

Sentencia T-249/18



Referencia: Expediente T- 6490835

Acción de tutela interpuesta por Juan David y José Luis Serna Arbeláez contra el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., tres (3) de julio de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Tribunal del Distrito Superior de Bogotá Sala Civil del 20 de enero de 2017 y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 24 de julio de 2017, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Juan David y José Luis Serna Arbeláez contra el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá.

El proceso de la referencia fue escogido por la Sala de Selección de Tutelas Número Doce¹, mediante auto del 15 de diciembre de 2017. Como criterios de selección se indicaron la *exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental y asunto novedoso* (criterios objetivos), como también *tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional* (criterio complementario).

I. ANTECEDENTES

El 15 de diciembre de 2016 el señor José Luis Serna Arbeláez, actuando en nombre propio y como guardador sustituto de su hermano Juan David, promovió acción de tutela mediante apoderado, contra el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, al considerar que la autoridad judicial vulneró sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al libre desarrollo de la personalidad con ocasión de la decisión proferida el 21 de mayo de 2003, en el marco del proceso de filiación extramatrimonial.

¹ Sala de Selección integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Gloria Stella Ortiz Delgado.

Hechos

1. Manifiesta el accionante que tanto él como su hermano nacieron el 22 de agosto de 1985 y fueron concebidos como resultado de las presuntas relaciones sexuales y afectivas sostenidas entre Martha Serna Arbeláez y Nicolás Pájaro Peñaranda.

2. Señala que a su hermano Juan David, al nacer, le fueron ocasionadas graves lesiones en su cerebro, al parecer por procedimientos médicos mal practicados, siendo por ello declarado como incapaz absoluto mediante sentencia del 13 de junio de 2016 por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá².

3. Agrega que su progenitora tramitó dos demandas (una de filiación natural y otra de filiación extramatrimonial) en su nombre a fin de obtener, a través de sentencia judicial, la declaración de paternidad del presunto padre, así:

(i) La primera que cursó ante el Juzgado Primero Civil de Menores de Bogotá (Radicado núm. 4.397), en vigencia de las Leyes 45 de 1936³ y 75 de 1968⁴, donde a pesar de haberse practicado como prueba exámenes de sangre que arrojaron un nivel de compatibilidad sanguínea entre los hermanos y el presunto progenitor, se profirió sentencia desfavorable a las pretensiones el 26 de julio de 1988, **la cual no fue impugnada por el apoderado**⁵.

(ii) La segunda, que cursó ante el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá (Radicado núm. 1206/02), en vigencia de la Ley 721 de 2001⁶, que introdujo una nueva posibilidad de probar con certeza del 99% (mediante examen de ADN) vínculos de consanguinidad entre padres e hijos. La demanda fue admitida mediante auto de 3 de febrero de 2003, donde se ordenó la práctica de la prueba genética de ADN, según las previsiones consignadas en el artículo 8° de dicha ley. Sin embargo, en auto del 21 de mayo del mismo año, el Juzgado accionado decidió declarar probada la **excepción de cosa juzgada** que fuera invocada por la parte demandada, dando por concluido el proceso bajo el argumento de que los hechos debatidos ya habían sido estudiados por el Juzgado Primero Civil de Menores de Bogotá. Contra esta decisión fueron **interpuestos extemporáneamente** y, por ende, rechazados, los recursos de reposición y en subsidio de apelación, por quien actuó en ese entonces como apoderada.

4. Indica que para la fecha de las demandas eran menores de edad y que los abogados actuaron negligentemente al no impugnar las decisiones, viendo afectados sus derechos fundamentales. Agrega que en la actualidad continúan ignorando su origen paterno, puesto que por motivos que les son ajenos se les

² Cuaderno 1, folios 288 a 289.

³ Sobre reformas civiles (filiación natural).

⁴ Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

⁵ Cuaderno 1, folio 289.

⁶ Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.

cercenó la posibilidad de saber con certeza si el señor Nicolás Pájaro Peñaranda, es su padre.⁷

5. Asegura que en el segundo proceso cursado ante el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, la autoridad judicial incurrió en exceso ritual manifiesto, pues obvió que las formalidades procesales no podían ni debían anteponerse a la protección real y efectiva de sus derechos fundamentales, ya que la prueba de ADN había sido decretada y tenía que practicarse⁸.

6. Considera que la demanda cumple con los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, así:

(i) La cuestión tiene relevancia constitucional toda vez que *“somos dos personas adultas –una de ellas con discapacidad mental absoluta- que por motivos no imputables a nosotros nos vimos enfrascados en situaciones a todas luces irregulares, las cuales, por determinadas circunstancias ajenas a nuestras posibilidades, terminaron por afectar gravemente nuestros derechos fundamentales; de no tomarse los correctivos pertinentes puede que la vulneración de éstos continúe”*.

(ii) Se desplegaron todos los mecanismos judiciales procedentes y que *“si bien es cierto los recursos de reposición y en subsidio apelación contra el Auto del 21 de mayo de 2003 se presentaron extemporáneos y en consecuencia fueron rechazados y/o declarados desiertos, también lo es que para ese momento los suscritos accionistas (sic) éramos menores de edad, no conocíamos las actuaciones que se surtían dentro del proceso y hasta que mi hermano fue declarado interdicto jamás tuvimos la oportunidad de subsanar las irregularidades presentadas desplegando, por ejemplo, el ejercicio de defensa material”*. Esto como consecuencia de la ausencia de defensa técnica de la cual fueron afectados por la negligencia de la apoderada que representó sus intereses.

(iii) Sobre la interposición de la tutela en un término razonable señaló que a pesar del lapso transcurrido desde cuando se produjo la afectación hasta el momento de la presentación de la misma, la ausencia de defensa técnica por parte de la abogada que en su momento los representó, hace procedente la inaplicación del requisito de inmediatez, ya que la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de su familia se ha mantenido en el tiempo.

(iv) La irregularidad en la decisión controvertida tuvo un efecto determinante en la afectación de los derechos fundamentales alegados, puesto que *“el operador judicial accionado se limitó a declarar probada la excepción de cosa juzgada, obviando que la prueba de ADN ya había sido por él mismo decretada”*. Así, *“de no ser subsanados los efectos nocivos que a la fecha produce el auto proferido desde el 21 de mayo de 2003 por el Juzgado accionado, posiblemente se prolongará la palmaria y evidente afectación que*

⁷ Cuaderno 1, folio 190.

⁸ Cuaderno 1, folio 291.

sobre la esfera de derechos fundamentales de los accionantes se viene produciendo”.

(v) Finalmente, frente a la identificación de los hechos y los derechos fundamentales en controversia, dice que estos fueron detalladamente enunciados y enlistados en la demanda, relacionados con la decisión judicial errada que no pudo ser controvertida en su momento por la ausencia de defensa técnica en el marco del proceso de filiación extramatrimonial.

7. Por tanto, solicita se ordene revocar el auto del 21 de mayo de 2003 proferido dentro del proceso de investigación de la paternidad por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá y, en su lugar, se ordene a la autoridad judicial accionada que disponga la práctica de la prueba genética de ADN en los términos en que fue decretada mediante auto del 3 de febrero de 2003 y se notifique su práctica al ICBF⁹.

Trámite procesal de instancia

8. Mediante proveído del 19 de diciembre de 2016¹⁰ la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá admitió la acción constitucional, ordenó notificar a todos los intervinientes en el proceso ordinario, así como al Defensor de Familia y al agente del Ministerio Público adscrito a esa corporación¹¹. Asimismo, dispuso solicitar copia al Juzgado Décimo de Familia de Bogotá para que allegara a dicha Corporación el proceso de filiación extramatrimonial llevado a cabo por esta autoridad judicial.

Inicialmente, mediante fallo del 20 de enero de 2017 se negó el amparo¹², siendo impugnado por el accionante.

9. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 24 de marzo de 2017, decretó la nulidad de lo actuado con posterioridad al auto admisorio, **toda vez que no se había vinculado al señor Nicolás Pájaro Peñaranda**, demandado en el proceso de filiación extramatrimonial, quien podría tener interés directo en las resultas del proceso.

10. Subsana la nulidad decretada, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, mediante auto del 4 de abril de 2017, dispuso vincular al señor Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda y ordenó su notificación en la dirección carrera 32 N° 32-70 de Bogotá, la cual aparece registrada en el proceso ordinario, así como mediante aviso publicado en la Secretaría General de la Sala Civil del Tribunal y la página web de la Rama Judicial. Adicionalmente, con el fin de verificar la existencia de otras direcciones o datos que permitieran establecer la ubicación del señor Pájaro Peñaranda, el Tribunal solicitó nuevamente al Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, el préstamo del expediente del proceso de investigación de paternidad. Finalmente dispuso la

⁹ Cuaderno 1, folio 300.

¹⁰ Cuaderno 1, folio 307 ibídem.

¹¹ Cuaderno 1, folio 357.

¹² Cuaderno 1, folios 328 a 334.

averiguación de los datos de ubicación de esta persona a través de los apoderados que lo representaron en las diligencias judiciales referenciadas. Tramites que no surtieron efecto positivo en tanto que no se allegó información relevante.

Respuesta del accionado y de los vinculados

11. Respuesta del Juzgado Décimo de Familia de Bogotá. Respecto de los hechos y pretensiones de la demanda la autoridad judicial accionada guardó silencio, limitándose a remitir copia del expediente del proceso de investigación de la paternidad solicitado por el Tribunal.

12. Respuesta de las entidades y personas vinculadas. El Defensor de Familia y el Agente del Ministerio Público adscritos al Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, como el señor Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda, Martha Serna Arbeláez, Ligia Arango García, Nancy Ortiz de Arango, Joaquín Granados Reguilo, Darío Vega González, Marleny Trujillo, David Matiz Pinilla y Gerardo Velásquez Garzón, quienes participaron en el proceso de filiación extramatrimonial (Rad. 1206/02), guardaron silencio al traslado de la acción de tutela.

Decisiones objeto de revisión

13. Primera instancia¹³. Mediante sentencia del 20 de enero de 2017, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por Juan David y José Luis Serna Arbeláez contra el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá.

Estimó que aun cuando el accionante haya alegado la inaplicabilidad del requisito de inmediatez por cuanto el auto cuestionado constituye una supuesta vía de hecho que *“quedó consolidada por ausencia absoluta de defensa técnica”*, lo cierto es que la falta de este requisito de procedibilidad resultaba relevante dado que la aludida providencia fue proferida hace más de diez años, tiempo que según la jurisprudencia no resulta razonable para controvertir su legalidad mediante la acción de tutela.

14. Adicionalmente, precisó que, si bien no desconoce que uno de los accionantes es sujeto de especial protección constitucional teniendo en cuenta su condición de discapacidad, esto no justificaba que se haya omitido recurrir al mecanismo constitucional oportunamente, ya que este pudo haber sido adelantado por su progenitora o, inclusive, por quien ahora lo representa.

15. Impugnación¹⁴. El apoderado del accionante consideró que el juez constitucional no expuso las razones que llevaron a concluir que la acción no fue presentada dentro de un término razonable, pese a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que *“la actividad de los jueces de tutela*

¹³ Ibídem.

¹⁴ Cuaderno 1, folio 430 al 438.

no puede limitarse a realizar un examen formal de los asuntos que le sean puestos en su consideración, sino que su deber “requiere un pronunciamiento material” a efecto de hacer efectiva la prevalencia del derecho sustancial, por lo que, al momento de fallar “debería reconstruir las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean tanto la solicitud como la queja del accionante; empero, decidió otorgar mayor prevalencia a un requisito forma la inmediatez.”¹⁵.

16. Segunda instancia¹⁶. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 24 de julio de 2017, confirmó el fallo de primera instancia al encontrar que la situación aludida por el actor y el material probatorio allegado, evidenciaban que no se cumplían los requisitos desarrollados jurisprudencialmente para que el juez hubiese estudiado de fondo el presente asunto.

Estimó que al existir otros mecanismos de defensa judicial que resultaban idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debía recurrir a ellos y no a la tutela.

17. Consideró además que el juez de primer nivel acertó al evidenciar que la acción de amparo es improcedente para proteger los derechos fundamentales invocados por el actor, en tanto este cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para que se practique la prueba requerida ante la jurisdicción civil ordinaria.

18. Respecto del cumplimiento del requisito de inmediatez, estimó que este principio no fue atendido por la parte accionante en tanto se evidenció que transcurrió un término amplio de tiempo desde la ocurrencia de los hechos y el momento de presentación de la acción de tutela. Agregó, en cuanto a la negligencia de los apoderados en los procesos de filiación, que dicho argumento no resulta concluyente al momento de estructurar la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Pruebas obrantes en el expediente

19. Entre las pruebas aportadas en el trámite de la acción de tutela, la Sala destaca las siguientes:

i) Sentencia proferida el 26 de julio de 1988 por el Juzgado Primero Civil de Menores dentro del juicio de Investigación de paternidad extramatrimonial adelantado por Martha Serna Arbeláez en representación de los entonces menores de edad Juan David y José Luis Serna Arbeláez contra Nicolás Pájaro Peñaranda, que resolvió negarles la declaración judicial de paternidad extramatrimonial¹⁷.

¹⁵ Cuaderno 1, folios 430 a 438.

¹⁶ Cuaderno 2, folios 7 a 10.

¹⁷ Cuaderno 1, folios 61 a 78.

ii) Copia de la demanda de filiación extramatrimonial presentada por la señora Martha Serna Arbeláez, actuando en representación de sus hijos Juan David y José Luis Serna Arbeláez (menores de edad para entonces), en contra de Nicolás Pájaro Peñaranda.

iii) Copia del auto admisorio proferido el 3 de febrero de 2003 por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, que decretó la práctica de la prueba genética de ADN a las partes y a los menores (Ley 721 de 2001 artículo 8.º), y ofició al laboratorio de genética del ICBF¹⁸.

iv) Copia del escrito de contestación a la demanda y formulación de las excepciones denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva y cosa juzgada¹⁹.

v) Copia de la providencia del 21 de mayo de 2003 que resolvió declarar probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el demandado y dar por terminado el asunto²⁰.

vi) Copia del memorial presentado el 29 de mayo de 2003, por la apoderada de los demandantes, en el cual manifestó que interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto de fecha 21 de mayo de 2003 y el proveído del 10 de junio siguiente que deniega el trámite de tales medios por extemporáneos²¹.

vii) Copia de la demanda de jurisdicción voluntaria adelantada por la señora Martha Serna Arbeláez a fin de que se decrete la discapacidad mental absoluta de Juan David Serna Arbeláez. Asimismo, copia del auto admisorio proferido el 24 de agosto de 2015 por el Juzgado Quinto de Familia en Oralidad de Bogotá, en el que además se decretó la discapacidad mental absoluta provisional de Juan David Serna Arbeláez y se designó a Martha Serna Arbeláez como curadora provisorias²².

viii) Copia del acta de la audiencia prevista en el artículo 579 numeral 2º del Código General del Proceso, efectuada el 13 de junio de 2016, en la que el Juzgado Quinto de familia resolvió declarar en interdicción por discapacidad mental absoluta al señor Juan David Serna Arbeláez y se designó a la señora Martha Serna Arbeláez como su guardadora y al señor José Luis Serna Arbeláez como guardador suplente²³.

Trámite en Sede de Revisión

20. Luego de advertirse que la copia de la acción de tutela remitida al señor Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda por parte del juez de primera instancia fue

¹⁸ Cuaderno 1, folios 9,12 y 16.

¹⁹ Cuaderno 1, folios 21-24 y 57-57-60 *ibidem*.

²⁰ Cuaderno 1, folios 84 a 87.

²¹ Cuaderno 1, folios 88 y 91.

²² Cuaderno 2, folios 4 a 6.

²³ Cuaderno 1, folios 1 y 2.

devuelta por los Servicios Postales Nacionales S.A. (4-72) con la anotación “*No reside*”²⁴ y que la notificación de la tutela por aviso en la Secretaría de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bogotá y en la página web de la Rama Judicial²⁵ no podrían haber asegurado el conocimiento fehacientemente de la existencia de la acción de tutela, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 10 de abril de 2018, con el fin de garantizar el derecho de contradicción y defensa del señor Pájaro Peñaranda, dispuso ponerlo en conocimiento de la acción de tutela a la cual fue vinculado. Con este propósito se le otorgó el término de dos (2) días hábiles siguientes a la comunicación del auto para que diera respuesta a la demanda y presentara las pruebas que pretendiera hacer valer. Para el efecto se le remitió copia del escrito de tutela, de sus anexos y de las sentencias de primera y segunda instancia a su dirección actual de residencia y al correo electrónico²⁶.

