

Sentencia T-363/03

DERECHO A LA FILIACION-Mecanismos judiciales de protección

DERECHO A LA FILIACION NATURAL-Necesidad de practicar prueba antropoheredobiológica

PROCESO DE FILIACION-Realización de prueba genética en laboratorio certificado por el Gobierno

PROCESO DE FILIACION DE MENOR-Garantías para validez de prueba antropoheredobiológica

En caso de que el examen sea realizado a un menor, para que la obtención de la prueba antropoheredobiológica sea válida, se requieren otras garantías. A saber, que ésta se realice (i) con la presencia o autorización de la madre, del padre o de quien esté ejerciendo la patria potestad, (ii) con la asistencia del presunto padre o madre, (iii) con el pleno conocimiento y comprensión del alcance y finalidad del examen por parte del hijo, en la medida en que éste tenga capacidad para esto, y (iv) con ausencia de engaño o coerción al menor.

PROCESO DE FILIACION-No se respetaron las garantías que se requieren para la práctica de prueba genética

PROCESO DE FILIACION-Práctica de prueba antropoheredobiológica en presencia y con autorización de la madre

DERECHO A LA FILIACION-Imprescriptibilidad hace viable la protección por vías procesales

Referencia: experiencia T-677141

Peticionario: José Martín Sánchez Alcalá

Accionados: Helibed Alape Ortiz, Juzgado Promiscuo de Familia del Espinal y Tribunal Superior de Ibagué, Sala Familia

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil tres (2003).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Álvaro Tafur Galvis, y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 17 de octubre de 2002, y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el 5 de noviembre de 2002.

I. HECHOS

a. El señor José Martín Sánchez Alcalá manifiesta que, mediante sentencia proferida el 8 de octubre de 1996 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Espinal, fue declarado padre extramatrimonial del menor Over Alexis Alape Ortiz (hoy Over Alexis Sánchez Alape) teniendo como fundamento varios testimonios, la aplicación de la presunción de concepción del artículo 92 del Código Civil y la prueba de antígenos eritrocitarios, la cual arrojó como resultado “compatible”.

a. Señala que tal decisión fue apelada y el Tribunal Superior de Ibagué confirmó el fallo de segunda instancia en providencia del 11 de julio de 1997, adicionando a la sentencia la fijación de una cuota alimentaria a favor del menor equivalente al 20% del sueldo por él devengado.

a. Indica que, a pesar de que se interpuso recurso extraordinario de casación, éste fue

declarado desierto mediante auto del 3 de diciembre de 1997, en virtud de que si bien se expuso que existía error sustantivo, las vulneraciones alegadas correspondían a errores procedimentales.

a. Añade el peticionario que para que su derecho a la personalidad jurídica, en el aspecto relativo a la filiación, se vea protegido se hace necesario declarar la nulidad de los fallos antes señalados. Aclara, sin embargo, que no pide la protección al debido proceso, sino a la personalidad jurídica la cual debe prevalecer ante las decisiones judiciales.

a. Por último, señala que por la existencia de los pronunciamientos judiciales basados en presunciones se está viendo afectado su derecho a la intimidad familiar puesto que tiene una esposa y un hijo los cuales han sufrido perjuicios morales y económicos por las decisiones judiciales indicadas.

a. Por tanto, solicita que se ordene dentro del proceso de tutela la realización de la prueba de ADN y la nulidad de las sentencias proferidas.

Respuesta de la entidad accionada

El Tribunal Superior de Ibagué, Sala Civil Familia, remitió copia de los fallos de primera y segunda instancia proferidos en otra acción de tutela adelantada por el mismo demandante contra los mismos accionados, por iguales hechos, ante el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Disciplinaria.

Insistencia presentada por la Defensoría del Pueblo

La Directora Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo presentó insistencia de selección de la tutela de la referencia por considerar que, al dejar en firme las decisiones judiciales de los funcionarios judiciales accionados, se estaba vulnerando el

derecho fundamental a la personalidad jurídica del actor puesto que según la Corte Constitucional “la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. (...) el derecho a la filiación, como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica.” (C-109/95).

