

EL DERECHO A NO SABER LA VERDAD BIOLÓGICA A CONTRA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA

Andrea Marcela Salas Zambrano

Fecha de recepción: 19 de diciembre de 2021.

Fecha de aceptación: 20 de enero de 2022.

Referencia: Salas, A. (2024). El derecho a no saber la verdad biológica a contra luz del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en Colombia. *Revista Científica Codex*, 10 (18), 56-97.

RESUMEN

El proceso de investigación de la paternidad, conforme al artículo 386 del Código General del Proceso, en correspondencia con el artículo 1 de la ley 721 de 2001, imponen al juez de conocimiento el deber de decretar la práctica de la prueba de ADN como mecanismo idóneo para excluir o incluir la paternidad investigada. Dicha prerrogativa se funda, inicialmente, en la garantía y protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, respecto de quienes se investiga su filiación. Sin embargo, existen ciertos contextos fácticos dentro de los cuales la aplicación de dicha norma, contrario a garantizar los derechos en los que se funda, conllevaría la vulneración de los mismos. Así las cosas y teniendo presente el interés superior de los niños, niñas y adolescentes como eje transversal de la actuación judicial, se procede a analizar la posibilidad de proteger los derechos fundamentales de los menores en cuestión a partir del desconocimiento de la verdad biológica y la consecuente prescindencia del decreto y práctica de la prueba técnica de ADN.

Palabras clave: familia; interés superior; filiación; investigación de paternidad; prueba de ADN.

ABSTRACT

The process of investigation of paternity in accordance with article 386 of the General Code of Process in correspondence with article 1 of law 721 of 2001, imposes on the judge of knowledge the duty to decree the practice of the DNA test as an ideal mechanism to exclude or include investigated paternity. This prerogative is initially based on the guarantee and protection of the fundamental rights of children and adolescents with respect to whom their affiliation is investigated; however, there are certain factual contexts within which the application of said norm, contrary to guaranteeing the rights on which it is based, would lead to their violation. Thus, and bearing in mind the best interests of children and adolescents as a transversal axis of judicial action, we proceed to analyze the possibility of protecting the fundamental rights of the minors in question based on the ignorance of the biological truth and the consequent disregard of the decree and practice of the technical DNA test.

Keywords: family; best interest; filiation; paternity investigation; DNA test.

INTRODUCCIÓN.

Internacionalmente, se habla del interés superior y la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA). Y es que dicha prerrogativa busca garantizar el correcto desarrollo, tanto físico como psicológico, del menor en cuestión. Por ello, el entramado normativo, no solo en Colombia, sino también desde estamentos internaciones, reconoce derechos básicos como el de tener una familia, un nombre, una identidad y, por supuesto, la libertad de expresión (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 44).

Actualmente, en Colombia se ha desatado un debate que pone en cuestión el reconocimiento de un nuevo derecho de los NNA: *el derecho a no saber*. Tal y como se señaló en el párrafo precedente, los NNA gozan de derechos como el de tener un nombre y una identidad, la cual parte inicialmente del reconocimiento que los padres hacen de sus hijos. Sin embargo, y a pesar de ser el escenario propicio para garantizar un entorno de crecimiento y desarrollo favorable para el menor, no se puede desconocer

que la realidad social y cultural en la que se desenvuelve la población colombiana contempla diferentes espacios en los que los menores no son recogidos por sus padres, o simplemente no llevan el apellido de alguno de sus progenitores.

Este es el caso que se estudió por parte de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC-1976 de 2019, donde se ampararon los derechos fundamentales de una menor de 15 años respecto a su decisión de no saber quién es su padre biológico (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC-1976, 2019). Así como ella, existen muchos NNA que, por diferentes circunstancias, han crecido sin el reconocimiento, acompañamiento y representación de alguno de sus progenitores. Y es que, en muchos de esos casos, lejos de vulnerar sus derechos a un nombre e identidad, lo que se busca es la protección de su integralidad psicosocial; es decir, el no dar a conocer al menor quién es su progenitor o la renuencia del mismo por saberlo es totalmente aceptable bajo ciertas circunstancias.

Sin embargo, y a la luz del derecho de familia, especialmente en lo que concierne al proceso de filiación judicial, este panorama parece no ser tenido en cuenta. En su artículo 386, el Código General del Proceso (CGP) consagra de manera imperativa la práctica de la prueba técnica de ADN como el medio idóneo para esclarecer el vínculo genético entre los presuntos padres e hijos (Ley 1564, 2012, art. 386), sin tener presente ningún otro argumento o prueba válida para negarse a la práctica de la prueba en mención. En ciertos casos concretos que se abordarán más adelante, esta situación podría trastocar derechos fundamentales de los NNA, e incluso del progenitor que tiene a su cargo el cuidado del menor en cuestión.

En este entendido, el presente documento tiene como propósito exponer al lector en términos generales cuáles son las situaciones fácticas en los que se podría contemplar la posibilidad de proteger el interés superior de los NNA a partir del desconocimiento de la verdad biológica y la prescindencia de la prueba técnica de ADN dentro del proceso de investigación de la paternidad; claro está, en concordancia con las disposiciones normativas del bloque de constitucionalidad.

Para ello, se ha dispuesto desarrollar cada una de las temáticas en tres secciones paralelas. En primer lugar, el lector podrá reconocer el panorama actual del contexto familiar en Colombia, su composición, definición y

funcionalidad; este primer capítulo centrará su atención en demostrar que dentro de la realidad colombiana los NNA se encuentran dentro de un modo particular de configuración de familia en su mayoría, la cual se caracteriza por la ausencia de alguno de los progenitores en la formación del menor.

Esta situación que, en términos generales, se entiende como una fuente de vulneración de los derechos de los NNA a conocer y tener una familia, conlleva a estudiar dentro del segundo acápite lo correspondiente a la regulación normativa del proceso de investigación de la paternidad, la cual se presenta inicialmente como la herramienta idónea para establecer el vínculo biológico y legal entre el padre ausente y el hijo no reconocido, buscando la satisfacción de los derechos fundamentales del menor. La norma, tal cual se expone, es totalmente cerrada e impone al juez de conocimiento que dentro del proceso se decrete y practique de manera oficiosa la prueba técnica de ADN, quedando obligado a culminar el proceso con una sentencia de fondo que determine la filiación o no de las personas correspondientes.

A pesar de que el proceso de investigación de la paternidad encuentra su razón de ser en la garantía y protección de los derechos fundamentales de los NNA, existen ciertos escenarios en los que su aplicación trasgrede lo que en principio se busca garantizar. Es precisamente esta condición lo que lleva al desarrollo del tercer y último capítulo, que establece la necesidad de que el juez conduzca el proceso de investigación de la paternidad a la luz del interés superior de los NNA, pues conocer la verdad biológica no siempre representa una satisfacción eficiente de sus derechos. Esta última sección permitirá vislumbrar que muchos de los eventos que se señalan como fuente de vulneración de los derechos de los NNA son realmente contextos en los que su finalidad va más allá de simplemente establecer un vínculo biológico y legal: su intención se centra en garantizar el máximo desarrollo del menor dentro de las condiciones familiares más favorables para ello.

