

Sentencia T-1342/01

DERECHO A LA FILIACION Y PRUEBA GENETICA-Obligación de práctica de prueba ordenada

En razón de lo prevalente que resulta para el Estado social de derecho, de cara a las consideraciones de orden puramente procesal relativas a la actividad e inactividad de las partes, el esclarecimiento de la verdadera filiación, con miras a hacer efectivos los derechos y las obligaciones paterno-filiales la Sala concluye que el decreto y la práctica de las pruebas genéticas, en los procesos de investigación de la maternidad y de la paternidad, en cuanto conducen a la exclusión, con certeza absoluta de quien no es el progenitor, y al señalamiento, con una probabilidad cercana a la certeza, de quien sí lo es, son de imperativo cumplimiento.

Constituye vía de hecho, como lo tiene resuelto esta Corporación, excluir una paternidad discutida sin practicar los exámenes que permiten hacerlo con absoluta certeza, al igual que establecer una filiación sin el auxilio eficaz que los avances de la ciencia genética ofrecen para hacerlo, porque si bien existe libertad probatoria para las partes, en cuanto a la demostración de los hechos en que fundan sus pretensiones y excepciones, para la decisión se requiere que el juez adquiera tanta certeza como fuere científicamente posible, para excluir o declarar una paternidad disputada. Teniendo en cuenta que el juez de tutela no puede escatimar esfuerzos para la protección de los derechos fundamentales quebrantados, y ante la evidencia de que a las partes involucradas en el proceso que culminó con el reconocimiento de Maria Patricia como hija de Jorge Ardila, se les quebrantó el debido proceso, porque la prueba del HLA no se practicó estando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en posibilidad de hacerlo, práctica que habría disipado las dudas que le asisten a la accionada, ante la certidumbre de que su hijo no podía engendrar, procede conceder el amparo como mecanismo transitorio, con el objeto de evitar que quede definida la filiación de Maria Patricia, sin que la señora de Ardila pueda solicitar su revisión, y con miras a que tal cometido resulte posible -artículo 86 constitucional-.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION EN PROCESO DE FILIACION-No práctica de prueba genética

Corresponde al juez de revisión admitir y tramitar la demanda presentada contra una sentencia que prescindió de la prueba en que debía fundamentarse, cuando ésta se

presenta, porque se encuentra ante nuevos elementos probatorios que, de haberse conocido, habrían conducido a otro resultado, y respecto de los cuales las omisiones de las partes no cuentan, porque las disposiciones imperativas del ordenamiento no pueden recibir el mismo trato que los derechos disponibles por las partes. Ahora bien, si una vez utilizado tal mecanismo, la actora no consigue que la sentencia se adecue a los dictados constitucionales, puede invocar, por estos nuevos hechos la protección constitucional, porque la revisión se erige como el último recurso para que el fallador ordinario cumpla con su deber de someter los asuntos en litigio al Ordenamiento Superior. Es más, el Código de Procedimiento Civil tiene previsto un trámite extrajudicial al que pueden acudir quienes requieren la práctica de pruebas, con miras a adelantar un proceso, de tal suerte que la actora puede acudir a dicho trámite para que el juez asignado le ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la prueba del HLA en las personas indicadas. Y, así, conforme al resultado, presentar la demanda de revisión, o dejar de hacerlo.

TERMINO PROCESAL-Suspensión por tutela

El término de los dos años que tiene para presentar la demanda de revisión, en el caso de que el dictamen varias veces mencionado, arroje el resultado que la misma espera, deberá suspenderse por estar próximo a vencerse, con el objeto de que se practique la prueba que se dejó de practicar, y que la accionada evalúe la procedencia de su demanda. Ahora bien, podría argüirse que se está reviviendo un término que la actora ha dejado transcurrir, porque sin la intervención del juez de tutela hubiere podido solicitar la práctica del examen del HLA sin acudir al mecanismo de protección de los derechos fundamentales; sin embargo, cabe precisar que las pruebas genéticas, debido a que involucran a la persona misma, no pueden ordenarse sin una debida justificación, y sin que el juez que la ordena adquiera plena certeza de su procedencia y utilización, la que no se puede adquirir con la simple solicitud que requiere un prueba extrajudicial; además, se reitera que no se pretende solventar la omisión de las partes, sino la de los jueces de la causa, a quienes les correspondía acatar el mandato imperativo del artículo 7º de la Ley 75 de 1968, para proferir su decisión, y no lo hicieron.

Referencia: expedientes T-479.042

Acción de tutela instaurada por Cristina Duarte de Ardila contra el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de la competencia que le ha sido concedida por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y por el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos adoptados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, para decidir la acción de tutela instaurada por Cristina Duarte de Ardila contra el Juzgado Diecisiete de Familia, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, y Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La señora Cristina Duarte de Ardila interpuso acción de tutela por considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, en razón de que el Juzgado Diecisiete de Familia, dentro del proceso Ordinario de Patricia Name Vásquez contra la accionante y contra los herederos indeterminados de Jorge Ardila Duarte, reconoció a Maria Patricia Name Vásquez como hija de aquel, i) sin insistir en la práctica de la prueba H.L.A., ii) basándose, entre otras, en pruebas practicadas sin la intervención de la Curadora ad litem, y iii) sin haber citado al proceso al Defensor de Familia.

Y debido a la sentencia fue confirmada por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, y no fue casada por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

2. Los hechos

Del acervo probatorio se pueden tener como ciertos los siguientes hechos

-Maria Patricia Name Vásquez nació el 8 de diciembre de 1987 en Bogotá y fue registrada en esta misma ciudad el 6 de abril de 1988, como hija de Patricia Name Vásquez, mujer soltera.

-Jorge Ardila Duarte, hijo de Cristina Duarte y Efraín Ardila -fallecido-, falleció en la ciudad de Bucaramanga el 10 de noviembre de 1990, siendo soltero.

-El 23 de abril de 1991, la señora Patricia Name Vásquez, en su condición de madre de la menor Maria Patricia, por intermedio de apoderada, presentó ante el Juzgado 20 de Familia de Bogotá demanda Ordinaria contra Cristina Duarte de Ardila y los herederos indeterminados de Jorge Ardila Duarte, con miras a obtener el reconocimiento de la menor como hija del causante, asunto que le correspondió conocer al Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá.

-Como fundamento de sus pretensiones la apoderada de la actora adujo i) que Jorge Ardila Duarte y la madre de la menor mantuvieron relaciones de noviazgo en Bogotá, ciudad donde se conocieron, y en Bucaramanga, ciudad a la que los mismos frecuentaban, entre el año de 1986 y el fallecimiento de Ardila; ii) que desde que conoció a Ardila Duarte Patricia Name no tuvo relaciones con otro hombre, iii) que el nombrado conoció de la existencia de la menor, estuvo presto a reconocerla, atendió a la madre durante el embarazo y a la pequeña desde su nacimiento, y que la presentó a ésta última como su hija, ante sus amistades, y a Patricia como su novia.

