



República de Colombia
**Tribunal Superior Del Distrito
Judicial De Valledupar**
Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado Ponente

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN: 20001-22-14-002-**2022-00223-00**
ACCIONANTE: HÉCTOR JULIO MARTÍNEZ FRAGOZO
ACCCIONADO: JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE
CHIRIGUANÁ

Valledupar, diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala a desatar la acción de tutela formulada por Héctor Julio Martínez Fragozo contra el Juzgado Promiscuo de Familia de Chiriguaná; trámite al que se vinculó a partes e intervinientes dentro del proceso judicial radicado número 2020-00027-00.

I. ANTECEDENTES

El promotor, actuando en nombre propio, acudió a la acción de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales “*a la intimidad de las personas y libertad de cultos*”. Por ende, solicitó que se ordene al despacho accionado “*decretar fecha para la realización de prueba de ADN entre él o su hermano Fabián Ricardo Martínez Fragozo y el menor Juan Guillermo Caro Peñalosa*”.

En sustento, manifestó que Mercedes Peñalosa, a través de apoderado judicial, presentó demanda de impugnación de paternidad contra el señor Carlos Javier Caro Medina, en conjunto con filiación extramatrimonial del señor Héctor Julio Martínez Gómez (q.e.p.d.) a fin de que se declarara que este último es el padre de su hijo Juan Guillermo Caro Peñalosa, trámite dentro del cual con auto de 2 de junio, se ordenó la prueba de ADN y, de cara a ese fin, la exhumación del cuerpo sin vida del denunciado padre biológico. Decisión frente a la que planteó reposición, sin éxito (21 jun.).

Último acto con el que no está de acuerdo, dado que atenta contra sus creencias. Dijo que no se opone a la práctica de la prueba de ADN y que es necesario garantizar los derechos del menor, pero ello se puede hacer sin pasar por alto los suyos, ya que *“existen otro tipo de pruebas biológicas distintas a la extracción de ADN del cadáver del señor Héctor Julio Martínez Gómez (q.e.p.d.), que no causan que exista una colisión entre los derechos de los familiares del difunto y el derecho a la identidad del menor”*.

Afirmó que, en su condición de hijo biológico del presunto padre, está dispuesto a hacerse la prueba de ADN y aún su hermano Fabián Ricardo Martínez Fragozo.

II. RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS

Hasta el momento en que se discutió este proyecto, no se habían aportado réplicas.

III. CONSIDERACIONES

1. De la procedencia general de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Nacional, contempla la acción de tutela como un mecanismo destinado para la protección judicial inmediata de derechos constitucionales fundamentales perturbados por la omisión o acción de autoridades públicas e inclusive particulares, el cual se caracteriza por ser subsidiario o residual, bajo el entendido de que solo procederá si no existe mecanismo judicial alternativo, previamente instituido por el legislador para atacar el hecho o actuación lesiva, con la salvedad de que se avanzará en su estudio si, existiendo, dicho medio no es idóneo y eficaz o cuando se esté frente a un próximo perjuicio irremediable.

La H. Corte Constitucional ha señalado que, para que esta acción pueda llegar a ser estudiada por el juez constitucional debe cumplir los siguientes requisitos: (i) legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) inmediatez y (iii) subsidiariedad. Estas dos últimas condiciones recobran gran importancia, puesto que, la acción de tutela ha sido instituida como

remedio de aplicación urgente para la cesación de la vulneración del derecho objeto de violación o amenaza. Luego, no es propio de este mecanismo reemplazar los procesos ordinarios o especiales, dado que su propósito específico emana de su consagración constitucional, el cual, no es otro que brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos fundamentales.

Frente a la **legitimación en la causa por activa**, se ha dicho que este presupuesto supone que, quien formula la acción de tutela debe ser el titular de los derechos que presuntamente son vulnerados o amenazados, o alguien que esté acreditado para actuar en su nombre. Por su parte, la **legitimación en la causa por pasiva** establece que la tutela debe ser dirigida contra la entidad pública o privada que presuntamente ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del accionante.

En lo referente a la **inmediatez**, este requisito estima que el amparo debe ser presentado en un término razonable desde la vulneración o amenaza del derecho fundamental alegado. Entre tanto, la **subsidiariedad** se materializa cuando el accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, ya sea porque agotó los que tenía a su disposición, no existen y no son idóneos o, pese a existir, se instaura la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹. Igualmente, se debe tener en cuenta las particularidades de cada caso concreto, pues, el fin último, no es reemplazar los mecanismos ordinarios del ordenamiento jurídico².