1. LA FAMILIA COMO ESTRUCTURA NUCLEAR DE PROTECCIÓN Y SU CONCEPCIÓN EN COLOMBIA

En la actualidad, la concepción de *familia* representa un panorama totalmente distante al que se planteaba hace apenas la década pasada. La progresividad con la que se ha venido contemplando la nueva constitución de *familia* representa un avance significativo en cuanto a la garantía y protección de derechos humanos fundamentales se trata, pues se ha dado

apertura al reconocimiento de la familia y sus integrantes como el eje fundamental del desarrollo social. Consecuentemente, esto ha conllevado a repensar los modelos tradicionales de familia en los que su base central recaía en el *Pater Familias*, para pasar a una concepción más igualitaria que incluye diferentes manifestaciones de la maternidad y la paternidad en la dinámica familiar.

La definición de *familia* en Colombia, tal cual se ha expuesto en el párrafo precedente, ha atravesado diferentes estadios conceptuales. Sin embargo, cada una de ellas parece basar su definición bien sea en la fuente de creación y conformación de la familia, o bien en la finalidad o funciones que se le endilga.

En primer lugar, se puede destacar que, en la cultura y sociedad colombiana, de acuerdo a los integrantes de la familia y al vínculo filial que entre ellos exista, se han configurado los siguientes tipos de familia, sin que sean los únicos:

- a) Nuclear, elemental, simple o básica. Cuando se conforma por una pareja y sus hijos;
- b) Extensa. Formada por parientes cuyas relaciones no son únicamente entre padres e hijos; se incluyen abuelos, tíos, primos y otros consanguíneos o afines.
- c) Recompuesta, reconstituida, ensamblada, agregada o multifilial. Integrada por personas que tuvieron uniones anteriores y los hijos de éstas;
- d) Incompleta. Cuando los padres son separados y apenas uno de ellos asume el cuidado y responsabilidad de los hijos y
- e) Unipersonal, uniparental o monoparental. Compuesta por una persona separada o viuda desligada de sus parientes, o también aquellas conformadas por madres o padres solteros (Parra, 2023, p. 9).

Si bien es cierto, la configuración de los tipos de familia señalados se definen de manera rígida, lo cierto es que en la realidad su constitución va más allá de una definición estática. Al respecto, mediante la doctrina de Grosman y Herrera, la Corte Constitucional señaló la transición de la concepción de familia desde:

Una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo

núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-577, 2011).

En este sentido, y teniendo en cuenta las múltiples fases o configuraciones de la familia a lo largo de su existencia, resulta inapropiado fundamentar la concepción de familia, única y exclusivamente en la composición de la misma, pues tal y como se puede extraer del planteamiento señalado en el contexto de la sentencia en cita, un individuo puede experimentar diferentes tipos de familia y no por ello salirse del contexto o finalidad de la misma.

Ahora bien, teniendo en cuenta el concepto dinámico de familia desde su composición, resulta pertinente hacer una breve precisión respecto a la finalidad de la configuración de la familia, pues más allá de ser una agrupación de personas ligadas por vínculos naturales o jurídicos, conlleva una razón de ser que la convierte, según el artículo 42 constitucional, en objeto de protección integral (C.P., 1991, art. 42).

Dentro de la doctrina más especializada, se ha señalado a la familia como la institución más importante de la cual se despliegan las primeras acciones de formación de sus integrantes (Parra, 2023). Es ahí donde se fortalecen diferentes escenarios de cooperación, solidaridad, amor y respeto entre cada una de las personas que conforman la familia. Castro (2004, como se citó en Torres, 2017), en desarrollo de su trabajo investigativo ha señalado que:

Las actividades y relaciones intrafamiliares, que se agrupan en funciones familiares, están encaminadas a la satisfacción de importantes necesidades de sus miembros, no como individuos aislados, sino en estrecha interdependencia. Pero, además, a través de ellas en esa vida grupal se produce la formación y transformación de la personalidad de sus integrantes. O sea, estas actividades y relaciones intrafamiliares tienen la propiedad de transmitir los conocimientos iniciales y formar en los hijos las primeras cualidades de la personalidad que son la condición para su asimilación ulterior del resto de las relaciones sociales. Se debe destacar que las relaciones afectivas entre los integrantes del grupo familiar y su comunicación interpersonal, no ocurren al margen, sino que precisamente tienen su contenido psicológico en el desarrollo de estas actividades (p. 15).

En este sentido, y en palabras de Minuchin (1974), se puede establecer que, “la familia satisface dos objetivos a través de sus funciones, uno interno de protección psico- social de los integrantes y otro, de acomodación a la cultura y transmisión de la misma, de carácter externo” (p. 17). Esta situación o conjunto de funciones son lo que finamente conlleva a percibir y acoger a la familia como objeto de especial protección estatal, pues es precisamente en la familia donde se establecen los cimientos de una sociedad y, por ende, es de interés de los estamentos gubernamentales garantizar que esa primera etapa de formación se dé dentro de principios rectores que, además de satisfacer las necesidades básicas de sus integrantes, garanticen la formación de personas íntegras que contribuyan al crecimiento social, cultural y político de un país.

Así, a la fecha, el Estado colombiano ha reconocido a la familia desde una esfera de configuración dinámica que merece una protección igual a la familia nuclear tradicionalmente aceptada por la sociedad, pues independientemente de su composición, la familia es la estructura principal desde la que se despliegan las primeras acciones de formación de los hijos menores de edad que se encuentren integrando el núcleo familiar; lo que representa la esencia y el núcleo fundamental del desarrollo social y, con ello, la estabilidad y crecimiento del país (Gómez, 2024).

1.1. La estructura y el contexto actual de la familia colombiana en el proceso de formación integral de los NNA

Bien se ha señalado hasta el momento los tipos de familia y las funciones que en ella recaen. Sin embargo, en el presente acápite se hará precisión en uno de los aspectos que cobran mayor relevancia para el presente trabajo de investigación. En este sentido, se procederá a exponer la realidad del contexto familiar colombiano en el que se desarrollan los NNA, con el fin de enmarcar los diferentes escenarios que conllevan al Estado a proteger la integralidad de los menores mediante diferentes mecanismos y acciones.

Así pues, retomando lo señalado en los párrafos anteriores, los tipos de familia en Colombia son realmente variantes. A pesar de establecer la familia nuclear como un ideal estructural, la realidad y el contexto colombiano demuestran que existe una marcada tendencia de estructura familiar monoparental; es decir, aquella conformada por madre o padre solteros con sus hijos. Muestra de ello son los resultados obtenidos por el

Mapa Mundial de la Familia de los años 2014, 2015, 2017 y, especialmente, del año 2019, en donde se concluye que más del 82% de los nacimientos en Colombia se presentan de manera extramarital y que solo el 47% de estos niños crecen bajo la dirección de ambos padres; es decir que el 53% de los niños restantes no tienen vínculo con alguno de sus progenitores, bien sea con la madre o con el padre (Institute for Family Studies y Wheatley Institution, 2019).