-La señora Cristina Duarte de Ardila, por intermedio de apoderado, se opuso a las pretensiones de la antedicha demanda. En su lugar propuso las excepciones de incapacidad genética del doctor Jorge Ardila para procrear, e imposibilidad y física de tener relaciones con la demandante, por la época en que tuvo lugar la concepción de Maria Patricia, y, además, adujo inexistencia, en la menor, de la posesión notoria del estado de hija.

-La menor estuvo representada durante todo el curso del proceso por su madre; además, la Defensora de Familia intervino en algunas de las pruebas practicadas y alegó de conclusión, solicitando al despacho resolver favorablemente las pretensiones de la actora.

-Los herederos indeterminados del señor Jorge Ardila estuvieron representados desde la iniciación hasta la finalización de la causa por Curadores ad litem. Inicialmente el cargo fue ocupado por el doctor Jorge Flórez Gacharná, quien se posesionó, obtuvo el discernimiento que la ley exige para ejercer tal cargo, fue notificado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, solicitó la práctica de pruebas, interpuso algunos recursos, intervino en algunas de las pruebas decretadas, y alegó de conclusión.

-Mediante providencia fechada el 19 de febrero de 1992, el juzgado decretó los exámenes personales de la menor, de su madre y de la demandada, con miras a conocer, pericialmente, los caracteres heredo-biológicos paralelos entre los mismos. Para el efecto ordenó una “(..) peritación antro-po-heredo-biológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos físicos e intelectuales trasmisibles de las personas citadas”.

-Y mediante proveído de 19 de junio de 1992, decretó la prueba H.L.A. en las antes nombradas y en los señores Benjamín y Gustavo Ardila Duarte, hermanos del presunto padre, fallecido. Para la práctica de los experticios, antes señalados, el juzgado del conocimiento ordenó oficiar al Laboratorio de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

-Los días 19 y 27 de octubre de 1992, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar practicó a la menor María Patricia Name Vásquez y a su madre, como también a la señora Cristina Duarte de Ardila y a sus hijos: Gloria Amparo Ardila Duarte, Sara Ardila de Low, Benjamín Ardila Duarte, y Gustavo Ardila Duarte, un estudio de los sistemas “ABO, Rh, y menores -Kell-Cellano-”, a fin de determinar la compatibilidad genética de la menor con el señor Jorge Ardila Duarte.

-Conforme al dictamen emitido por el Jefe de Laboratorio y Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el 20 de noviembre de 1992, la “IMPRESIÓN SOBRE PATERNIDAD” dio el siguiente resultado: OBSERVANDO LAS POSIBLES VARIANTES GÉNICAS OBTENIDAS A TRAVES DE LOS CUATRO HERMANOS LEGÍTIMOS y SU MADRE VEMOS; QUE SE ESTABLECE COMPATIBILIDAD PARA CON LA MENOR: MARIA PATRICIA.”

-El apoderado de la señora Cristina Duarte de Ardila solicitó la aclaración del dictamen anterior con miras a que se explicara i) el significado de los factores de análisis, ii) si el

examen incluyó “la selectividad del Sistema HLA” tal como lo solicitó el juzgado, iii) el alcance del término compatibilidad, en razón de que no se obtuvo muestra del presunto padre, debido a su fallecimiento.

-El 25 de febrero de 1993, el Jefe del Laboratorio del Instituto requerido aclaró i) que el estudio realizado a la menor, a su madre, a la señora Duarte de Ardila y a los hermanos Ardila Duarte permitió deducir sus genotipos y el posible genotipo del presunto padre fallecido; ii) que el estudio realizado permite deducir una paternidad compatible de “mínimo un 75%”; e informó que el Instituto estaba en posibilidad, inmediata, de realizar el estudio de acuerdo al Sistema H.L.A.

-Mediante providencia de 8 de junio de 1993, estando el proceso en estado de dictar sentencia y en trámite para la práctica de algunas pruebas, el Juzgado del conocimiento declaró sin valor el emplazamiento realizado a los herederos indeterminados de Jorge Ardila Duarte, al igual que el nombramiento de Curador ad litem, para que lo representara. Y, en firme la anterior providencia, designó en el cargo a la Dra. Mercedes Labrador de Ospina, en reemplazo del doctor Flórez Gacharná.

-La antes nombrada aceptó el cargo, fue notificada de la demanda, le dio contestación y solicitó la práctica de algunas pruebas, entre éstas un interrogatorio de parte el que, advirtió, practicaría oralmente y, en caso de no poder hacerlo, presentando el cuestionario requerido para el efecto, oportunamente, y en sobre cerrado. No obstante la citada no compareció y el sobre ofrecido tampoco fue presentado.

-También la Curadora en cita se pronunció sobre la nulidad que dio lugar a su nombramiento aduciendo que las pruebas practicadas, “ (..) a pesar de haberse decretado nulidad son válidas, de conformidad con lo indicado por el artículo 146 del C. de P.C.”.

-El 28 de octubre de 1993, el Juzgado Diecisiete de Familia, a quien le correspondió el conocimiento del asunto, resolvió declarar infundadas las excepciones de mérito, declarar que la menor Maria Patricia es hija extramatrimonial de Jorge Ardila Duarte y Patricia Name Vásquez, y reconocerle a la misma los derechos personales y patrimoniales derivados de su filiación. Así mismo ordenó a la Notaría Novena de Bogotá corregir el registro civil correspondiente.

“Según se puede inferir de la anterior prueba testimonial, advierte el despacho que todos y cada uno de los declarantes fueron enfáticos en aseverar que entre Jorge Ardila Duarte y Patricia Name Vásquez existió una relación amorosa de carácter íntimo, fruto de la cual ella quedó embarazada de él, y así lo consideraron por su comportamiento, y confirmado posteriormente por el mismo Jorge Ardila Duarte al comentarle tal hecho a dos de ellos, y por Patricia Name Vásquez al indagársele sobre el particular, siendo tal el resultado de dicha relación amorosa fruto de la cual nació la niña de la demandante (..)”.

Y, respecto de las excepciones formuladas el a-quo consideró i) que no se probó la imposibilidad genética de Ardila Duarte para procrear, ii) que está probado que la madre de la menor y el doctor Ardila tuvieron relaciones sexuales por la época en que Maria Patricia fue concebida, y que no fue alegado, como tampoco demostrado, que la madre hubiese tenido relaciones, en la misma época, con otro hombre, iii) que no resultaba necesario indagar sobre la posesión notoria del estado de hija de Maria Patricia, debido a que el tiempo transcurrido entre el nacimiento de la menor y el fallecimiento de su presunto padre fue inferior a los cinco años, que la ley exige para que tal posesión opere, y que, así mismo, no procedía entrar a considerar el exceptivo de la falta de reconocimiento tácito.

-Contra la anterior decisión el apoderado de la actora interpuso el recurso de apelación. Para el efecto adujo que los testimonios sobre la imposibilidad física de Ardila de procrear han debido ser valorados como idóneos para demostrar tal impotencia, y que los mismos eran suficientes para descartar la filiación en cuanto adujeron que el fallecido no dio trato de hija a la menor.

-También la Curadora impugnó la decisión, como quiera que consideró que aunque “ (..) la relación sexual es posible deducirla por el hecho indiciario es preciso que tales sean exactos con relación a la época precisa en que de acuerdo a la ley debió ocurrir la concepción.”