21. En relación con el anterior proveído, dentro del término otorgado, el señor Nicolás Pájaro Peñaranda, a través de apoderada, presentó escrito “*con el fin de solicitar nulidad de todo lo actuado por indebida notificación en el proceso de tutela y, en subsidio, para presentar contestación a la demanda de tutela*”²⁷.

22. Respecto de la solicitud de nulidad invocó como causal la consagrada en el numeral 8° del artículo 133 del Código General del Proceso, referente a la ausencia de notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas o que deban ser citadas como partes. Sobre el particular señaló:

“En efecto, consta en el auto del 10 de abril de 2018, proferido por el Magistrado sustanciador dentro de la tutela de la referencia, que al doctor Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda le fue enviada copia de la acción de tutela a la carrera 32 N° 32-70, la cual fue devuelta por la empresa de correos 4-72, con la anotación “no reside”. Consta de igual manera que se le notificó mediante aviso publicado en la Secretaría General de la Sala Civil del Tribunal y en la página web de la Rama Judicial, uno y otro por un solo día.

²⁴ Cuaderno 1, folio 421.

²⁵ Cuaderno 1, folios 395 y 396.

²⁶ “De acuerdo a lo anterior, para el Despacho los actos de notificación personal y por aviso de la acción de tutela en sede de instancia al señor Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda, no fueron eficaces, toda vez que los medios empleados para ello no permiten asegurar que el vinculado haya conocido fehacientemente el contenido de las actuaciones y/o la existencia de la acción de tutela, de la cual sus intereses se podrían ver comprometidos.// En efecto, el intento de notificación personal fue infructuoso en la medida que la dirección de domicilio registrada en los procesos ordinarios, de donde fue extraída, no coincide con el domicilio actual del vinculado, razón por la cual fue devuelta por la empresa postal que presta sus servicios a la judicatura. Del mismo modo, difícilmente puede asegurarse que la publicación por un día del aviso en la Secretaría de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y en la página web de la Rama Judicial, hayan sido conocidos por el señor Pájaro Peñaranda, habida cuenta que no es usual la consulta diaria de quien eventualmente no tiene intereses, asuntos o procesos que lo hagan visitar tanto las instalaciones del Tribunal como la página web de la Rama Judicial. Esta situación puede explicar la falta de respuesta a la acción de tutela por parte del vinculado, así como la eventual impugnación del fallo de primera instancia. // 1.15 Por lo anterior, con el fin de garantizar el derecho de contradicción y defensa del señor Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda, el Despacho dispondrá ponerle en conocimiento de la existencia del proceso de tutela, en la cual fue vinculado por el juez de primera instancia. Para tal efecto, se le allegará copia del escrito de tutela, sus anexos y los fallos de instancia, a la dirección actual de residencia (...) y de correo electrónico personal (...).” Auto a folio 22 del cuaderno de revisión.

²⁷ Escrito a folios 36 a 73 del cuaderno de revisión.

Es evidente, entonces, que mi poderdante no se enteró de la acción de tutela y que, en consecuencia, no pudo ejercer el derecho de contradicción”.

Alegó que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cuando se propone la nulidad en sede de revisión la Corte no tiene otra opción que “*anular todo lo actuado y devolver el expediente al juez de tutela de primera instancia para que rehaga la actuación y garantice la oportunidad a la parte afectada con la nulidad de ejercer la plenitud de sus derechos procesales*”. En ese orden, solicitó:

“Primero. Decretar la nulidad de todo lo actuado, a partir del fallo de 24 de abril de 2017 proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, que resolvió el presente asunto en primera instancia, debido a que la demanda de amparo no le fue notificada en debida forma a mi mandante.

(...)

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, disponer la remisión del expediente a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, para que vuelva a conocer del presente proceso en la primera instancia y se le permita al doctor Pájaro Peñaranda la posibilidad de intervenir en él, presentar y solicitar las pruebas del caso, y exponer la totalidad de los argumentos que deben ser tenidos en cuenta en los fallos de instancia de la presente acción constitucional”.

23. De forma subsidiaria dio respuesta a cada uno de los hechos de la demanda y solicitó sea confirmada la sentencia del 24 de julio de 2017, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a los siguientes argumentos.

En primer lugar, indicó que la demanda de tutela carece del presupuesto de inmediatez, puesto que se interpuso contra lo resuelto en una providencia que fue proferida el día 21 de mayo de 2003, es decir, luego de transcurridos más de 13 años. Asimismo, destacó que los accionantes pretenden revivir un debate que había sido decidido ante otra autoridad judicial el 26 de julio de 1988, esto es, luego de 28 años. En su concepto, no existe motivo válido para la inactividad de los actores durante tanto tiempo, si se tiene en cuenta que siempre han podido ser representados por su madre cuando eran menores y actualmente, en el caso de Juan David, declarado interdicto.

En segundo lugar, estimó que la acción de tutela es improcedente por el desconocimiento del principio de subsidiariedad, toda vez que contra el auto del 21 de mayo de 2003 procedían los recursos de reposición y en subsidio de apelación, de conformidad con el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, el cual era aplicable en ese entonces. Igualmente, precisó que respecto a la sentencia proferida el 26 de julio de 1988 procedía el recurso extraordinario de revisión. Agregó que los actores no buscan evitar un perjuicio irremediable, pues así no lo manifestaron el escrito de tutela.

En tercer lugar, adujo que la tutela es improcedente por cuanto los apoderados de los accionantes en los procesos ordinarios fueron negligentes al dejar vencer las oportunidades que el ordenamiento les brindaba para controvertir las decisiones de los jueces, sin que la acción constitucional sirva para remediar tal circunstancia.

En cuarto lugar, alegó que la providencia cuestionada es razonable y no incurrió en alguna “*vía de hecho*”, pues fue debidamente sustentada de conformidad con la ley (arts. 401 y 402 del C.P.C.) y la jurisprudencia respecto de la fuerza de la cosa juzgada y la seguridad jurídica. Asimismo, consideró que debía descartarse algún defecto procedimental dada la incuria de quien gestionaba los intereses de los actores.

Por último, expresó que en el presente asunto “*no existió vulneración ni amenaza alguna a los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al estado civil, personalidad jurídica, libre desarrollo de la personalidad, ni a la dignidad humana, invocados por los actores en el escrito de tutela*”. Esto por cuanto (i) el juez de familia se circunscribió a los mandatos de la legalidad (arts. 97 y 98 del C.P.C.), garantizando los efectos de los fallos que resuelven pretensiones sobre paternidad (arts. 401 y 402 *ejusdem*); (ii) los accionantes acudieron a la administración de justicia y promovieron los respectivos procesos; (iii) existe una decisión de fondo con fuerza de cosa juzgada sobre una pretensión de paternidad que no interfiere “*en manera alguna con la libre realización de los actores o el desarrollo de sus potencialidades*”, ni causa “*humillación alguna en la integridad física o moral de los tutelantes*”.

24. Respecto de la solicitud de nulidad anteriormente reseñada, la Sala, mediante auto del 23 de abril de 2018²⁸, resolvió “*poner a disposición de las partes y vinculados al proceso el escrito y los anexos allegados el 19 de abril de 2018 por la apoderada del señor Nicolás Pájaro Peñaranda, por un término de dos (2) días en la Secretaría General, para que ejerzan sus derechos de defensa y contradicción, y realicen los pronunciamientos a lugar*”. En consecuencia, decretó la suspensión de términos en el presente trámite por el lapso de 20 días hábiles.

25. Sobre lo anterior, la Secretaría General de esta corporación, mediante informe del 09 de mayo de 2018²⁹, indicó que el apoderado de los accionantes, la Juez Décimo de Familia de Bogotá y la señora Martha Serna Arbeláez, allegaron en oportunidad sendos escritos³⁰.

26. El apoderado de los señores Juan David y José Luis Serna Arbeláez, oponiéndose a la solicitud de nulidad, señaló que “*el hecho de no haberse notificado a Pájaro Peñaranda jamás tuvo virtualidad para generar una*

²⁸ Auto a folios 74 a 78 del cuaderno de revisión.

²⁹ Informe a folio 150 del cuaderno de revisión.

³⁰ Escritos a folios 119 a 128 y 146 149 del cuaderno de revisión.

afectación trascendental en sus derechos; mucho menos en las decisiones adoptadas”, toda vez que ninguna de las decisiones que fueron proferidas por los jueces de instancia les fue contraria a sus intereses, ya que la tutela fue declarada improcedente. Igualmente, estimó que cuando la apoderada del señor Pájaro Peñaranda de forma subsidiaria contestó la demanda, subsanó la supuesta irregularidad.

Del mismo modo, destacó que en estricto orden procesal, es el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá la autoridad accionada y *“única a quien en realidad le correspondía contestar la demanda. A Pájaro Peñaranda, en su condición de tercero con interés legítimo, no le era dable contestar la demanda –que así lo hizo- como si fuera él el directo accionado, sino presentar sus argumentos como coadyuvante”*. Igualmente, recordó que el presente asunto *“a la fecha lleva más de un año y medio sin que se le haya dado solución, en perjuicio directo de uno de los accionantes que, se recuerda, fue declarado incapaz absoluto hace poco tiempo u se encuentra en estado de debilidad manifiesta por su delicado estado de salud”*.

27. Por su parte, la Juez Décima de Familia de Bogotá indicó que *“en el proceso que se adelantó en este Despacho Judicial de Martha Serna Arbeláez contra Nicolás Pájaro Peñaranda radicado bajo el número 2002-01206, se encuentra archivado y que conforme a las decisiones del siglo XXI este culminó”*. En ese orden, señaló que *“este Despacho estará presto a la decisión que se adopte por esa magistratura”*.

28. Finalmente, la señora Martha Serna Arbeláez se opuso a la petición de nulidad, relatando las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que conoció e interactuó con el señor Pájaro Peñaranda, antes y después del nacimiento de sus hijos.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de la referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

Cuestión preliminar: solicitud de nulidad

2. Solicitud de nulidad del señor Nicolás Pájaro Peñaranda. Luego de que la Corte pusiera en conocimiento la acción de tutela al señor Nicolás Pájaro Peñaranda, la apoderada de éste solicitó se declarara la nulidad de todo lo actuado, a partir del fallo de primera instancia del 24 de abril de 2017 proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, *“debido a que la demanda de amparo no le fue notificada en debida forma a mi*

mandante”, alegando la causal prevista en el numeral 8° del artículo 133 del Código General del Proceso³¹.

3. Sobre el particular la Sala pone de presente que el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 establece que la nulidad de los procesos que se surtan ante esta Corporación solo podrá alegarse antes de proferido el fallo y deberá sustentarse en irregularidades que comporten la violación del debido proceso.

De conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, *“las providencias que se dicten se notificarán a las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere más expedito y eficaz”*. En el mismo sentido, el artículo 2.2.3.1.1.4. del Decreto 1069 de 2015³² establece que *“todas las providencias que se dicten en el trámite de una acción de tutela se deberán notificar a las partes o a los intervinientes (...) El juez velará porque de acuerdo con las circunstancias, el medio y la oportunidad de la notificación aseguren la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa”*.

La jurisprudencia constitucional³³ ha señalado en repetidas ocasiones que la notificación es importante e indispensable al momento de dar curso el mecanismo *ius fundamental*, tanto que ha dispuesto que esta debe ser efectiva y expedita³⁴, además de considerar que *“debe surtirse en debida forma y de manera eficaz, es decir, con independencia de la forma adoptada, materialmente debe garantizarse que el acto se haga público, sea puesto en conocimiento del interesado, con el fin de que no se viole el debido proceso”*³⁵.

En efecto, es la garantía del conocimiento integral de las partes de los procesos que cursen en la jurisdicción constitucional la que consolida la protección del derecho fundamental al debido proceso de los intervinientes, motivo por el cual debe agotar el juez todas las posibilidades al momento de advertir de la existencia del recurso amparo a los accionantes, accionados y demás interesados en el trámite.

Así, *“la eficacia de la notificación, en estricto sentido, solo puede predicarse cuando el interesado conoce fehacientemente el contenido de la*

³¹ Código General del Proceso, *“Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos (...) 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado”*.

³² *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”*

³³ En relación con la vinculación de las partes o terceros con interés en el proceso, la Corte en Auto 165 de 2008 sostuvo que: *“Así las cosas, lo que buscan las disposiciones en cita, es que todas las partes o terceros con interés en el proceso de tutela, sean oportunamente llamados por el juez constitucional, a partir de los principios de informalidad y oficiosidad, para que de esta forma ejerzan su derecho de defensa y contradicción, pues resultaría paradójico en un Estado Social de Derecho, dictar una orden judicial para que sea cumplida por una entidad pública o un particular, cuando ni siquiera ha tenido la oportunidad de ser oído durante el trámite tutelar.”*

³⁴ Artículo 16 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 *“Las providencias que se dicten se notificarán a las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere más expedito y eficaz”*.

³⁵ Auto 123 de 2009.

providencia”³⁶. Por tanto, la mera disposición de los jueces de informar a los intervinientes del trámite de la acción constitucional debe complementarse con todas las medidas necesarias que garanticen, en la medida de lo posible, el conocimiento efectivo de las actuaciones en sede de tutela a quienes sean partes en el proceso, conforme a los mecanismos establecidos por la ley para tal fin³⁷.

4. Sobre el particular, la Sala Plena de esta Corporación, en el Auto 549 de 2016, ha señalado:

*“13. Que con apoyo en las normas de procedimiento general aplicables al trámite de tutela, así como en los artículos 2.2.3.1.1.3. y 2.2.3.1.1.4. del Decreto 1069 de 2015, en aquellos aspectos que el Decreto 2591 y el Decreto 2067 de 1991 no regulan, la Corte ha señalado cuando se omite notificar la iniciación del procedimiento originado en una solicitud de protección tutelar a una parte o tercero con interés legítimo, se genera una irregularidad que transgrede el debido proceso y que abre paso, consecuentemente, a que sea decretada la nulidad de lo actuado, en todo o en parte, y a que se retrotraigan las actuaciones, dado que solamente así “(i) se les permite a dichas personas el conocimiento de la demanda instaurada y el ejercicio de los derechos al debido proceso y a la defensa; y (ii) se garantiza una decisión que resuelva definitivamente la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante”*³⁸.

*14. Que pese a los planteamientos aducidos en precedencia, la Corte, teniendo en cuenta que, por regla general, en los procesos que involucran peticiones de amparo constitucional se debate la vulneración de derechos y garantías iusfundamentales, atendiendo a los principios de celeridad y economía procesal, ha adoptado dos tipos de decisiones con el fin de subsanar la nulidad que deriva de una indebida conformación del contradictorio, tomando en consideración las circunstancias constitucionalmente relevantes presentes en cada caso, así como la necesidad de evitar que se dilate el trámite de la acción de tutela*³⁹.

15. Que, de acuerdo con lo anotado, cuando advierte la existencia de una indebida conformación del contradictorio, la Corte ha procedido, por una parte, (i) a declarar la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que se presentó la causal, ordenándose la devolución del expediente al despacho judicial de primera instancia para que, una vez subsanado el yerro procesal, se surta de nuevo las actuaciones pertinentes; y por otra, en cambio, (ii) ha integrado directamente el

³⁶ Auto 252 de 2007.

³⁷ La “notificación deberá hacerse por el medio que, siendo expedito y eficaz, asegure o garantice que el demandado tenga un conocimiento real del comienzo del proceso. El juez debe ser especialmente cuidadoso para garantizar el derecho de defensa del particular. Pues una acción de tutela tramitada sin que éste tenga conocimiento real de su existencia, jamás se ajustará al debido proceso”. Auto 252 de 2007.

³⁸ Auto 002 de 2005.

³⁹ Consultar, entre otros, los Autos 288 de 2009 y 165 de 2011.

*contradictorio, en sede de revisión, con la parte o con el tercero que tenga interés legítimo en el asunto*⁴⁰.

16. Que el segundo de los escenarios indicados ha sido usualmente empleado por la Corte en circunstancias excepcionales que responden a la necesidad o exigencia de evitar la dilación del trámite tutelar, como por ejemplo, cuando la situación de hecho planteada en la acción así lo permita o cuando se encuentren en juego derechos fundamentales tales como la vida, la salud o la integridad física o se vean envueltas personas susceptibles de especial protección constitucional o en estado de debilidad manifiesta⁴¹.

*17. Que, en todo caso, para efectos de dar aplicación a una de las dos opciones antes referidas, es el juez constitucional el que debe ponderar los derechos en tensión y definir si existen aún oportunidades procesales razonables para materializar el derecho de defensa o, si por el contrario, aquellas resultan insuficientes*⁴²”⁴³ (destaca la Sala).