Indica que, como se ha determinado que toda persona tiene derecho a saber quienes son su padre, también se tiene derecho a saber quienes son sus hijos. En criterio de la Defensoría “lo que es conveniente precisar en el caso concreto, es que si existiendo una prueba genética de ADN sobre el hecho de que el accionante no es el padre del menor, deba prevalecer una decisión judicial fundamentada en unas pruebas que no ofrecen los parámetros de confiabilidad demandados y que se muestran contrarias a los adelantos científicos y a la realidad.” (...) “El estudio bajo la óptica de lo acertada de la actuación judicial para la época, resulta intrascendente, ya que lo que se demanda es la primacía de los derechos fundamentales a la personalidad y la filiación con base en una prueba científica, que si bien se practicó fuera del proceso y no ha sido controvertida, señala que el accionante no es el padre del menor.”

II. DECISIONES JUDICIALES

A. Primera Instancia

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 17 de octubre de 2002, negó la tutela por considerar que si bien ésta procede excepcionalmente contra sentencias en firme, esto sólo se da cuando se apartan manifiestamente de la Constitución y la ley, lo que no ocurrió en ninguna de las providencias atacadas en las cuales, al contrario, se garantizó en todo momento el ejercicio del derecho de defensa.

Otro motivo por el cual se denegó fue la tardanza del peticionario en interponer la acción de tutela puesto que la última providencia proferida lo fue hace 5 años y la prueba practicada extraprocesalmente lo fue en 1999.

Tampoco cabría una tutela contra la madre del menor pues ella no fue quien inició el proceso de filiación, sino la defensora de familia, y tampoco se encontraba al peticionario en situación

de indefensión frente a Helibed Alape Ortiz.

B. Segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 5 de noviembre de 2002, confirmó la decisión impugnada por considerar que no procede la tutela contra providencias judiciales.

III. PRUEBAS

a. Sentencia del Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Espinal, del 8 de octubre de 1996 en la cual se declara al señor José Martín Sánchez Alcalá como padre extramatrimonial de Over Alexis Alape Ortiz. La decisión se fundamentó en la existencia de:

a. Cuatro testimonios según los cuales la madre del menor y el señor Sánchez estuvieron saliendo en varias ocasiones en la época de la concepción;

a. El dicho de la madre según el cual ella había tenido relaciones sexuales con el demandado desde el 26 de septiembre de 1992 no sólo una vez, como lo afirmaba el señor Sánchez, sino varias veces;

a. La prueba de antígenos eritrocitarios la cual arrojó impresión sobre paternidad compatible y según el Juzgado “tiene un valor porcentual del 100% para exclusión de paternidad, de ahí que la palabra “compatible” significa que la paternidad impetrada al señor José Martín Sánchez Alcalá, no fue excluida”.

a. La compatibilidad de la fecha del nacimiento del menor y la época de las relaciones sexuales, según lo establecido por el artículo 92 del Código Civil como tiempo probable de concepción.

a. Sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, Sala Familia, del 11 de julio de 1997, la cual confirma la sentencia proferida por el a quo por considerar que el análisis del acervo probatorio realizado por éste fue correcto.

Si bien se indica que se aportó al proceso copia de ecografías realizadas el 11 de diciembre de 1992 según la cual el embarazo se había producido con 15 semanas y seis días de anterioridad – es decir, poco antes de que se hubieran presentado las relaciones sexuales -, el Tribunal no las tuvo en cuenta puesto que en el nombre de la paciente aparecía Elizabeth Alape y no Helibed Alape, nombre de la madre.

El Tribunal se refiere a la prueba genética practicada, como configuradora de una alta probabilidad para proceder a declarar la paternidad.

A lo dispuesto por el a quo añadió la fijación de cuota de alimentos en un 20% del salario devengado.

a. Auto del 3 de diciembre de 1997 mediante el cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, inadmitió la demanda presentada para sustentar el recurso de casación y en consecuencia lo declaró desierto. Lo anterior puesto que si bien había invocado causal 1ª de casación (violación de ley sustancial) las normas invocadas como violadas eran de tipo procesal.

a. Resultado de examen practicados por el ICBF el 6 de octubre de 1994 según el cual, de las muestras de sangre tomadas se desprende “impresión sobre paternidad: compatible.”

a. Registro Civil de nacimiento del menor Over Alexis Sánchez Alape del cual vale la pena resaltar los siguientes datos:

Fecha de nacimiento: 6 de junio de 1993

Madre: Helibed Alape Ortiz

Padre: José Martín Sánchez Alcalá

Fecha en la que se sentó el registro: 26 de marzo de 1993

a. Resultado de examen, “mediante métodos moleculares de amplificación por DNA”, practicado el 28 de diciembre de 1999 por Servicios Médicos Yunis Turbay y Cia. S. en C..