-La Sala de familia del Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión proferida el 26 de julio de 1994, confirmó la sentencia apelada. Para el efecto adujo:

“En ese orden de ideas, la Sala destaca que la certeza suministrada por la prueba enunciada, en cuanto a la veracidad de la paternidad imputada a Jorge Ardila, no sufre lesión alguna ni aún después de las confrontaciones que las varias dudas formuladas por la parte recurrente trataron de esbozar.

No ocurre lo propio, en cambio, con la prueba recaudada en procura de demostrarse las varias excepciones formuladas por la parte contradictora, la que incuestionablemente, refleja una inusitada ansia por desdibujar la realidad y hacer aparecer al causante como hijo, jefe, novio, amigo y político sin tacha que pregonaba, a los cuatro vientos, su imposibilidad para engendrar, de tal suerte que tal era el secreto íntimo más conocido de la región.

Sobre el particular, y sin adelantar ningún otro tipo de juicio, cabe agregar que la parte contradictora careció del acierto (sic) probatorio indispensable para desechar la posibilidad de demostrar tal anomalía física con el aparte de declaraciones de terceros, aún de un examen médico que tan sólo se refirió a la falta de hijos por parte del examinado desechando, en cambio, la única prueba idónea que en tal caso sólo se configura por la de índole científica o altamente técnica, suministrada, consecuentemente, por personas médicamente capacitadas para concluir sobre tan delicada afección que, en un país netamente machista como este se guarda como sigilo.”

El apoderado de la parte demandada interpuso en contra de la sentencia que se reseña el recurso extraordinario de casación, ataque que se fundamentó “en errores evidentes o manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas (..)”, como quiera que, entre otros yerros, el demandante endilgó a la sentencia de segunda instancia que:

“No vio el H. Tribunal, cayendo así en el yerro fáctico que le endilgo, que si en éste litigio el perito genetista determinó que sólo alcanza a un 75% la compatibilidad de la paternidad que se imputa al doctor Jorge Ardila Duarte, ello quiere decir que existe un 25% de probabilidades de que él no sea el padre, por lo cual constituye un típico error manifiesto de hecho el hacerle decir a la prueba pericial lo que ella no expresa, rebasando su real contenido, al deducir un indicio de paternidad y al calificarla como prueba científica de ella”.

-El 8 de febrero de 2000 la Sala Civil y Agraria de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, no casó la sentencia recurrida. Para el efecto consideró:

“ Pues bien en el caso que aquí se analiza el censor optó por señalar que hubo una errónea apreciación de las pruebas desde el punto de vista de su contenido material; mas en su empeño, de un lado, se quedó corto, y de otro, los errores de hecho que se apuntan no alcanzan a ser ostensibles.

(..)

C) Puesto que de acuerdo con lo discurrido permanece incólume la apreciación de distintas pruebas que apuntan hacia el reconocimiento de la paternidad objeto de juicio, carece de significación el yerro de hecho que se anota en relación con la prueba antropo-heredobiológica, la cual apenas fue estimada como corroborante de las demás (..)”.

2. Posición de los accionados

2.1. La magistrada Martha Lucia Núñez de Salamanca, una de quienes integraron la Sala accionada y el doctor Carlos Alejo Barrera Arias, a la sazón integrante de la misma Sala, y quien fuera el fallador del asunto en primera instancia, respondieron las acusaciones que la parte actora formula contra sus decisiones, de la manera como a continuación se resume:

-Adujeron que de existir violación al debido proceso por causa de la actuación del Curador ad litem, serían los herederos indeterminados los llamados a alegarla.

-Que conforme la interpretación doctrinaria y jurisprudencial relativa a la intervención del Defensor, en los asuntos de competencia de la Jurisdicción de Familia, prevista en el artículo 11 del Decreto 2272 de 1989, tal intervención viene a ser obligatoria, únicamente, en los asuntos que eran conocidos por los jueces de menores cuando entró a operar la nueva jurisdicción, pero que el proceso de investigación de paternidad contra los herederos del presunto padre, no era conocido por dichos jueces sino por el juez civil.

-Que el dictamen pericial tenido en cuenta para declarar la paternidad discutida, no fue el único elemento probatorio en que se basó la decisión.

2.2. La señora Patricia Name Vásquez, actuando en calidad de madre de la menor Maria Patricia Ardila Vásquez, por intermedio de apoderado, se refirió a la demanda de tutela, en los términos que a continuación se resumen:

-Adujo que las decisiones de primera y de segunda instancia que se controvierten, mediante las cuales se reconoció a Maria Patricia como hija de Jorge Ardila Duarte y de Patricia Name Vásquez, no se fundamentaron solamente en la prueba pericial.

-Que, para la época de las anteriores decisiones, la jurisprudencia y la doctrina científica, no

permitían basar una decisión de paternidad en dictámenes genéticos, con prescindencia de otras pruebas.

-Que la nulidad decretada durante el curso de la primera instancia, de conformidad con lo regulado por el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, no afecta las pruebas válidamente practicadas, y que, de no ser así, tal nulidad no puede ser alegada sino por los afectados.

-Que la Defensora de Familia intervino en algunas de las audiencias y que, así mismo, alegó de conclusión, actuación que subsanaría la aparente irregularidad por su falta de citación al juicio.

3. Pruebas obrantes en el expediente

A petición de la parte actora el fallador de primera instancia solicitó al Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá remitir el expediente contentivo del proceso Ordinario de Patricia Name Vásquez contra Cristina Duarte de Ardila y otros, el que le fue remitido, y obra en el expediente, en cinco cuadernos de 530, 33, 25, 76 y 150 folios.

4. Trámite en sede de revisión

Esta Sala, mediante decisión de 25 de septiembre del año en curso, observó que la Curadora que representó a los herederos indeterminados del señor Jorge Ardila Duarte, en el proceso Ordinario promovido por Patricia Name Vásquez contra Cristina Duarte de Ardila y otros, no fue informada de la iniciación de la acción de tutela y que tampoco le fueron notificadas las decisiones que se revisan.

En consecuencia se puso de presente al Juez de Primera Instancia tal anomalía, para que la comunique a la afectada, y para que, de ser procedente, invalide y rehaga la actuación.

No obstante la Curadora citada, mediante escrito visible a folio 264 del cuaderno principal, convalidó la actuación.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de primera instancia

La Sección Segunda, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó en primera instancia la protección al derecho fundamental del debido proceso, invocada por la señora Cristina Duarte de Ardila.

Para el efecto reconoció que no se practicó la prueba que la actora reclama, no obstante afirmó que las partes no insistieron en su practica, habiendo tenido la oportunidad de hacerlo.

Además, destacó que fueron varios los elementos probatorios con que los jueces accionados contaron para llegar a la convicción de que Maria Patricia es hija de Jorge Ardila y de Patricia Name.

En cuanto a la vulneración del debido proceso, porque algunas pruebas fueron practicadas sin la anuencia del Curador que representó a los indeterminados, el-aquo adujo que no hubo tal irregularidad, como quiera que la nulidad se decretó en sujeción a las previsiones del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y la representante de los presuntos afectados nada alegó en contrario.

Finalmente, respecto de la falta de notificación del Defensor de Familia, recuerda que ésta omisión no se erige como causal de nulidad, empero destaca que “ (..) la Defensora de Familia (..) intervino dando a conocer su parecer en el alegato de conclusión, como consta en el documento que obra a folios 393 y siguientes, por cierto que abogando por que sean resueltas favorablemente las peticiones de la demanda.”

2. Recurso de apelación

El apoderado de la señora Cristina Duarte de Ardila, interpone contra la anterior decisión el recurso de apelación.

Para el efecto sostiene que i) la decisión de primera instancia es contradictoria, como quiera que no se puede aceptar que una prueba ordenada no se practicó y, al mismo tiempo, no encontrar quebrantado el derecho al debido proceso, ii) que la nulidad observada debe afectar todas las pruebas practicadas, y iii) que el fallador ha debido declarar confesa a la madre de la menor, ante su renuencia injustificada a absolver el interrogatorio de parte, solicitado por la Curadora de los indeterminados, pero que, inexplicablemente, no lo hizo.

3. Sentencia de segunda instancia

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, confirmó la anterior decisión.

Para el efecto adujo que las decisiones que se controvierten fueron producto de un análisis probatorio serio que está lejos de constituir una arbitrariedad, por cuanto no solo le dieron “a la prueba antro-po-heredobiológica” el valor que le corresponde, sino también a la prueba testimonial que la coadyuvó, al igual que a los testimonios que pretendieron contradecirla.

Que, además, si el apoderado de la actora no estaba de acuerdo con el experticio ha debido contradecirlo, al respecto, destaca, que en la oportunidad que le fue concedida para tal fin, no lo hizo sino que se limitó a pedir una aclaración, que fue debidamente atendida.

Insiste en que la actora no puede pretender beneficiarse de unas supuestas irregularidades que no la afectan, como son la práctica de pruebas sin la audiencia del Curador o a la ausencia del Defensor de Familia, desde la iniciación del proceso “(..) pues las pruebas practicadas con la audiencia de los determinados conservan su validez, según las voces del artículo 146 del C. de P.C.; y (..) la violación del debido proceso frente al Defensor de Familia, únicamente podía ser alegada por éste y no por la parte que compareció al mismo y gozó de todas las oportunidades procesales para hacer valer sus derechos; por lo demás, las actas de las diligencias de testimonios practicados en el proceso aparecen suscritas tanto por el apoderado de la parte demandada, como por la Defensora de Familia.”

En cuanto al argumento del impugnante, relativo a que también se afectó el debido proceso por no haberse declarado confesa a la señora Patricia Name Vásquez, debido a que no asistió a la práctica del interrogatorio de parte, para el que fue citada a solicitud de la Curadora, la Sala en mención resalta que la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá justificó tal proceder en que el interrogatorio de la demandante “(..) se llevó acabo en la primera instancia”.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos que se reseñan, de conformidad con lo

establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y por la decisión de la Sala de Selección Número Ocho de esta Corporación, conforme al auto de 10 de agosto de 2001.

2. Asunto.

Debe esta Sala determinar si las decisiones proferidas por el Juzgado Diecisiete de Familia, por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto reconocieron a la menor Maria Patricia como hija de Jorge Ardila Duarte y Patricia Name Vásquez, quebrantaron el derecho fundamental de la señora Cristina Duarte de Ardila -una de los demandados-, al debido proceso.

3. La acción de tutela contra providencias judiciales. La jurisprudencia relativa a la práctica de las pruebas genéticas en los procesos de filiación discutida

3.1. Si bien esta Corporación ha considerado que la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales, también tiene previsto que tal protección de concederse, entre otras circunstancias¹, cuando los jueces se apartan en sus decisiones de los lineamientos fijados por ésta Corporación, como interprete autorizado de la Constitución Política, toda vez que a las autoridades judiciales y administrativas les corresponde aplicar en sus decisiones y actuaciones, primeramente, el ordenamiento constitucional, tal y como ha sido interpretado por la doctrina constitucional -artículos 230, 237, 241 a 244 C.P.-²

Porque las decisiones proferidas por esta Corporación y por el Consejo de Estado, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, que de las disposiciones antes relacionadas se deriva, son de obligatorio cumplimiento, con miras a hacer realidad la supremacía del ordenamiento constitucional prevista en el artículo 243 de la Carta.³

De tal manera que corresponde referirse, previamente, a la doctrina constitucional relativa al material probatorio con que los jueces deben contar para proceder al reconocimiento de la paternidad disputada, a fin de establecer si, en el caso sub examine, tal doctrina fue desatendida⁴, como quiera que de haber sido así corresponde ordenar a los accionados su acatamiento, porque las decisiones judiciales que se apartan de los mandatos constitucionales constituyen vías de hecho, en cuanto desfiguran la función judicial y quebrantan la confianza que los asociados depositan en el Estado, por conducto de sus

jueces, como principales constructores de un orden justo⁵.

3.2. Mediante sentencia C-109 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, esta Corporación reconoció el derecho a la filiación como fundamental, en cuanto consideró que constituye el primer paso para que el individuo pueda ejercer su personalidad jurídica, de la que se derivan todos los derechos y obligaciones que aquel puede exigir y por los que debe responder, como integrante de la sociedad a la que pertenece, de la cual la familia viene a ser su núcleo fundamental o básico -artículos 14 y 42 C.P.-⁶

De ahí que en la aludida sentencia ésta corporación haya considerado inconstitucional la regulación legal vigente, en ese entonces, en materia de impugnación de la paternidad, debido a que restringía el derecho del hijo a impugnar la paternidad sin tener en cuenta la situación social y jurídica de los hijos extramatrimoniales, como también que "(..) gracias a los avances de la genética la ciencia ha desarrollado toda una serie de pruebas técnicas que permiten establecer, con un alto grado de seguridad, las relaciones de filiación. Así la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha aceptado, con el fin de determinar la paternidad, la prueba basada en el sistema H.L.A. la cual, según algunos autores, tiene una certeza superior al 97% ⁷.

Más adelante, esta Corporación, con ocasión de la demanda D-1722, tuvo la oportunidad de estudiar con mayor detenimiento la trascendencia de las pruebas genéticas para demostrar la paternidad disputada, de ahí que con fundamento en el concepto científico del doctor Emilio Yunis Turbay en el que éste sostuvo que "(..) para la Ciencia y en particular para la Genética Molecular, tanto la negación como la afirmación de paternidad son inobjectables en el momento actual, lo que hace innecesario apelar a las nociones de tiempo en que pudo ocurrir la concepción (..)"- fuera declarada inexecutable la expresión "de derecho" que hacía parte del artículo 92 del Código Civil, toda vez que para la Corte "(..) la duración de la gestación no es ya un factor definitivo en la prueba de la filiación. La filiación, fuera de las demás pruebas aceptadas por la ley civil, se demuestra ahora, principalmente, por el experticio sobre las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre, y por la peritación antro-po-heredo-biológica, medios de prueba expresamente previstos por el artículo 7º de la ley 75 de 1968."⁸.

Ahora bien, mediante reciente decisión -sentencia C-243 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil-,

esta Corporación fue enfática en recordar a los jueces el deber de acudir a los avances científicos que permiten esclarecer las controversias de paternidad discutida por cuanto “(..) hoy en día el juez no sólo tiene la libertad sino el deber de decretar y practicar las pruebas genéticas conducentes a determinar en forma directa y con un índice de certeza casi absoluto, si el demandado es o no es el presunto padre.”, consideración que se fundamentó en la interpretación armónica, sistemática y evolutiva de los artículos 6º y 7º de la Ley 75 de 1968, en concordancia con los artículos 37, 167, 75 y 187 del Código de Procedimiento Civil y los postulados y valores de la Constitución Política.

3.3. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha centrado el estudio de la paternidad disputada en las causales establecidas por la ley y esgrimidas por los actores en juicio, dándole a las pruebas científicas el valor de indicio, en cuanto ha considerado que éstas permiten apoyar el reconocimiento, o la negación de la paternidad pero no declararla, como quiera que el fallador debe concentrarse en determinar si la causal alegada fue debidamente acreditada, a la vez que si la misma pudo ser desvirtuada por su opositor⁹, sin adentrarse en el hecho mismo de filiación real.

No obstante algunas decisiones de la corporación en comento apuntan a una mayor participación del juez del conocimiento en el esclarecimiento de la verdad, con miras a determinar la filiación por si misma, y no por la actividad o inactividad procesal de las partes, en cuanto destacan la labor oficiosa del juez en la práctica de las pruebas genéticas en los procesos de investigación de la paternidad -artículo 228 C.P.-.

Así las cosas, en sentencia de 16 de junio de 1981, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁰, confirmó la sentencia de primera instancia que reconocía una paternidad “natural”, con fundamento en el dictamen del doctor Emilio Yunis, perito genético, previas las consideraciones extraídas del mencionado experticio, del que se destacan los siguientes apartes.

“(..) Es bien sabido que en la actualidad se cuenta con descubrimientos que, con un grado de probabilidad tan alto que se acerca a la certeza, permiten llegar a hacer el señalamiento de la persona del padre investigado. Ya no es, como en el pasado, cuando el adelanto inicial de la ciencia solo permitía con base en el estudio de los grupos sanguíneos del progenitor y del presunto hijo excluir la paternidad, mas no señalarla. En el pasado, de los estudios

sanguíneos sólo podía llegarse a la conclusión de que una determinada persona no podía ser, no era el padre, por existir incompatibilidad entre su grupo sanguíneo y el del hijo que reclamaba paternidad. En la actualidad, por el contrario, los modernos sistemas permiten no solamente la exclusión mencionada, sino que mediante ellos se ha tornado posible llegar a la afirmación de si la persona señalada como padre presunto lo es en verdad.

(..)

1. En el presente estudio se efectuó un gran número de pruebas, con rigor científico, y todas objetivamente demostrables.

2. Se trató de reconstruir, y en gran medida se logró, como era la madre de los demandantes para cada uno de los marcadores genéticos analizados.

3. La secuencia de las pruebas siguió un grado de complejidad que podríamos decir de menor a mayor, así: primero se reconstruyó la constitución genética de la fallecida, en cuanto a grupos sanguíneos se refiere, y se demostró la compatibilidad de la paternidad; luego se caracterizó el HLA y se demostró la constitución genética de la cada una de las personas estudiadas para esos marcadores, destacando cual debió ser el HLA de la fallecida como de (..). Finalmente el estudio de los cromosomas se adelantó como última prueba de los análisis.

4. No se encontró ninguna característica genética excluyente de la paternidad demandada.

(..)

6. Existen suficientes elementos de juicio para postular que (..) es el padre de (..), no solo porque al ampliar - como lo hemos hecho- el número de marcadores genéticos estudiados, disminuimos muy considerablemente las posibilidad de que varios individuos tengan esas mismas fórmulas genéticas, sino porque en particular, los estudios de HLA y de la marcación de cromosomas se revelan como poderosos elementos para defender lo anterior. Las bajas frecuencias con que se dan las combinaciones del HLA en la población (ver tablas) y las bajas frecuencias de los polimorfismos cromosómicos, sirven para "individualizar" las marcas de paternidad.

Las bajas frecuencias son aún más bajas cuando las unimos + combinación específica el HLA

+ polimorfismo de cromosomas, como se dan en los casos de las de las demandantes (..). Créame que para no llegar al extremo de decir que es el padre, la probabilidad de ello es altísima.”.

Y, en sentencia de 10 de marzo de 2000, la misma corporación puntualizó:

“El dictamen pericial hoy no solo permite excluir sino incluir con grado de certeza absoluta, a quien es demandado como padre presunto. De la prueba crítica, en la que el razonamiento legislativo para inferir la paternidad y autorizarla a declararla judicialmente recorre varios caminos (el hecho conocido y probado -v.gr. el trato especial entre la pareja -el hecho inferido -las relaciones sexuales y el segundo hecho inferido -la paternidad-) se pasa hoy, con ayuda de la ciencia, a una prueba de los hechos científica, cual es la de excluir a alguien como padre o la de incluirlo con grado de certeza prácticamente absoluta, mediante análisis y procedimientos técnicos avalados mundialmente y tomados en el estado presente como ciertos e indubitables. Se pasa hoy, casi directamente al fin último de las presunciones legales que contempla la ley 75 de 1968: declarar la paternidad o desestimarla.

Los anteriores asertos conducen a reiterar que, dada la delicada labor encomendada al juez en este campo, a saber, la de declarar por medio de sentencia la paternidad, es decir, un vínculo de sangre, se hace necesario que las pruebas, bien de las presunciones o ya de las excepciones, se hallen tan acreditadas que produzcan plena convicción o certeza en el juzgador, pues aquí la duda, como en ninguna otra causa, no solo debe mover al juez a despejarla, si puede, sino que debe encaminarlo a proferir sentencia desestimatoria.

Es que se está ante el evidente avance de la ciencia frente a la escueta, estática y quizá rígida formulación legal, basada sólo en presunciones, en reglas de experiencia (y no de la ciencia) consagradas en la ley positiva, que aluden a tomar a alguien como verdadero padre antes de que conste de otro modo, verdad formal a la que se llega por medio de un esfuerzo intelectual, ya decantado en la ley, la que parte de la base de encontrar procesalmente acreditado el hecho del cual se deduce el presumido.

No se trata acá de desechar de un tajo las pruebas testimoniales o documentales recaudadas y que den cuenta, a criterio del juzgador, del trato íntimo o especial que una pareja se prodiga en un época predeterminada y coincidente con la concepción, para de allí inferir las relaciones sexuales que dieron origen a un ser humano cuya paternidad se investiga. No se

trata de resaltar, con la altura exacta a la que llega hoy la ciencia, que los avances de ésta, a pesar de no estar recogidos positiva o expresamente en la ley no pueden echarse de menos, cuando es lo cierto que de las meras conjeturas e inferencias, por virtud de la ciencia se puede pasar hoy a una prueba menos indirecta de la filiación, prueba que, por lo demás, es de obligatoria práctica, según las voces del artículo 7º de la Ley 75 de 1968, que por cierto no contempla la prueba que acá sembró la duda, referida a la posible paternidad de un tercero, distinto del demandado. Es decir, se impone hoy la declaración de ciencia frente a la reconstrucción histórica, salvo que aquella no sea posible obtener. -resalta el texto -.11

3.4. Por lo anterior, en razón de lo prevalente que resulta para el Estado social de derecho, de cara a las consideraciones de orden puramente procesal relativas a la actividad e inactividad de las partes, el esclarecimiento de la verdadera filiación, con miras a hacer efectivos los derechos y las obligaciones paterno-filiales-artículos 2º, 14, 42, 44, 228 C.P.- la Sala concluye que el decreto y la práctica de las pruebas genéticas, en los procesos de investigación de la maternidad y de la paternidad, en cuanto conducen a la exclusión, con certeza absoluta de quien no es el progenitor, y al señalamiento, con una probabilidad cercana a la certeza, de quien sí lo es, son de imperativo cumplimiento.

Además, como quiera que tal decreto y practica ésta previsto en la ley -artículo 7º Ley 75 de 1968-, en forma de mandato categórico para el juzgador, los jueces no pueden justificar sus omisiones al respecto, en aquello que las partes hicieron o dejaron de hacer durante el proceso, porque en la determinación de la filiación, en especial cuando en los hechos se involucran menores de edad, es al juez a quien le concierne esclarecer lo ocurrido, con miras a declarar o negar la paternidad o la maternidad disputada.

De tal suerte que constituye vía de hecho, como lo tiene resuelto esta Corporación, excluir una paternidad discutida sin practicar los exámenes que permiten hacerlo con absoluta certeza¹², al igual que establecer una filiación sin el auxilio eficaz que los avances de la ciencia genética ofrecen para hacerlo, porque si bien existe libertad probatoria para las partes, en cuanto a la demostración de los hechos en que fundan sus pretensiones y excepciones, para la decisión se requiere que el juez adquiera tanta certeza como fuere científicamente posible, para excluir o declarar una paternidad disputada¹³.

5. El caso concreto. La actora puede interponer el recurso extraordinario de revisión, pero

para el efecto procede conceder la tutela como mecanismo transitorio.

5.1. En el asunto sub examine, se controvierten las decisiones del Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá, de la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que la accionante estima que los accionados incurrieron en vía de hecho, porque en el proceso Ordinario promovido por Patricia Name para la investigación de la paternidad de su menor hija Maria Patricia no fue citado el defensor de familia, los indeterminados no estuvieron debidamente representados en la práctica de pruebas, y la prueba del H.L.A fue ordenada pero no practicada.

Sea lo primero recordar que el artículo 379 del Código de Procedimiento Civil regula el recurso extraordinario de revisión contra las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores, los jueces civiles¹⁴ y los jueces de familia, entre otras causales, cuando después de pronunciada la sentencia aparecen pruebas que permiten variar la decisión, y que el recurrente no las pudo aportar al proceso por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria -artículo 380.1 C. de P.C.-.

Ahora bien, tal como lo ha sostenido de manera reiterada ésta Corporación, atendiendo los dictados del artículo 86 constitucional, no le corresponde al juez de tutela poner en entredicho las decisiones que los jueces ordinarios adoptan, en los asuntos sometidos a su consideración, cuando el ordenamiento tiene previstos procedimientos especiales, mediante los que resulta posible infirmar tales decisiones, en cuanto contravienen reglas constitucionales.

Sin embargo, se podría afirmar que la causal a la que se ha hecho referencia no puede ser alegada por la señora Duarte de Ardila, para demandar la sentencia que reconoce a Maria Patricia como su nieta, en cuanto tal causal se encuentra instituida para hacer valer la prueba documental que el recurrente en revisión no pudo aportar sin culpa, y que en el caso de autos la omisión le es atribuible al juez, porque es de su responsabilidad no solo el decreto, sino la practica misma de la prueba genética.

No obstante esta Corporación tiene decidido que “(..) la revisión, mas que un recurso, es un medio para conseguir la realización de la justicia, pero no de la justicia formal propia de las sentencias en firme contrarias a derecho, sino de aquella verdadera que demandan el

Preámbulo y los artículos 1º, 228 y 230 del estatuto superior.”¹⁵.

De tal manera que corresponde al juez de revisión admitir y tramitar la demanda presentada contra una sentencia que prescindió de la prueba en que debía fundamentarse, cuando ésta se presenta, porque se encuentra ante nuevos elementos probatorios que, de haberse conocido, habrían conducido a otro resultado¹⁶, y respecto de los cuales las omisiones de las partes no cuentan, porque las disposiciones imperativas del ordenamiento no pueden recibir el mismo trato que los derechos disponibles por las partes.

Ahora bien, si una vez utilizado tal mecanismo, la actora no consigue que la sentencia se adecue a los dictados constitucionales, puede invocar, por estos nuevos hechos la protección constitucional, porque la revisión se erige como el último recurso para que el fallador ordinario cumpla con su deber de someter los asuntos en litigio al Ordenamiento Superior¹⁷.

Es más, el Código de Procedimiento Civil tiene previsto un trámite extrajudicial al que pueden acudir quienes requieren la práctica de pruebas, con miras a adelantar un proceso, de tal suerte que la actora puede acudir a dicho trámite para que el juez asignado le ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la prueba del HLA en las personas indicadas. Y, así, conforme al resultado, presentar la demanda de revisión, o dejar de hacerlo.

5.2. No obstante, teniendo en cuenta que el juez de tutela no puede escatimar esfuerzos para la protección de los derechos fundamentales quebrantados, y ante la evidencia de que a las partes involucradas en el proceso que culminó con el reconocimiento de Maria Patricia como hija de Jorge Ardila, se les quebrantó el debido proceso, porque la prueba del HLA no se practicó estando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en posibilidad de hacerlo, práctica que habría disipado las dudas que le asisten a la accionada, ante la certidumbre de que su hijo no podía engendrar, procede conceder el amparo como mecanismo transitorio, con el objeto de evitar que quede definida la filiación de Maria Patricia, sin que la señora de Ardila pueda solicitar su revisión, y con miras a que tal cometido resulte posible -artículo 86 constitucional-.

Lo anterior porque la actora tendría que presentar la demanda de revisión, a que se ha hecho referencia, antes del 14 de febrero de 2002 -artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, y para ello debe contar con la prueba del HLA en su persona, en la de sus hijos, en la de Maria

Patricia y en la de la madre de ésta -artículo 380 ídem- cometido que resulta imposible dada la inminencia de las vacaciones judiciales, debido al trámite al que debe someterse una solicitud de prueba anticipada con audiencia del contrario, y al procedimiento a que tal solicitud debe sujetarse -artículos 300 y 301 del Código de Procedimiento Civil-.

De tal suerte que el término de los dos años que tiene la señora Duarte de Ardila para presentar la demanda de revisión, en el caso de que el dictamen varias veces mencionado, arroje el resultado que la misma espera, deberá suspenderse por estar próximo a vencerse, con el objeto de que se practique la prueba que se dejó de practicar, y que la accionada evalúe la procedencia de su demanda.

Y, así mismo, se prevendrá a los implicados para que colaboren con tal propósito.

Ahora bien, podría argüirse que se está reviviendo un término que la actora ha dejado transcurrir, porque sin la intervención del juez de tutela hubiere podido solicitar la práctica del examen del HLA sin acudir al mecanismo de protección de los derechos fundamentales; sin embargo, cabe precisar que las pruebas genéticas, debido a que involucran a la persona misma -artículos 2º, 5º y 14 C.P.-, no pueden ordenarse sin una debida justificación, y sin que el juez que la ordena adquiera plena certeza de su procedencia y utilización, la que no se puede adquirir con la simple solicitud que requiere un prueba extrajudicial -artículo 301 C.P.C.-; además, se reitera que no se pretende solventar la omisión de las partes, sino la de los jueces de la causa, a quienes les correspondía acatar el mandato imperativo del artículo 7º de la Ley 75 de 1968, para proferir su decisión, y no lo hicieron.

Lo anterior en razón de que -como quedó explicado- corresponde al juez de revisión considerar la prueba que los accionados dejaron de practicar, y con plena sujeción a las garantías constitucionales de todos los sujetos en conflicto, proceder a revocar o a confirmar las decisiones sujetas a controversia, y, al juez constitucional intervenir para que tal cometido resulte posible cuando la violación de las mentadas garantías, en las decisiones que se han de controvertir, resulte evidente.

En consecuencia, con miras a evitar que quede definida la filiación de María Patricia Ardila, sin que la actora pueda disipar las dudas que la acompañan, circunstancia que haría imposible que entre las mismas se de una relación verdadera y filial de parentesco, causándole tanto a la actora como a la menor un perjuicio irreparable, se revocarán las

decisiones de instancia¹⁸.

5. Conclusión

i) En acatamiento de la jurisprudencia constitucional, que ha reconocido como fundamental, por su conexidad con el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la filiación cierta, ii) teniendo en cuenta que el artículo 7º de la Ley 75 de 1968 prevé que en los juicios sobre paternidad o maternidad los jueces tienen el deber de ordenar los exámenes indispensables para determinar las características heredo- biológicas paralelas entre el presunto padre o madre y el hijo con miras a determinar la presencia de caracteres patológicos, morfológicos fisiológicos e intelectuales transmisibles, iii) en razón de que la genética forense¹⁹ no solo permite establecer con exactitud la compatibilidad entre padres e hijos, con el fin de excluir a quien no puede serlo ²⁰, sino también determinar la paternidad o la maternidad en virtud del aislamiento del DNA de una muestra de sangre²¹, y iv) teniendo en cuenta que el Código de Procedimiento Civil establece un mecanismo efectivo para controvertir las decisiones judiciales en firme, ante el advenimiento de una prueba dejada de practicar en oportunidad, se revocarán las decisiones que se revisan para conceder el amparo invocado como mecanismo transitorio.

Porque contrario a lo considerado por los jueces de instancia, el Juez Diecisiete de Familia de Bogotá, y las Salas Civiles del Tribunal Superior de Bogotá y de la Corte Suprema de Justicia quebrantaron el derecho al debido proceso de la accionada, y, aunque tal situación puede ser remediada mediante proceso de revisión, corresponde al juez constitucional tomar las medidas, para que tal procedimiento resulte posible, con miras a evitarles a las partes en conflicto un perjuicio irreparable y grave.

Cabe precisar, que en tanto la sentencia de revisión no decida lo contrario, la providencia que declaró a Maria Patricia como hija de Jorge Ardila y Patricia Name permanecerá incólume, porque la competencia del juez de tutela para controvertir las decisiones de los jueces ordinarios está supeditada al respeto de su autonomía e independencia-artículo 228 C.P.- y con excepción de la grave omisión ya detectada, susceptible de considerar en revisión, ningún reparo se le puede endilgar a las actuaciones y decisiones de los accionados, porque, tal como lo aseguran los jueces de instancia, los herederos indeterminados estuvieron debidamente representados a lo largo del proceso, y el Defensor de Familia, no

obstante no haber sido notificado, intervino en el proceso, subsanando cualquier irregularidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. REVOCAR las sentencias proferidas el 16 de abril de 2001, por la Sección Segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y el 1 de junio del presente año por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado, para decidir la acción de tutela instaurada por Cristina Duarte de Ardila contra el Juzgado Diecisiete de Familia, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, y Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

Segundo. CONCEDER el amparo invocado por la señora Cristina Duarte de Ardila al debido proceso como mecanismo transitorio.

En consecuencia se suspende, durante cuatro meses, contados a partir de la notificación de esta providencia, el término previsto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, con miras a que la accionada solicite, mediante el procedimiento de las pruebas anticipadas, la práctica de la prueba del examen del HLA en las personas de Maria Patricia Ardila Vásquez, Patricia Name Vásquez, Cristina Duarte de Ardila, y en los hermanos del fallecido Jorge Ardila Duarte, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Y, así mismo pueda presentar, si es del caso, demanda de revisión contra la sentencia que reconoció a Maria Patricia como hija de Jorge Ardila y Patricia Name, con miras a obtener el restablecimiento definitivo de su derecho vulnerado.

Tercero. PREVENIR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y a la señora Patricia Name Vásquez, a nombre propio y como representante legal de la menor Maria Patricia Ardila, para que presten su concurso, a fin de que la prueba del HLA se pueda practicar, y se realice dentro del término previsto. El juez de primera instancia estará atento al cumplimiento de ésta decisión y prorrogará el plazo de suspensión, de considerarlo necesario.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de

1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

Auto 006/02

Referencia: expediente T-479042

Acción de tutela instaurada por Cristina Duarte Ardila contra el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá y otros

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil dos (2002).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en uso de sus competencias constitucionales y legales y

CONSIDERANDO

1. Que el apoderado de la señora Cristina Duarte de Ardila, accionante en la demanda de la referencia, mediante solicitud allegada a la Secretaría General de esta Corporación, solicita

que se corrija “el segundo numeral de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de que el examen de HLA debe hacerse a MARIA PATRICIA ARDILA NAME y no a María Patricia Ardila Vásquez como allí quedó consignado”.

2. Que revisada la Sentencia T-1342 de 2001, que puso fin al trámite de revisión de la acción de la referencia, y a la cual se refiere el peticionario, se advierte que en su numeral segundo se nombra a “María Patricia Ardila Vásquez”, cuando ha debido hacerse referencia a María Patricia Ardila Name.

3. Que, igualmente, en la primera página de la mencionada providencia se menciona a la “Sala Plena de la Corte” como órgano que la produjo, cuando ha debido hacerse referencia a la Sala Octava de Revisión.

4. Que el artículo 310 del C.P.C. permite corregir los errores que se cometan por la omisión o cambio de palabras o alteraciones de éstas.

RESUELVE

Corregir algunas expresiones de la Sentencia T-1342 de 2001 de conformidad como se explica a continuación:

1. En la primera página en donde figura “La Sala Plena de la Corte Constitucional”, debe aparecer “La Sala Octava de Revisión”.

2. En el numeral segundo de la parte resolutive de la Sentencia, en lugar de “María Patricia Ardila Vásquez”, debe figurar “María Patricia Ardila Name”.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional,

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 “(..) [e]sta Corporación, mediante doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento ha previsto que cuando las actuaciones y decisiones judiciales i) se fundamentan en normas derogadas, o declaradas inexecutable, ii) aplican directamente disposiciones constitucionales sin tener en cuenta las pautas de obligatorio cumplimiento fijadas por esta Corte como su interprete autorizado iii) dan a la norma un sentido o entendimiento contrario a aquel que permitió que la disposición permanezca en el ordenamiento jurídico iv) carecen de sustento probatorio, ya sea porque los hechos no fueron probados, porque las pruebas regularmente aportadas se dejaron de valorar, o en razón de que las mismas fueron objeto de valoración subjetiva o caprichosa, v) se siguió un trámite contrario a los procedimientos establecidos¹, y vi) se apartan de criterios adoptados por el mismo funcionario ante situaciones similares o idénticas”. Sentencia C-842 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis, en igual sentido T-576/93, T-442/94, T-123/95, T-329/96, SU-477/97, T-008 y 321/98, T06/2001, T-522 de 2001.

2 Sentencia C-739 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis, además, entre otras, las sentencias C-486 de 1993, T-296, T-505 y C-558 de 1994, y T-294 de 1995.

3 Idem, además, sentencia C-036 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

4 Respecto de la procedencia subsidiaria, residual de la acción de tutela contra providencias judiciales se pueden consultar, entre otras decisiones, T-231 de 1994, T-008 de 1998, T-068 de 2001.

5 Sentencia T-784 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

6 En el mismo sentido sentencias C-04 de 1998, C-800 de 2000, C-1492 de 2000 y C-243 de 2001. como también sentencia de 5 de mayo de 1995 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

7 La sentencia en cita trae a colación la decisión de la Corte Suprema de Justicia de 16 de julio de 1981, citada por el doctor Hernán Gómez Piedrahita en su obra Derecho de Familia. Editorial Temis 1992, página 83, la que se transcribe algunos apartes en esta providencia, ver nota 10..

8 Sentencia C-04 de 1998 M.P. Jorge Arango Mejía

9 Sobre el carácter de simple indicio dado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al dictamen pericial que el artículo 7º de la Ley 75 de 1968 ordena practicar en los procesos de investigación de la paternidad se pueden consultar, entre otras, las siguientes decisiones, noviembre 24 de 1987, octubre 21 de 1994, 4 de diciembre de 1990, 24 de noviembre de 1994, marzo 4 de 1994, 6 de junio de 1995, 23 de abril de 1998, 22 de noviembre de 1999 y noviembre 8 de 2000.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. German Giraldo Zuluaga. Gaceta Judicial Tomo CLXVI, 1980, paginas 443 a 450.

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, 10 de marzo de 2000, M.P. Jorge Santos Ballesteros, Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXIX N° 341, mayo de 2000, páginas 709 y ss. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otras las sentencias de abril 23 de 1998, expediente 5014, M.P. Rafael Romero Sierra, y la de noviembre 22 de 1999, expediente 5301, M.P. Nicolás Bechara Simancas.

12 Las pruebas hematológicas que permiten la exclusión de la paternidad se fundan en el principio biológico de que todo el material genético de un individuo es heredado del padre o de la madre. De tal suerte que establecido los caracteres de transmisión hereditaria de los

padres y los del hijo, se resta de éste el de uno de los padres de tal manera que la diferencia tiene que ser necesariamente aportada por el otro, así la paternidad o la maternidad se excluye, o se declara que resulta posible, al respecto se puede consultar: Corona Quezada Maria Corona, Promiscuidad Sexual y determinación jurídica de la Paternidad, Tecnos, 1993.

En relación la obligatoriedad de practicar las pruebas que conducen a la exclusión del presunto padre en los procesos de investigación de la paternidad se puede consultar la sentencia T-488 de 1999 M.P. Martha Sáchica Mendez.

13 La prueba serostática permite calcular la probabilidad de la paternidad cuando ésta no resulta excluída por la prueba hematológica, para el efecto se determina la frecuencia con que un marcador genético del presunto padre se encuentra en el hijo. Según las tablas elaboradas al respecto una paternidad probada debe demostrar una probabilidad superior al 99%, entre el 99% y el 90% la paternidad es posible y la frecuencia es inferior al 90% la paternidad debe tenerse como insegura. Al respecto consultar obra citada en la nota anterior.

Sobre la vía de hecho en materia de practica de pruebas se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-543 de 1992, T-198 y 363 de 1993, T-008, 100 y 204 de 1998.

15 Sentencia C-739 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis, en el mismo sentido Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, , expediente 6253, sentencia del 2 de agosto de 1998, M. P. Rafael Romero Sierra.

16 Idem.

17 Idem, además T-522 de 2001 M.P. José Manuel Cepeda Espinoza.

18 Sobre el perjuicio irremediable y la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, con el objeto de evitarlo, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-383, 379 y T-521 de 2001.

19 La prueba heredobiológica o antropomorfológica presenta gran dificultad en su aplicación, como quiera que utiliza caracteres hereditarios fundados en anomalías congénitas y patológicas transmisibles, y en la conformación físicas, fisiológicas e intelectuales, debido a que se las considera de un alto grado de probabilidad y de poca certeza, por estar provistas

de un alto subjetivismo. De ahí que se las utilice como pruebas complementarias. Al respecto consultar Hernán Gómez Piedrahita, Derecho de Familia, Editorial Temis, Bogotá, 1992.

20 Las propiedades aglutinógenas de los individuos son estables, inmutables y hereditarias y se conforman por varios sistemas. Los sistemas de antígenos de los eritrocitos más utilizados en genética forense son el ABO, el Rh-Hr y el MNSs. También el Kell Cellano, este último porque en algunos casos por sí solo puede dar una compatibilidad del 95%. Ahora, los padres cuyos caracteres genéticos pertenecen a un grupo no pueden tener sino hijos de éste grupo, así los padres del grupo 0 solo pueden tener hijos de este grupo, los padres que pertenecen al grupo AB no pueden tener hijos del grupo 0, la combinación A x B puede dar lugar al nacimiento de hijos de los cuatro grupos -M. Luisa Judith Bravo Aguiar, Introducción a la Genética Forense, Editorial Universidad de Antioquia, 1999-.

21 En los seres humanos el antígeno de leucocito humano -H.L.A .-, que se obtiene del ADN aislado, permite establecer, en el sexto par cromosómico, una par de antígenos que son aportados por cada uno de los padres y conforman la histocompatibilidad del individuo, el que se está presente en el feto desde su origen y se mantiene constante y estable durante toda su vida -Rojas Gómez Miguel Enrique El proceso de Investigación de la Paternidad, Universidad Externado de Colombia 2001.