5. En esta oportunidad, la Corte no accederá a la solicitud de nulidad planteada por la apoderada del señor Pájaro Peñaranda, por las siguientes razones:

En primer lugar, en el auto del 10 de abril de 2018, el Magistrado sustanciador resolvió poner en conocimiento de la acción de tutela al señor Nicolás Pájaro Peñaranda, pues advirtió que los actos de notificación personal y por aviso de la acción de tutela en sede de instancia no fueron eficaces, toda vez que los medios empleados para ello no permitían asegurar que el vinculado haya conocido fehacientemente el contenido de las actuaciones y/o la existencia de la acción de tutela, de la cual sus intereses se podrían ver comprometidos⁴⁴. Por tanto, con el fin de garantizar el derecho de contradicción y defensa del señor Pájaro Peñaranda, en el ordinal primero de dicho auto se dispuso ponerle en conocimiento la existencia del proceso de tutela, donde fue vinculado por el juez de primera instancia, para que en el término de dos (2) días hábiles siguientes a su comunicación, ejerciera el derecho de contradicción y defensa y presentara las pruebas que pretendiera hacer valer, para lo cual se le allegó copia del escrito de tutela, sus anexos y los fallos de instancia, a la dirección actual de residencia y de correo electrónico personal.

⁴⁰ Consultar, entre otros, los Autos 234 de 2006, 115A de 2008, 281 A de 2010 y 360 de 2015.

⁴¹ Consultar, entre otros, el Auto 099 A de 2006 y las sentencias, T-426 de 2001, T-687 de 2001, T-424 de 2002 y T-603 de 2002.

⁴² Consultar, entre otros, el Auto 363 de 2014.

⁴³ Auto 549 de noviembre 16 de 2016.

⁴⁴ “*En efecto, el intento de notificación personal fue infructuoso en la medida que la dirección de domicilio registrada en los procesos ordinarios, de donde fue extraída, no coincide con el domicilio actual del vinculado, razón por la cual fue devuelta por la empresa postal que presta sus servicios a la judicatura. Del mismo modo, difícilmente puede asegurarse que la publicación por un día del aviso en la Secretaría de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y en la página web de la Rama Judicial, hayan sido conocidos por el señor Pájaro Peñaranda, habida cuenta que no es usual la consulta diaria de quien eventualmente no tiene intereses, asuntos o procesos que lo hagan visitar tanto las instalaciones del Tribunal como la página web de la Rama Judicial. Esta situación puede explicar la falta de respuesta a la acción de tutela por parte del vinculado, así como la eventual impugnación del fallo de primera instancia*”. Auto del 10 de abril de 2018 (a folios 32 a 34 del cuaderno de revisión).

De esta manera, para la Sala el derecho de contradicción y defensa del señor Pájaro Peñaranda fue garantizado adecuadamente, el cual ejercitó en debida forma como se evidencia en los antecedentes del presente asunto.

En segundo lugar, se advierte que la acción de tutela busca exclusivamente controvertir una providencia judicial del Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, pretendiendo “*la revocatoria del Auto del 21 de mayo de 2003 proferido dentro del proceso de investigación de paternidad N° 1206/02*”, que declaró la existencia de cosa juzgada y dio por terminado el asunto, sin que se atribuya responsabilidad alguna al señor Pájaro Peñaranda, al punto que no fue demandado por no ser la autoridad jurisdiccional que profirió la decisión. En esa medida, la vinculación del señor Pájaro Peñaranda en primera instancia obedeció a que éste fue demandado en el proceso de filiación extramatrimonial y podría tener interés legítimo en las resultas del proceso. Por tanto, su participación no es propiamente *ad excluendum*, pues no asume la posición principal de accionado en el presente trámite, sino que al ser un tercero con interés su vinculación fue necesaria⁴⁵.

De otra parte, aun cuando el señor Pájaro Peñaranda solo tuvo conocimiento en sede de revisión de la acción de tutela a la que fue vinculado desde la primera instancia, la Sala considera que no existe justificación alguna para declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso y dilatar en el tiempo el trámite surtido en esta Corporación y afectar de manera desproporcionada los principios de celeridad y eficacia, implícitos en la efectiva protección del derecho de acceso a la administración de justicia, sobre la base de que, en sede de revisión, se otorgaron las oportunidades procesales para materializar el derecho de defensa. Igualmente, es de destacar que las decisiones de instancia declararon improcedente la acción de tutela, por lo que no hubo variación alguna en la situación de las partes que afectara colateralmente al vinculado.

Finalmente, y no menos importante, uno de los actores, Juan David, es un sujeto de especial protección constitucional, que se encuentra en estado de debilidad manifiesta por su discapacidad mental absoluta. Así las cosas, no existe justificación para dilatar el proceso tutelar, retrotrayendo todo lo actuado, más aún cuando la demanda fue interpuesta desde diciembre del año 2016⁴⁶, lo que haría desproporcionado extender en el tiempo la exigibilidad judicial de sus derechos fundamentales.

Por todo lo anterior, la Sala estima que en sede de revisión se han brindado las garantías necesarias al señor Nicolás Pájaro Peñaranda para hacer valer sus derechos de contradicción y defensa, así como que, por las características propias del proceso y la condición especial de uno de los accionantes, se hace necesario que la Corte emita un pronunciamiento de mérito, por lo que no se accederá a la solicitud de nulidad elevada.

⁴⁵ El artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 establece que “*quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud*”.

⁴⁶ Acta individual de reparto a folio 302 del cuaderno de primera instancia.

Problema Jurídico

6. De acuerdo con la situación fáctica planteada y las decisiones de instancia, corresponde a la Sala Octava de Revisión, determinar si en el presente asunto procede la acción de tutela para controvertir la providencia proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, el 21 de mayo de 2003, dentro del proceso de filiación extramatrimonial que se adelantó contra el señor Nicolás Pájaro Peñaranda.

Si la Sala encuentra que la acción de amparo resulta procedente, pasará a determinar si la autoridad judicial accionada desconoció los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la filiación, a la familia, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de los señores Juan David y José Luis Serna Arbeláez, al declarar la existencia de cosa juzgada y no practicar la prueba científica de ADN que había sido decretada y que permitiría establecer si había lugar a la declaración de paternidad en el proceso de filiación extramatrimonial que había sido iniciado en favor de estos y contra el señor Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda.

7. Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala Octava de Revisión reiterará la jurisprudencia sobre (i) las causales genéricas y específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, caracterizando de manera específica el defecto procedimental absoluto, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, el defecto fáctico y el defecto por violación directa de la Constitución; luego hará referencia a (ii) los presupuestos para la existencia de la Cosa Juzgada; posteriormente, estudiará (iii) el proceso de investigación de paternidad y la importancia de la prueba genética en los procesos de filiación. Una vez precisados estos aspectos, (iv) abordará el estudio del caso concreto.

Asunto previo: legitimación por activa y por pasiva

8. Legitimación por activa. Conforme con lo estipulado en el artículo 86 Superior, es titular de la acción de tutela toda persona que por sí misma o por quien actúe a su nombre, reclame la protección de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados. En complemento, el Decreto Estatutario 2591 de 1991 establece que la acción de tutela también puede ser presentada por quien haga las veces de representante de la persona a la que se le han amenazado o vulnerado sus derechos fundamentales.

De acuerdo con la normatividad, existen cuatro conductos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

(i) Por sí misma. En este caso no se precisa de profesional del derecho.

(ii) Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad⁴⁷, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.

(iii) A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tuitiva.

(iv) Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho “*no esté en condiciones*” de promoverla directamente.

9. De otro lado, se ha entregado a los Defensores del Pueblo y a los Personeros Municipales, la posibilidad de intentar la acción de tutela, con fundamento en el inciso final del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, y la interpretación que jurisprudencialmente ha dado esta Corporación a los artículos 46⁴⁸ ibídem y 282⁴⁹ de la Carta.

10. En el asunto *sub judice*, la acción de tutela es presentada por el señor José Luis Serna Arbeláez, “*en nombre propio y como guardador y representante legal suplente de Juan David Serna Arbeláez*”⁵⁰, por tanto, debe la Sala verificar que este último se encuentre imposibilitado para ejercer directamente sus propios derechos.

11. Como se advierte a folios 1 y 2 del cuaderno N° 1 del expediente de tutela, reposa “*Acta de audiencia – artículo 579 numeral 12*”, llevada a cabo el día 13 de junio de 2016 ante el Juzgado Quinto de Familia de Oralidad de Bogotá, donde se adelantó el trámite de interdicción por discapacidad mental absoluta del señor Juan David Serna Arbeláez (Rad. 2015-0481). En dicha audiencia la Juez de Familia resolvió:

“Primero: DECLARAR la interdicción por discapacidad mental absoluta al señor JUAN DAVID SERNA ARBELÁEZ identificado con la C.C. 1.136.909.912 de Bogotá, quien no tiene la libre disposición de sus bienes.

Segundo: DESIGNAR a la señora MARTHA SERNA ARBELÁEZ identificada con la C.C. 41.561.362 de Bogotá como guardadora del discapacitado mental absoluto señor JUAN DAVID SERNA ARBELÁEZ, quien tendrá a su cargo el cuidado personal y ejercerá la representación legal y la administración de los bienes del pupilo.

⁴⁷ En este caso debe precisarse que la Corte es del criterio que los menores de edad pueden interponer directamente la acción de tutela cuando se trata de defender sus derechos fundamentales. Al respecto puede verse las sentencias T-341 de 1993, T-293 de 1994, T-456 de 1995, T-409 de 1998, T-182 de 1999, T-355 de 2001 y T-1220 de 2003.

⁴⁸ “Legitimación. El Defensor del Pueblo podrá sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión”.

⁴⁹ “El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones: // 3. Invocar el derecho de Habeas Corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados”.

⁵⁰ Cuaderno 1, folio 301.

Tercero: DESIGNAR al señor JOSÉ LUIS SERNA ARBELÁEZ identificado con la C.C. 80.075.472 de Bogotá como guardador suplente del discapacitado mental absoluto señor JUAN DAVID SERNA ARBELÁEZ con las mismas facultades confiadas a la guardadora principal. (...)” (Destaca la Sala).

De acuerdo con lo anterior, el señor Juan David Serna Arbeláez carece de capacidad para ejercer su propia defensa ante la declaración de interdicto por discapacidad mental absoluta, por lo que el señor José Luis Serna Arbeláez se encuentra legitimado para actuar en nombre de su hermano, dada su calidad de representante legal.

Incluso, aun en el evento de que el accionante no actuara en la calidad anotada, el artículo 32 de la Ley 1306 de 2009⁵¹ prevé que: *“Toda otra persona que obre en nombre o por cuenta de la persona con discapacidad mental o menor, será tomado como agente oficioso, pero responderá, en todo caso, hasta de la culpa leve”*.

12. Legitimación por pasiva. En punto a quien va dirigida la acción de tutela, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 señala que: *“se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental (...)*”.

Esta Corporación ha explicado de tiempo atrás que *“la legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material”*⁵².

De acuerdo a lo anterior, es claro que los accionantes dirigieron la acción de tutela contra el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, autoridad de naturaleza pública perteneciente a la Rama Judicial, que ejerce funciones jurisdiccionales, que presuntamente vulneró sus derechos fundamentales, por lo que es susceptible de ser demandada mediante este mecanismo constitucional, encontrándose cumplido este supuesto de procedibilidad.

13. En ese orden de ideas, para la Sala resulta clara la legitimación por activa del señor José Luis Serna Arbeláez para presentar la acción de tutela en defensa de sus propios intereses y los de su hermano, así como la legitimación por pasiva del Juzgado Décimo de Familia de Bogotá.

Las causas genéricas y específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales

⁵¹ “Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados”.

⁵² Sentencia T- 416 de 1997.

14. El artículo 86 de la Constitución Política es claro en determinar que el mecanismo constitucional en el que se invoque la protección de derechos fundamentales procederá contra la decisión de cualquier autoridad pública ya sea por acción u omisión en el ejercicio de funciones, que derive en la amenaza o vulneración de los valores y principios consagrados en la Norma Superior.

Si bien el Decreto Estatutario 2591 de 1991 en sus inicios, y en complemento de la precitada norma dispuso en los artículos que regulaban la competencia y caducidad del mecanismo constitucional que este no procedía contra decisiones judiciales en aras de preservar la independencia judicial, la jurisprudencia constitucional revirtió dicho mandato y estructuró unos condicionamientos que permitían controvertir las decisiones judiciales a través de la acción constitucional⁵³.

15. De esta manera, consideró que si las providencias judiciales constituían una vía de hecho, podían ser rebatidas en sede tutela cuando *“(i) se basan en normas evidentemente inaplicables (defecto sustantivo), (ii) son proferidas con carencia absoluta de competencia (defecto orgánico), (iii) se basan en una valoración arbitraria de las pruebas (defecto fáctico), o (iv) fueron proferidas en un trámite que se apartó ostensiblemente del procedimiento fijado por la normativa vigente (defecto procedimental)”*⁵⁴.

Con posterioridad esta Corporación mediante la Sentencia C-590 de 2005, adoptó tres nuevos parámetros mediante los cuales se podía configurar una vía de hecho judicial, esto es, *“(i) cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes, que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial. Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados en forma indebida; (ii) cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados; o (iii) cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable”*.

Al efecto, la Sala abordará los mandatos generales y específicos dispuestos por esta Corporación para determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

16. En primer lugar la Sala recordará los presupuestos genéricos de aplicación de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, sin desconocer los principios constitucionales que enmarcan el funcionamiento del aparato judicial, estos son:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede

⁵³ Sentencia C-543 de 1992.

⁵⁴ Precedente acogido recientemente en la Sentencia T-398 de 2017.

entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.”

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya

planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”.⁵⁵

17. Los anteriores parámetros serán considerados por la autoridad constitucional siempre y cuando no se configure un quebrantamiento de los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada y de independencia y autonomía del juez ordinario.

18. En segundo lugar, con la intención de precisar los alcances de la oportunidad para controvertir una decisión judicial, como se había mencionado, esta Corporación consideró unas pautas adicionales que resulta oportuno individualizar, en los siguientes términos:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

⁵⁵ Preceptos recogidos entre otras de las siguientes Sentencias: T-173 de 1993, T-008 y T-658 de 1998, T-088 de 1999, T-159 y SU 159 de 2000, SU-219 de 2001, T-315 de 2005 y C-590 de 2005.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado”.

*h. Violación directa de la Constitución, que es el defecto que se deduce de infringir directamente una o varias disposiciones o normas razonablemente vinculables a la Constitución”.*⁵⁶

19. Esta Corporación ha sostenido que no existe un límite indivisible entre estas causales, por tanto una misma situación dentro del proceso judicial puede derivar en varios defectos. Por ejemplo, el irrespeto por los procedimientos legales y, de forma simultánea, vulnerar directamente la Constitución o impedir una correcta apreciación de las pruebas⁵⁷.

Las mencionadas causales si bien han tenido un desarrollo jurisprudencial permanente, encuentran sustento en la Sentencia C-590 de 2015, la cual estableció los criterios de justificación de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Así entonces, si bien esta Corporación no pretende desplazar las facultades de los jueces ordinarios, ni mucho menos poner en entredicho sus pronunciamientos, cuando exista una decisión que abandone la estructura constitucional reflejada en la norma de normas, podrá el juez constitucional intervenir en aras de preservar los derechos fundamentales de quienes acudan a la acción de tutela transitoria o definitivamente.

Breve caracterización del defecto procedimental absoluto

20. El sustento constitucional de la noción de defecto procedimental absoluto se ubica en los artículos 29 y 228 superiores, que aluden a los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial sobre las actuaciones formales. Esta Corporación ha indicado que existen dos tipos de defecto procedimental: i) el absoluto, que se presenta cuando el operador judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido, y ii) por exceso ritual manifiesto, el cual tiene lugar cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.

21. La jurisprudencia constitucional ha precisado que se estructura el defecto procedimental, cuando el juez correspondiente se aparta de los presupuestos procesales aplicables al asunto bajo su conocimiento y, por el contrario, omite de forma abierta los supuestos legales, llegando a una decisión arbitraria en

⁵⁶ Consideraciones descritas en las sentencias T-1625 de 2000, SU-1031/01, T-1184 de 2001 y T-462 de 2003.

⁵⁷ Ver Sentencia T-120 de 2014 y T-214 de 2012.

violación de las garantías *ius fundamentales*. Sobre el particular, la Corte ha considerado:

(...) [E]l defecto procedimental, se presenta en aquellos casos en los cuales el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo. Pero para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción de tutela será necesario, adicionalmente (...) entre otros que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso”⁵⁸.

