las personas, ha dotado al juez de mecanismos y herramientas procesales para que la verdad procesal coincida con la verdad real y para ello ha consagrado la institución procesal de la prueba oficiosa, que es aquella que el juez decreta y practica no a petición de parte, sino porque considera conducente y pertinente a la verificación de los hechos.

En el presente caso, no es el juez quien ordena la práctica de la prueba de oficio, sino el legislador quien le da ese calificativo de oficiosa y le imprime además carácter obligatorio, de tal manera, que en forma ineludible en los procesos de investigación de la maternidad o paternidad, el juez deberá decretar la prueba del ADN como claramente se establece en el artículo 1º de la ley acusada.

La finalidad del Estado al imponer la prueba del ADN como obligatoria y única en los procesos de filiación, no es otra distinta a su interés de llegar a la verdad, de establecer quién es el verdadero padre o madre, a través de esta prueba por estar demostrado científicamente que su grado de certeza es del 99.99%. Pues, si bien en un comienzo y años atrás esta prueba tenía un alto grado de certeza para excluir la filiación, hoy por hoy, dado el avance o desarrollo científico y tecnológico de dicha prueba, esta ha alcanzado el máximo grado de certeza ya no en el sentido de excluir al presunto padre o madre, sino en sentido positivo, por inclusión o determinante e identificador del verdadero padre o madre. También el legislador busca a través de su obligatoriedad la efectividad de los derechos del niño y de cualquier persona a conocer su origen, a saber quién es su verdadero progenitor y por ende a definir su estado civil, posición en la familia, a tener un nombre y en suma a tener una personalidad jurídica.³⁰

Fluye de lo expuesto que la dependencia fustigada no ha hecho menos que ceñirse al imperio positivo de la ley, y que, bajo esa égida, su determinación en ver realizada la prueba genética está muy lejos de ser una arbitrariedad o una voluntad antojadiza, como se quiere hacer ver por las accionantes (CGP, art. 7).

Tampoco es que su persistencia represente un apego irreflexivo a la norma que fue diseñada, sin lugar a dudas, en el molde de una sociedad tradicionalmente heterosexual, donde la filiación suele estar dada por la contribución genética de dos personas de diferente sexo, como ocurrió en el presente caso, donde se sospecha que Delio Ferney aportó el engrudo vital *–per modum naturae–* para la generación de la creatura que Deisy Kimberly terminó alumbrando.

Y se dice sospecha, pese a la pronta concesión de las convocadas, porque dicho señor afirmó que la gestante le atribuyó la paternidad a otra persona cuando inquirió expresamente sobre el tópico, tras finalizarse la relación que él caracterizó

³⁰ CC, C-807 de 2002.

como un «noviazgo» inestable a lo largo de varios años, narración esta que contraría la versión de las codemandadas y merece veracidad presunta como consecuencia de la contestación tardía (vid. *acervo probatorio* § ii-iii || CGP, art. 97).³¹

Es así que la autoridad encartada está desplegando sus facultades oficiosas para esclarecer una de las facetas oscuras del debate, esto es, la que mira al nexo biológico que podría caber entre el demandante y la menor, muy diferente a la otra que guarda atingencia a la filiación que podría emanar de la voluntad exteriorizada por Lina Marcela, cuya falta de ligazón genética se presume como una cuestión de llana imposibilidad natural (vid. *ibíd.* § i y xx || CGP, arts. 166 y 240).³²

Defectible se torna la alegación de que la evidencia científica es irrelevante para los objetivos del proceso, pues la necesidad de brindar un enfoque diferencial al caso de las actoras –personas de reforzada consideración constitucional por su condición de criadoras homoparentales– no impide que el despacho cognoscente pueda salir en búsqueda de pruebas pertinentes para la iluminación de hechos que preceden al aludido enfoque, o que incluso pueden complementarlo, como pasaría bajo algunos modelos de pluriparentalidad y de triple filiación simultánea.³³

Dicho de forma más explícita, no es admisible sostener que la demostración científica –necesaria para el legislador *a priori* y para la juez *in casu*– sea irrelevante por la existencia de otro problema jurídico que merece ser dilucidado con pruebas independientes de la genética. Puede que ésta, al final, no termine atrayendo para sí una fuerza determinante dentro del análisis conjunto de las pruebas que cumple efectuar en la sentencia definitiva, mas la eventualidad de que ello ocurra no surte ningún efecto inhibitorio en la facultad-deber que asiste al funcionario para rastrear todas las posibilidades de verdad en torno a la filiación correspondiente a menores de dieciocho años (CGP, arts. 2, 11, 42-4 y 170 || C. Pol., arts. 44 y 229).