2. Procedencia excepcional de tutela contra providencia judiciales.

Por alejarse de su esencia, este instrumento no está destinado a reemplazar los procesos ordinarios o jueces naturales, quienes son en realidad los llamados a solventar los específicos asuntos que la ley les asignó, dado que la intención del legislador no fue establecer la tutela como modo de reemplazar a las autoridades judiciales en sus funciones so

¹ Sentencia T-282 de 2012.

² Sentencia T-489 de 2018.

pretexto de una eventual afectación, pues es ese orden todos los asuntos vendrían a recaer en el juez constitucional, sino poner al alcance del ciudadano una herramienta eficaz para protegerse de aquellos actos pasivos o activos que alteren el statu quo de forma inminente, precisa, actual y grave.

En concordancia con lo anterior, será deber del juez constitucional examinar cada caso en concreto y determinar si para conjurar la actuación perjudicante la parte cuenta con otro modo y de ser así, si el mismo le resulta útil y eficaz en aras de su propósito, imponiéndole la carga de agotarlo preliminarmente, ya que de lo contrario la tutela se torna improcedente. En otras palabras, en tratándose de críticas a actuaciones judiciales en curso o ya terminadas, si no se supera la subsidiariedad, el Juez constitucional no puede ingresar al campo de los trámites ordinarios para tratar de cambiar lo allí determinado, pues resquebrajaría los principios de independencia y autonomía que imperan en la actividad de administrar justicia.

En esos términos, la H. Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005, estableció las causales de orden general y especial que debe examinar el juez para determinar si la acción de tutela procede como mecanismo de protección frente a la decisión adoptada por otra autoridad judicial. En particular, la Corte advirtió que la tutela procede únicamente cuando se verifica la concurrencia de la totalidad de los requisitos generales de procedencia, que se mencionan a continuación: *(i) “Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (iv) Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede 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; (v) 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; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela (...)*³.

Los anteriores requisitos generales de procedibilidad funcionan como parámetro de cumplimiento de intervención del juez constitucional. En ese sentido, la superación de los anteriores requisitos implica la aceptación de un estudio específico de los requisitos especiales de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Entiéndase, “*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. f. 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. g. 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. h. 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. i. Violación directa de la Constitución*”⁴.

Por tanto, si no se cumplen con ninguno de los anteriores, el juez constitucional no podrá continuar con un examen de fondo sobre la

³ Ídem.

⁴ Corte Constitucional. SU-116 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

vulneración de los derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, deberá declarar la improcedencia de la acción de tutela.

3.- Caso concreto.

En el **sub lite**, como se viene de ver, el accionante pretende atacar el auto de 2 de junio de 2022, proferido por el estrado convocado dentro del proceso de impugnación de paternidad promovido en contra del causante Héctor Julio Martínez Gómez (q.e.p.d.), y que dispuso su exhumación para efectuar la práctica del examen de ADN, comoquiera que dicho acto va en contravía de sus creencias y libertad de culto.

En dichos términos, verificados los requisitos de procedencia, pese a que se suplen los generales (legitimación, inmediatez y subsidiariedad), no se advierte lo mismo respecto de alguno de los específicos, lo que equivale a mantener la providencia judicial, pues no se advierte una vía de hecho o actuación caprichosa que avale la intervención suprallegal.

Lo anterior, comoquiera que en ese tipo de procesos se tiene como idónea para aclarar la situación de filiación, la prueba de ADN, en virtud de su alto grado de veracidad y el margen de error casi nulo que ofrece. Memórese que la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2015 reconoció: *“[l]a idoneidad del examen (...) ha sido reconocida por la comunidad científica para rechazar con absoluta certeza a los falsos imputados de paternidad o maternidad y para establecerla con una probabilidad del 99,999999%”*.

Y, dicho recaudo no tiene porque desplazarse en los casos en que el presunto padre ha fallecido, pues el grado de certeza que se busca –superior al 99.99%- debe alcanzarse con la mayor confiabilidad posible, lo cual ocurre cuando la muestra genética se extrae de manera directa de los restos óseos de quien se denuncia por padre y no con la misma facilidad cuando se procede a la reconstrucción del perfil genético, tal y como propone el tutelante, sin desconocer, además, que éste evento se habilita cuando precisamente no es posible obtener la información genética de primera mano.

En gracia de discusión, aun dando valía a la posibilidad de la reconstrucción del perfil genético, no bastaría con recaudar la muestra genética del accionante y/o su hermano, tal y como aquí se afirmó, sino que se requiere analizar un mayor número de marcadores genéticos para alcanzar el porcentaje exigido por la Ley, pues ahí es donde se centra la dificultad del asunto, en la alta probabilidad que existe de, con la muestra directa, *“de alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99.99% o demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad”* (art. 2 Ley 721 de 2001).