22. Esta Corporación también ha señalado que el defecto procedimental absoluto se puede configurar porque el funcionario judicial: *“(i) sigue un trámite totalmente ajeno al asunto sometido a su competencia⁵⁹; (ii) pretermite etapas sustanciales del procedimiento establecido, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes⁶⁰ o (iii) pasa por alto realizar el debate probatorio, natural en todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales⁶¹”⁶².*

Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional ha determinado que para la procedencia de la tutela contra providencias judiciales con base en este defecto, se deben reunir los siguientes elementos *“(i) (Q)ue no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; (ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; y (iv) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales”⁶³.*

En suma, el margen de aplicación y procedencia del defecto procedimental absoluto ha sido puntualmente reglado por esta Corporación sin desconocer la independencia y autonomía inherente a todas las actuaciones judiciales y atendiendo siempre el fin último del Estado Social de Derecho, como lo es

⁵⁸ Sentencia T-017 de 2007.

⁵⁹ Sentencias T-996 de 2003, T-638 y T-781 de 2011, entre muchas otras.

⁶⁰ Sentencia T-264 de 2009.

⁶¹ Sentencia T-778 de 2009.

⁶² Sentencia T-388 de 2015

⁶³ Ver entre otras las Sentencias SU-159 de 2002, C-590 de 2005 y T-737 de 2007, T-391 de 2014, T-031 de 2016 y T-459 de 2017.

garantizar la protección de los derechos fundamentales de todas las personas sin discriminación.

Breve caracterización del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto

23. Este defecto, al igual que el procedimental absoluto, tiene su sustento en los artículos 29 y 228 de la Constitución, en donde además del respeto al debido proceso, la Administración de Justicia debe dar prevalencia al derecho sustancial.

El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se configura cuando “(...) *un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia*”; esto es, el funcionario judicial actúa sin tener en cuenta que “*el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) porque aplica rigurosamente el derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales*”⁶⁴.

25. De esta manera, cuando una decisión judicial se aparte de la verdad o cuando se aplique con extremo rigor la normativa procesal convirtiéndola en una barrera al momento de garantizar la protección de un derecho fundamental, las solas formas del proceso no podrán sobreponerse al principio de materialización del derecho inherente a todos y cada uno de los pronunciamientos en que emanan de la administración de justicia.

26. Para ilustrar la aplicación de este defecto procedimental, la Sala acudirá a los referentes jurisprudenciales sobre particular, así:

En la sentencia T-352 de 2012 se estudió un caso en el cual se configuró un exceso ritual manifiesto, considerándose que “*el juez renunció conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados (...) para aplicar de manera taxativa las normas procesales según las cuales el auto admisorio de la demanda debió notificarse al demandado dentro del año siguiente a la notificación del demandante, so pena de que no se interrumpiera el término para la prescripción y que no se impidiera la caducidad*”.

27. A su turno, en la sentencia T-817 de 2012 se estimó que un juez había transgredido los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante, a quien por no haber aportado en el trámite de la nulidad y restablecimiento del derecho, el registro civil de matrimonio, se le negó el acceso a la sustitución pensional de su esposo, al no decretar de oficio

⁶⁴ Sentencia T-429 de 2011.

la prueba legalmente aceptable que se requería para resolver las pretensiones de la demanda, concluyendo que las autoridades judiciales accionadas:

“incurrieron en defecto por exceso ritual manifiesto (el cual tiene relación directa con el defecto fáctico que alega el actor), al dejar de hacer uso de la facultad que les otorga la norma procesal para decretar la prueba de oficio solicitando la aportación del respectivo registro civil de matrimonio, con el fin de establecer si la señora Clara Nancy Herrera en verdad figura como cónyuge del causante José Antonio Cárdenas Pachón para, a partir de la información obtenida, proveer el fondo del asunto con mayores elementos de juicio”.

28. Igualmente, en esta línea de orientación, en la sentencia T-398 de 2017 se analizó un caso en el cual se configuró el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, por cuanto la Sección Tercera del Consejo de Estado, *“pese a la verdad jurídica objetiva probada en los hechos (como lo es que Sofía es un sujeto de especial protección constitucional por ser menor de edad, y que al igual que su media hermana, tiene derecho a que le sea reconocida la indemnización de perjuicios por la muerte de su padre, en 100 SMLMV a título de daño moral, y hasta los 25 años, a título de lucro cesante), aplicó de manera taxativa las normas procesales según las cuales corresponde al recurrente confrontar los argumentos del juez de primera instancia, a fin de solicitarle al juez de superior jerarquía que decida sobre dichos puntos o asuntos, so pena de que éste no estudie los aspectos que no fueron propuestos por el recurrente en su apelación. Entonces, con esta actuación, el Consejo de Estado desplazó el amparo de los derechos de la accionante para dar aplicación a una norma procedimental, lo que hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales”.*

29. En la sentencia T-404 de 2017, sin desconocer el precedente fijado por este Tribunal tanto en sede tutela como de control abstracto de constitucionalidad, se estudió un caso en el cual a dos personas desplazadas por la violencia se les negó su solicitud de restitución de los bienes que les habían sido despojados por el incumplimiento de trámites administrativos consagrados en la Ley 1448 de 2011⁶⁵. En esa oportunidad la Sala Primera de Revisión consideró que se materializaba un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, por cuanto las exigencia de los requisitos adicionales estipulados en el artículo 84 de la precitada norma contrariaban el principio de adecuación de los jueces a la justicia transicional, que *“demanda una flexibilización de los procedimientos, en aras de garantizar la prevalencia del derecho material sobre el formal, tanto en la etapa administrativa como en la etapa judicial del proceso de restitución de tierras”*⁶⁶.

30. En suma, si bien esta Corte entiende que la normativa procesal vigente predicable en cada trámite se encuentra estrictamente relacionada con el

⁶⁵ Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

⁶⁶ Sentencia T-404 de 2017.

derecho fundamental al debido proceso, no es admisible que las formalidades o ritos, **se sobrepongan a la consolidación del derecho material** en tanto se encuentre probada la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. La aplicación de la ritualidad procesal no puede sacrificar el goce efectivo de los derechos subjetivos, puesto que el fin último del trámite adjetivo, es justamente contribuir a la consolidación de la justicia material. Por tanto, si al aplicarse con un rigor excesivo las normas simplemente adjetivas, se produce en menoscabo de los derechos de las personas, se estructura un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto haciendo procedente la acción de tutela contra providencias judiciales.

Breve caracterización del defecto fáctico

31. Este Tribunal en múltiples decisiones ha precisado el alcance del defecto fáctico como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, señalando que éste se estructura i) cuando existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso, ii) cuando se da una valoración caprichosa o arbitraria a las pruebas existentes, o iii) cuando no se valora en su integridad el acervo probatorio. En este sentido la Corte ha clasificado y explicado este tipo de defecto, así:

*“se presenta **defecto fáctico por omisión** cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. Lo anterior trae como consecuencia 'impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido'. Existe **defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio**, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque 'no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.' Hay lugar al **defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio** cuando o bien 'el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva' dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una prueba obtenida de manera ilícita”⁶⁷.*

32. En punto al **defecto factico por omisión** la jurisprudencia ha señalado que este se presenta *“cuando sin razón justificada el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece claramente en el proceso. Nótese que esta deficiencia probatoria no sólo se presenta cuando el funcionario sustanciador: i) niega, ignora o no valora arbitrariamente las pruebas debida y oportunamente solicitadas por las partes, sino también cuando, ii) **a pesar de que la ley le confiere la facultad o el deber de decretar la prueba, él no lo***

⁶⁷ Sentencia T-1065 de 2006.

*hace por razones que no resultan justificadas. De hecho, no debe olvidarse que aún en los procesos con tendencia dispositiva, la ley ha autorizado al juez a decretar pruebas de oficio⁶⁸ cuando existen aspectos oscuros o dudas razonables que le impiden adoptar una decisión definitiva. Pero, incluso, existen ocasiones en las que **la ley le impone al juez el deber de practicar determinadas pruebas como instrumento válido para percibir la real ocurrencia de un hecho**”⁶⁹.*

33. El defecto fáctico por omisión también se presenta cuando el juez de una causa decreta una prueba necesaria para la resolución del caso sometido a su conocimiento, pero resuelve el mismo sin que se haya practicado la prueba ordenada. En el mismo sentido, se configura este defecto cuando la autoridad judicial decide terminar de manera anormal el proceso adelantado sin que la prueba crucial decretada para la resolución normal del asunto se haya practicado. Así, en la sentencia T-554 de 2003, la Corte dejó sin efectos la decisión de un fiscal que dispuso la preclusión de una investigación penal sin la práctica de un dictamen de Medicina Legal que se requería para determinar si una menor había sido víctima del delito sexual que se le imputaba al sindicado.

34. Igualmente, en sentencia T-352 de 2012, la Sala Séptima de Revisión estimó que *“el juez en los procesos de **investigación de la paternidad tiene la obligación de decretar y valorar la prueba antro-po-heredo-biológica, pues de no hacerlo, incurre en violación al debido proceso por defecto procedimental, que más adelante se podría traducir en defecto fáctico, pues con ello anula la oportunidad de contar con un valioso elemento de valoración para solucionar la controversia**”*.

35. Por su parte, el *“el defecto fáctico por acción se presenta cuando a pesar de que las pruebas reposan en el proceso hay: i) una errada interpretación de ellas, ya sea porque se da por probado un hecho que no aparece en el proceso, o porque se examinan de manera incompleta, o ii) cuando las valoró a pesar de que eran ilegales o ineptas, o iii) fueron indebidamente practicadas o recaudadas, de tal forma que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de la contraparte”*⁷⁰.

36. Conforme con tal línea de orientación, la sentencia SU-447 de 2011 recogió dos elementos a través de los cuales se constituye un **defecto fáctico**, esto es:

“1) Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su

⁶⁸ Los artículos 180 del Código de Procedimiento Civil, 54 del Código Procesal del Trabajo y 169 del Código Contencioso Administrativo autorizan la práctica de pruebas de oficio. Obviamente esta facultad dependerá de la autorización legal para el efecto, pues en el caso, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, según el cual el juez penal de conocimiento no puede decretar pruebas de oficio en la etapa de juzgamiento, no es posible exigirle al juez algo distinto a lo expresamente permitido. En este aspecto, puede verse la sentencia C-396 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁹ Sentencia T-417 de 2008.

⁷⁰ *Ibídem*.

valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

2) Una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.) y al hacerlo el juez desconoce la Constitución”.

37. En conclusión, entre las conductas que estructuran el defecto fáctico están: **i) el defecto fáctico por omisión**, el cual se presenta cuando el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece en el proceso, en virtud de que el funcionario: **a)** niega, ignora o no valora las pruebas solicitadas, **b)** tiene la facultad de decretar la prueba y no lo hace por razones injustificadas y, **c)** decreta la prueba pero no la practica y resuelve el asunto o lo termina de forma normal o anormal; prosiguiendo: **ii) el defecto fáctico por acción**, se da cuando a pesar de que las pruebas reposan en el proceso, hay: **a)** una errónea interpretación de ellas, bien sea porque se da por probado un hecho que no aparece en el proceso, o porque se estudia de manera incompleta, o **b)** cuando las valoró siendo ineptas o ilegales, o **c)** fueron indebidamente practicadas o recaudadas, vulnerando el debido proceso y el derecho de defensa de la contraparte⁷¹.

Breve caracterización del defecto por violación directa de la Constitución

38. La jurisprudencia constitucional ha considerado que este defecto se configura cuando el juez toma una decisión que desconoce los valores y principios consagrados en la Constitución Política⁷². En efecto, en la Sentencia SU-1722 de 2000, al estudiar diversas acciones de tutela en las cuales personas condenadas penalmente, se les aumentó la pena por el solo hecho de presentar recurso de apelación y otros recursos. En ese momento, dicha providencia señaló:

“aceptar que el operador jurídico puede entrar a aumentar la condena en los casos de apelante único por el sólo evento del grado de consulta, es introducir una cláusula interpretativa que no admite la norma del inciso 2° del artículo 31 constitucional, conforme al cual “el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único, lo que se convierte en la existencia de un defecto sustantivo”.

⁷¹ Cfr. Sentencia T-352 de 2012.

⁷² “Este defecto encuentra sustento en el modelo de Estado Social de Derecho acogido en la Constitución de 1991, particularmente en lo dispuesto en el artículo 4° de la Carta, según el cual, la Constitución es norma de normas, y en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán preferencialmente las disposiciones constitucionales. En ese sentido, éste se presenta cuando el juez de la causa adopta una decisión que desconoce los mandatos de la Carta Política”. Sentencia T-398 de 2017.

39. En esta dirección, la sentencias T-888 de 2010⁷³, en la cual se estudió un caso relacionado con la impugnación de la paternidad en el marco de un proceso de filiación, la Corte determinó que:

“el desconocimiento del Estatuto Superior se puede dar, al menos, en dos clases de casos: (i) cuando las reglas o los principios que deben ser extraídos de su texto son por completo desobedecidos y no son tomados en cuenta, en el razonamiento jurídico (ni explícita ni implícitamente), o (ii) cuando las reglas y los principios constitucionales son tomados en cuenta al menos implícitamente, pero a sus prescripciones se les da un alcance insuficiente.

(i) En efecto, la manera más evidente de desconocer la Constitución es desatender por completo lo que dispone, al punto incluso de ni siquiera tener en cuenta sus prescripciones más elevadas en el razonamiento jurídico. Es el caso de una providencia que interpretara que todo cuanto debe verificarse para determinar si una relación es laboral, son las formalidades establecidas por los sujetos jurídicos envueltos en el conflicto, y nada más. En este último caso, se ignoraría por completo que la Constitución prescribe, en el artículo 53, concederle primacía a la realidad sobre las formas estipuladas por los sujetos de la relación laboral. De modo que una primera, y elemental, obligación de los jueces de la República es la de tomar posición frente a la realidad conforme a lo que proclaman las reglas y los principios establecidos en la Constitución.

(ii) Esa no es, sin embargo, la única exigencia derivada del carácter normativo de la Constitución. Es necesario, conforme a ella, que el intérprete tome en cuenta sus mandatos, prohibiciones y permisos, pero no basta con que les asigne cualquier grado de eficacia. Aunque las reglas y los principios constitucionales pueden, como es generalmente aceptado, entrar en conflicto con otras normas constitucionales, la forma de resolver esos conflictos y, especialmente, los resultados de esa resolución no son asuntos ajenos ni al carácter normativo ni a la supremacía de la Constitución. Al contrario, por una parte, el carácter normativo de la Constitución exige que todas sus normas sean optimizadas y, por otra, la supremacía demanda que todas aquellas normas infra constitucionales que satisfagan un derecho fundamental en grados inferiores al que sería óptimo, sean consideradas inválidas. Lo cual quiere decir que no cualquier grado de cumplimiento es legítimo, sino sólo el nivel de cumplimiento más alto posible (el óptimo). De modo que si, por causa de un conflicto entre normas, un derecho fundamental no puede ser satisfecho total y plenamente, quien

⁷³ La Sala Primera de Revisión consideró vulnerados los derechos fundamentales del accionante por parte del juez tras decidir que la impugnación de la paternidad presentada por él no estaba llamada a prosperar, porque no tenía “interés actual” para actuar, pese a haber demandado dentro de los veinte (20) días siguientes al conocimiento del resultado de la prueba de ADN que dictaminó improbable que fuera padre de la niña que había reconocido como su hija, el Alto Tribunal reconoció que si bien el desconocimiento de la Constitución produce invariablemente la misma distorsión, no siempre se ocasiona de la misma forma; es decir, que el desconocimiento del Estatuto Superior se puede presentar con el acaecimiento de varios supuestos.

está llamado a resolver el conflicto no queda excusado de satisfacerlo en la mayor medida posible. En consecuencia, la Constitución misma obliga al juez a verificar si el conflicto se resolvió de tal manera que los principios en disputa se satisficieron en la mayor medida posible, o si uno de ellos fue sacrificado más allá de lo que era necesario y proporcionado”.

40. Igualmente, en la sentencia T-352 de 2012, se estimó que *“en el caso sub examine aparece una violación directa de la Constitución, ya que se desobedecieron y no se tomaron en cuenta (ni explícita ni implícitamente) las reglas o los principios que deben ser extraídos de su texto. Así las cosas, las providencias atacadas para verificar la paternidad del señor Marco Emilio Zuluaga Velilla con respecto al señor William de Jesús Restrepo, sólo tuvieron en cuenta que existía una decisión del cuatro (04) de octubre de 1973 del Juzgado Cuarto Civil de Menores de Medellín, que en su parecer estudió los mismos hechos y las mismas pretensiones alegadas por las mismas partes, con respecto a la estudiada por ellos en el 2009 y 2010 respectivamente. Es decir, que los fallos rebatidos no revisaron de fondo el asunto planteado por el accionante, sino que se dedicaron a determinar la ocurrencia de cosa juzgada, olvidando el principio constitucional de la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental (que se presentó cuando ante una prueba de ADN que concluyó que había relación de paternidad entre el accionante y el accionado, los jueces de instancia decidieron darle mayor importancia al asunto procedimental), y obviando que las formalidades procesales no pueden ni deben anteponerse a la protección real y efectiva de los derechos fundamentales de los individuos”.*

En conclusión, en virtud de la prevalencia de la Constitución sobre las demás normas, la acción de tutela contra providencias judiciales procede cuando estas son contrarias a los principios, derechos y deberes consagrados la Carta.