En procura de determinar la identidad de las personas que acudieron a la prueba, se señaló que se trataba de un “informe de los estudios de paternidad e identificación practicados al Sr. José M Sánchez Alcala (sic), CC # 93.377.633 Ibagué, Ober Alexis Alape Ortiz” y que “la identidad de las personas estudiadas fueron (sic) cotejadas de acuerdo con los documentos de identidad (..), toma de fotografía la cual reposa en nuestro archivo y la toma de huellas dactilares.”

Después de practicar los estudios de identificación y paternidad (tipificación molecular (DNA), huella genética) el laboratorio concluye que:

“la paternidad del Sr. José M. Sánchez A. con relación a Ober A. Alape es incompatible por los sistemas genéticos STR-TPOX, D12S1090, D1S80 y D7S820.”

a. Copia del fallo de tutela proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Tolima, Sala Disciplinaria, el 11 de mayo de 2000 en la acción interpuesta por José Martín Sánchez Alcalá contra el Tribunal Superior de Ibagué, Sala Civil, el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Espinal y Helibed Alape Ortiz por la supuesta configuración de una vía de hecho en el proceso de filiación adelantado contra el accionante para reconocimiento de la paternidad de Over Alexis Alape Ortiz.

En el proceso de tutela se alegó que la omisión de la práctica de prueba de ADN para el estudio de la filiación - la cual, después de terminado el proceso, fue practicada por cuenta propia por el accionante, arrojando certeza sobre la no paternidad- configuraba una vía de hecho.

(Vale la pena aclarar que los fallos anteriormente señalados corresponden a una tutela presentada con anterioridad a la de la referencia.)

9. Escrito allegado por Helibed Alape Ortiz en representación del menor Over Alexis Sánchez Alape en el cual señala que el peticionario se llevó al niño a Ibagué, de manera engañosa a través de regalos, para practicarle el examen genético. Esto, además de atentar contra el principio de cosa juzgada causó daño moral y psicológico al menor, cuyos derechos prevalecen.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia.

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

A. Fundamentos

1. Análisis de la eventual temeridad en la interposición de la presente tutela

Antes de entrar a estudiar los fundamentos jurídicos del caso en concreto, es necesario aclarar que en la presente acción de tutela no existe vulneración del artículo 37 del decreto 2591 de 1991 que consagra en su inciso segundo:

“(…)El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad de juramento, que no ha prestado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio.”

La anterior afirmación se fundamenta en que si bien el accionante había interpuesto una tutela ante el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Disciplinaria, la cual fue conocida en segunda instancia por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, por los mismos hechos y contra los mismos sujetos de la presente tutela, el derecho que en esa ocasión se alegaba como vulnerado era el debido proceso. Por su parte, el derecho que en esta ocasión se alega como violado es el derecho fundamental a la filiación. En efecto, el

accionante expresamente manifiesta no estar solicitando la protección al debido proceso el cual no alega infringido, a pesar de que pide que prime la existencia del examen genético realizado sobre la decisión tomada por los jueces de instancia. Lo anterior por cuanto considera se le debe proteger su derecho a la filiación verdadera.

Así las cosas, de lo expresado por el accionante no se desprende una identidad de objeto, lo que despeja para esta Sala la incursión de esta demanda en lo contemplado por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991. Por tanto, se entrará a estudiar el asunto de fondo.

2. Problema jurídico

En el presente caso, la Sala Sexta de Revisión debe determinar qué condiciones se requerirían para hacer valer una prueba antropoheredobiológica de ADN una vez culminado el proceso de filiación extramatrimonial.

3. Existencia de mecanismos judiciales para la protección del derecho a la filiación

Nuestro legislador, previendo las posibles dificultades que podría tener el reconocimiento del derecho de filiación, previó dentro del ordenamiento jurídico varios procesos mediante los cuales se da el espacio con las debidas garantías para las partes para la indagación de este elemento de la personalidad jurídica. Estos procesos pueden procurar la declaración de la paternidad, o maternidad o, al contrario, la impugnación de una paternidad o maternidad presunta.