Repárese aquí que la jurisprudencia sobre esta cuestión ha hecho hincapié en la importancia de examinar el acervo probatorio de acuerdo con los particulares de cada caso concreto, viéndolo como un universo, en el cual se incluye la prueba científica con marcadores genéticos:

La prueba científica que obra dentro de un proceso de impugnación de la paternidad constituye, sin duda alguna, un elemento fundamental para la decisión que le corresponde tomar al juez.

³¹ Bien que las actoras están casadas, es obvio, por lo particulares del matrimonio homosexual, que no tiene mucha aplicación el antiguo principio romano de *pater is est quem nuptiae denuntiant*; y aun suponiéndolo, *contra ordinem naturae*, resultaría que la fecha del matrimonio no coincide con ese periodo en que es viable presumir la concepción civil (L. 1080/2006, arts. 1 y 2 || C. C., art. 92 || vid. *acervo probatorio* § i y xx). Por el contrario, aquí encajaría más cómodamente el principio moderno de la realidad genética, o sea, *pater is est quem sanguinis demonstrat*.

³² No parece imposible que la ingeniería genética permita fundir dos gametos femeninos en un único cigoto mediante técnicas desarrolladas o en desarrollo, previa fertilización *in vitro* de la célula obtenida (cfr. Logran embarazos con óvulos de dos mujeres. *La Nación*. Consultado [aquí](#) || cfr. El bebé de dos madres y un padre desata polémica en el Reino Unido. *El Mundo*. Consultado [aquí](#)). Pero en el presente caso, reitérese, es pacífico que la gravidez sobrevino por el método naturalmente heredado desde antiguo, donde no tiene cabida aquella posibilidad.

³³ Modelos estos fueron sugeridos por la propia parte demandada || Al respecto, vid. STC8697-2021 § 4.2.3, donde se concluyó, tras un sondeo de derecho comprado, que la pluriparentalidad, multiparentesco o multifiliación parecía una «posibilidad que, *prima facie*, es compatible con nuestro sistema de derecho».

Sin embargo, dado que la prueba de ADN no aporta un resultado irrefutable, el juez puede apreciar dicha prueba científica con otras pruebas que integran el acervo probatorio, con el fin de poder llegar a la decisión que le parezca la más ajustada a la normatividad y al expediente visto en su conjunto. Cabe resaltar que en la norma acusada no se exige que el juez se atenga únicamente a lo probado de manera científica. La remisión a la Ley 721 de 2001 ha de entenderse al texto de la misma, interpretado en los términos fijados por la Corte Constitucional en las sentencias respectivas, en especial en la sentencia C-476 de 2005.³⁴

Ciertamente, hay casos excepcionales en que la prueba genética no retiene mucha relevancia de cara al verdadero objeto de debate, v. gr., cuando se embiste una paternidad o maternidad antecedida por un proceso de inseminación artificial heteróloga consentida, es decir, por el uso de los gametos de un tercero, pues allí afloraría palmaria desde el pórtico la carencia de ligación sanguínea:

El consentimiento otorgado por los miembros de la pareja debe ser informado y previo a la utilización de las técnicas, pues una vez emitido obliga a quien lo otorga a aceptar las consecuencias jurídicas de dicho acto, con respecto a la filiación, o lo que es lo mismo, la declaración de voluntad de los intervinientes presupone la conformidad con el procedimiento científico y la asunción de las consecuencias jurídicas que lleguen a producirse en caso de que se logre la gestación y se produzca el nacimiento del hijo.

De ese modo, la fecundación heteróloga permite configurar la filiación como una construcción jurídica asociada a la voluntad de asumir la paternidad, en la que el consentimiento prevalece sobre el aspecto genético, de ahí, que, en caso de impugnación, sea inútil acudir a un medio de prueba cuyo objeto es reconstruir la denominada «verdad biológica» como lo es el examen de ADN, pues el lazo filial está fundado en otro criterio, igualmente válido para generarlo: la voluntad de asumir la paternidad con pleno conocimiento de la ausencia de lazo de sangre.

(...)