Presupuestos para la configuración de la cosa juzgada

41. La cosa juzgada tiene como único fin terminar un debate procesal, puesto a la consideración de la administración de justicia. Se trata de hacer inmutable, vinculante y definitiva una determinada decisión. Para que tal instituto procesal se configure, es necesaria la confluencia elementos puntuales que han sido desarrollado por el legislador⁷⁴ y la jurisprudencia constitucional⁷⁵ en los siguientes términos:

⁷⁴ Artículo 303, Código General del Proceso: Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.

⁷⁵ Sentencia C-774 de 2001, T-352 de 2012, T-535 de 2015, entre otras.

*“**Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.”*

*-**Identidad de causa petendi** (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.*

***Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama la identidad física sino la identidad jurídica.”*

42. A partir de lo expuesto, esta Corporación en la sentencia C-774 de 2001 definió la cosa juzgada como una *“institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas”*. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica, definición de la cual en palabras de esta Corte:

“(...) se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico”. Aunado a lo anterior, esa institución permite que las órdenes de las sentencias ejecutoriadas sean exigidas coercitivamente a la parte vencida en juicio, en el evento en que ésta incumpla la decisión del Estado”.

Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha atribuido dos de tipos de caracteres a la institución de la cosa juzgada, por un lado, el negativo, el cual consiste en prohibir a los funcionarios judiciales proceder nuevamente sobre

lo ya resuelto y, por el otro, el positivo, ligado estrictamente con la seguridad inherente a las relaciones jurídicas⁷⁶.

43. Así las cosas, si bien es cierto que los presupuestos previamente señalados determinan rigurosamente el surgimiento de la institución de la cosa juzgada, en el evento en el que se expandan los elementos de estudio del caso, se abrirá nuevamente la posibilidad de acudir al aparato jurisdiccional para que éste a su vez, a través del juez, nuevamente analice y se pronuncie considerando los nuevos elementos de juicio que hayan dado lugar a la apertura de la discusión ocasionalmente.

44. Al efecto, esta Corporación en reiteradas ocasiones ha amparado los derechos fundamentales invocados, en asuntos donde se ha antepuesto la existencia de la cosa juzgada declarada por los jueces ordinarios. Veamos:

45. En la sentencia T-411 de 2004, se examinó el caso de un ciudadano que interpuso demanda de filiación extramatrimonial en contra de quien consideraba era su padre, motivo por el cual solicitó la práctica de la prueba de ADN. El juez argumentó que el producto de la mencionada prueba no había sido allegado al proceso, y por ello declaró que no existía vínculo entre el demandante y el demandado, a pesar de que el dictamen científico había determinado lo contrario.

En su momento, la Sala Primera de Revisión de esta Corporación indicó que a pesar de que el demandante no había acudido al recurso de apelación el hecho debía anteponerse a la contundencia de la verdad científica y ante la trascendencia de los derechos amenazados, considerando que no ser así, el accionante *“se vería abocado de por vida a una situación de flagrante vulneración de sus derechos fundamentales a la personalidad jurídica y a su estado civil. De igual manera, conociendo ahora sin posibilidad de duda la identidad de su padre, si se le negara el derecho que tiene a establecer su filiación y su estado civil, el señor estaría recibiendo menoscabo también en relación con su dignidad como persona humana”*.

46. En la sentencia T-584 de 2008 la Corte asumió un caso en el cual un ciudadano fue declarado padre de un menor por rehusarse a practicarse la prueba de ADN. En su momento, con posterioridad a la impugnación de la decisión, el juez de segundo grado decretó la excepción de la cosa juzgada, sin considerar la prueba de ADN practicada extemporáneamente que excluía al supuesto padre de la paternidad. La Corte consideró al respecto que *“puede sostenerse que la prueba de ADN que excluye la paternidad del Sr. Bernal Romero, al haber sido practicada con posterioridad a la sentencia que declaró su paternidad extramatrimonial, fue encontrada o hallada con posterioridad a la decisión del Juzgado Segundo de Familia de Tunja, pues se trataba de un documento que no existía al momento de proferirse el fallo atacado mediante el recurso extraordinario de revisión”*.

⁷⁶ Sentencia C-220 de 2011.

Adicionalmente, estimó que la *“prueba no fue practicada en el curso del proceso de investigación de la paternidad del menor por causas no exclusivamente imputables al Sr. Bernal Romero (...)”*. Por tanto, concedió el amparo de manera definitiva y ordenó a la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja pronunciarse nuevamente mediante providencia que resolviera el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el accionante, en el sentido expuesto en el fallo de revisión.

47. En un caso similar al que ahora ocupa a la Sala, la Corte en la sentencia T-352 de 2012 encontró que no se había estructurado la cosa juzgada declarada en un proceso de filiación, a pesar de haber identidad de sujetos y pretensiones, por cuanto habían surgido nuevos hechos que modificaron sustancialmente las conclusiones del caso, *“ya que: i) en 1973 (fecha en que se llevó a cabo el primer proceso) no existía la prueba de ADN, pues los avances científicos en materia genética no habían llegado hasta su descubrimiento; ii) el ordenamiento jurídico se regía bajo los mandatos de la Constitución de 1886; por tanto, fue hasta 1991 cuando se logró afianzar el principio de la primacía del derecho sustancial sobre el procesal, como garantía de la materialización y protección real de los derechos de los individuos; y iii) no se había expedido la Ley 721 de 2001, que fue la que determinó que era obligatoria la prueba de ADN en los procesos de filiación, mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades”*.

48. En ese orden, las finalidades tanto positivas como negativas de la institución de la cosa juzgada y los elementos que la componen no podrán constituirse en un obstáculo para garantizar la protección de los derechos fundamentales de quienes recurren a la administración de justicia para dirimir controversias propias de las relaciones interpersonales.

El proceso de investigación de paternidad y la importancia de la prueba genética en los procesos de filiación

49. El reconocimiento de un descendiente directo, en primer lugar, puede emanar de un proceder voluntario, producto de la relación padre-hijo.

50. No obstante, cuando no exista una manifestación voluntaria del consentimiento al momento de reconocer un hijo, será necesaria la intervención del Estado para consolidar el cumplimiento de los deberes y responsabilidades que nacen para los hombres al momento de convertirse en padres.

A partir de ello, el legislador con la intención de garantizar los derechos de los hijos a ser reconocidos por su madre y/o por su padre, estructuró mecanismos puntuales que le permitieran al juez llegar a la verdad al momento de establecer si existe vínculo genético entre las partes.

51. La Ley 721 de 2001, que a su vez modificó la Ley 75 de 1968, estableció que *“en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente*

determinen índice de probabilidad superior al 99.9%”⁷⁷, además preciso que: “mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo”⁷⁸ (se enfatiza).

52. Adicionalmente, en cumplimiento de los deberes y derechos fundamentales consagrados en la Carta, esta Corporación ha consolidado la trascendencia de la prueba de ADN en los procesos de filiación al momento de garantizar los principios constitucionales de la personalidad jurídica, la dignidad humana y los derechos a tener una familia y ser parte de ella, al estado civil y a conocer con certeza la identidad de los progenitores⁷⁹.

53. Conforme con tal línea de orientación, este Tribunal en la sentencia T-411 de 2005, conoció el caso de un señor que había iniciado proceso de filiación extramatrimonial contra su presunto padre, el cual se resolvió sin el recaudo de la prueba de ADN. En esa oportunidad se ratificó la posición de este Tribunal en cuanto a la importancia de la prueba biológica en aras de establecer la realidad de la relación de filiación entre las personas. Puntualmente, señaló que la importancia de dicho reconocimiento radica en garantizar la aplicación efectiva de los derechos a la **personalidad jurídica**, a la **dignidad humana**, a **tener una familia** y formar parte de ella, **el derecho al estado civil** y a **conocer con certeza la identidad de los progenitores**. Situación que motivó a conceder el amparo de los derechos invocados por el accionante, disponiendo la anulación la sentencia proferida por la autoridad judicial accionada, dentro del proceso de filiación extramatrimonial, para que este a su vez, con posterioridad a la notificación del fallo, se pronunciara nuevamente de fondo y tuviera en cuenta la prueba técnicamente conocida como antrope-heredo-biológica⁸⁰.

54. De otra parte, en la Sentencia T-352 de 2012 se examinaron dos casos acumulados; en uno de ellos el juez ordinario negó el reconocimiento de la paternidad del demandado, pues aunque existía una prueba de ADN, encontró probada la excepción de cosa juzgada, **ya que sobre el caso existía una sentencia del 4 de octubre de 1973**.

En esa oportunidad, la Sala Séptima de Revisión consideró que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en un **defecto fáctico**, al tomar una decisión al margen del material probatorio que obraba en el expediente, pues aunque existía prueba científica que reconocía el vínculo padre-hijo, esta no fue tomada en cuenta en la resolución del caso. Por tanto, al negar la condición de hijo del

⁷⁷ Ley 721 de 2001, que en el artículo 1º modificó el artículo 7º de la Ley 75 de 1968.

⁷⁸ Ibídem, artículo 2º.

⁷⁹ Consultar las sentencias C- 808 de 2002, T- 997 de 2003, T- 363 de 2003, T-307 de 2003 y T- 305 de 2003, entre otras.

⁸⁰ En la sentencia 411 de 2005, se resolvió: “Ordenar, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, el Juez Sexto de Familia de Cali dicte una nueva sentencia dentro del proceso de filiación extramatrimonial del señor Jairo Edmundo Pabón contra el señor Ricardo Segundo Córdoba, teniendo en cuenta los resultados de la prueba antrope-heredo-biológica practicada por el Laboratorio de DNA, Convenio ICBF-INMLY CF con fecha 21 de julio de 2003”.

accionante obviando las pruebas obrantes en el expediente, se configuró este defecto.

55. En el otro asunto revisado, la Sala consideró que ante la omisión de acudir al procedimiento establecido por el legislador para determinar la filiación entre un presunto padre e hijo, era menester el decreto y valoración de la prueba de ADN -Ley 721 de 2001- y por ende, el juez de la causa incurrió en un defecto procedimental y un defecto fáctico, ya que se omitió decretar y valorar una prueba que era necesaria para la solución del caso.

En los dos asuntos se decidió amparar los derechos fundamentales de los accionantes ordenando, en el primer caso, dejar sin efectos las actuaciones desplegadas por las autoridades judiciales e instó a que se rehiciera la actuación procesal teniendo en cuenta el fallo de revisión y, en el segundo, ordenó dejar en firme el fallo proferido en primera instancia que concedió el amparo.

56. En suma, tanto la ley como la jurisprudencia constitucional han reconocido la prueba de ADN como un elemento crucial al momento de determinar el vínculo natural entre padres e hijos, atendiendo los mandatos superiores y los presupuestos normativos establecidos por el legislador en los cuales se destaca la prevalencia de los derechos fundamentales de quienes buscan certeza al momento de conocer quiénes son sus ascendientes.

Solución del Caso Concreto

57. En el presente caso Juan David⁸¹ y José Luis Serna Arbeláez pretenden el amparo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, en el marco del proceso ordinario civil de filiación extramatrimonial adelantado por su madre, a través de apoderado, contra el señor Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda, **al declarar probada la excepción de cosa juzgada**, mediante auto proferido el 21 de mayo de 2003, sin siquiera haberse practicado la prueba genética que había sido decretada mediante auto del 3 de febrero del mismo año.

De acuerdo con los presupuestos fácticos reseñados, en esta oportunidad le corresponde a la Sala determinar, si en el caso objeto de estudio, se configuran las casuales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que atribuye el accionante a la decisión cuestionada.

Procedibilidad formal de la acción de tutela

58. Encuentra la Sala que en el presente asunto se cumplen en su totalidad los requisitos generales de procedibilidad de esta acción de tutela y que habilitan, en sede de revisión, un análisis de fondo de los hechos materia de controversia. Veamos:

⁸¹ Persona en situación de discapacidad.

Relevancia Constitucional

59. El asunto planteado a esta Sala de Revisión posee relevancia constitucional, dado que se controvierte una decisión judicial proferida en el marco de un proceso de filiación, en la cual se declaró la cosa juzgada **pero sin que se llegara a practicar la prueba de ADN** que daría una información más allá de una duda razonable, sobre el origen paterno de los hermanos Serna Arbeláez.

60. Es de recordar que en los procesos de filiación se encuentran comprometidos los derechos fundamentales⁸²: a la personalidad jurídica (art. 14 CP), a tener una familia (arts. 5, 42 y 44 CP), a poseer un estado civil⁸³, al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP), a la filiación y a la dignidad humana (art. 1 CP)⁸⁴.

En el asunto que ahora convoca la atención de esta Corte, se plantea la eventual vulneración del derecho al debido proceso por parte del Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, pues, sin duda se configuraron situaciones irregulares que en su momento superaron el margen de acción de los demandantes (en aquél entonces menores de edad) en tanto no fue posible acudir a las instancias procesales de manera integral.

La Sala tampoco pasa por alto que uno de los accionantes es un sujeto de especial protección constitucional, por ser una persona declarada interdicta por discapacidad mental absoluta. En esa medida, para la Sala el presente asunto claramente reviste trascendencia constitucional.

Agotamiento de todos los recursos ordinarios y extraordinarios

61. En relación con la subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha limitado la acción de tutela a que esta “(...) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”⁸⁵ (subrayas fuera del texto).

Examinado el expediente, se advierte que frente a la providencia ahora controvertida, proferida el 21 de mayo de 2003, la apoderada judicial de los accionantes, quienes en ese entonces eran menores de edad, fueron interpuestos (sin ningún argumento) los recursos de reposición y en subsidio de apelación, únicos precedentes contra este tipo de decisión⁸⁶.

⁸² “De esta manera la filiación, entendida como la relación que se genera entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado, constituye un atributo de la personalidad jurídica, en cuanto elemento esencial del estado civil de las personas, además como un derecho innominado que viene aparejado adicionalmente, con el ejercicio de otros derechos que comparten idéntica jerarquía normativa superior, como sucede con el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la justicia y la dignidad”. Sentencia T-488 de 1999.

⁸³ Sentencia T-411 de 2004

⁸⁴ Sentencia T-1342 de 2001.

⁸⁵ Ver la sentencias T-451 de 2010, T-608 de 2008, T-494 de 2010, T-480 de 2011, T-150 de 2016. T-471 de 2017, entre otras.

⁸⁶ Cuaderno 1, folio 88.

62. Sin embargo, el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, mediante auto del 10 de junio de 2003, decidió “denegar el trámite al recurso de reposición y la concesión de la alzada interpuesto por la demandada (sic) contra el auto del 21 de mayo pasado, **por haber sido extemporáneos** como se colige de la fecha de recibido en relación con el escrito del 29 de ese mismo mes y año”⁸⁷ (se enfatiza).

63. Pese a lo anterior, para la Corte la falta de interposición oportuna de los recursos procedentes contra la providencia controvertida, **obedecieron a la negligencia de la apoderada** que en su momento los representaba cuando aún eran menores de edad. Esto hace concluir sin duda, la existencia de una falta de defensa técnica⁸⁸ de los accionantes, la cual puede ocurrir, según ha dicho este Tribunal, cuando “a pesar de que la parte procesal cuente con un abogado, éste dejó de practicar pruebas, controvertir las decretadas y presentar los recursos pertinentes, de forma negligente, (sic) siempre que no le haya sido posible jurídica y fácticamente intervenir al inculpado para modificar esta situación”⁸⁹.

64. Para la Sala esta ausencia de defensa técnica, en manera alguna se les puede endilgar a los accionantes **-menores de edad entonces-** y mucho menos hacerlos soportar las consecuencias de dicha negligencia. En este sentido, la Corte en la sentencia T-352 de 2012, al examinar una situación equivalente, consideró:

“(...) se debe tener en cuenta que la casación y la revisión son recursos extraordinarios, los cuales proceden cuando se cumplen cabalmente los requisitos definidos en la ley. Entonces, por ser el accionante comerciante y no contar con ninguna formación jurídica, no se le puede exigir el conocimiento adecuado para hacer uso de éstos, recayendo esa responsabilidad en su abogado, quien no ejerció adecuadamente la defensa de los intereses de su defendido. Adicionalmente, la Sala encuentra que los errores jurídicos del mandatario del accionante, y las consecuencias que de ello se deriven, no deben trasladarse a este último; por lo que no se pueden desconocer sus derechos basándose en faltas no imputables a sus propias actuaciones” (Destaca la Sala).