Dentro de los mecanismos procesales para la protección del derecho a la filiación se encuentran, entre otros:

a. Impugnación de la paternidad por parte del padre respecto del hijo nacido dentro del matrimonio (art. 214 Código Civil)

a. Impugnación de la paternidad por parte del hijo nacido dentro del matrimonio (art. 3º, Ley 75 de 19681)

a. Impugnación por herederos del marido (art. 219 Código Civil)

- a. Impugnación por ascendientes del marido (art. 222 Código Civil)
- a. Impugnación de la maternidad (art. 335 Código Civil)
- a. Reconocimiento del hijo extramatrimonial (art. 1º Ley 75 de 1968)
- a. Impugnación del reconocimiento del hijo extramatrimonial (art. 5º, Ley 75 de 1968)
- a. Investigación de la filiación extramatrimonial (art. 6º, Ley 75 de 1968)
- a. Acción de tutela, como mecanismo subsidiario, en caso de que a través de los procesos antes mencionados no se haya respetado el derecho a la filiación (art. 14 C.P.), por ejemplo, por la falta de realización de la prueba de ADN como sustento del fallo.

Cada uno de estos mecanismos tiene previstos términos procesales para su iniciación, desarrollo, controversia probatoria, y culminación, los cuales deben ser respetados por las partes.

En efecto, en búsqueda de la garantía del derecho de filiación también se debe ver garantizado el debido proceso. No es viable, por tanto, que los sujetos que pretendan reconocimiento o impugnación de una determinada filiación acudan a medios ajenos al ordenamiento jurídico para buscar la satisfacción de sus intereses.

Teniendo en cuenta la relevancia de la realización de las pruebas dentro del proceso, la Corte, procurando, principalmente, la garantía del derecho a la filiación, pero a su vez buscando un escenario donde se vigilen las garantías del debido proceso, ha optado por suspender el término para la interposición del recurso extraordinario de revisión y así permitir que se valore dentro del proceso la prueba antropoheredobiológica que servirá para determinar la verdadera filiación. Dijo la Corporación:

“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.”² (subrayas ajenas al texto)

Es necesario reiterar que en las vías jurídicas consagradas exclusivamente para tratar el derecho de filiación se debe practicar, según la Ley 721 de 2001, la prueba de ADN para determinar con certeza la existencia paternidad o maternidad del demandado. En caso de que esta prueba no se haya realizado a pesar del uso de las vías jurídicas señaladas, se puede acudir a la acción de tutela para que a través de este proceso se proteja el derecho a la filiación.

4. Garantías necesarias para la obtención de las pruebas antropoheredobiológicas

Dentro del debido proceso también se incluye el respeto a las formas establecidas para la obtención de las pruebas. En efecto, la Constitución Política consagra dentro de su artículo 29 que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” En esa medida, no se puede pretender que un medio probatorio conseguido en contravía de las reglas procesales tenga efectos jurídicos dentro de un proceso.

De estos requisitos no están excluidas las pruebas que obren dentro de mecanismos judiciales para la protección del derecho a la filiación. Por los especiales intereses que amparan estos procesos, las garantías que se ofrezcan a los sujetos implicados en la obtención de la prueba deben ser amplias y estrictamente observadas.

Un ejemplo de estas garantías es el previsto por el legislador en la Ley 721 de 2001. En esta norma se indica que los laboratorios donde se realicen las pruebas deben estar debidamente certificados por el gobierno. En ese sentido, uno de los requisitos para la validez de la prueba

sería el haberla obtenido en los laboratorios con dicha aprobación. Señala la Ley 721:

“Artículo 7º. 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 99.9%.

Parágrafo 1º. Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos esperticios deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales.

(...)

Artículo 9º. Créase la Comisión de Acreditación y Vigilancia del orden nacional integrada por:

Un delegado del Ministerio de Salud, un delegado del Ministerio de Justicia y del Derecho, un delegado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, un delegado de las Sociedades Científicas, un delegado del Ministerio Público, un delegado de los laboratorios privados de genética y un delegado de los laboratorios públicos.

La Comisión de Acreditación y Vigilancia deberá garantizar la eficiencia científica, veracidad y transparencia de las pruebas con marcadores genéticos de ADN y podrá reglamentar la realización de ejercicios de control y calidad a nivel nacional en cuyo caso deberá regirse por los procedimientos establecidos por la Comunidad Científica de Genética Forense a nivel internacional.

(...)

Parágrafo 1º. La acreditación y certificación nacional se hará una vez al año a través del organismo nacional responsable de la acreditación y certificación de laboratorios con sujeción a los estándares internacionales establecidos para pruebas de paternidad.

Parágrafo 2º. Todos los laboratorios de Genética Forense para la investigación de la paternidad o maternidad deberán cumplir con los requisitos de laboratorio clínico y con los de genética forense en lo que se refiere a los controles de calidad, bioseguridad y demás exigencias que se reglamenten en el proceso de acreditación y certificación.”

A criterio de la Corporación, en caso de que el examen sea realizado a un menor, para que la obtención de la prueba antropoheredobiológica sea válida, se requieren otras garantías. A saber, que ésta se realice (i) con la presencia o autorización de la madre, del padre o de quien esté ejerciendo la patria potestad, (ii) con la asistencia del presunto padre o madre, (iii) con el pleno conocimiento y comprensión del alcance y finalidad del examen por parte del hijo, en la medida en que éste tenga capacidad para esto, y (iv) con ausencia de engaño o coerción al menor. En caso de que la prueba sea obtenida de forma subrepticia será nula de pleno derecho, según lo indicado en el artículo 29 C.P.

La razón de ser de la presencia de los mencionados sujetos y conocimiento del principalmente afectado es la necesidad de brindar transparencia en el proceso y prevenir, a través de un consentimiento informado y plena voluntad del menor, los efectos psicológicos adversos que podría traer en el menor una prueba que implicara la toma de sangre sin conocimiento de la finalidad de ésta. Por otro lado, la presencia o autorización de quien ejerce la patria potestad es necesaria puesto que implica mayor vigilancia en la realización de la prueba y, por tanto, un mayor acierto en los resultados de la prueba.

En caso de que en la práctica de la prueba se hayan respetado todas las garantías señaladas ésta se podrá hacer valer dentro de los procedimientos judiciales tendentes a la protección del derecho a la filiación mencionados anteriormente. De otra manera en ninguna de los procesos podrá allegarse y ser tomada en consideración esta prueba.

5. Del caso concreto

En la presente ocasión, la Sala Sexta de Revisión denegará la tutela al derecho fundamental a la filiación del señor José Martín Sánchez Alcalá por considerar que el examen genético aportado en la acción de tutela no puede ser tomado en cuenta para desconocer la sentencia proferida en el proceso de filiación, puesto que este tipo de pruebas deben ser realizadas con las debidas garantías para poder ser estudiadas dentro de los respectivos procesos previstos por el legislador en materia de filiación, lo que no sucedió en el presente caso, como se expondrá a continuación.

La tutela puede ser el escenario idóneo para reabrir debates que no se pudieron dar dentro

de los cauces normales del proceso de filiación, como lo pretende ahora el actor, cuando dentro del proceso se observan efectivas vulneraciones al derecho al debido proceso. De otro modo, si por el mero deseo de las parte se pretende reabrir un debate, no obstante haberse respetado plenamente las formas de cada proceso, se estaría desconociendo la existencia de procesos que tienen espacios especialmente consagrados para la presentación y controversia de pruebas que hacen posible el desarrollo del debido proceso a plenitud.

Como se dijo, no sólo para el momento de la consideración de la prueba se debe tener en cuenta el debido proceso. También se deben respetar ciertas garantías a la hora de realización de la misma. La Sala observa que de practicarse las pruebas genéticas de comprobación de la paternidad de manera ajena al debido proceso se estarían dejando desprotegidos intereses delicados y trascendentales del menor.

En el caso en estudio, se observa un ejemplo del irrespeto de las garantías en la realización de la prueba. Efectivamente, al momento de acudir ante los laboratorios Yunis, el padre del menor Over Alexis Sánchez Alape no llevaba el registro de nacimiento del menor ni ningún otro documento que permitiera determinar a ciencia cierta su identidad. Tanto así que en el encabezado de la prueba se señaló que se trataba de un “informe de los estudios de paternidad e identificación practicados al Sr. Jose M Sánchez Alcalá (sic), CC # 93.377.633 Ibagué, y Ober Alexis Alape Ortiz³” y que “la identidad de las personas estudiadas fueron (sic) cotejadas de acuerdo con los documentos de identidad (..), toma de fotografía la cual reposa en nuestro archivo y la toma de huellas dactilares.”

Obsérvese cómo se ocultó el verdadero nombre del menor -puesto que para ese momento él ya figuraba en el registro civil como Over Alexis Sánchez Alape-, lo que de por sí denota la carencia del control y vigilancia en la práctica de este examen que se hubieran permitido al realizarlo bajo las garantías antes señaladas. En esa medida, el examen obtenido en el caso de la referencia carece de toda validez y no puede ser utilizado como medio probatorio⁴.

A la falta de claridad en la identificación de los sujetos a la hora de la realización de la prueba se suma un factor de suma importancia: puesto que la paternidad del menor había sido declarada a través de sentencia, si bien el señor Sánchez Alcalá figuraba como padre del menor Sánchez Alape no tenía la patria potestad sobre el menor, en esa medida, la Sala no comprende cómo se pudo llevar al niño a los laboratorios si según lo expresado por la madre,

quien ejerce la patria potestad, no tenía su autorización. Es más, la señor Elibed afirma que se llevó al niño de manera engañosa, a través de regalos, para practicarle el examen genético.

Es de observar que la negativa de la patria potestad, y, por tanto, de los derechos que ésta implica está expresamente consagrada en la ley (el artículo 14 de la Ley 45 de 1936 señala que "(...) No tiene la patria potestad ni puede ser nombrado guardador el padre o madre declarado tal en juicio contradictorio.") y en la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Espinal, el 8 de octubre de 1996. Dice la sentencia en su parte resolutive: "tercero: ordenar que el señor José Martín Sánchez Alcalá no ejercerá la patria potestad sobre el menor Over Alexis Sánchez Ortiz, en virtud de ello, la seguirá ejerciendo únicamente su progenitora Helibed Alape Ortiz." La sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Familia, del 11 de julio de 1997 confirmó el sentido del fallo de primera instancia.

En conclusión, ninguna de las garantías señaladas en la parte considerativa de esta sentencia se respetó en la toma de la prueba de ADN que presenta el peticionario. No asistió la madre ni dio autorización y no está probado que el menor hubiera conocido con plenitud los alcances del examen que se le realizaba, a pesar de que para ese momento ya tenía seis años y medio, edad en la que se comprende claramente en concepto de padre. Es más, según el dicho de la madre este fue engañado para ser llevado al examen. Además, al acudir al laboratorio se ocultó el verdadero nombre del menor y no se presentó su documento de identificación. Por tanto, esta prueba en particular es nula y no se podrá validar en ningún proceso.

Lo expuesto no permite afirmar que deja de existir el derecho fundamental a la filiación. En este sentido, en miras a la protección de éste, persiste la posibilidad de realizar la prueba antropoheredobiológica con las garantías que fueron señaladas en esta sentencia. En esa medida, el accionante podría practicarse, junto con el hijo, nuevamente la prueba antropoheredobiológica, pero con presencia y autorización de la madre del menor, quien ejerce la patria potestad sobre éste.

Por otro lado, en virtud de que el derecho a la filiación es imprescriptible, tanto el señor José Martín Sánchez Alcalá como el menor Over Alexis Sánchez Alape, por medio de quien ejerce

la patria potestad, podrán procurar la protección de éste, a través de las vías procesales pertinentes, en caso de que lo estimen necesario.

Por los motivos antes señalados se negará la tutela solicitada.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO : CONFIRMAR las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 17 de octubre de 2002, y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el 5 de noviembre de 2002 y, en consecuencia, DENEGAR la tutela al derecho fundamental a la filiación del señor José Martín Sánchez Alcalá.

SEGUNDO : Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia T-363/03

ACCION DE TUTELA-Vía procesal pertinente para la protección de la filiación/JUEZ DE TUTELA- Decreto y práctica de pruebas en proceso de filiación (Aclaración de voto)

Si bien es cierto que se afirma que el derecho fundamental a la filiación es imprescriptible y que en el caso analizado, por ende, permanece la posibilidad de hacerlo efectivo por parte de quien ha actuado como accionante se expresa que un nuevo e idóneo examen podría practicarse “pero con presencia y autorización de la madre del menor quien ejerce la patria potestad sobre éste”; así mismo se expresa que tanto el demandante como el menor, por medio de quien ejerce la patria potestad, podrán procurar la protección de éste “a través de las vías procesales pertinentes en caso de que lo estimen necesario”. Al respecto cabe señalar que precisamente una de las vías procesales pertinentes es la acción de tutela y, siendo así, el juez competente para conocer de esa acción lo es para decretar y practicar, con el lleno de los requisitos legales y garantías constitucionales, las pruebas correspondientes con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental y ordenar las medidas judiciales consecuenciales respectivas, aún sin que medie la autorización de la madre del menor, pero, obviamente, con la presencia y audiencia de ésta dentro del proceso.

Referencia: expediente T-677141

Acción de tutela de José Martín Sánchez Alcalá.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Con el habitual respeto manifiesto que aunque comparto la decisión adoptada en el presente caso, debo expresar las siguientes aclaraciones respecto de algunas consideraciones expuestas en la parte motiva de la Sentencia.

En efecto, si bien es cierto que se afirma que el derecho fundamental a la filiación es imprescriptible y que en el caso analizado, por ende, permanece la posibilidad de hacerlo efectivo por parte de quien ha actuado como accionante se expresa que un nuevo e idóneo examen podría practicarse “pero con presencia y autorización de la madre del menor quien ejerce la patria potestad sobre éste”; así mismo se expresa que tanto el señor Martín

Sánchez Alcalá como el menor, por medio de quien ejerce la patria potestad, podrán procurar la protección de éste “a través de las vías procesales pertinentes en caso de que lo estimen necesario”.

Al respecto cabe señalar que precisamente una de las vías procesales pertinentes es la acción de tutela y, siendo así, el juez competente para conocer de esa acción lo es para decretar y practicar, con el lleno de los requisitos legales y garantías constitucionales, las pruebas correspondientes con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental y ordenar las medidas judiciales consecuenciales respectivas, aún sin que medie la autorización de la madre del menor, pero, obviamente, con la presencia y audiencia de ésta dentro del proceso.

Fecha ut supra

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

1 Ver sentencia C-109/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En consideración a que al hijo tenía restringidas notoriamente las causales para impugnar en comparación con las que estaban consagradas para el padre, la Corte profirió una sentencia integradora para que el derecho fundamental a conocer la filiación real se pudiera hacer efectivo. Así, permitió al hijo alegar las mismas causales que el presunto padre (artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 95 de 1890).

2 Ver sentencia T-1342 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis. La Corte debía analizar si existía vulneración del debido proceso en un proceso de filiación extramatrimonial adelantado en 1992 en el cual se declaró a una menor como hija de un sujeto ya fallecido. Los herederos indeterminados del señor, como partes del proceso de filiación, alegaban que se había vulnerado el debido proceso puesto que no se había practicado el examen del HLA para la determinación con alto grado de certeza de la filiación, a pesar de haberse decretado; se había fallado en tal sentido teniendo en cuenta, únicamente, pruebas testimoniales y los exámenes de compatibilidad sanguínea entre la menor y la familia del presunto padre, ya

fallecido. La Corte estimó que puesto que para la época ya existía el examen de HLA era deber del juez el haber tenido éste como medio probatorio. Al ser una prueba imprescindible que no se procuró ni analizó dentro del proceso se había vulnerado el debido proceso con la delicada implicación que éste tenía sobre el derecho fundamental a la filiación verdadera.

Los sucesores del presunto padre habían hecho uso de los mecanismo procesales existentes, pero ni en segunda instancia ni en sede de casación se había modificado el fallo del a quo por considerar válido el análisis probatorio realizado. Además la parte afectada no había insistido dentro del proceso en la realización de la mencionada prueba. Al momento de acudir a la tutela estaba muy próximo a vencerse el término para interponer el recurso extraordinario de revisión. La Corte, teniendo en cuenta el perjuicio irremediable que podía sufrir la filiación vinculada con el debido proceso suspendió por cuatro meses el término para interponer el recurso de revisión para que en tal término la accionante, mediante el procedimiento de las pruebas anticipadas, solicitara la práctica de la prueba del examen del HLA en los herederos indeterminados y la menor y si por los resultados lo consideraba del caso, hiciera uso del recurso extraordinario de revisión.

3 No se señala documento de identificación alguno

4 Según el artículo 29 de la Constitución, “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”