De todo lo anterior se concluye que al ser la filiación por inseminación artificial una de las situaciones de adquisición del estado civil, su naturaleza jurídica pertenece al régimen sobre las personas. No obstante, la impugnación de este tipo de paternidad no puede fundarse en la demostración de la ausencia del vínculo biológico, pues éste no es el tema del debate; por lo que las pruebas para desvirtuar la generación natural son completamente irrelevantes.³⁵

Para la Sala es claro que, más allá de algunas coincidencias conceptuales, el asunto del presente análisis es disímil del contemplado por la jurisprudencia que viene de transcribirse, toda vez que aquí sí queda en duda la contribución biológica del varón que actuó a la vieja manera de caballería, o sea, por fuera de los cauces científicamente habilitados con la fecundación artificial.

No está errado el juzgado de cognición al suponer que alguna trascendencia puede tener ese aporte genético en la filiación de la pequeña. Si bien es cierto que las dos madres demandadas son dignas de un análisis diferenciado por la especial situación en la que se encuentran, igual es verdad, como bien notó la juez, que sus prerrogativas no anulan: (i) los derechos prevalentes de la menor a la personalidad jurídica; (ii) ni los derechos concurrentes —y en principio equivalentes— del presunto

³⁴ CC, C-122 de 2008 (subrayas añadidas) || Cfr. CSJ, SC5418-2018.

³⁵ CSJ, SC6359-2017; recientemente reiterada y rectificada en SC009-2024.

padre para esclarecer su condición e intervenir en la vida que ayudó a generar con su propia sustancia, creyendo que mantendría una relación con la gestante.

Menos aun cuando no milita ninguna prueba indicativa de que él haya dado algún consentimiento previo, expreso e inequívoco para fungir como el instrumento mecánico que quieren retratar las accionantes, desprovisto de cualquier vocación parental desde el mismísimo momento de la concepción, cuando en realidad cabe presumirse que el hombre tuvo interés de estar presente en la vida de la niña traída por la mujer a quien veía como su pareja sentimental (vid. *ibíd.* § ii-iii).³⁶

A propósito, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reconoce que el vínculo biológico sigue reteniendo cierta importancia en el ordenamiento jurídico nacional, aunque coexistan nuevas formas consentidas de filiación:

No obstante, dicho trato igualitario no conlleva a desconocer las diferentes formas en que surgen las relaciones filiales, ya que por principio general la regulación vigente responde a una concepción netamente biológica, como se desprende de la normatividad que rige los temas de investigación del vínculo e impugnación del mismo, sin dejar de lado situaciones en las que pierde total relevancia el componente genético, como es el caso de las adopciones.

(...)

Eso es así porque la filiación hoy trasciende de la condición biológica a situaciones complejas como la «relación filial psicoafectiva», que puede generar lazos mucho más fuertes y determinantes en el complejo desarrollo de los vínculos emocionales, perdiendo relevancia que los nexos solo estén determinados por la información genética que se comparte, a pesar de su indiscutible trascendencia. No es menos importante la cercanía afectiva que surge del trato, frente a la que está determinada por la identidad de los marcadores de ADN.³⁷

Por lo demás, como más adelante se detallará, la realización de la muestra genética no es un acto *per se* lesivo de los derechos superiores de la infante ni de la unidad familiar de las madres demandadas. Se trata simplemente de una prueba conducente que deberá ser apreciada en la eventual sentencia, claro, en conjunto con los demás elementos del plenario (CGP, arts. 164, 165 y 176).

Todo lo anterior soporta la conclusión previamente anunciada: no hay yerro protuberante en que la dependencia de familia insista en la práctica de la probanza genética para dilucidar la supuesta conexión biológica entre Delio Ferney y la niña MJG, tema que sí hace parte del debate probatorio, aunque también subsista otro debate sobre la filiación en la unidad homoparental integrada por las actoras.

4.3. Establecida así la razonabilidad de la evidencia genética, cumple ahora considerar si el medio usado por el juzgado de marras resulta constitucionalmente admisible, o si, por el contrario, se violó el derecho al debido proceso al comisionar la asistencia de las autoridades administrativas para forzar su práctica.

³⁶ La argumentación de las accionantes no hace ninguna mención de estos sentimientos paternales.

³⁷ CSJ, SC009-2024 (subrayas añadidas).