Asimismo, en la sentencia T-398 de 2017, la Corte estimó:

⁸⁷ Cuaderno 1, folio 91.

⁸⁸ En este sentido la Corte ha señalado que existe ausencia de defensa técnica cuando se entienda “(1) que efectivamente existieron fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada; (2) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado; (3) que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial; (4) que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso”. Sentencia T-612 de 2016.

⁸⁹ Sentencia T-612 de 2016.

“Sobre el particular, se tiene en este caso se configura la falta de defensa técnica de la accionante, precisamente porque aun contando con la asesoría de abogados, no interpuso los recursos mencionados porque éstos guardaron silencio sobre su procedencia, circunstancias que le son extrañas y no imputables a ella. Al respecto, se debe tener en cuenta que por ser la actora menor de edad al momento en que debía presentar los recursos señalados, y por no contar con ninguna formación jurídica, no se le puede exigir el conocimiento sobre la procedencia de éstos; por el contrario, esa responsabilidad recae sobre los abogados que no ejercieron adecuadamente la defensa de los intereses de su defendida.

Así las cosas, la Sala estima que por tener la accionante sólo 6 años para la época en que debió impugnar la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, le era totalmente desconocido e incomprensible el proceso administrativo adelantado para el amparo de sus derechos, así como las actuaciones a adoptar para la defensa de sus intereses. Con base en ello, se considera que en este caso se debe flexibilizar el argumento según el cual, la menor de edad Sofía contaba con el asesoramiento de abogados expertos en el tema que velaran por sus pretensiones, por lo que la no interposición de los recursos señalados reflejaba válidamente su voluntad.

Por el contrario, lo que se advierte en este caso es que los abogados de la accionante actuaron con negligencia en el cumplimiento de sus deberes, lo que se traduce en que le vedaron la posibilidad de tener una adecuada defensa, sin que ella pudiera encauzar, bajo ninguna perspectiva posible, una estrategia de protección adecuada de sus derechos.

Finalmente, la Sala encuentra que los errores jurídicos de los mandatarios que representaron los intereses de la accionante, y las consecuencias que de ello se deriven, no deben trasladarse a ella; por lo que no se pueden desconocer sus derechos basándose en faltas no imputables a sus propias actuaciones. Por consiguiente, lo esgrimido anteriormente es el fundamento del por qué la accionante solicitó directamente el amparo constitucional” (Destaca la Sala).

65. En el caso particular debe destacarse que como la progenitora de los accionantes se desempeñaba como comerciante, al no tener conocimientos propios de derecho, no se le puede responsabilizar por el no acudir a los recursos necesarios para controvertir los fallos judiciales en comento, lo que quiere decir que este deber recaía exclusivamente en quien actuaba como apoderada.

Así las cosas, el requisito de subsidiariedad se entiende superado, en tanto encuentra la Sala que en el marco del proceso de filiación extramatrimonial los hoy accionantes eran menores de edad que fueron representados por su madre, mediante apoderada, quien tenía el compromiso de garantizar el acceso

a administración de justicia a sus representados correctamente⁹⁰. Pero a ello debe sumarse, que la supuesta vulneración de los derechos fundamentales, continúa en la fecha de hoy, produciendo sus efectos, esto es, que la vulneración se agota día a día, mientras no se ritúe el proceso con el acopio de la prueba extrañada, tantas veces mencionada en este proveído.

66. Adicionalmente, esta Corporación⁹¹ ha señalado que en relación con los procesos en los que se cuestiona la filiación, *“las consecuencias desfavorables de la falta de interposición de un recurso pueden no ser aplicables”*, pues dicha controversia se relaciona con el estado civil de las personas, el cual ha sido reconocido como un *“derecho indisponible”*⁹².

Por tanto, en el presente caso aun cuando el auto del 21 de mayo de 2003 no pudo ser conocido por el *ad quem*, porque el recurso fue presentado por la apoderada de manera extemporánea, es posible inferir que la acción de tutela es el único medio eficaz para lograr superar la vulneración de los derechos fundamentales que alegan los hoy accionantes.

Inmediatez en la interposición de la acción de tutela

67. En relación con el requisito de inmediatez, es preciso señalar que si bien el Decreto Estatutario 2591 de 1991 establece que la acción de tutela puede ser presentada en cualquier tiempo, ello debe suceder en un tiempo razonable, contado desde la ocurrencia de la amenaza o vulneración causantes de la trasgresión o desde cuando la persona sienta amenazados sus derechos.

68. En relación con el requisito de inmediatez, es preciso señalar que si bien el Decreto Estatutario 2591 de 1991 establece que la acción de tutela puede ser presentada en cualquier tiempo, ello debe suceder en un lapso razonable, contado desde la ocurrencia de la amenaza o vulneración causantes de la trasgresión o desde cuando la persona sienta amenazados sus derechos.

69. La jurisprudencia constitucional ha establecido algunos parámetros con relación al término oportuno para determinar el cumplimiento del requisito de inmediatez. Así, este Corporación ha indicado que debe verificarse:

“(i) La existencia de motivos válidos que expliquen la inactividad del accionante, caso en el cual éste debe alegar y demostrar las razones que justifican su inacción.

⁹⁰ En la Sentencia T-071 de 2012, la Sala Quinta de Revisión declaró procedente una acción de tutela promovida con ocasión de un proceso de impugnación de paternidad, en la que en segunda instancia se declaró la caducidad de la acción, pese a la falta de ejercicio del recurso de casación, al considerar que el principio de subsidiariedad se cumplía, pues *“desconocer que la niña no es hija del accionante, como se ha demostrado científicamente con la prueba de ADN, en aras de mantener la improcedencia de la acción con fundamento en la formalidad procesal consistente en no haber presentado el recurso extraordinario de casación, sería absolutamente desproporcionado y violatorio del principio de la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 Superior)”*.

⁹¹ Sentencia T-411 de 2004.

⁹² Sentencia T-160 de 2013.

ii) *La inactividad vulnera derechos de terceros afectados con la decisión.*

iii) *Existencia de un nexo de causalidad entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales presuntamente conculcados*

iv) *La vulneración o amenaza del derecho fundamental se mantiene en el tiempo.*

v) *La carga de interposición de la tutela es desproporcionada en relación con la situación de debilidad manifiesta del accionante*⁹³.
(Énfasis agregado).

70. No obstante, este Tribunal ha condicionado la consideración del requisito de inmediatez a presupuestos puntuales en los cuales las condiciones particulares del caso permitan flexibilizar dicho requerimiento, siempre y cuando: “(i) (...) se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, **interdicción**, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”. Las circunstancias mencionadas previamente conllevan a que no sea exigible de manera estricta el principio de inmediatez; puesto que, “la acción de tutela tiene como objetivo la protección cierta y efectiva de derechos fundamentales que se encuentran amenazados, bien por acción o bien, por omisión de autoridad pública o particular cuando a ello hay lugar. Ese objetivo, no se agota con el simple paso del tiempo, sino que continua vigente mientras el bien o interés que se pretende tutelar pueda seguir siendo tutelado para evitar que se consume un daño antijurídico de forma irreparable”⁹⁴ (se enfatiza).

De esta manera, es tarea de juez constitucional valorar el cumplimiento del principio de inmediatez, contando para ello con los criterios mencionados, destacándose que, como de manera reiterada lo ha señalado esta Corte, el análisis no solo se limita a un cálculo cuantitativo del tiempo transcurrido entre la vulneración o amenaza de los derechos y la interposición de la acción

⁹³ Sentencia T-954 de 2010.

⁹⁴ Sentencia SU-499 de 2016. Estos criterios han sido aplicados por las diferentes salas de revisión, por ejemplo, en las sentencias T-1110 de 2005, T-692 de 2006, T-299 de 2009, T-835 de 2014, T-205 de 2015, T-644 de 2015, T-740 de 2015 y T-060 de 2016. En dichos pronunciamientos las salas de revisión concedieron el amparo solicitado por los accionantes, pues si bien había transcurrido un amplio periodo de tiempo, la vulneración de los derechos era permanente y continua. Y, aplicó la causal de especial situación del accionante en las sentencias T-526 de 2005, T-593 de 2007, T-345 de 2009 y T-783 de 2009. En algunos casos también se ha concluido que se cumplen los dos criterios, esto es la permanencia de la vulneración de derechos y la situación especial en la que se encuentran los accionantes, en este sentido se ha pronunciado esta Corporación en las sentencias T-654 de 2006 y T-792 de 2007.

de tutela; sino que, debe realizarse un estudio del caso particular de acuerdo a los parámetros referidos.

71. Así, esta Corporación en sentencia **T-040 de 2015** señaló que *“el juez de tutela debe ser **más flexible** a la hora de estudiar la procedibilidad de una acción de tutela cuando el actor es un sujeto de especial protección constitucional, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. En desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, le debe ofrecer un tratamiento diferencial positivo y analizar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, entre otros, desde una óptica menos estricta, pues el actor no puede soportar las cargas y los tiempos procesales de los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que el resto de la sociedad”*.

Este presupuesto se ha flexibilizado por ejemplo en la sentencia **T-352 de 2012**, donde la Corte conoció el caso de una persona que controvertió una providencia judicial proferida en un proceso de impugnación de paternidad, luego de transcurrido un lapso superior a 18 meses. Al respecto estimó:

*“(…) si bien el término transcurrido entre los hechos que presuntamente vulneraron los derechos del accionante, y la interposición de la tutela, es mayor al que usualmente establece esta Corporación como el razonable para la procedencia de esta acción contra providencias judiciales, la Sala encuentra que en el caso que ahora nos ocupa, dicho requisito se debe flexibilizar, pues lo debatido no es sólo la pertinencia del amparo de los derechos del señor Juan, sino los de la **niña María**, quien por mandato constitucional **goza de una especial protección**.”*

*Así las cosas, se debe tener en cuenta que si se llegara a declarar improcedente el amparo deprecado, por no cumplirse con el requisito de inmediatez, se **incurriría en una vulneración continua y permanente de las garantías fundamentales de la niña** al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al estado civil, a la personalidad jurídica y a tener una familia y formar parte de ella, pues se le obligaría a permanecer con el estatus de hija del señor Juan, sin que biológicamente sea así, con las consecuencias que de ello se deriva”*.

La flexibilización del principio de inmediatez también ha operado en asuntos donde la tutela es presentada por personas en situación de desplazamiento forzado, en virtud de su precaria condición⁹⁵. En este sentido se ha

⁹⁵ En sentencia T-442 de 2012, la Sala Tercera de Revisión conoció de un caso donde Fonvivienda vulneró el derecho fundamental al debido proceso administrativo del accionante, quien se encontraba en condición de desplazamiento, al rechazar su postulación para obtener un subsidio de vivienda, en la modalidad de mejoramiento de vivienda, argumentando que, con posterioridad al cruce de información entre entidades, el actor aparecía como propietario de dos inmuebles ubicados en un municipio diferente del que fue expulsado. Los jueces de instancia estimaron que no se cumplía con el requisito de inmediatez, pues el actor dejó transcurrir más de 16 meses sin acudir a las vías ordinarias o ante el juez de tutela. La Corte consideró que este requisito debía flexibilizarse por tratarse de una persona en situación de desplazamiento.

pronunciado esta Corporación, al plantear frente a este requisito que *“cuando se trata de la procedencia de la acción de tutela para efectos de proteger los derechos fundamentales de la población desplazada, el presupuesto de la inmediatez debe ser aplicado de manera flexible a partir de la consideración según la cual, sobre ellos se predica la titularidad de una especial protección constitucional, merced a las circunstancias particulares de vulnerabilidad, indefensión y debilidad manifiesta en la que se encuentran, y a la necesidad de que se les brinde una protección urgente e inmediata en procura de que les sean garantizadas unas condiciones mínimas de subsistencia dignas”*⁹⁶ (Destaca la Sala).

En cuanto a pensiones de invalidez, en sentencia **T-165 de 2012**, la Sala Cuarta de Revisión conoció un caso relacionado con el reconocimiento de dicha prestación con ocasión de un accidente laboral. En el fallo se consideró que dado el estado de especial vulnerabilidad del entonces accionante, a pesar de pretender dejar sin efectos una serie de dictámenes emitidos por las Juntas Regional y Nacional de Invalidez en el año 2007, con la presentación de una acción de tutela en el año 2011, es decir transcurridos cuatro años, se cumplía con el requisito de inmediatez no obstante el significativo tiempo que había transcurrido entre la emisión de los dictámenes demandados y la presentación de la acción. Sobre el particular se señaló:

*“De tal forma que el asunto que se plantea es una eventual vulneración actual de los derechos del actor que, no obstante encontrarse incapacitado de manera definitiva para trabajar en la labor que ejercía, no ha recibido una calificación de invalidez ajustada a la ley y a la jurisprudencia. En consecuencia, se presentaría una afectación inminente de derechos fundamentales frente a la cual **no cabe aplicar con rigor el criterio de la inmediatez para declarar la improcedencia de la acción**. Además, dado que el accionante pretende que se declare su actual estado de discapacidad, ya que desde la ocurrencia del accidente laboral que le produjo la pérdida del brazo izquierdo, no cuenta con opciones laborales y su salud mental se encuentra deteriorada ya que no ha logrado superar el trauma del accidente, dicha situación comporta una vulneración continua y directa de sus derechos fundamentales”*.⁹⁷

Lo mismo ha ocurrido en asuntos relativos a personas de la tercera edad que han controvertido providencias judiciales respecto del reconocimiento del derecho a la pensión de sobreviviente. En la sentencia **T-115 de 2015**, la Corte resolvió el caso de una ciudadana, quien interpuso acción de tutela contra una providencia judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que no casó las sentencias de los jueces laborales de instancia. Entre

⁹⁶ Sentencia T-792 de 2009.

⁹⁷ En sentencia T-678 de 2016, la Corte estimó que *“cuando las personas de especial protección constitucional reclamen derechos prestacionales mediante la acción de tutela, no puede establecerse un plazo homogeneizante y riguroso que se aplique por igual en todos los casos que se presenten, ya que, una conclusión de ese talante desconocería el derecho a la igualdad, que se protege especialmente destinándole medidas especiales a estos grupos poblacionales”*.

el momento en que se expidió la sentencia de casación y la presentación de la acción de tutela transcurrieron aproximadamente dos años. La sentencia de revisión encontró satisfecho el principio de inmediatez, ya que a pesar de que había pasado un tiempo considerable, se trataba de una accionante de 80 años que carecía de fuente de ingresos y se constató que *“la violación es continua y actual, [por lo que] la Sala de Revisión considera que la tutela es procedente”*.

72. Lo anterior permite concluir que la viabilidad de la aplicación de la inmediatez, debe ser considerada con base en las circunstancias propias del asunto concreto en estudio. Del mismo modo, entiende la Sala que el requisito de inmediatez debe flexibilizarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular, más cuando la protección invocada versa sobre sujetos de especial protección constitucional como en esta ocasión.

73. Hechas las anteriores anotaciones, en el asunto objeto de análisis se evidencian dos factores que sobrepasan la aplicación del requisito de inmediatez, esto es: *i*) que la amenaza o vulneración puede permanecer en el tiempo hasta tanto no se tenga absoluta certeza si el demandado civilmente es el padre de los accionantes y, *ii*) la necesidad de proteger a un sujeto de especial de protección constitucional⁹⁸, en caso de que se compruebe la trasgresión, como lo es Juan David Serna Arbeláez, quien fue declarado interdicto por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá el 13 de junio de 2016.

74. Demandar el cumplimiento estricto de la inmediatez en este caso, compromete valores constitucionales superiores, como lo es el derecho a la familia, a la filiación y el estado civil, entre otros, derivados del eventual reconocimiento del presunto progenitor a los hoy accionantes. La vulneración de los derechos fundamentales que ahora se alega tiene la característica de permanecer en el tiempo, puesto que la posibilidad de los actores de conocer su verdadero origen biológico, comporta una afectación de la identidad y personalidad jurídica, que innegablemente se manifiesta y produce consecuencias personales, familiares, sociales y legales de forma continua, ya que se trata de un estado de indefinición o incertidumbre que no ha concluido, de ahí que la vulneración revista el carácter actual. Así las cosas, si bien esta Sala no desconoce el tiempo transcurrido para presentar la acción de tutela, estima que por las condiciones particulares del caso y atendiendo la prevalencia de la Norma Superior, es preciso aplicar lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Política, el cual reconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.