Frente a esta última eventualidad, la *“guía de pruebas de ADN para investigación de paternidad y/maternidad”* presentada por la Subdirección de Restablecimiento de Derechos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad directamente vinculada en la regulación de la solicitud de la prueba de ADN⁵, indica que, para lo casos complejos, únicos que habilitan la reconstrucción del perfil genético, los estudios de grupos familiares a realizar para definir una paternidad, en orden de prelación, son los siguientes: *“1. Presuntos abuelo y abuela paternos, supuesto hijo(a) y madre biológica. 2. Hijos biológicos del presunto padre fallecido o desaparecido (mínimo tres), la o las madre(s) biológica (s) de esos hijos, madre biológica y supuesto hijo (a). 3. Hermanos biológicos (mínimo tres) del presunto padre fallecido o desaparecido, uno de los presuntos abuelos paternos, la madre y el supuesto hijo (a)”*⁶.

De ahí que lo planteado por el accionante, no es del todo cierto, pues la reconstrucción del perfil genético no es tan simple como parece, lo cual implica directamente en los tiempos del proceso y los derechos del menor, los cuales prevalecen por disposición constitucional y legal sobre los de cualquier otra persona. Razones por las cuales, la Sala estima razonable la decisión adoptada por el estrado encartado de buscar el recaudo directo de la muestra genética, lo cual no se da de otra manera que con la exhumación de los restos del presunto padre.

⁵ Acuerdo No. PSAA07-4024 de 2007, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, *“por medio de la cual se regula la solicitud de la prueba de ADN en los procesos de filiación”*.

⁶ https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/guia_paternidad_actualizado-2015_2.pdf

Al respecto, en un caso muy parecido, recientemente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentenció (STC910-2022):

Ahora bien, aun cuando los promotores encuentran vulnerado su derecho a la «libertad de culto», debido a la orden de exhumación del cadáver de su padre, se precisa el alcance de dicha prerrogativa de conformidad con los artículos 18 y 19 de la Constitución Política.

El primero consagra, en relación con la libertad de conciencia, que «(...) nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia» y, según establece el segundo, (...) toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley (...)”.

No obstante, lo expuesto, esta Sala ha destacado que, así como los demás derechos, esos preceptos“(...) no constituyen un derecho absoluto y, por ende, están sujetas a ciertos límites, (...) [como son] aquellos que permitan armonizar su ejercicio con los derechos ajenos, de manera que su uso debe ser razonable y adecuado, a riesgo de ser proscritas por su ejercicio abusivo (art. 95, num. 1°, C. N.) (...).

(...) La libertad religiosa, con arreglo a la Ley 133 de 1994, comprende, entre otros, los siguientes elementos: a) la libertad de profesar cualquier creencia religiosa libremente escogida; b) la libertad de cambiar de religión; c) la libertad de no profesar ninguna y; d) la posibilidad de ejercerla sin coacción externa, realizar actos de oración y de culto, recibir asistencia religiosa en cualquier lugar, conmemorar festividades y recibir e impartir libremente educación religiosa o de rehusarla, entre otras prácticas. Por su parte, las restricciones a dichas libertades están consagradas en su artículo 4°, según el cual [e]l ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de cultos, tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público, protegido por la ley en una sociedad democrática (...)” (CSJ sentencia 5 de sep. 2011 exp. 2011-00465 01 y reiterado en STC 2982-2018).

Por lo tanto, en el presente asunto no se estaría transgrediendo lo invocado, pues dicha garantía cede ante la necesidad de obtener certeza sobre la filiación de Remberto Antonio Pérez Mórelo, para lo cual se torna indispensable la práctica de la prueba de ADN ordenada por el estrado querrellado (Se resalta).

Por tanto, no tiene vocación de prosperidad lo pretendido por Héctor Julio Martínez Fragozo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, SALA CIVIL FAMILIA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

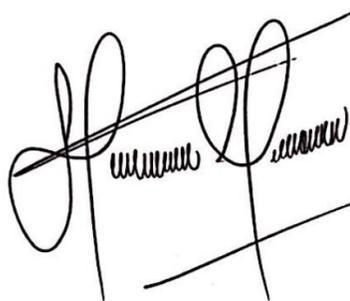
RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la tutela de Héctor Julio Martínez Fragozo, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE lo decidido a las partes por el medio más expedito.

TERCERO: por Secretaría, de no ser impugnada esta decisión, **REMÍTASE** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

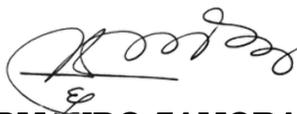
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado

Acción de tutela rad. N ° **20001-22-14-002-2022-00223-00.**