Muchas podrían ser las razones de dicha estructura familiar: el abandono de alguno de sus progenitores, la voluntad de la madre o padre por asumir dicho rol desligado de un vínculo afectivo entre ellos (en las que se incluyen las técnicas de reproducción asistida), o incluso la decisión y oposición de uno de los progenitores respecto de la formación de un vínculo socioafectivo entre el padre (faltante) y el hijo en común. Sin embargo, y a pesar de ser una situación estadística que se expone con preocupación al considerarse en cierta forma como una fuente de vulneración de los derechos de los NNA, especialmente a tener una familia e identidad en la misma, lo cierto es que, en algunos de los escenarios que se plantearon, lejos de poner en riesgo los derechos de los niños, lo que se produce es una protección eficiente de los mismos. En este sentido, resulta de suma importancia que se lleve a cabo un proceso de investigación profundo de las condiciones en las que se desenvuelve el contexto familiar a la hora de abordar cada caso en particular y así garantizar la estabilidad integral que merecen el menor y el progenitor que tiene su cuidado.

En primer lugar, al hablar del abandono como una de las fuentes de la monoparentalidad, resulta importante mencionar los datos que reposan en el archivo del periódico El Tiempo, donde se informa que, para el año 2013, se aperturó un promedio de 41 procesos diarios de investigación de la paternidad en Colombia que buscaban establecer el progenitor de un menor (Redacción Justicia, 2013). En este contexto, resulta evidente que la falta de uno de los progenitores, lejos de fundamentarse en la protección del menor, recae en la decisión del padre o madre de desligarse irresponsablemente de su obligación moral y legal respecto de su hijo. Es precisamente en estos escenarios donde el proceso de investigación de la paternidad cobra relevancia, pues tal y como se abordará más adelante, se trata del mecanismo idóneo para establecer el vínculo filial entre padre e hijo y, consecuentemente, establecer derechos y obligaciones en favor del menor.

Pero, ¿qué sucede en los otros dos escenarios propuestos? Frente a ello, parece que el panorama no está realmente determinado. Con respecto a las técnicas de reproducción asistida, especialmente aquellas en las que su técnica utiliza óvulos o espermatozoides de donantes anónimos, no existe una regulación normativa que defina con claridad el vínculo biológico y legal que puede existir entre el hijo y el donante. La situación demuestra la inexistencia, por lo menos inicial, de un vínculo filial entre el donante anónimo y el hijo procreado bajo dichas técnicas. Este escenario es un claro ejemplo de la decisión personal e individual de una persona de ejercer su maternidad o paternidad desde una estructura de familia monoparental que, si bien goza de todas las garantías constitucionales, niega totalmente al menos la posibilidad de completar su identidad biológica.

A su vez, se plantea la posibilidad de que la monoparentalidad surja a partir de la oposición de uno de los progenitores frente al establecimiento de un vínculo socioafectivo entre el padre (faltante) y el hijo en común; o, como sucede en el caso que se expondrá en los siguientes acápite, por la misma oposición del menor a establecer un vínculo filial con su progenitor. Muchos de los eventos que se pueden presentar dentro de esta figura se enfocan puntualmente en proteger, no al adulto, sino al menor que se encuentra a su cuidado, de las situaciones conexas derivadas del establecimiento de un vínculo filial a través del proceso de investigación de la paternidad.

La oposición de dicho progenitor con respecto a la filiación encuentra, en muchos casos, su razón de ser en garantizar a los NNA todas y cada una de las condiciones necesarias para que puedan desarrollarse dentro del máximo bienestar familiar. Si bien este contexto podría confundirse con el anterior escenario, lo cierto es que, en este último, los elementos fácticos son de suma importancia a la hora de analizar y decidir en los procesos de investigación de la paternidad, pues, a diferencia del planteamiento anterior, el cual centra su atención básicamente en garantizar al individuo adulto el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, este último se enfoca puntualmente en el interés superior del menor y en la garantía y protección de los derechos fundamentales de los NNA.

Las razones podrán ser infinitas y algunas de ellas requerirán de un estudio especial, pues sus fundamentos pueden llegar a ser tan impactantes que, lo que en un principio se podría haber entendido dentro del proceso de investigación de la paternidad como la búsqueda de una garantía de los

derechos de los NNA a conocer y tener una familia y a no ser separado de ella, se transforma en una vulneración irracional de los mismos. Así las cosas, y teniendo presente estos aspectos, se procederá a desarrollar los estamentos normativos y criterios de interpretación de los mismos que giran en torno a la finalidad del proceso de investigación de la paternidad propiamente dicho, permitiendo así iniciar a resolver la segunda incógnita que desde ya se deja plasmada: ¿es el proceso de investigación de la paternidad la única herramienta idónea para garantizar los derechos de los NNA?

2. REGULACIÓN NORMATIVA DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN COLOMBIA

En Colombia, el proceso de investigación de la paternidad se encuentra establecido como un mecanismo que “permite por vía de una decisión judicial declarar la paternidad respecto de quien se le ha negado la posibilidad del reconocimiento voluntario como hijo” (Aguirre y Ascencio, 2011, p. 16). Inicialmente, este proceso se fundamenta en el interés superior de los NNA y en la protección de sus derechos fundamentales, buscando que el menor tenga no solo una identidad biológica, sino un soporte formativo en el cual apoyarse para llevar a cabo su proyecto de vida.

El proceso de investigación de la paternidad, tal cual se encuentra regulado actualmente por la legislación colombiana, gira en torno a la práctica de la prueba de ADN, que tiene como fin determinar la huella o mapa genético que comparten los individuos sometidos a estudio (Ley 1564, 2012, art. 386).

El ADN que se encuentra en el núcleo de las células del ser humano,

Está compuesto por unas unidades llamadas nucleótidos, concretamente cuatro: Adenina (A), Guanina (G), Citosina (C) y Timina (T). Estas cuatro letras se alternan entre sí formando largas secuencias de ADN, como si de un collar de perlas se tratara. Esta combinación de letras no se produce al azar, sino de una forma precisa, ya que los seres vivos han codificado en estas cuatro letras las instrucciones (genes) para sintetizar todas sus proteínas (Ortíz, s.f., párr. 3).

De ahí que las secuencias y repeticiones de estas combinaciones sean precisamente las que determinan la estructura del ADN en cada individuo, y teniendo en cuenta que, al momento de la fecundación, cada progenitor

aporta a su hijo la mitad de su material genético, el estudio o prueba de ADN busca determinar la correspondencia genética entre el hijo y sus presuntos padres a través del análisis de, por lo menos, 15 marcadores genéticos (secuencias), los cuales, una vez comparados, determinan si el gen presente en el hijo se encuentra en el padre, y con ello si se excluye o no la paternidad estudiada (Lagos et al., 2011).

La prueba de ADN es la prueba más precisa para determinar la paternidad o la maternidad, según el caso; cuando el hijo no contiene dos o más de los marcadores genéticos del supuesto padre o madre, significa que biológicamente él o ella no es el padre o la madre; queda así, gracias a la ciencia, excluida la paternidad o la maternidad, en un 100%, es decir, con una certeza total, que se traduce en una paternidad o maternidad del 0% (Mojica, 2003, p. 254).

El artículo 386 del CGP regula de manera taxativa la investigación de la paternidad, entendida como aquel proceso de carácter judicial que tiene como fin restituir el derecho a la filiación de las personas cuando no son reconocidas voluntariamente por sus progenitores (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF], 2012). Este proceso, según lo ha regulado el CGP y la Ley 721 de 2001, por medio de la cual se modificó la Ley 75 de 1968, impone al juez de conocimiento la necesidad de decretar de oficio la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN como prueba idónea para establecer o no la paternidad reclamada; imposición que no tiene otra finalidad que la de encaminar la actividad judicial a la obtención de la certeza científico jurídica o no del hecho de la relación biológica paternal (Lafont Pianetta, 2009).

La Ley 721 de 2001 en su artículo 1, establece que “en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.99%” (Ley 721, 2001, art. 1).

A su turno, el CGP consagra en el artículo 386 que:

Art. 386. En todos los procesos de investigación e impugnación se aplicarán las siguientes reglas especiales:

(...) 2. Cualquiera que sea la causal alegada, en el auto admisorio de la demanda el juez ordenará aún de oficio, la práctica de una prueba con

marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada. La prueba deberá practicarse antes de la audiencia inicial (Ley 1564, 2012, art. 386).

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-488 de 1999 y en vigencia aún de la Ley 75 de 1968, señaló por primera vez que la práctica de la prueba antropoheredobiológica es de obligatoria ejecución por parte del juez de conocimiento, debido al interés público que suscita el hecho de materializar el derecho que tiene toda persona de saber en realidad quiénes son sus padres. En este sentido, la Corte estableció que el decreto y práctica de la prueba no queda a discrecionalidad de los jueces, pues su desconocimiento conduciría a la violación de los derechos del menor respecto del cual se está llevando a cabo el proceso de investigación de la paternidad (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, T-488, 1999).

De esta manera, se concluye que, con base en el avance de la ciencia genética, el interés superior de los NNA y la especial protección constitucional que ostentan, la autoridad judicial no puede omitir el decreto de la prueba antropoheredobiológica, pues, tal y como ha señalado la Corte Constitucional en el contexto de la sentencia T-411 de 2004, dicho examen ha sido reconocido por la comunidad científica como el medio idóneo para incluir o excluir (según corresponda) con absoluta certeza y una probabilidad superior al 99,999999% a los presuntos padres o madres que se están estudiando dentro del proceso de la investigación de la paternidad, lo que representa para la justicia el fallar conforme a la realidad biológica del menor y con ello satisfacer una serie de derechos fundamentales que le asisten en su condición de sujeto de especial protección constitucional (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-411, 2004).

Ahora bien, el artículo 3 de la Ley 721 de 2001 contempla la posibilidad, si bien no de prescindir de la práctica de la prueba de ADN, sí de allegar al proceso de investigación de la paternidad otras pruebas que puedan demostrar los hechos y, consecuentemente, respaldar las pretensiones del proceso: “sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente” (Ley 721, 2001, art. 3).

Sin embargo, tal como se puede extraer del artículo transcrito, esta posibilidad se presenta solo en aquellos eventos en los que resulte totalmente imposible llevar a cabo la prueba de ADN. Es decir, que la falta de la prueba que, por excelencia, permite determinar la identidad biológica de un individuo, no constituye un motivo para que el juez se sustraiga de su deber y no dicte una sentencia de fondo. Si bien es cierto, el grado de certeza que ofrece la prueba de ADN es insustituible, el artículo 3 de la Ley 721 de 2001 autoriza al juez a recurrir a los demás elementos probatorios y así decidir frente a la filiación del menor.

La norma es muy clara, incluso radical, pues no admite o, por lo menos hasta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 1976-2019, no admitía bajo ninguna circunstancia o fundamento prescindir de la práctica de la prueba de ADN, y mucho menos archivar un proceso de investigación de la paternidad sin haber resuelto de fondo la filiación del menor (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC-1976, 2019).

En este orden de ideas, y teniendo claro el panorama normativo que permea la justicia colombiana, resulta importante determinar si en todos los contextos en los que se adelanta o podría adelantarse el proceso de investigación de la paternidad, se cumple con su finalidad y garantiza de manera integral la satisfacción de los derechos fundamentales de los NNA, o si, por el contrario, su ejercicio conllevaría precisamente a una vulneración de los mismos.

Tal y como se ha sostenido en la argumentación del presente, existen situaciones particulares donde el *no reconocimiento* de los menores por alguno de sus progenitores encuentra su razón de ser justamente en la protección del menor; pues su reconocimiento, más allá de simplemente establecer una identidad biológica, no implicaría una garantía integral de desarrollo armónico para los NNA. En eventos muy concretos que se abordarán a continuación, resulta que la acción más garantista, tanto de la familia que tiene a cargo el menor como del Estado, es precisamente la de reconocer y garantizar a los NNA el *derecho a no saber*; no saber quién es su padre, desconocer su origen biológico y desligarse de la posibilidad de establecer un vínculo netamente legal con dicho progenitor, claro está, después de que la autoridad competente adelante un estudio de ponderación eficaz que responda siempre a la garantía y prevalencia de los derechos de los NNA y su interés superior.

3. EL DERECHO A NO SABER: LA VERDAD BIOLÓGICA A CONTRA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA

Angélica M., como se llamará a la protagonista de la siguiente historia, es una madre soltera de 27 años que, a pesar de poder adelantar el proceso de investigación de la paternidad, ha decidido desconocer el llamado y continuar con el sostenimiento emocional y económico de la menor sin la presencia del padre biológico, *en pro* de la estabilidad emocional de su hija.

Mi historia no difiere mucho de las demás madres solteras, mi intención nunca fue en convertirme en una. Sin embargo, sí fue mi decisión. Te explico: cuando me enteré que estaba embarazada, yo contaba con mi pareja. Se suponía que teníamos ya una estabilidad personal y económica, por lo que asumí que nos embarcaríamos en conjunto en esta nueva etapa como papás. A pesar de ello, y contrario a lo que yo imaginé, la postura del progenitor de mi hija fue la de “abandonar el barco”. Él no estaba preparado para hacerse cargo de una niña y por ello insistió en que interrumpiera el embarazo. Con el corazón realmente dolido y con miedo de afrontar lo que venía, decidí continuar sola con el embarazo y la crianza de mi niña. Yo nunca me opuse a que Pedro (nombre modificado para proteger el anonimato) conociera a su hija y mucho menos que entablaran una relación afectiva, incluso le escribí y lo llamé muchas veces con esa intención, pero la respuesta siempre fue negativa. Algunas personas que conocen mi historia me preguntan por qué no he iniciado las acciones legales para que él reconozca a mi hija y mi respuesta es la siguiente: la inestabilidad de una persona adulta en la vida de un niño representa un daño tal vez más grande que la ausencia del mismo, bien dicen que “no se puede extrañar lo que nunca se ha tenido”. Como señalé, jamás me opuse a que él tuviera contacto con mi hija, lo permití y lo intenté, pero frente a su desinterés, decidí ser madre soltera por el bienestar de mi hija. Cuando llegue el momento, ella podrá decidir libremente si desea o no tener contacto con él (Angélica M., comunicación personal, 2021).

La de Angélica es solo una historia de muchas que se mantienen en el anonimato. Como se relata, no ha iniciado ninguna acción legal en contra del progenitor de la menor, pues su deseo, más allá de que su hija cuente con el apellido del padre, es que éste asuma lo que implica emocionalmente ser un papá.

En este tipo de situaciones, el proceso de investigación de la paternidad ciertamente puede establecer el vínculo biológico entre padre e hija, e incluso imponer cargas económicas a cargo del padre y en favor de la menor. Pero, en el presente contexto, ¿sería una herramienta que garantice los derechos de la niña a tener un nombre, una identidad, una familia? La menor tiene un nombre y una identidad, pues jamás se le ha negado la posibilidad de conocer su origen ni se ha privado la oportunidad de que entre ella y el progenitor exista contacto. Y familia, ¿acaso ya no la tiene?

Nadie desconoce que la figura paterna en el desarrollo psicosocial del menor tiene un impacto positivo o negativo, dependiendo del papel que decide acoger el padre. Sin embargo, cuando el escenario simplemente ofrece dos opciones, como son una paternidad ausente o una paternidad intermitente, la salida no es tan fácil y la decisión de Angélica implicó justamente ponderar lo que para su hija representaría una mayor estabilidad, que en últimas es la finalidad de una familia.

Las razones son totalmente válidas y, aunque según manifiesta, Angélica ha sido juzgada por su decisión, ha encontrado el respaldo en profesionales de la psicología que coadyuvan su posición, pues, además de respaldar su teoría en cuanto al malestar que generaría en la menor el desapego emocional que el progenitor demuestra por su hija, la han orientado en el manejo y educación emocional que la menor debe recibir en la primera infancia para el manejo adecuado de la situación familiar en la que se está desarrollando.

Está demostrado que el mayor desarrollo del cerebro humano ocurre durante los tres primeros años de vida (Zero To Three, 2022). Por ello la importancia de establecer en esta primera etapa los primeros vínculos de amor y comprensión y, sobre todo, propiciar un entorno de protección donde el niño pueda desarrollar su personalidad, explotar sus potencialidades y acoger las herramientas necesarias para desenvolverse en el contexto social.

Fonagy et. al (2001, como se citó en el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Fundación Kaleidos, 2012) han señalado que:

Los modos en que los adultos se ocupan del niño, las interacciones y la comunicación con él, se internalizan y el niño construye así los modelos de sí mismo que reflejan el modo en que sus padres lo ven, imágenes transmitidas no solo en el decir sino también en el hacer con él. Una vez

construidos, estos modelos de sí mismo basados en las interacciones entre el niño y sus padres tienden a persistir, y continúan operando ya a un nivel inconsciente. (p.14) Así, las experiencias emocionales del niño con su familia permiten que él construya la capacidad de pensar el mundo que lo rodea y pensarse a sí mismo, es decir, construir su propio aparato psíquico, que se va a ir desarrollando hasta que logre ser alguien diferenciado como individuo e integrado a la sociedad (p. 13).

En este orden de ideas, y teniendo presente que todo el contexto en el que el menor se desarrolla incide directamente en su construcción psicosocial, es válido aceptar que, bajo las condiciones aquí señaladas, el proceso de investigación de la paternidad no es la medida idónea para proteger más allá de los derechos económicos a favor del menor, pues, como se ha argumentado, la decisión del padre ha sido la de no estar presente en la vida de la niña. Al ser un sentir personal no coaccionable por la ley, no podría tener un impacto favorable en la crianza del menor, sino que, por el contrario, podría incluso incidir en el desarrollo de una personalidad quebrantada por la inestabilidad emocional del padre con respecto a la niña.

Ahora bien, de manera paralela a este primer escenario, se presentan otros contextos que merecen la pena hacerse visibles. Si bien es cierto que en Colombia no se tiene conocimiento concreto de estos eventos, no hay que olvidar que, por lo delicado de la situación, muchos pueden permanecer en el anonimato. El contexto es el siguiente: “una mujer es violada y, producto de la agresión sexual, queda embarazada” (BBC News Mundo, 2018, párr. 2). A pesar de tener otras opciones, decide continuar con el embarazo y tener el bebé. Tras el nacimiento del niño e independientemente de si la mujer adelantó o no la respectiva denuncia ante el ente competente, el agresor sexual reclama la filiación y demás derechos que se derivan de la misma respecto del hijo fruto de ese delito.

Tiffany, ciudadana estadounidense, quedó embarazada después de ser violada a los 12 años. Con residencia en Michigan, vivió la peor experiencia que le pudo pasar, pues, pensando que el capítulo en el que había sido agredida sexualmente había quedado atrás, se revivió al escuchar que su agresor exigía ver a su hija “Tenía miedo. No sabía si iba a tener que dejarle que lo viera. Porque en aquel momento, el juez dijo que había derechos de paternidad, le contó Tiffany a la BBC” (BBC News Mundo, 2018, párr. 12).

Christopher Mirasolo, ciudadano estadounidense de 27 años de edad y quien se encontró dos veces en prisión por violación de menores, fue favorecido por la justicia estadounidense al reconocerle, aún sin que él lo haya solicitado, el derecho a tener la custodia compartida del hijo que tuvo con su primera víctima. El juez no solo establece que el exconvicto pueda visitarlo, sino que le facilitó la dirección de la madre y ordenó sin su consentimiento que se sume el nombre del violador al certificado de nacimiento del hijo. (Pozzi, 2017).

Si bien es cierto, tal como se señaló en los párrafos antecedentes, los casos expuestos son ajenos a la jurisdicción de Colombia, la realidad no es lejana a la de estas mujeres, pues según las cifras expuestas por Caracol Radio (2020)

En 2019, 98.000 mujeres reportaron denuncias sobre violencia de género, de las cuales 22.150 eran por el delito de violencia sexual; 10.450 de ellas, menores de 10 a 14 años. “En nuestro país es lamentable decirlo, pero **cada 30 minutos una mujer es víctima de violencia sexual;** es decir, cada hora dos mujeres son violentadas y al día 48 mujeres son víctimas de este flagelo”, aseveró la presidenta de la Comisión, la representante conservadora, Adriana Matiz (párr. 4).

En el año 2018, “9.545 menores de 18 años que fueron víctimas de violencia sexual resultaron en embarazo como producto de esa violación. De ese total, el 60 por ciento tenían entre 10 y 13 años” (Redacción Justicia, 2019, párr. 1). Las cifras por sí mismas generan preocupación, y más aún cuando no incluyen a aquellas víctimas que por miedo y estigma social se privan de hacer la respectiva denuncia. Ahora bien, a la fecha no existe registro exacto que identifique el número de embarazos que efectivamente llegaron a término, y mucho menos se tiene conocimiento del vínculo filial de dichos menores.

Si bien es cierto que, a la fecha, se desconoce la existencia de algún evento en el que el agresor sexual haya reclamado derechos frente al hijo fruto de dicho ataque en Colombia, asalta la duda respecto al hipotético evento en que esto ocurriera. ¿Cuál sería el proceder de la justicia colombiana en materia de derecho de familia? La legislación colombiana, al igual que los Estados donde se presentaron los casos narrados, no contempla nada al respecto. Esto quiere decir que, efectivamente, el agresor sexual podrá

adelantar el respectivo proceso de investigación de la paternidad y, como resultado de la prueba de ADN, figurar como el padre biológico del menor.

¿Distante la posibilidad? Tal vez sí, pero no imposible. En este momento, los agresores sexuales tienen los mismos derechos que cualquier otro padre biológico. Se presenta entonces nuevamente la incógnita planteada; ¿es el proceso de investigación de la paternidad la herramienta idónea para garantizar los derechos del menor?

3.1. El interés superior de los NNA como eje transversal en la actuación judicial en Colombia

Bien se han señalado hasta el momento las bases normativas del proceso judicial de la investigación de la paternidad y las imposiciones que del mismo se derivan a cargo del juez de conocimiento. Se ha dejado claro que es deber del juez decretar de oficio la práctica de la prueba técnica de ADN y conducir el proceso de investigación de la paternidad hasta culminar con el establecimiento o no del vínculo filial entre el presunto padre y el hijo de quienes se investiga su relación biológica. Sin embargo, si se toma en consideración los casos expuestos y se aplica de manera taxativa la norma correspondiente, resulta evidente que la finalidad de la norma pierde su rumbo. Indudablemente, se estarían trastocando derechos fundamentales de los NNA que se encuentran en este tipo de escenarios, poniendo en riesgo, no solo su estabilidad psíquica y emocional, sino todo el sistema sociocultural construido en torno al menor en cuestión.

El proceso de investigación de la paternidad y la aplicación taxativa de la norma que lo regula no siempre será la herramienta idónea para garantizar los derechos del menor *no reconocido*. Si bien es cierto, el juez no puede sustraerse de su investidura y fallar conforme sus ideales, sí es su deber garantizar que el fallo sea coherente con el contexto fáctico en el que se encuentra el menor. Para la Corte Suprema de Justicia, resulta importante abordar el tema desde un análisis profundo de las condiciones en las que se encuentra el menor, pues la actividad judicial y, en general, cualquier actuación o decisión que verse sobre la modificación del ambiente en el que los NNA se encuentran, debe obedecer a la protección de sus derechos; es decir, que las decisiones que se adopten, bien sea en sede judicial o administrativa *en pro* del interés superior del menor “deben evitar la adopción de medidas que puedan ocasionar una afectación física,

espiritual o psíquica, o que reduzcan o eliminen las condiciones del entorno de protección en el que se encuentren” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

La sentencia STC1976 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, es precisamente una sentencia que demuestra que es deber del juez estudiar de manera detallada el contexto propio en el que se encuentra el menor y que la actuación judicial debe ir siempre acompañada del análisis y aplicación efectiva del interés superior del menor, pues la imposición normativa que regula la investigación de la paternidad, tal cual se sustenta en el fundamento de la sentencia, no puede trastocar derechos fundamentales de los NNA cuando del análisis del caso puntual se logra evidenciar que, contrario a la finalidad de la norma, su aplicación trasgrede directamente lo que en principio se buscaba proteger. Esta sentencia cambia totalmente el paradigma en materia procesal y sustancial, pues *desvirtúa* la obligatoriedad de la práctica de la prueba técnica de ADN dentro del proceso de investigación de la paternidad y empieza a concebir la necesidad de garantizar a los NNA *el derecho a no saber*.

En la presente oportunidad, la Corte estudió y analizó la impugnación promovida por una adolescente de 15 años contra la sentencia de tutela dictada por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca. Dicho fallo ordenaba llevar a cabo la práctica de la prueba de ADN entre el demandante (presunto padre) y la adolescente de 15 años dentro del proceso de impugnación e investigación de la paternidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

Si bien es cierto, el decreto de la prueba de ADN conforme al numeral 2 del artículo 386 del CGP y el artículo 1 de la Ley 721 de 2001 reviste de obligatoriedad para los jueces, la adolescente solicitaba que no fuera aplicada dicha norma al caso en concreto, oponiéndose tajantemente a la práctica de la prueba de ADN, con fundamento en que no era su deseo conocer su verdadera filiación biológica, pues desde su nacimiento y durante 15 años había sido acogida, criada y amada por un único hombre a quien ella y su círculo social reconocían como su padre. La adolescente afirma que, durante el tiempo señalado, ya se habían consolidado lazos de amor, solidaridad, respeto y protección, lo que en definitiva demostraba que la menor se encontraba bajo la custodia de un ámbito familiar estable que le proporcionaba todo lo que se espera recibir de una familia (Moreno y Restrepo, 2020).

A pesar de que ni los padres ni la adolescente niegan la posibilidad de que el demandante sea efectivamente el padre biológico de la menor, se oponen a que su familia fuertemente consolidada sea quebrantada por un tercero que aparece en su vida después de 15 años. Frente a ello, y a pesar de la manifestación expresa de la adolescente respecto de no querer saber si el demandante era su verdadero padre biológico, el juez de conocimiento declinó la solicitud presentada por la adolescente y sus padres (quienes registran como tal) y, con fundamento en la norma, ordenó continuar con la ejecución de la providencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

Frente a esta situación, la Corte realizó un estudio pormenorizado de cada una de las esferas psicosociales que envuelven a la adolescente y su contexto familiar, concluyendo que la actividad y decisión judicial debe tener presente la aplicación inminente del principio del *interés superior* del niño (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

No hay que olvidar que, tal cual ha señalado el Comité de los Derechos del Niño a través de la Observación general N° 14 (2013) el interés superior del menor debe desarrollarse desde sus tres dimensiones; es decir, como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo y como norma de procedimientos:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o

a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos (Comité de los Derechos del Niño [CRC], Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general No. 14, 2013, p. 4).

Teniendo presente cada una de las esferas señaladas, la Corte Suprema de Justicia determinó que la menor se encontraba dentro de una dinámica familiar favorable para el desarrollo de sus aspiraciones más profundas. Es precisamente en ello que la Corte se fundamentó para sustraerse de su deber legal en cuanto al decreto de la práctica de la prueba técnica de ADN. De esta manera, procedió a proteger a la familia consolidada por la realidad de las relaciones interpersonales derivadas del trato continuo entre la adolescente y su padre de crianza, por sobre aquella que podría derivarse de la verdad biológica (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019). La Corte señaló que:

La filiación está ligada, en forma íntima, con la realidad de las relaciones humanas, las cuales con el pasar del tiempo consolidan y estructuran el libre desarrollo de la personalidad, que a su vez se armoniza con los postulados axiológicos de dignidad y autodeterminación. El mundo contemporáneo contiene nuevas configuraciones familiares que trascienden los lazos de sangre, siendo la afectividad el criterio prevalente para reconocer la constitución de una relación de parentesco (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

Así pues, resulta evidente que, para la Corte Suprema de Justicia, la simple progenitura no genera lazos de socio-afectividad entre el presunto padre y el menor que merezcan por sí mismas la protección estatal, sino la convivencia y el trato cotidiano, “la seguridad jurídica del estado civil

consolidado en el vínculo socio-afectivo vivenciado entre la adolescente tutelante y su padre legal prevalece sobre la verdad biológica” (Moreno y Restrepo, 2020, p. 369). Así, compartiendo la postura de Moreno y Restrepo (2020), “la prueba de ADN, como elemento propio del derecho procesal, no puede sobreponerse a los criterios axiológicos de la paz y la armonía familiar de crianza” (p. 369) alcanzada, pues se ha dejado claro que la menor ya tenía constituida su identidad en su núcleo familiar y, por ello, la aplicación de la norma procesal implicaría que la misma derribara por capricho meramente formalista todo el entorno psicosocial en el que se encontraba desarrollando la menor.

Teniendo en cuenta los fundamentos señalados, la Corte Suprema de Justicia dispuso revocar la providencia que ordenaba la práctica de la prueba de ADN y, consecuentemente, archivar las diligencias adelantadas con fundamento en la demanda de impugnación e investigación de paternidad promovida, en tanto la misma se configuraba como una violación inminente a los derechos de la menor a tener una familia y a no ser separada de ella.

En este orden de ideas, y conforme a la posición de la Corte, es posible señalar que toda actuación judicial o administrativa que requiera de una decisión cuyos efectos se extiendan a los NNA, debe valorar todo el contexto social, cultural y afectivo en el que el menor se encuentra, hallando en ello el sustento ideal para fallar conforme a la realidad y al bienestar del menor y no simplemente frente al llamado normativo, atendiendo al interés superior del menor. Cabe resaltar, que tal como ha señalado la Corte Constitucional:

El interés superior del menor no puede constituirse una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por ello para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas:

- 1) En primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas;
- 2) En segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo;

3) En tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto, cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio;

4) Por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo, consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-587, 1998).

Ahora bien, a pesar de que en el contexto de la sentencia STC1976 de 2019 no se exponen de manera concreta los criterios necesarios para desvirtuar la idoneidad de aplicación y ejecución propiamente dicha del proceso de investigación de la paternidad en casos semejantes al desarrollado, sí es posible extraer de su contexto aquellos que, para el presente trabajo investigativo, revisten de vital importancia, pues, independientemente del contexto en el que se estén estudiando, pueden ser fácilmente abordados por la autoridad que así lo requiera.

En este sentido, se ha rescatado la necesidad de abordar, por lo menos inicialmente, tres esferas en las que se incluya el contexto familiar y las condiciones personales del NNA. Entre ellas, se destaca: la evaluación de las condiciones socioafectivas en las que se desarrolla el menor; la valoración de la postura del NNA respecto a su filiación desde la autonomía progresiva del mismo y la valoración de los aspectos fácticos que conllevaron inicialmente al no reconocimiento voluntario del presunto padre o madre respecto de su hijo.

Estas tres esferas, desarrolladas bajo la luz del interés superior del NNA, tienen la capacidad de ilustrar a la autoridad competente sobre el contexto real del proceso de investigación de la paternidad, exponiendo el panorama completo de los derechos vulnerados en contraposición a los derechos que efectivamente se encuentran garantizados. En cierta medida, estas tres esferas se convierten en criterios de ponderación de los derechos que se encuentran en juego dentro del proceso de investigación de la paternidad.

Así las cosas, toda actividad judicial o administrativa que verse sobre derechos de los NNA debe siempre desarrollarse conforme las tres

dimensiones que implican el interés superior del menor. Tal cual ha señalado la jurisprudencia constitucional, el interés superior:

No constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario, el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que, en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-510, 2003).

De esta manera es importante señalar que, en escenarios como los propuestos, los jueces deben encontrarse en la capacidad de responder con la altura, preparación y apropiación necesaria para garantizar el bienestar integral de los NNA. El interés superior del niño debe ser la base para identificar tanto factores de riesgo como elementos protectores y, con ello, determinar si el contexto real de su ambiente familiar y demás elementos son criterios suficientes para sustentar la prescindencia de la obligación procesal que recae sobre el juez a la hora del decreto y practica de la prueba de ADN, con la finalidad de ceder el derecho a conocer la verdad biológica, priorizando el ejercicio del *derecho a no saber*, la estabilidad física, emocional y psicológica del menor en cada caso en concreto.

Sin duda, el papel del juez debe ir más allá de la simple aplicación de la norma. Debe garantizar que esa norma responda a la finalidad de la misma: proteger a quienes por esencia son el futuro de la sociedad, ¡LOS NIÑOS!

CONCLUSIONES

Dado el contexto familiar colombiano y el ámbito de desarrollo y protección que el Estado le ha proporcionado, es posible afirmar que la familia, más allá de una simple estructura organizativa de un grupo de personas, es, por esencia propia, la fuente de surgimiento y estabilidad de una sociedad en general. El Estado no solo ha visto la necesidad de garantizar a los integrantes de la familia la igualdad en sus derechos, sino la de proporcionar las herramientas y condiciones necesarias para que pueda desplegar acertadamente sus funciones.

A la fecha, no existe una única fuente de formación de la familia, y mucho menos una que revista de mayor importancia respecto de las otras. Bien se ha señalado que la dinámica familiar no obedece a un concepto estático y que la protección estatal debe estar precisamente encaminada a respaldar en cada etapa de la configuración familiar la estabilidad funcional de la misma.

Ahora bien, como se ha dejado en evidencia en cada uno de los acápites que ocupan al presente documento, no siempre el entorno familiar proporciona a sus integrantes las condiciones que idealmente se plantean como necesarias para su desarrollo integral. Existen múltiples contextos en los que resulta necesario disponer de las acciones legales correspondientes como mecanismo idóneo para garantizar la efectiva satisfacción de los derechos de sus integrantes; especialmente cuando giran en torno a la protección de los NNA.

Tal cual se ha expuesto en el contexto de la presente investigación, existen ciertos escenarios en el que los NNA no cuentan con el reconocimiento de alguno de sus progenitores, siendo ésta una fuente de vulneración de los derechos del menor a conocer y completar su identidad biológica. Sin embargo, y a pesar de ser el proceso de investigación de la paternidad, por regla general, la herramienta idónea para garantizar los derechos que inicialmente pueden verse vulnerados, la realidad y el contexto fáctico en algunos de ellos puede controvertir la finalidad de la norma. Es decir, no siempre el proceso de investigación de la paternidad podrá satisfacer la finalidad del mismo, pues existen ciertas circunstancias como: el desinterés, abandono, depravación, negligencia o intermitencia afectiva de alguno de los progenitores, lo que implicarían que dicho reconocimiento, lejos de ser garantista de los derechos de los NNA, trastoque su integralidad psicosocial, sobreponiendo erradamente el interés particular de los adultos por sobre el interés superior del NNA en cuestión.

Actualmente, los NNA han conquistado un papel preponderante a nivel internacional. Su condición no es limitante de derechos y obligaciones, por el contrario, los hace titulares de derechos de rango superior, pues su interés particular se sobrepone a cualquier circunstancia que los confronte. En este entendido, y a la luz del tema que ocupa al presente documento, es factible señalar que es deber del juez analizar las condiciones físicas, emocionales y psicológicas del menor sobre el cual recaen los efectos de la

decisión judicial derivada del proceso de investigación de la paternidad en cada caso en particular y ponderar, a la luz del interés superior del menor, el derecho de conocer su origen biológico y el derecho de desconocerlo.

Así las cosas, la sentencia STC1976 de 2019 es, para muchas familias, madres solteras, NNA, e incluso, para diferentes profesionales que se relacionan con la esfera psicosocial de la dinámica familiar, una herramienta que, en principio, podría extender sus efectos a aquellos escenarios como los que se plantearon, con el fin de proteger los derechos de los NNA de quienes se investiga su vínculo filial.

El juez de conocimiento tiene la responsabilidad de fallar conforme al contexto fáctico del caso puntual y no simplemente al frío llamado de la ley procesal. En este orden de ideas, y cuando del análisis puntual del caso se vislumbran escenarios como los planteados, queda claro que, tanto la prescindencia del decreto y práctica de la prueba de ADN, así como la garantía del derecho a no saber, se muestran como el mecanismo más garantista de los derechos fundamentales de los NNA que su ejecución dentro del proceso de investigación de la paternidad, pues la verdad biológica debe protegerse en la medida en que el interés superior del menor así lo requiera.

La consideración del escenario propuesto a la fecha requiere del trabajo e investigación multidisciplinar de las diferentes áreas del conocimiento social. Sin embargo, con esta primera aproximación por parte de la Corte Suprema de Justicia, es posible empezar a vislumbrar otros escenarios en los que la aplicación del interés superior del menor ya no sea una simple consideración mecánica, sino que efectivamente el juez tome un papel activo a la hora de examinar bajo la efectiva aplicación del interés superior del menor, todos los escenarios posibles que giran en torno al NNA. Indudablemente, la tarea requerirá de muchos otros insumos, pero si se tiene presente que los mismos se encuentran dirigidos a garantizar un desarrollo armónico de la infancia que proporcione las herramientas necesarias para desarrollar su máximo potencial, todo esfuerzo será oportuno.

REFERENCIAS

Aguirre, D. y Ascencio, P. (2011). *El proceso de investigación de la paternidad a favor de los menores de edad, en el Distrito Judicial de Manizales desde el año 2008 hasta el año 2010* (Tesis de especialización, Universidad Libre Seccional Pereira). Archivo digital. <https://>

repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16633/ELPROC~1.PDF?sequence=1&isAllowed=y

BBC News Mundo. (2018, 14 de agosto). Estados Unidos: los estados donde la ley no impide que los violadores reclamen la custodia de los niños que nacen fruto de la agresión. *Publimetro*. <https://www.publimetro.co/co/bbc-mundo/2018/08/14/estados-unidos-los-estados-donde-la-ley-no-impide-que-los-violadores-reclamen-la-custodia-de-los-ninos-que-nacen-fruto-de-la-agresion.html>

Caracol Radio. (2020, 25 de mayo). *Cada 30 minutos una mujer es víctima de violencia sexual: Comisión Mujer*. https://caracol.com.co/radio/2020/05/25/nacional/1590433432_999569.html

Comité de los Derechos del Niño [CRC]. (2013). Convención sobre los Derechos del Niño. Observación general No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489

Congreso de la República de Colombia. (24 de diciembre de 2001). Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968. [Ley 721 de 2001]. DO: 44.661

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (26 de julio de 2011). Sentencia C-577 [M.P: Mendoza, G.].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (06 de mayo de 2004). Sentencia T-411 [M.P: Araujo, J.].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (09 de julio de 1999). Sentencia T-488 [M.P: SÁCHICA, M.].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (19 de junio de 2003). Sentencia T-510 [M.P: Cepeda, M.].

- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (20 de octubre de 1998) Sentencia T-587 [M.P: Cifuentes, E.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (21 de febrero de 2019). Sentencia STC1976 de 2019 [Salazar, A.].
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF] y Fundación Kaleidos. (2012). *Desarrollo emocional. Clave para la primera infancia* (1ª ed.). Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF] y Fundación Kaleidos. https://fundacionkaleidos.org/wp-content/uploads/2022/05/Desarrollo_emocional_0a3_simple.pdf
- Gómez, J. C. (2024). La protección a la familia en Colombia: ¿costumbrismo o modernidad? *Tabula Rasa*, (50), 203-222. <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n50/1794-2489-tara-50-203.pdf>
- Institute for Family Studies y Wheatley Institution. (2019). Mapa Mundial de la Familia. *Cambios en las estructuras familiares y el bienestar de los niños*. https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/09/WorldFamilyMap-2019_Spanish-Digital.pdf
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF]. (2012, 20 de febrero). *¿Qué es la Investigación de la Paternidad?* <https://www.icbf.gov.co/que-es-investigacion-de-la-paternidad>
- Lafont Pianetta, P. (2009). *Derecho de Familia. Derecho marital-filial-funcional* (4ª ed.). Ediciones El Profesional.
- Lagos, M., Poggi, H. y Mellado, C. (2011). Conceptos básicos sobre el estudio de paternidad. *Revista médica de Chile*, 139(4), 542-547. <https://www.scielo.cl/pdf/rmc/v139n4/art19.pdf>
- Minuchin, S. (1974). *Familias y terapia familiar* (V. Fichman, Trad.). Gedisa Editorial. (Trabajo original publicado en 1974).
- Mojica, L. (2003) La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación. *Estudios Socio Jurídicos*, 5(1), 250-265. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/244/196>
- Moreno, V. y Restrepo J. (2020). Análisis jurisprudencial de la sentencia stc-1976 de 2019 de la corte suprema de justicia de Colombia: Un caso de corrección constitucional en la filiación de crianza. *Estudios*

Constitucionales, 18(2), 363-381. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v18n2/0718-5200-estconst-18-02-363.pdf>

Ortiz, J. A. (s.f.) *La importancia del ADN en nuestra vida: 25 de abril Día Mundial del ADN*. <https://www.institutobernabeu.com/es/foro/la-importancia-del-adn-en-nuestra-vida-25-de-abril-dia-mundial-del-adn/>

Parra, J. (2023). *Derecho de Familia. Tomo I* (4ª ed.). Editorial Temis.

Pozzi, S. (2017, octubre 10). Un violador obtiene la custodia compartida del hijo de su víctima. *El País*. https://elpais.com/internacional/2017/10/10/mundo_global/1507628510_525255.html

Redacción Justicia. (2013, noviembre 03). En Colombia se buscan más de 40.000 padres irresponsables. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13159228>

Redacción Justicia. (2019, junio 26). 5.713 niñas entre 10 y 13 años quedaron en embarazo por violación. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/registro-de-ninas-embarazadas-por-una-violacion-segun-medicina-legal-forensis-2018-380594>

Torres, C. A. (2017). *Propuesta de acompañamiento a comunidades y familia* (Trabajo de Diplomado, Universidad Nacional Abierta y a Distancia). Archivo digital. <https://repository.unad.edu.co/bitstream/handle/10596/13379/1032412069.pdf;jsessionid=11DE3A14C89D5E-C09EF3353BB3C9519E?sequence=3>

Zero To Three. (2022, 18 de mayo). *22 Statistics You Need to Know About Childhood Brain Development*. https://www.zerotothree.org/resource/distillation/22-statistics-you-need-to-know-about-childhood-brain-development/?utm_source=chatgpt.com

AGRADECIMIENTOS

A quien en la tierra fue el pilar de mi hogar y quien ahora en el cielo es mi guardiana al caminar. A ella infinitas gracias por haber estado presente en cada uno de mis logros.