En esta oportunidad debe tenerse en consideración que al encontrarse involucrado un derecho indisponible e imprescriptible como lo es el estado civil de las personas que determina la situación de una persona en la familia (art. 1° Decreto Ley 1260 de 1970), ni siquiera la incuria en la formulación tardía de la acción de tutela y la posibilidad de acudir a un nuevo proceso,

⁹⁸ Ver sentencias T-1042 de 2010, T-167 de 2011, T-352 de 2011, T-225 de 2012, T-206 de 2013, T-269 de 2013, T-040 de 2015, T-369 de 2016, T-151 y T-294 de 2017.

pueden privar a los accionantes del goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Adicionalmente, debe destacarse que uno de los accionantes (quien es representado por su hermano), es un sujeto de especial protección constitucional en razón de su situación de discapacidad mental absoluta, condición en virtud de la cual es merecedor de un trato preferente por las autoridades públicas, incluidas las judiciales⁹⁹ y, por tanto, como lo ha sostenido esta Corporación, “*los requisitos de procedencia de esta acción deben flexibilizarse con el fin de responder materialmente a las circunstancias particulares que lo rodean*”¹⁰⁰.

75. Así las cosas, la declaratoria de improcedencia de la acción constitucional por parte de los jueces de instancia al estimar que no se acredita el estudiado requisito, bajo el argumento de que habían transcurrido 13 años desde cuando se dio por concluido el proceso de investigación de paternidad ante la jurisdicción ordinaria civil, **no es admisible constitucionalmente**.

Tal conclusión no repara en que los jueces no tuvieron en cuenta, en primer lugar, que se está ante una posible vulneración de derechos fundamentales de efecto permanente y continuo, que se prolonga en el tiempo, pero además que los accionantes -uno de ellos en situación de discapacidad- han acudido a todo los medios judiciales que tenían a su alcance en aras de lograr una respuesta definitiva que subsane la incertidumbre en la que han permanecido por más de 33 años, respuestas que no se corresponden con el rigor procesal que demandaba el asunto *sub judice*.

Asimismo, debe ponerse de presente en este análisis el surgimiento de un *hecho nuevo*, consistente en la declaratoria de interdicción de Juan David Serna Arbeláez mediante sentencia del 13 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá¹⁰¹, mediante la cual se designó a su hermano José Luis Serna Arbeláez como guardador suplente, pudiendo desde esa fecha ejercer como representante legal de aquel. De esta manera, se advierte que la acción de tutela fue interpuesta 6 meses después de la habilitación judicial referida, toda vez que fue radicada el 15 de diciembre del mismo año ante el Tribunal Superior de Bogotá¹⁰². Por todo lo anterior, para la Sala se encuentra acreditado el requisito de inmediatez.

La irregularidad tiene un efecto decisivo en la sentencia

76. Encuentra la Sala que el hecho de declarar la excepción de la cosa juzgada, después de haberse decretado la práctica de la prueba de ADN en el proceso

⁹⁹ En la Sentencia T-589 de 2011 se sostuvo que “*el operador judicial debe examinar la situación fáctica que define el asunto sometido a su conocimiento, y las particularidades de quien reclama el amparo constitucional, pues, si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad o en condición de discapacidad, etc.) o de personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad se flexibiliza haciéndose menos exigente*”

¹⁰⁰ Sentencia T-676 de 2016.

¹⁰¹ Providencia a folios 1 y 2 del cuaderno N° 1.

¹⁰² Acta individual de reparto a folio 302 del cuaderno N° 1.

de filiación extramatrimonial adelantado por la progenitora de los hermanos Serna Arbeláez, constituye una irregularidad procesal que tiene un efecto decisivo en la decisión adoptada, en tanto la prueba científica se constituye como un elemento esencial, determinante y necesario al momento de establecer la paternidad. Por tanto, en el evento de que aquí no se hubiera declarado la existencia de cosa juzgada, en el proceso se hubiera *i)* seguido su trámite, *ii)* practicado la prueba de ADN, y *iii)* establecido científicamente si el señor Pájaro Peñaranda era o no el padre de los accionante. Corolario de ello se hubiera **proferido una sentencia que declarara o negara la paternidad.**

77. Quiere decir lo anterior, que en este evento se configura una aplicación procesal lejana de lo ortodoxo, teniendo en cuenta que resulta incorrecto jurídicamente, que el juez de instancia omitiera la práctica de la prueba genética de ADN –pues la ley especial citada, se lo ordena—tanto más si ya había sido decretada por él mismo dentro del proceso¹⁰³, pero procedió a declarar la excepción de la cosa juzgada alegada por el demandado.

Identificación de manera razonable tanto de los hechos que generaron la vulneración, como de los derechos afectados

78. En el presente asunto se identifican los derechos fundamentales presuntamente vulnerados al **debido proceso**, al **acceso a la administración de justicia**, a la **personalidad jurídica**, a la **dignidad humana**, a **tener una familia** y formar parte de ella; asimismo, el **derecho al estado civil** y a **conocer con certeza la identidad de los progenitores**. Asimismo, puede decirse que los **hechos generadores** de la vulneración se materializan al declarar la existencia de *cosa juzgada* en un proceso de filiación extramatrimonial, en el cual a pesar de haberse decretado la práctica de una prueba de ADN, se optó por aplicar presupuestos netamente adjetivos, negando a los accionantes el derecho a establecer si el señor Pájaro Peñaranda es o no su padre.

La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela

79. La presente acción de tutela se dirige contra una decisión adoptada en un proceso ordinario civil de filiación extramatrimonial y no contra un fallo de tutela.

80. Del anterior análisis, concluye la Sala que la acción de tutela sometida a revisión cumple con los requisitos generales de procedibilidad contra providencias judiciales. En razón a ello, pasará a analizar los requisitos específicos para establecer si se presentaron defectos en la actuación de las autoridades judiciales que generen la vulneración de los derechos de los accionantes.

Procedibilidad material de la acción de tutela

¹⁰³ Cuaderno 1, folio 16.

81. Conforme con las pruebas obrantes en el expediente, la Sala procederá a hacer un breve recuento de los procesos que fueron adelantados en favor de los accionantes con el fin de establecer su origen paterno. Se advierte entonces que los señores Serna Arbeláez han acudido a la justicia ordinaria en dos ocasiones, así:

(i) La primera, mediante proceso de filiación natural (Radicado núm. 4.397) adelantado ante el Juzgado Primero Civil de Menores de Bogotá, quien, en vigencia de las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968, se pronunció el 26 de julio de 1988, **negando la declaración judicial de paternidad extramatrimonial** perseguida, en contra del señor Nicolás Cipriano Pájaro Peñaranda. Esto a pesar de haberse practicado un examen de sangre que determinó un nivel de compatibilidad sanguínea entre los hermanos Serna Arbeláez y el presunto progenitor.

En esa oportunidad, la autoridad judicial consideró que la señora Martha Serna Arbeláez, progenitora de los accionantes, no logró probar la causal invocada como fundamento de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en tanto **no se demostró el trato personal y social entre ella y el presunto padre** en la época en la que tuvo lugar la concepción de los citados hermanos mellizos. En dicha providencia se lee:

“De acuerdo con las consideraciones anteriores debe concluirse necesariamente que a través de la investigación que nos ocupa, no obran los elementos de juicio necesarios para que surja la convicción determinante respecto de la presunción de paternidad extramatrimonial de los menores José Luis y Juan David Serna Arbeláez, frente al enjuiciado Nicolás Pájaro Peñaranda, cuya declaración judicial se pretendió en el libelo demandatorio.

La parte actora, no logró probar suficientemente causal establecida por el artículo 6° de la Ley 75 de 1968¹⁰⁴, que sirve de fundamento a la declaración judicial de paternidad solicitada, pues, solo queda de pie el indicio que surge del resultado de los exámenes de sangre que practicó el Laboratorio de Genética del ICBF; este indicio no halló respaldo en la actuación cumplida con otras presunciones e indicios que se

¹⁰⁴ Ley 75 de 1968, “Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”. Artículo 6: “Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente: // 1o) En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción. // 2o) En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.// 3o) Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.// 4o) En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.// Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.// En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquel por actos positivos acogió al hijo como suyo”.

armonicen y entrelacen. En tales circunstancias es evidente que el resultado de la investigación le fue adverso a la parte actora”¹⁰⁵.

Esa decisión no fue apelada por apoderado que en ese entonces representaba los intereses de los accionantes.

(ii) La segunda, mediante el proceso de filiación extramatrimonial (Radicado núm. 1206-02) adelantado ante el Juzgado Décimo de Familia del Circuito de Bogotá, en vigencia de la Ley 721 de 2001.

82. En la demanda que dio inicio a dicho juicio le fue solicitado al juez “ordenar la práctica de la prueba de ADN a las partes de este proceso”¹⁰⁶, la cual fue ordenada mediante auto del 03 de febrero de 2003, así:

“4° Decretar la práctica de la prueba genética ADN, a las partes y a los menores en cuyo favor actúa, con el uso de marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza sobre paternidad que se reclama del presunto padre (Ley 721 de 2001 art 8°). Para ello OFICIESE al Laboratorio de Genética del ICBF”¹⁰⁷.

La anterior orden fue a su vez concretada mediante el oficio N° 0303 de febrero 20 de 2003, dirigido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF-, entidad a quien se le ordenó realizar la prueba de ADN a las partes implicadas¹⁰⁸.

83. En el transcurso para dar cumplimiento a la orden del Juzgado, el 26 de marzo de 2003, el apoderado del señor Nicolás Pájaro Peñaranda, propuso la excepción de cosa juzgada, prevista en el inciso final del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos:

“1.- En los hechos de la demanda radicada en el Juzgado Primero Civil de Menores de Bogotá, en el proceso de filiación natural que la ahora también demandante, en representación de sus menores hijos Juan David y José Luis, instauró contra el ahora también demandado Nicolás Pájaro Peñaranda, aquella se apoyó en las supuestas relaciones sexuales que tuvo con éste en los “días propicios para quedar encinta”, las que pretendió acreditar con examen de compatibilidad de grupo sanguíneo, sin que tuviera éxito ante el abundante material probatorio que mostró la verdad real de los hechos.

2.- En el proceso mencionado en el numeral anterior la actora aduce la misma razón fáctica, amén de que formula las mismas pretensiones, en el sentido de que se declare que el demandado Nicolás Pájaro Peñaranda es el padre de los menores Juan David y José Luis.

¹⁰⁵ Cuaderno 1, folio 77.

¹⁰⁶ Cuaderno 1, folio 11.

¹⁰⁷ Cuaderno 1, folio 16.

¹⁰⁸ Cuaderno 1, folio 17.

3.- Para que se estructure la cosa juzgada es necesario que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto del anterior, que es precisamente lo que ocurre en el presente caso, pues el propósito buscado por la parte actora es el mismo, como lo precisé en los numerales anteriores. En otras palabras, las pretensiones de las dos demandas son las mismas o iguales y, además, existe identidad de causa en los dos procesos, los hechos que se adujeron en el primero son la causa petendi del segundo y, finalmente, existe identidad jurídica de partes, ya que los demandantes Juan David y José Luis, representados por su madre, son los mismos en ambos procesos, y lo propio ocurre con la identidad del demandado.

Todo lo anterior se ajusta a la previsión del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, norma que desarrolla el mandato constitucional consagrado en el artículo 29, según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

(...)

5.- Así las cosas, so pretexto de la expedición de una nueva ley del 2001 no puede la actora incoar una nueva acción para revivir un proceso legalmente concluido, pretendiendo desconocer situaciones definitivamente consolidadas a la luz de nuestra normatividad”¹⁰⁹.

84. Al descorrer el traslado de las anteriores excepciones previas, el 10 de abril de 2003, la apoderada de la parte demandante presentó los siguientes argumentos:

“Comendidamente solicito al Despacho en el análisis de este asunto, que al igual que la gestión judicial no tiene interés distinto a hacer prevalecer la justicia, en casos que como éste, se atenta de manera abierta contra la violación y desconocimiento de los derechos fundamentales de los niños, que conforme a la consagración que de ellos hace nuestra Constitución Nacional “... prevalecen sobre los derechos de los demás”, Artículo 44, más aún, por sobre la Carta Magna como Norma Superior.

Constitucionalmente se señala al Estado la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos (párrafo 3, art. 13).

Comendidamente se solicita al Señor Juez, que como integrante del Estado y en cumplimiento de su deber de proteger y asegurar la efectividad del derecho fundamental así descrito, ordene la práctica de la prueba de ADN a las partes del proceso, conforme a petición de la demandante como obra en el proceso.

(...)

¹⁰⁹ Cuaderno 1, folios 57 a 60.

*La Constitución del 91, soporte de las peticiones interpuestas, establece sin miramientos en su disposición 5ª, que, “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los **derechos inalienables** de las persona” y ampara la familia como institución básica”, y en su artículo 14, afirma: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, en consecuencia este derecho no se negocia ni puede desconocerse bajo ninguna circunstancia, ni hacer primar sobre él, formalidades procesales. En los casos que se controvierte derechos fundamentales y personalísimos, como lo es, el derecho a un nombre, a un reconocimiento jurídico del que se deriva otros derechos fundamentales como lo son el derecho a tener una familia, alimentos, educación, salud, recreación, su consagración sustancial superior no puede desconocerse so pretexto del derecho adjetivo, pues, ello conllevaría la responsabilidad del Estado frente al equilibrio del orden público.*

El reconocimiento de la relación filial entre el señor Nicolás Pájaro Peñaranda y los niños Juan David y José Luis, es soporte fundamental para el reconocimiento de su personalidad jurídica y la práctica de la prueba científica del ADN, constituye solo el medio para salvaguardar el derecho fundamental pretendido”¹¹⁰ (Negrilla en el texto original).

85. El Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, en la decisión ahora controvertida, proferida el 21 de mayo de 2003, resolvió declarar probada la excepción de cosa juzgada, propuesta por el demandado, dando por terminado el asunto. Para llegar a tal conclusión, expuso en lo pertinente los siguientes argumentos:

“Pretende entonces, que un conflicto que fue ya definido por juez competente, después de haber acatado el debido procedimiento y otorgado las garantías procesales del caso, sea retomada sobre las mismas circunstancias que fueron sustento de las pretensiones de antaño, con el argumento de que ha sobre venido una nueva categoría probatoria para casos de investigación de la paternidad, que arroja superior índice de probabilidad de exclusión o inclusión, es subvertir el orden jurídico y la confiabilidad que toda organización social debe tener en las decisiones últimas del estamento judicial, es contrariar el principio constitucional de que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (artículo 29 de la Constitución Nacional), porque si bien es cierto, “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, conforme lo estipula el artículo 44 de nuestro Estatuto superior, citado por la actora, ello no puede ser pretexto para revivir un asunto ya terminado. De aceptarse dicho argumento sería alterar la seguridad jurídica que confiere la cosa juzgada a las decisiones judiciales.

¹¹⁰ Cuaderno 1, folios 81 y 82.

(...)

Cierto es que frente al poder contundente de los hechos nuevos, como el progreso científico, que enmarca el actual momento histórico, el Derecho debe ir a tono con la dinámica. Mas, no quiere decir esto que so pretexto de defender un interés particular, se desconozcan principios supraleales como el de la cosa juzgada; pues si bien, la Ley 721 de 2001, consagra la prueba de ADN cuyo resultado arroje índice de probabilidad superior al 99.9%, como fundamento máximo para declarar la paternidad demandada, no quiere decir ello que asuntos terminados con anterioridad y que gozan hoy de firmeza, puedan ser revividos. Como la ley no lo dijo, debe prevalecer la seguridad jurídica.

Así las cosas, como los hechos planteados en el presente proceso y las pretensiones demandadas, fundamentadas en ellos, son los mismos que se debatieron en el juicio que tramitó en el Juzgado Primero Civil de Menores, (hoy de familia), e igualmente, las partes vinculadas a él, son las mismas que aquí intervienen, hallase que sobre el mismo asunto no puede haber nuevo debate porque la decisión adquirió firmeza en aquella instancia, pues teniendo la demandante las vías procesales para reclamar, como lo era la acción de revisión prevista en el artículo 18 de Ley 75 de 1968, si fue que no estuvo de acuerdo con la determinación adoptada la dejó fenecer sin explicación válida alguna”¹¹¹.

86. Reseñado lo anterior, para la Sala el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá incurrió en varias de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Veamos:

87. En primer lugar, se configura un **defecto procedimental absoluto**, el cual, como fue explicado en la parte dogmática de esta decisión, consiste en que **la autoridad judicial actúa completamente al margen del procedimiento establecido en las leyes y en la Constitución**, “que para los procesos de filiación, consiste en la práctica y posterior acatamiento del resultado de la prueba de ADN. Es decir que, debido a que es obligación del juez de la causa ordenar la práctica del examen de ADN y valorar su resultado, y al no haber actuado conforme al mandato legal, la actuación del administrador de justicia configuró un defecto procedimental”¹¹².