Pues bien, la medida de extraer sorpresivamente a una menor de tres años del hogar liderado por un binomio homosexual, aunque sea por breve, genera una fuerte sospecha de inconstitucionalidad en lo que atañe a las garantías superiores para la conservación de la célula familiar, y de discriminación, en cuanto interviene agresivamente en el modelo vital de personas históricamente marginadas por sus criterios sexuales (C. Pol., arts. 5, 13, 15, 16, 42 y 44 || CIA, arts. 25, 29 y 32).

No obstante, está documentado que la autoridad de conocimiento tenía una finalidad legítima para obrar como lo hizo, a saber, lograr la comparecencia de las madres reticentes a la materialización de la prueba genética. Basta aquí recordar la inasistencia de las codemandadas a tres citaciones distintas, primero invocando dificultades de transporte a Medellín, y luego, cuando la cosa pasó a Segovia, con desnuda rebeldía ante la prueba genética que estaba firmemente decretada desde hace bastante tiempo (vid. *acervo probatorio* § iii, v-vii y xiii-xvi).

Sobra decir que los sujetos procesales deben prestar toda su colaboración para el oportuno recaudo de las pruebas decretadas, aunque no estén de acuerdo con ellas o crean que su interpretación del caso es más exacta que la del operador jurisdiccional, a cuya conducción, reitérese *ad nauseam*, fueron confiados amplios poderes oficiosos para esclarecer la filiación de los menores de edad, sin importar la postura asumida por los adultos (C. Pol., art. 95-7 || CGP, arts. 78-8 y 386-3).

Comoquiera que las madres codemandadas desatendieron sus deberes de colaboración con la administración de justicia, y de paso obstruyeron la realización de una prueba evidentemente pertinente para el debate, según lo visto, el juzgado estaba legalmente autorizado para tomar medidas más asertivas en aras de lograr la práctica de lo decretado (CGP, arts. 37, 43-6 y 169 || L. 721/2001, art. 3).

La comisión a la Comisaría de Familia, en principio, resulta ser una medida idónea y proporcional para la finalidad propuesta, dado que ese organismo cuenta con medios materiales para transportar a la niña al sitio donde deben ser tomadas las muestras biológicas, y cuenta, además, con el conocimiento especializado para materializarlo de manera ordenada y respetuosa con los derechos de las personas involucradas, conforme a sus objetivos misionales (L. 2126/2021, arts. 2 y 26).

Los acompañantes de la Policía de Infancia y Adolescencia también tienen instrucción con un enfoque especializado en la protección integral de los menores de edad, con lo que su presencia, por sí sola, no desdice la proporcionalidad de la medida ni sugiere la amenaza de derechos superiores (CIA, arts. 88 y ss.).

Por el contrario, consta en el acta de la diligencia fallida que la intervención administrativa puede llevarse a cabo sin mayores traumatismos para la niña o para las madres, siempre y cuando se garantice –como se hizo– el acompañamiento de estas guardianas legales durante la actuación (vid. *acervo probatorio* § xviii).

Llevado todo a un mismo punto, la Sala concluye que el medio seleccionado por la autoridad judicial es constitucionalmente admisible, pues: (i) tiene la finalidad legítima de impulsar la práctica de una prueba pertinente para establecer el origen biológico de la niña de tres años; (ii) atañe al derecho prevalente de la menor para conocer sus raíces familiares y forjarse una identidad; (iii) surgió como una medida necesaria y excepcional para contrarrestar la obstinada renuencia de las personas que ostentan su custodia, cosa que, a su vez, ha sido causa de dilación dentro del proceso verbal de impugnación de la maternidad; (iv) fue cometida a dos entidades especializadas en la atención de menores, con enfoque de género, y que cuentan con capacidades técnicas para efectuar la tarea encomendada de una manera que no sea lesiva de otros derechos superiores; y (v) salvaguarda el derecho que tiene tanto la niña como el presunto padre a la tutela jurisdiccional efectiva.

4.4. Dicho esto, lo único que resulta inadmisibile es que la autoridad judicial haya trastocado el régimen legal de notificación con el expreso propósito de tomar a las actoras por sorpresa (vid. *trámite y réplica* § 2 || *acervo probatorio* § xvii).

Es regla general que ninguna providencia puede surtir efectos antes de ser notificada a las partes y otros interesados, «salvo los casos expresamente exceptuados» por la norma adjetiva (CGP, art. 289). Quiere ello significar que el legislador adoptó un criterio restrictivo a la hora de autorizar el cumplimiento de alguna orden judicial sin previa notificación a la parte contraria del auto que la decreta, v. gr., las medidas cautelares previstas para otros procesos de familia (ibid., arts. 298 y 598).

No podía el estrado cognoscente, entonces, situarse por vía analógica en la forma de notificación que la ley diseñó «*expresamente*» para las medidas cautelares de inmediato cumplimiento, sino que debía apegarse a la regla general, notificando la providencia por estados u otro medio equipolente (ib., arts. 295 y 297).

Tampoco encajaba el pretexto de pillar desprevenidas a las codemandadas renuentes, pues una cosa es saber que éstas no han comparecido a las citaciones precedentes del laboratorio, y otra muy distinta, en verdad más grave, es presumir que obstaculizarán maliciosamente la actividad de las autoridades policiales o que esconderán de sus alcances a la pequeña (C. Pol., art. 83). Además, nada impedía notificar el auto que ordenaba la comisión y dejar la fecha exacta de su realización a la oportunidad que la Comisaría de Familia estimare más propicia.³⁸

Pero como no se hizo así, quedó cercenado el derecho de la parte opositora para pronunciarse sobre el incumplimiento que se le achacaba o incluso presentar recurso de reposición contra la comisión decretada (ib., art. 318-inc. 3.º).³⁹

³⁸ Por el momento, basta rememorar que ordenamiento jurídico contempla otros mecanismos –más drásticos– para lidiar con el ejercicio abusivo de la patria potestad o con el fraude a resoluciones judiciales

³⁹ Es claro que la parte opositora no puede controvertir la prueba oficiosa que está firmemente decretada desde la admisión de la demanda, ya que contra ella no procede recurso alguno (CGP, art. 169). Sin embargo, sí podría ser objeto de crítica la comisión en sí misma considerada como un medio jurisdiccional de apremio.

Es así que el despacho incurrió en un defecto procedimental que afectó los derechos de defensa y contradicción de las accionantes, soslayándose «la garantía de que se notificarán todas las providencias del juzgador que, de acuerdo con la ley, deben ser notificadas».⁴⁰ Con todo, la afectación no alcanzó a ser muy grave por el conato fallido de la comisión y por la suspensión provisional que este Tribunal dispuso antes de que pudiera intentársele de nuevo (vid. *acervo probatorio* § xix). Por tanto, el único remedio que se impone es reestablecer la oportunidad que se tenía para impugnar mediante reposición el proveído *sub examine*, el cual, claro, se entiende notificado por la conducta concluyente de las ahora inconformes (CGP, art. 301).⁴¹

4.5. Hasta aquí se tiene averiguado que la decisión de insistir en la práctica de la demostración genética no deviene caprichosa ni irrazonable a la luz del caso concreto. Por el contrario, responde a una de las facetas que componen el debate probatorio de esta impugnación de maternidad (vid. *supra* § 4.2 y 4.3).

Preocupa a la Sala, empero, que el juzgado encartado esté dirigiendo todos sus esfuerzos oficiosos al esclarecimiento de ese aspecto, sin verter ningún conato ilustrativo en la otra cara de la cuestión fáctica, no menos importante, relacionada con la familia homoparental en que la menor viene desarrollando sus primordiales lazos psicoafectivos, con las actoras, una de las cuales tomó la decisión voluntaria de ser una madre para ella sin que mediase la reciprocidad de sangre.

Esta es una circunstancia que salta a la vista desde el registro civil anexado con la demanda, y que, pese a la ausencia de contestación, merece ser estudiada detenidamente por el aparato jurisdiccional, desde una perspectiva diferencial que pondere: (i) los derechos de la niña a una identidad y una filiación; (ii) los derechos de Lina Marcela, mujer que también pertenece a un grupo poblacional de especial consideración constitucional, asumiendo una responsabilidad procreacional sobre la niña al postularse como su madre en el registro civil; y (iii) los derechos de Delio Ferney como presunto padre biológico de aquella, fruto de una cópula natural con Deisy Kimberly, quien, de momento, es la única con un certero nexo genético.

La evidencia científica, sin ser irrelevante, resulta insuficiente para despejar las penumbras que proyecta un caso situado en las postrimerías del ordenamiento jurídico, mas no excluido del mismo, como tiene dicho la Corte Suprema:

(...) el sistema jurídico patrio tiende a depositar en el principio biológico el centro de gravedad de la regulación sobre la materia, sin que esa aseveración signifique que otros factores como la voluntad y la responsabilidad estén totalmente relegados. Que el consentimiento es uno de los factores que la ley toma en consideración para efectos de fijar la filiación, es cuestión que reluce palmaria en algunas reglas jurídicas, v. gr., como la contenida en el artículo 239 del Código Civil, que somete a la voluntad de los padres y los hijos la legitimación de estos cuando el matrimonio no los ha legitimado ipso iure. Otro tanto acontece con la aceptación del hijo extramatrimonial del reconocimiento del que ha sido objeto (artículo 4° de la ley 75 de 1968), para que produzca efectos a favor de quien reconoce. Similar situación acontece con la

⁴⁰ CC, SU-770 de 2014.

⁴¹ Satisface anotar que una copia completa del auto en cuestión fue anexada junto con esta acción de tutela.

adopción, en cuyo caso, el criterio que gobierna la materia es el del consentimiento (Decreto 2737 de 1989) 64. Y sin ir muy lejos, dejando de lado otros ejemplos no menos esclarecedores, es lo que ocurre en materia de caducidad de algunas acciones de filiación, punto en el cual el legislador, por atender otros aspectos distintos del puramente biológico, permite que se consoliden relaciones filiales acrisoladas en el trato afectivo, en las exteriorizaciones de voluntad de los interesados, etc.

Pero, además, en la actualidad, el consentimiento se robustece con el auxilio de un nuevo principio que cada vez tiende a ser más relevante, en la medida en que evolucionan y se popularizan los avances de la reproducción asistida. Se trata del principio de la responsabilidad en la procreación, sobre el cual no es menester ahondar acá.

No obstante, lo que sí debe admitirse sin mayores titubeos, es que en la legislación actualmente en vigor, en tratándose de la paternidad extramatrimonial, y más concretamente, en punto de su averiguación, el criterio preponderante es el genético pues el proceso respectivo está enderezado a establecer la existencia de un vínculo de esa naturaleza que una al demandante con el demandado.⁴²

Así como en una oportunidad más cercana, respecto del reconocimiento del hijo por parte de una persona que sabe no haber aportado el material genético:

El acto de reconocimiento de hijos, en los términos del artículo 2 de la Ley 45 de 1936, con la modificación del artículo 1° de la Ley 75 de 1968, «es irrevocable y puede hacerse: 1°. En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce (...).», sin perjuicio de lo cual puede ser impugnado al tenor del artículo 5 de la última codificación «por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil».

Tal acción de impugnación, en lo que respecta a la paternidad asumida, según el numeral inicial del primer precepto referido procede cuando «el hijo no ha podido tener por padre al que pasa por tal», lo que implica sin lugar a discusión la ignorancia de tal acontecimiento al momento de firmar el correspondiente registro civil por el suscribiente, puesto que la plena sapiencia de dicha situación constituye una aceptación irrestricta, voluntaria y consciente de los deberes y obligaciones que le son implícitos, lo que no solo impide su revocatoria sino que lo convierte en inimpugnable al estar libre de vicios. Admitir lo contrario sería permitir que cualquier persona se sustrajera de los compromisos debidamente adquiridos, a su arbitrio y sin que fuera necesario establecer la existencia de alguna circunstancia que lo justifique, como si su validez estuviera sometida al vaivén de su querer.

(...)

Si bien esas precisiones se hicieron para exponer una diferencia manifiesta con la «paternidad natural», en cuyo caso no se reconocían tales efectos, eso obedeció a las divergencias que para la época existían en torno a los nexos de filiación y la normatividad aplicable, pero que se ha desdibujado con el transcurso del tiempo y concretamente desde la expedición de la Constitución Política de 1991, que en su artículo 42 desarrolló el concepto según el cual «[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla», lo que ha permitido adecuar la noción de «familia» a la multiplicidad de situaciones que a diario van surgiendo, por lo que resulta omnicomprensiva y en pos de un trato cada vez más igualitario entre quienes la conforman.

De tal manera que no existiendo razones para discriminar entre las personas que optan por reconocer la paternidad por medio de un documento público, ya sea que medie una relación matrimonial o de unión marital entre los progenitores o, inclusive, que ni siquiera la haya, eso

⁴² CSJ, SC 30 nov. 2006, rad. n.º 00024-01.

quiere decir que las reglas indicadas en el precedente transcrito serían predicables para todos los casos en que ese proceder sea el producto de una manifestación libre y sin vicios.⁴³

Por lo visto, es posible que la información genética pierda protagonismo en aquellos procesos donde, correlativamente, revista peso el consentimiento brindado oportunamente como un acto de voluntad constitutivo de filiación.

Y aun si finalmente prevaleciere el lazo biológico por virtud de la paternidad impugnada, aquella Corporación ha dicho, desde antaño, que el sentenciador debe propender por evitar o suavizar las secuelas negativas que ello podría generar en el entorno afectivo que presentemente ostenta la menor, recurriendo en esa faena a «*todos los instrumentos legales de que dispone*» para cuidar su interés superior:

En todo caso, advierte la Corte que el juzgador encargado de ejecutar la resolución... deberá promover, como mecanismo para salvaguardar el interés superior del menor actuante en este proceso, reconocido en los artículos 44 de la Constitución Política y 8 de la ley 1098 de 2006, las medidas necesarias para mitigar las afectaciones sociales y psicológicas que el cambio de paternidad pueda irrogarle.

Para tales fines, se tendrá en cuenta la calidad de los vínculos fraternos contruidos entre el infante y quien se predicaba su progenitor, los cuales no podrán verse interrumpidos en perjuicio de aquél. Recuérdese que, según el mandato constitucional en cita, son derechos fundamentales de los menores la salud, el cuidado y el amor, los cuales no están atados a una condición biológica, sino a un vínculo social y afectivo, que debe ser objeto de protección.⁴⁴

Esto es así, pues:

...[L]a Jurisprudencia desarrollada por las Altas Cortes ha sido coincidente, en orden a ir más allá de los límites allí trazados, entendiendo que la familia no solo se constituye por el vínculo biológico o jurídico, sino también a partir de las relaciones de hecho o crianza, edificadas en la solidaridad, el amor, la protección, el respeto, en fin, en cada una de las manifestaciones inequívocas del significado ontológico de una familia.⁴⁵

La orfandad probatoria sobre este punto del debate, debida en buena parte al apoderado que dejó expirar el término de contestación de la demanda, no puede redundar en una determinación miope o automáticamente contraria a los intereses de las personas de especial protección constitucional a que se ha venido haciendo referencia, especialmente de la niña, quien está desarrollando sus primeros lazos psicoafectivos en el amplexo de una familia compuesta por dos madres, y del cual no podría ser sustraído sin una grave perturbación a su estabilidad.

Ante esa deficiencia demostrativa es donde más vitalidad deben adquirir los poderes oficiosos del despacho cognoscente, cuya conducción, itérese, solamente ha tocado a la vertiente biológica. De hecho, ya está anunciado que se procedería directamente a la sentencia escrita una vez llegasen los resultados de la evidencia genética (vid. *trámite y réplica* § 2 || *acervo probatorio* § viii, x, xiii y xvii).

⁴³ CSJ, SC009-2024 (énfasis en el original).

⁴⁴ CSJ, SC280-2018, rad. n.º 2010-00947-01; reiterando la tesis de SC, 4 may. 2005, rad. n.º 2000-00301-01.

⁴⁵ CSJ, STC6009-2018; citando a STC14680-2015, rad. n.º 2015-00361-02 || Cfr. C-577 de 2011.

La posición del Tribunal es que ello sería inviable, siendo este un caso que no podría ser adecuadamente resuelto sin previamente indagar sobre: (i) aquellas circunstancias que rodearon el trato carnal entre las partes o precedieron la preñez por parte de Deisy Kimberly, y más precisamente, si Delio Ferney accedió a lo suyo bajo apariencia de noviazgo –lo cual se presume– o bajo mutuo entendimiento de que él no intervendría como padre de la creatura; (ii) las circunstancias en derredor de la voluntad procreacional manifestada por Lina Marcela, o sea, cómo se produjo su postulación registral; y (iii) aquellas circunstancias en que actualmente se está desarrollando la primera infancia de la niña en el hogar homoparental.⁴⁶

Para esto deviene imprescindible, como mínimo⁴⁷, escuchar a las partes en audiencia convocada para tal propósito. De esta manera, el proceso corre un grave riesgo de caer en un defecto fáctico de talante negativo por no decretar y practicar de oficio todas las pruebas que exige la coyuntura vertebral del caso, a saber, qué efectos debiera producir la eventual paternidad biológica de Delio Ferney sobre la maternidad voluntaria o consentida de Lina Marcela (vid. *acervo probatorio* § ix).⁴⁸

Es por lo dicho que la Sala será servida de apercibir al juzgado cognoscente para que también active sus poderes oficiosos en pos de las circunstancias fácticas arriba precisadas, sin perjuicio, claro está, de lo que ya ha desplegado en relación con la prueba obligatoria de los marcadores genéticos.

5. Conclusión. En síntesis, la Sala sólo concederá el amparo de una forma limitada y ceñida a la protección del derecho al debido proceso de las accionantes frente al proveído que ordenó la comisión, reconociendo la facultad que aún tienen para recurrirlo en reposición. No se dejará sin efecto lo allí decidido por la potísima razón de que la prueba biológica sí es pertinente para esclarecer una de las facetas probatorias del debate, sin que sea la única, y sin que su práctica releve al juzgado cognoscente de desplegar sus facultades oficiosas para indagar sobre la cuestión fáctica subyacente al reconocimiento registral de Lina Marcela.

DECISIÓN

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONCEDER la salvaguarda constitucional implorada por Deisy Kimberly Giraldo Gallego y Lina Marcela Jaramillo, obrando en interés propio y en el de su hija menor MJG, pero solamente de manera limitada.

⁴⁶ Obviamente que si la prueba genética de Delio Ferney resulta negativa, decaería su legitimación, y no quedaría ninguna necesidad para indagar sobre estos tópicos consecuenciales.

⁴⁷ La declaración de las partes podría servir de principio para otras pruebas más especificadoras.

⁴⁸ Sobre esta dimensión negativa del defecto fáctico, vid. SU-129 de 2021 y SU-257 de 2021, entre otras.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS el último párrafo del auto proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia el 20 de junio de 2024; y **DEJARLO INCÓLUME** en todo lo demás.

De consiguiente, y visto lo concluyente de su conducta, **ADVERTIR** que las accionantes podrán interponer los recursos de ley contra dicha providencia dentro de los tres días siguientes a la notificación de este fallo. La comisión ordenada en dicha providencia no podrá ser reanudada hasta que adquiera la debida ejecutoria según las reglas generales del artículo 302 del Código General del Proceso.

TERCERO: REQUERIR a las accionantes para que concurran a la práctica de la prueba genética con toda diligencia y colaboración, en caso de que adquiera ejecutoria la providencia descrita en el acápite precedente. En tal virtud, no podrán volver a proponer los argumentos aquí examinados para oponerse a la realización de la referida experticia científica o para dilatar el encargo cometido.

CUARTO: INSTAR al Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia para que despliegue sus poderes oficiosos para indagar sobre las circunstancias que fueron descritas en la parte motiva (vid. caso concreto § 4.5) y redirija su conducción a la otra faceta de la cuestión fáctica, colateral a la estrictamente biológica, relacionada con la familia homoparental en que la menor viene desarrollando sus primordiales lazos psicoafectivos, con las actoras, una de las cuales tomó la decisión voluntaria de ser una madre para ella sin que mediase vínculo sanguíneo.

QUINTO: LEVANTAR la orden provisional dispuesta en el auto que admitió la presente acción constitucional. De consiguiente, **ADVERTIR** que la comisión de toma de muestras podrá seguir adelante una vez se cumpla el supuesto del segundo apartado resolutivo de este fallo; y que las actoras estarán obligadas a suministrar toda su colaboración en los términos del tercer apartado del mismo.

SEXTO: NOTIFICAR este fallo a las partes e intervinientes en la forma dispuesta en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO: En firme esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Proveniente de dicha Corporación y ante la inexistencia de trámite pendiente, se dispone el archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutido y aprobado según consta en Acta No. 240

Los Magistrados,

(Firma electrónica)

WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA

(Firma electrónica)
MARÍA CLARA OCAMPO CORREA

(Firma electrónica)
CLAUDIA BERMÚDEZ CARVAJAL

Firmado Por:

Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Claudia Bermudez Carvajal
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Maria Clara Ocampo Correa
Magistrada
Sala 005 Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **b9e6cb64818dac54a7a911a7c188c5207a0939b8e8b3224eac43de70c4b7f726**
Documento generado en 08/07/2024 01:08:30 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>