88. En efecto, el artículo 1º de la Ley 721 de 2001 establece que “en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%”, y que “mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA”. Así entonces, en el presente caso, a pesar del mandato legal, la autoridad judicial accionada hizo caso omiso de la misma, pues si bien ordenó la prueba de ADN esta no fue practicada y, por ende, valorada.

¹¹¹ Cuaderno 1, folios 84 a 87.

¹¹² Sentencia T-352 de 2012.

89. De esta manera, en atención a la normativa civil vigente, el juez en los procesos de filiación está obligado a decretar y considerar la prueba antropoheredo-biológica, pues de no hacerlo, incurriría en una flagrante violación al debido proceso por defecto procedimental, anulando la oportunidad de contar con un valioso elemento de valoración para solucionar la controversia. Es decir, que ante la omisión de acudir al procedimiento establecido legalmente para determinar la filiación entre un presunto ascendiente y un descendiente, el cual consiste en decretar y valorar la prueba científica, el juez de la causa incurrió en un defecto procedimental absoluto.

90. En segundo lugar, correlacionado con la causal anterior, se estructura un **defecto fáctico por omisión**, el cual se presenta cuando un juez decreta una prueba necesaria para la resolución del asunto sometido a su conocimiento pero resuelve el mismo, sin que se haya practicado la prueba ordenada. En esta oportunidad, a pesar de que la Ley 721 de 2001 le discierne al juez el deber de decretar, practicar y valorar la prueba científica de ADN, como instrumento eficaz para establecer la paternidad, tal no fue realizada al darse anticipadamente por terminado el proceso, ante la declaratoria de cosa juzgada deprecada por el demandado como excepción.

Esta Corte en la sentencia T-488 de 1999, en un caso similar al que aquí se estudia, la Sala Sexta de Revisión determinó que un menor *“tenía derecho a que la prueba antropoheredobiológica solicitada en su favor dentro del proceso de filiación que se adelantó en contra del presunto padre, se practicara por la obligatoriedad de la misma, la existencia previa de un decreto de realizarla y dada la conducencia para la resolución de su pretensión”*. Agregó, *“que los obstáculos que se presentaron para su práctica, no justifican de manera suficiente la omisión total de su realización, como quiera que como ya se anotó, el mismo procedimiento prevé los recursos para que se allegue ese elemento probatorio, los cuales, como lo certificó en el proceso de tutela la Procuradora Judicial 29 para el Menor y la Familia, no fueron agotados por ninguna de las instancias”*.

91. En ese orden de ideas, en atención a la ley y a los referentes jurisprudenciales, en el asunto que ocupa a la Sala no se encuentra justificación que el juez a pesar de haber decretado la práctica de la prueba, posteriormente la desechara al declarar la excepción de la cosa juzgada, dejando de lado valores superiores como el debido proceso y sin tener en cuenta que de esta manera estaba renunciando a la verdad definitiva, que actualmente solo es posible alcanzar con la práctica de la prueba que ya había sido ordenada¹¹³.

¹¹³ *“Lo que no es permitido al juez, a la luz de los postulados constitucionales, es decretar las pruebas y después, por su capricho o para interrumpir términos legales que transcurren a favor del procesado y de su libertad, abstenerse de continuar o culminar su práctica, para proceder a tramitar etapas posteriores del juicio. En el evento en que así ocurra, resulta palmaria la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y ostensible la arbitrariedad judicial”*. Sentencia SU-087 de 1999. En igual sentido, en sentencia T-488 de 1999, la Corte precisó: *“Si bien, algunos de los anteriores criterios fueron emitidos en relación con el proceso penal, el fundamento que presentan, como es el de la vigencia del debido proceso en la práctica de*

A su vez, importa destacar que del expediente de la referencia no es posible extraer elementos que lleven a determinar que el juzgado accionado insistió en la práctica de la prueba científica inherente a todos los procesos de filiación adelantados con posterioridad al 2001, sino que se limitó a decretar la excepción de cosa juzgada¹¹⁴. Esta inactividad confluyente con la parsimonia de la apoderada de los hoy accionantes para controvertir dicha providencia que concluyó con la ejecutoria del auto proferido el 21 de mayo de 2003¹¹⁵.

92. De manera análoga, al declararse la excepción de cosa juzgada, la autoridad judicial accionada incurrió de manera concomitante en un **defecto procedimental por exceso ritual manifiesto** y en una **violación directa de la Constitución**, pues por dar aplicación estricta al artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, sobre la existencia de cosa juzgada, sacrificó derechos constitucionales en cabeza de los accionantes, inherentes a la protección de la filiación, la cual implica una salvaguarda a los derechos a la personalidad jurídica (art. 14 de CP), a tener una familia (arts. 5, 42 y 44 CP), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP) y a la dignidad humana (art. 1º de la CP)¹¹⁶. Por tanto, con esta actuación, el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá desplazó el amparo de los derechos de los hermanos Serna Arbeláez para dar aplicación a una norma procedimental, que hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales.

93. Incluso, para la Sala no se estructuraba el fenómeno de cosa juzgada que fue declarado en el auto del 21 de mayo de 2003, pues si bien había identidad de partes y de pretensiones, entre el proceso adelantado en 1988 y el terminado en 2003, los hechos no eran similares. Al respecto basta con traer a colación lo considerado por este Tribunal en la sentencia **T-352 de 2012**, al analizar un caso con presupuestos fácticos equivalentes:

“Así las cosas, la Sala considera que no existe cosa juzgada en este caso, debido a que si bien se trata de iguales sujetos y de iguales pretensiones, los hechos no son los mismos, ya que: i) en 1973 [en el presente asunto sería 1988] (fecha en que se llevó a cabo el primer proceso) no existía la prueba de ADN, pues los avances científicos en materia genética no habían llegado hasta su descubrimiento; ii) el ordenamiento jurídico se regía bajo los mandatos de la Constitución de 1886; por tanto, fue hasta 1991 cuando se logró afianzar el principio de la primacía del derecho sustancial sobre el procesal, como garantía de

las pruebas ya decretadas, son perfectamente aplicables a cualquier otro proceso establecido por la legislación nacional, por compartir los principios y garantías propios del derecho penal”.

¹¹⁴ La jurisprudencia también ha señalado que la filiación es un derecho innominado, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 de la Constitución Política. De ahí que, es deber de los jueces actuar con diligencia y proactividad en los procesos de investigación de paternidad o maternidad, de manera que se cuente con las pruebas antroheredobiológicas para proferir su decisión. En criterio de esta Corporación, este derecho se encuentra estrechamente ligado con el principio de la dignidad humana, pues todo ser humano tiene derecho a ser reconocido como parte de la sociedad y de una familia. Cfr. Sentencia T-411 de 2004.

¹¹⁵ Excepción de cosa juzgada presentada por el demandado el 26 de marzo 2003 en la constatación de la demanda y ejecutoriada el 21 de mayo de 2003, lapso de tiempo en el cual el juez de instancia no desplegó actividad alguna que permitiese la práctica de la prueba científica legalmente instituida. .

¹¹⁶ Sentencia T-1342 de 2001.

la materialización y protección real de los derechos de los individuos; y iii) no se había expedido la Ley 721 de 2001, que fue la que determinó que era obligatoria la prueba de ADN en los procesos de filiación, mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades”.

94. Como se expuso previamente, el proceso de investigación de la paternidad ha sufrido mutaciones legislativas acordes con los avances científicos mediante los cuales se ha permitido que las partes involucradas en un proceso de esta naturaleza tengan plena certeza al momento de definir si existe un vínculo consanguíneo entre ellos. Así, la nueva normatividad, que para el presente caso es la Ley 721 de 2001, resultaba imperativa para el juez de conocimiento y suponía **hechos nuevos** o diferentes a los analizados y juzgados, permitiendo descartar la estructuración del fenómeno de cosa juzgada¹¹⁷.

95. El Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, erradamente consideró que los presupuestos fácticos estudiados por el Juzgado Primero Civil de Menores en 1988, eran idénticas a los presentados en el proceso estudiado en 2003, desconociendo así la normal legal vigente que suponía una valoración probatoria y procedimental distinta a la aplicada en el proceso anterior. Adicionalmente, se advierte que el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá desconoció que el pronunciamiento del Juzgado Civil de Menores de 1988, se regía bajos los lineamientos establecidos en la Constitución de 1886, donde no se encontraba debidamente consolidado el principio del derecho sustancial como si lo está en la Carta Política de 1991¹¹⁸.

96. Y es que el altísimo grado de probabilidad que otorga la prueba científica de ADN respecto del establecimiento de la progenitura, hizo la ley dispusiera lo imperativo de su práctica. Por ello, no podía desconocer el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá el medio científico al uso. Esto se aúna al hecho de que las pruebas periciales de grupos sanguíneos a las que refería la Ley 75 de 1968, bajo cuyo imperio se adelantó el primer proceso ante el Juzgado Civil de Menores de Bogotá, *“carecían de un poder de inclusión o de exclusión absoluto, pues no afirmaban ni excluían la paternidad, apenas reflejaban una probabilidad relativa, que variaba dependiendo de la cantidad de personas que pudieran tener el mismo tipo de sangre del posible padre”*¹¹⁹.

De ahí que si la paternidad atribuida al señor Pájaro Peñaranda aún no había sido científicamente definida, el Juzgado debía encauzar su actuación en esa

¹¹⁷ De acuerdo al artículo 406 del Código Civil, *“Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce”.*

¹¹⁸ Constitución Política, artículo 228. *“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.* (subrayas fuera del texto).

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. N° 1175-2016, 8. Febrero de 2016, Rad. 2010-00308-01.

senda, pues tal situación resultaba violatoria de los derechos fundamentales de los hermanos Serna Arbeláez.

97. En el mismo sentido, se evidencia una violación directa de la Carta, ya que se marginaron integralmente de la controversia los principios constitucionales consagrados en el Texto Superior. En efecto, la providencia cuestionada solo tuvo en cuenta el hecho de que había existido un proceso de filiación natural anterior sin considerar las variables normativas y circunstanciales que motivaron, por segunda vez, el inicio del proceso filiación extramatrimonial.

Esto significa que el auto atacado al soslayar la práctica de la prueba científica, imposibilitó la revisión de fondo del asunto planteado por el núcleo familiar accionante, olvidando el principio constitucional de la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental. Principio que se quebrantó cuando ante la posibilidad de practicar una prueba de ADN el juez de instancia decidió darle mayor prevalencia al aspecto formal, dejando de lado la primacía de la protección real y efectiva de los derechos de los individuos, en particular de quienes en ese entonces eran solo unos niños¹²⁰.

Dicho actuar del juzgado accionado generó una situación de permanente vulneración en la órbita de derechos fundamentales de los hermanos Serna Arbeláez que, como claramente se evidencia con la interposición de esta acción de tutela, sigue produciendo efectos nocivos en sus garantías constitucionales.

98. Quiere decir lo anterior que la decisión del Juzgado Décimo de Bogotá mediante la cual declaró la excepción de cosa juzgada en el proceso de filiación adelantado por los accionantes en vigencia de la precitada ley, es contraria al Texto Superior y a la jurisprudencia de esta Corte, en la cual se ha reiterado que en los casos en los cuales exista una amenaza o vulneración de derechos fundamentales, prevalecerá la justicia material y no las formalidades propias, adjetivas del proceso judicial.

Importa destacar que en el presente caso confluyen variables circunstanciales que no han permitido a los accionantes llegar a la certeza sobre la existencia de un vínculo con el demandado, ya que además de la falta de esmero de los jueces en los procesos adelantados por ellos para llegar a la verdad, se suma al hecho de que los profesionales del derecho a los cuales acudieron no cumplieron cabalmente con la tarea encomendada por sus clientes ya que ni siquiera recurrieron oportunamente las decisiones tomadas por las autoridades judiciales en primer grado.

Conclusiones y órdenes

¹²⁰ El estado civil de las personas “es cuestión de orden público, y éste se afecta al negarse el derecho a conocer la verdadera identidad del origen biológico o verdad de procedencia genética de la persona, derecho fundamental indisoluble del sujeto, inherente a su personalidad jurídica, integrante de los principios o valores esenciales de los derechos humanos”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 08 de Noviembre de 2011. (Rad. 2009-002019-00).

99. Con fundamento en todo lo expuesto, la Sala considera que la decisión del 21 de mayo de 2003, proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, representa una violación a los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al estado civil, a la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y a la dignidad humana de los hermanos Juan David y José Luis Serna Arbeláez.

100. En consecuencia, la Sala Octava de Revisión procederá a revocar la decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 24 de julio de 2017, que a su vez confirmó la decisión de 20 de enero de 2017, proferida por la Sala Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. En su lugar amparará los derechos fundamentales invocados y dejará sin efectos la decisión adoptada por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, del 21 de mayo de 2003, que declaró probada la excepción de cosa juzgada y dio por terminado el proceso de filiación extramatrimonial radicado bajo el número 1206-2002. Asimismo, ordenará a la autoridad judicial accionada continuar, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, con el proceso de filiación, debiendo practicar y valorar la prueba científica de ADN ordenada al interior del mismo.

101. Para la Corte los hermanos Serna Arbeláez tienen derecho a que se practique la prueba científica inherente a los procesos para establecer la paternidad o la maternidad teniendo en cuenta, por un lado, la obligatoriedad de la misma y, por el otro, que ésta ya había sido decretada en el trámite procesal. Así las cosas, no existía justificación constitucional para que la autoridad accionada omitiera la práctica y valoración de la prueba científica de ADN, anteponiendo barreras procedimentales en desconocimiento de los derechos fundamentales de los accionantes y de su núcleo familiar.

102. Los derechos al debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia buscan proteger a las personas cuando por alguna actuación de los operadores judiciales se vean comprometidas las garantías mínimas que puede brindar la judicatura a quienes acudan a esta para dirimir controversias que resulten insuperables para las partes en conflicto. La procedencia de la acción de tutela para obtener la protección de los mencionados valores constitucionales es excepcional y depende de las circunstancias propias de cada asunto, sin desconocer la autonomía y la independencia que recae sobre las decisiones de los jueces.

103. El Juzgado Décimo de Familia Bogotá vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al estado civil, a la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y a la dignidad humana de los hermanos Juan David y José Luis Serna Arbeláez, pues a pesar del mandato legal previsto en la Ley 721 de 2001 de practicar y valorar la prueba científica de ADN, decidió apearse a la ritualidad procesal y declarar la excepción de la cosa juzgada, desconociendo los derechos fundamentales en cabeza de los accionantes.

III. DECISIÓN

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 Política,

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada mediante auto 240 de abril 23 de 2018 en el proceso de la referencia.

Segundo. NO ACCEDER a la solicitud de nulidad presentada por la apoderada del señor Nicolás Pájaro Peñaranda en el trámite de la acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

Tercero. REVOCAR la sentencia proferida el 24 de julio de 2017 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la emitida el 20 de enero de 2017 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al estado civil, a la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y a la dignidad humana de los hermanos Juan David y José Luis Serna Arbeláez, en los términos expuestos en esta providencia.

Cuarto. DEJAR SIN EFECTOS, con base en las consideraciones de esta providencia, la decisión adoptada por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, del 21 de mayo de 2003, que declaró probada la excepción de cosa juzgada y dio por terminado el proceso de filiación extramatrimonial radicado bajo el número 1206-2002. En consecuencia, **ORDENAR** a la autoridad judicial accionada, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, continúe con el proceso de filiación mencionado, debiendo practicar y valorar la prueba científica de ADN ordenada al interior del mismo.

Quinto. Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO
A LA SENTENCIA T-249/18**

Referencia: Expediente T-6.490.835

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión el 22 de mayo de 2018, en el expediente de la referencia, presento Salvamento Parcial de Voto, puesto que no comparto lo dispuesto en los resolutivos tercero y cuarto de la sentencia, en los cuales se revocan las decisiones de tutela en primera y segunda instancia y se deja sin efectos la providencia judicial atacada.

Esto fundamentalmente porque considero que en presente caso la acción de tutela: (i) no cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que transcurrieron más de trece años desde que se profirió la providencia objeto de tutela (21 de mayo de 2003); y (ii) tampoco cumple con el requisito de subsidiariedad, ya que los accionantes cuentan con la acción de “*investigación o impugnación de paternidad o la maternidad*” prevista en el artículo 386 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 406¹²¹ del Código Civil, sin que se haya acreditado en modo alguno la posible configuración de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la tutela aún de manera transitoria, ni las particularidades del caso evidencian situaciones excepcionales que justifiquen la flexibilización de este requisito.

Respetuosamente,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

¹²¹ ARTICULO 406. Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce.