



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL FAMILIA**

AVISO DE NOTIFICACIÓN

Mediante este aviso se cita a los a los herederos determinados e indeterminados del señor FERNANDO TORO CUERVO, con el fin de notificarles el fallo de tutela de primera instancia proferido el 12-11-2021 en acción promovida por JOSE LUÍS TORO OSPINA y GRACIELA TORO OSPINA, contra el JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DE RIONEGRO – ANTIOQUIA, radico 05000 22 13 000 2021 00230. A este efecto se transcribe la parte pertinente “ NEGAR por improcedente el amparo de tutela invocado por JOSÉ IVÁN y GRACIELA TORO OSPINA por conducto de apoderado judicial y en calidad de herederos del señor FERNANDO TORO CUERVO contra el JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DE RIONEGRO ANT., por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia. ...”

Se anexa el referido fallo.

Medellín, 16 de noviembre de 2021.

LUZ MARÍA MARÍN MARÍN
Secretaria

2021-376

REPÚBLICA DE COLOMBIA**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
Sala Civil – Familia**

Medellín, doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente

DARÍO IGNACIO ESTRADA SANÍN.

Proceso: Acción de tutela – Primera instancia
Accionante: José Iván y Graciela Toro Ospina
Accionado: Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Rionegro Ant.
Radicado: 05000 2213 000 2021 00230 00
Asunto: Niega amparo de tutela
Sentencia de T. No. 193

Sentencia discutida y aprobada según acta No. 271

Procede esta Corporación a proferir sentencia dentro de la acción de tutela deprecada por los señores JOSÉ IVÁN y GRACIELA TORO OSPINA por conducto de apoderado judicial y quienes actúan en calidad de herederos del señor FERNANDO TORO CUERVO contra el JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DE RIONEGRO ANT., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de su extinto padre.

I. ANTECEDENTES**1.1 Fundamento fáctico de la acción**

Se narró en el escrito de tutela que por conducto de vocero judicial la señora ÁNGELA MARÍA ARIAS RAMÍREZ presentó demanda con pretensiones acumuladas de impugnación de la paternidad en contra del señor JOSÉ JESÚS ARIAS CIFUENTES, y filiación frente a FERNANDO TORO CUERVO. El conocimiento del proceso radicado 0561531840020200005100 le correspondió al

JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DE RIONEGRO, aunque a juicio del actor debió presentarse ante el Juez de Familia de Sonsón por ser aquel el domicilio del codemandado FERNANDO TORO CUERVO, señor mayor de 88 años de edad, residente en la zona rural y que se hallaba enfermo.

En el auto admisorio de la demanda se dispuso entre otros, la práctica de la prueba del examen genético con un índice de probabilidad superior al 99,9% conforme al contenido del artículo 1° de la Ley 721 de 2001.

Para efectos de la notificación el señor FERNANDO TORO CUERVO fue citado, pero le comunicó al Juzgado que debido a su avanzada edad y quebrantos de salud no podría desplazarse al Juzgado a notificarse de la demanda. En virtud de ello el Juzgado dispuso su notificación por aviso la cual se procuró en la Finca la Seiba del municipio de Sonsón donde residía el demandado, a través de Servientrega *“quien dejó constancia que entregó el sobre que contiene la notificación a la señora Inés Ospina, esposa del señor FERNANDO TORO CUERVO”*; sin embargo esta última también de avanzada edad manifestó no recordar haber recibido esa correspondencia y al parecer nunca le entregó al demandado el sobre que contenía la notificación por aviso. Se criticó que el JUEZ PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DE RIONEGRO le dio validez a notificación por aviso, sin tener en cuenta los impedimentos físicos y mentales del demandado.

El señor FERNANDO TORO CUERVO no compareció al proceso, aunque sí le otorgó poder a un abogado pero lo hizo tardíamente cuando la sentencia proferida por el Juzgado se encontraba ejecutoriada. Por consiguiente al demandado no le fue posible controvertir los hechos de la demanda.

Mediante auto del 3 de diciembre de 2020 el juzgado accionado fijó fecha para la realización del examen genético en el Laboratorio “IDENTIGEN” de Medellín. A dicha cita no asistió el señor FERNANDO TORO CUERVO por sus quebrantos físicos, avanzada edad y por las restricciones a la movilidad en ocasión del COVID, lo cual le fue informado oportunamente al juez. Consiguientemente por auto del 29 de enero de 2021 el Juez dispuso que la prueba (toma de sangre) al señor FERNANDO TORO CUERVO fuera realizada en su residencia en la finca La Seiba del municipio de Sonsón entre las 8 a.m. y las 12 p.m del 24 de febrero de 2021.

El día señalado el señor FERNANDO TORO CUERVO permaneció en su residencia de la finca "La Seiba" dispuesto para la toma de la muestra *"pero al ver que ya eran más de las 12 del medio día y que no se hicieron presentes los funcionarios del laboratorio "IDENTIGEN" encargados para la práctica de la prueba, se desplazó a otro lugar de la finca a atender unas actividades que se venían ejecutando"*. Cuando regresó una empleada le informó al señor TORO CUERVO que unas personas fueron a preguntar por él.

El JUZGADO PRIMERO PROMISCO DE FAMILIA DE RIONEGRO profirió sentencia el 7 de abril de 2021 acogiendo las pretensiones de la demanda y declarando que ÁNGELA MARÍA ARIAS RAMÍREZ no es hija del señor JOSÉ JESÚS ARIAS CIFUENTES; y si es HIJA EXTRAMATRIMONIAL del señor FERNANDO TORO CUERVO. Para adoptar esa determinación el juez se fundamentó en dos razones principales: *"En la falta de oposición a las pretensiones" por parte del señor FERNANDO TORO CUERVO*, y *"la renuencia del señor FERNANDO TORO CUERVO a la práctica de la prueba de genética como demandado en filiación, y la firmeza del resultado de la prueba de genética practicada a la demandante y el demandado en impugnación"*.

Se ultimó que con fundamento en la antedicha sentencia proferida por el JUEZ PROMISCO DE FAMILIA DE RIONEGRO, una vez acaecida la muerte del señor FERNANDO TORO CUERVO el 27 de agosto de 2021, la señora ÁNGELA MARÍA presentó ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Sonsón -Antioquia proceso de sucesión solicitando ser reconocida como heredera, y peticionando el embargo y secuestro de los bienes de la sucesión.

A juicio de los accionantes las razones esgrimidas por el JUZGADO PRIMERO PROMISCO DE FAMILIA DE RIONEGRO para sustentar la sentencia, no son suficientes, lo que constituye una verdadera violación a los derechos fundamentales del debido proceso y de defensa del demandado en filiación.

Criticaron que por su parte la demandante no aportó al proceso ninguna prueba que respalde sus afirmaciones en torno a la ocurrencia de relaciones extramatrimoniales entre su progenitora y el señor FERNANDO TORO CUERVO, por la época de su concepción; al respecto sólo se contó con una mera afirmación carente de respaldo probatorio. Aseguraron además que no existió renuencia del

señor TORO CUERVO de cara a la práctica de la prueba genética; simplemente ésta no se realizó porque el personal del laboratorio no llegó a su finca en el horario establecido por el juzgado.

Para los quejosos en el proceso de filiación no obra prueba alguna que sirva de soporte fáctico y jurídico para concluir que la demandante es hija del señor FERNANDO TORO CUERVO, sin que su mera renuencia a la práctica de una prueba, su no comparecencia al proceso o su falta de oposición a las pretensiones sean suficientes para soportar la sentencia. A juicio de los accionantes el juez debió insistir en la realización de la prueba genética, máxime cuando el proceder del señor TORO CUERVO de no comparecer a recibir notificación personal y no contestar la demanda estuvo justificado en su avanzada edad, problemas de salud y restricciones de movilidad por el Covid-19.

Puntualizaron que si bien en la fecha señalada por el juez el personal del laboratorio se hizo presente en la residencia del señor TORO CUERVO, *“no llegaron a tiempo, lo hicieron después de transcurrido el horario establecido por el señor Juez”*; por tal razón no se tomó la muestra.

1.2 Petición

Con fundamento en la anterior *causa petendi* se deprecó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa, para que consiguientemente se *“ORDENE en lo pertinente DEJAR SIN EFECTO la sentencia del 2 de marzo de 2021 proferida por el Juez Primero Promiscuo de Familia de Rionegro (Ant.) y todo lo actuado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda y disponer que la notificación del auto que admite la demanda se realice a los señores JOSE LUIS TORO OSPINA y GRACIELA TORO OSPINA como herederos del señor FERNANDO TORO CUERVO quien falleció en el municipio de Sonsón -Antioquia el 23 de agosto de 2021, ante la falta de capacidad del demandado para comparecer al proceso”*.

1.3 Actuación procesal y réplica de los accionados

1.3.1 La acción constitucional fue admitida por providencia del 3 de noviembre de 2021 en la que se dispuso la vinculación de todas las partes e intervinientes dentro

del proceso verbal de impugnación de la paternidad y filiación extramatrimonial tramitado bajo el radicado 05615 3184 001 2020 0051 00; asimismo se ordenó la notificación de los convocados a quienes se les otorgó el término de dos (2) días para ejercer el derecho de defensa. Además se decretaron las pruebas que se estimaron pertinentes.

Por proveído del 4 de noviembre de 2021 se ordenó citar a los señores ÁNGELA MARÍA ARIAS RAMÍREZ y JOSÉ JESÚS ARIAS CIFUENTES, así como los herederos determinados e indeterminados del señor FERNANDO TORO CUERVO, disponiendo respecto a estos últimos la publicación de un aviso para su enteramiento.

1.3.2 El titular del JUZGADO PRIMERO PROMISCO DE FAMILIA DE RIONEGRO ANT., se pronunció manifestando que efectivamente se tramitó en ese estrado judicial proceso de Investigación de Paternidad -Impugnación de Reconocimiento y Filiación Extramatrimonial- instaurado por la señora ÁNGELA MARÍA ARIAS RAMÍREZ en contra de los señores JOSÉ JESÚS ARIAS CIFUENTES y FERNANDO TORO CUERVO radicado 2020-00051, proceso dentro del cual aconteció lo relatado detalladamente por la parte accionante en el escrito de tutela. No obstante aclaró que la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado FERNANDO TORO CUERVO se surtió en debida forma, pues en repetidas ocasiones la parte demandante allegó constancias de haber efectuado la notificación, mismas que no fueron tenidas en cuenta por no ajustarse a lo establecido en el Decreto 806 de 2020; finalmente se hizo la notificación por aviso, y con ésta se le suministró al demandado tanto el auto admisorio de la demanda como el escrito de demanda y sus anexos debidamente cotejados por la empresa de servicio postal (Servientrega) con la constancia de recibido por parte de la señora Inés Ospina (esposa), notificación que no requería que el demandado se acercará al juzgado como pretende hacerlo ver el tutelante, pues para ejercer su derecho de defensa bastaba con que otorgara poder a un profesional del derecho máxime cuando el servicio de Administración de Justicia para esa época se estaba prestando de manera virtual en su totalidad.

Destacó que en dos ocasiones fue señalada la fecha para llevar a cabo la práctica de la prueba de ADN; no obstante no fue posible lograr la comparecencia del señor TORO CUERVO quien no presentó justificación alguna de la inasistencia a la segunda de las fechas señaladas a pesar de haberse facilitado la toma de la

muestra en su residencia atendiendo a las especiales circunstancias en que se encontraba según su propio dicho pues no obra en el plenario prueba alguna de su estado de salud. En ese orden de ideas, teniendo en cuenta la falta de oposición y la renuencia del señor FERNANDO TORO CUERVO en la práctica de la prueba de ADN, se profirió la respectiva sentencia en aplicación del artículo 386 del C.G.P., *“aclarando que según lo señala el numeral 3° de la citada norma, no se hacía necesario siquiera la práctica de la prueba de ADN atendiendo a la falta de oposición de los demandados, no obstante, en el presente caso, con el fin de ahondar en garantías, se procedió a decretar la misma”*.

Por último explicó que proferida la sentencia el demandado FERNANDO TORO CUERVO confirió poder a un profesional del derecho a quien se le envió el link del proceso según lo solicitó. Sin embargo no ejerció acción alguna contra ese juzgado.

1.3.3 No obra en el plenario pronunciamiento de los vinculados.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela de linaje Constitucional está instituida única y exclusivamente para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales de todas las personas cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de una autoridad que los desconozca; más ella sólo es procedente si previamente han sido agotados todos los mecanismos de defensa salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional en sentencia T-102 de 2006 señaló los requisitos generales de procedibilidad para la acción de tutela contra providencias judiciales en los siguientes términos:

“...la jurisprudencia constitucional también ha precisado como requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, los siguientes:

- 1. Que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional.*
- 2. Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- a disposición del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable.*
- 3. Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental.*
- 4. Cuando se trate de una irregularidad procesal, que ésta tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y afecte los derechos fundamentales de la parte actora.*
- 5. En la solicitud del amparo tutelar se deben identificar los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que se hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible.*
- 6. Que no se trate de sentencias de tutela, por cuanto los debates sobre derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente.*

No basta, entonces, que la providencia judicial atacada en sede de tutela presente uno de los defectos materiales anteriormente señalados, también se requiere la concurrencia de los requisitos de procedibilidad definidos por la jurisprudencia de esta Corporación para que prospere la solicitud de amparo constitucional (...)

*La jurisprudencia ha señalado que la cuestión que se pretende discutir por medio de la acción de tutela debe ser **una cuestión de evidente relevancia constitucional**. Teniendo en cuenta que la tutela contra providencias judiciales no da lugar a una tercera instancia, ni puede reemplazar los recursos ordinarios, es necesario que la causa que origina la presentación de la acción suponga el desconocimiento de un derecho fundamental. En otras palabras, la tutela contra decisiones judiciales debe fundarse en un asunto de evidente relevancia constitucional y no puede ser utilizada para discutir asuntos de mera legalidad”.*

Los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales acabados de citar, han sido reiterados repetidamente por la referida Corte y así se mantienen, tal como fue plasmado en sentencia T-459 de 2017.

De acuerdo a lo anterior para que la acción de tutela contra providencias judiciales proceda deben cumplirse a cabalidad los requisitos anotados, entre ellos que se hayan agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios, que se trate de un asunto de relevancia constitucional y que si se trata de una irregularidad procesal ésta tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y afecte derechos fundamentales.

De igual forma se recalca que la acción de tutela no es un mecanismo para discusiones de alcance puramente legal que no comprometan la esfera constitucional del derecho al debido proceso. Por ello además de las exigencias señaladas para que prospere el amparo constitucional también debe concurrir la existencia de una de las causales materiales para lo cual se requiere al menos uno de los siguientes defectos:

- Defecto fáctico por indebida valoración de la prueba.
- Defecto orgánico que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece absolutamente de competencia para ello.
- Defecto procedimental absoluto que se da cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido.
- Defecto material o sustantivo que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- Error inducido que se da cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.
- Decisión sin motivación que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.
- Desconocimiento del precedente que se origina cuando el juez ordinario desconoce o limita el alcance dado por la Corte Constitucional a un derecho fundamental apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
- Por violación directa de la Constitución.

2.2 Los requisitos de la subsidiaridad y la inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela

Una de las características de la acción de tutela es su subsidiaridad, según la cual ésta como mecanismo especial y supletorio para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas únicamente procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Lo anterior permite afirmar que si existe otro medio ordinario para hacer valer los derechos del peticionario la Acción de Tutela resulta improcedente pues el fin de ésta es que supla los vacíos de las acciones judiciales y administrativas propias para la garantía plena de los derechos constitucionales fundamentales, pero no que las reemplace.

El aludido principio ha sido acogido ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha reiterado que uno de los factores de procedencia de la acción de tutela está supeditado a la inexistencia o la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario cuando éste es idóneo para restablecer el derecho atacado, tal como se desprende del inciso 3º del artículo 86 de la Constitución¹. La acción de tutela por su carácter excepcional no es el mecanismo a utilizar para obtener el amparo de derechos fundamentales cuando exista otra vía de defensa judicial, salvo que se configure un perjuicio irremediable probado e inminente y grave. Por ello no basta la evidencia de un yerro judicial, sino que se requiere además que la parte afectada haya agotado los mecanismos y recursos ordinarios y extraordinarios a su disposición y en el marco del mismo proceso judicial, antes de exponer sus quejas ante el juez de tutela. Tampoco es posible elegir entre el medio ordinario de defensa y la acción de tutela como si se tratara de dos alternativas viables, pues al respecto debe recordarse que la Corte Constitucional ha sido persistente en la necesidad del examen y cumplimiento del requisito de la subsidiaridad en especial cuando se emplea la acción de tutela contra providencias judiciales; así en reciente sentencia recordó dicha Corporación:

“La acción de tutela fue consagrada por el Constituyente de 1991 como un mecanismo subsidiario de protección, así lo establece el inciso 3º del artículo 86

¹Sentencia T-1019 de 2008 (octubre 17), M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

de la Constitución de 1991. Conforme con esta característica, su procedencia está supeditada a que el ciudadano no disponga de otro medio judicial de protección, a menos que se utilice para evitar un perjuicio irremediable. En la sentencia C-543 de 1992, la Corte Constitucional afirmó con respecto a la subsidiariedad de la acción de tutela contra providencias judiciales, que no es el “medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales(...) tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso”[14].

Por lo anterior, le corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, para estudiar si la acción de tutela contra una providencia judicial es procedente[15]; puesto que, “bajo ningún motivo, [puede considerarse la acción de tutela] como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”[16]. En consecuencia, “el agotamiento de los mecanismos ordinarios de defensa judicial constituye un requisito ineludible para la procedencia de la acción de tutela, salvo que por razones extraordinarias, el juez constitucional compruebe que los otros medios judiciales no son eficaces para la protección de las garantías invocadas”[17]². (negrillas agregadas).

Por otro lado para la procedencia de la acción de tutela se ha establecido también el requisito de inmediatez que exige que el ejercicio de la acción de tutela debe ser oportuno, esto es dentro de un término y plazo razonable desde la ocurrencia del presunto hecho vulneratorio. Dicha exigencia hunde sus raíces en la naturaleza misma de la acción constitucional la cual busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales y por ello la petición ha de ser presentada dentro de un marco temporal razonable respecto de la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos fundamentales.

Ha explicado la Corte Constitucional que si bien la acción de tutela no está sujeta a un término de caducidad o prescripción de tal suerte que puede ser interpuesta en cualquier tiempo, por su propia naturaleza y teleología encaminada a la protección inmediata de los derechos fundamentales debe ser ejercida por los ciudadanos que consideren vulnerados sus derechos fundamentales en un plazo razonable y oportuno, esto es mientras sus derechos estén siendo vulnerados o exista la amenaza o riesgo de un perjuicio irremediable. También ha precisado

² Sentencia T-001 de 2017.

dicha Corporación que de cara a acciones de tutela contra providencias judiciales se debe realizar un análisis más riguroso respecto del cumplimiento del requisito de inmediatez por cuanto se pretende cuestionar una sentencia que pone fin a un conflicto judicial el cual prima facie cuenta con una presunción de constitucionalidad y legalidad, y de cosa juzgada la cual debe ser desvirtuada. En tal virtud es necesario acreditar en todos los casos que la tutela se presentó de manera inmediata, esto es dentro de un término oportuno y razonable, requisitos que deben ser considerados por el juez constitucional para cada evento, implicando ello para el accionante el deber de no dejar pasar un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde la presunta vulneración de sus derechos constitucionales.

2.3 El sub judice

En el caso que concita la atención de la Sala los señores JOSÉ IVÁN y GRACIELA TORO OSPINA por conducto de apoderado judicial acudieron a la acción de tutela en su calidad de herederos del señor FERNANDO TORO CUERVO (Q.E.P.D.) por considerar que el JUZGADO PRIMERO PROMISCUO DE FAMILIA DE RIONEGRO incurrió en vulneración de los derechos fundamentales de su extinto padre, al proferir sentencia en el marco de proceso de filiación en la que el señor TORO CUERVO fue declarado padre extramatrimonial de la señora ÁNGELA MARÍA ARIAS RAMÍREZ. A juicio de los quejosos el fallo emitido por el accionado amerita reproche constitucional en tanto no se fundamentó en pruebas que de manera fehaciente demostraran la filiación reclamada, máxime cuando el demandado por su avanzada edad, precario estado de salud y por las limitaciones a la movilidad propia de las medidas adoptadas por la contingencia generada por el Covid-19, no pudo comparecer a recibir notificación personal de la demanda y consiguientemente intervenir en el proceso en ejercicio de su derecho de defensa.

Pues bien al agotar el examen de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales se avista el cumplimiento de algunos de ellos de la siguiente manera: i) se propone un asunto de relevancia constitucional como quiera que alega el accionante habersele vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso; ii) se identificaron los fundamentos fácticos de la presunta transgresión; iii) no se rebate una decisión de tutela; y iv)

los defectos invocados tienen un efecto decisivo en la sentencia o decisión de fondo.

Sin embargo se otea el incumplimiento de uno de los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, cual es el de la inmediatez; ello atendiendo al amplio término transcurrido entre la decisión judicial fustigada que data del 7 de abril de 2021 y la interposición de la presente acción acaecida el 3 de noviembre de 2021. Se aprecia así que transcurrieron cerca de siete (7) meses sin el ejercicio pronto y oportuno de la acción de tutela.

Ahora en el caso planteado podrían esgrimir los actores circunstancias por cuenta de las cuales se justifique el término que se dejó transcurrir sin la activación del mecanismo constitucional, entre ellos la muerte del señor FERNANDO TORO CUERVO acaecida el 27 de agosto de 2021. No obstante aún dando por satisfecho el mentado requisito es imperativo resaltar cómo en todo caso la presente acción de tutela no satisface el requisito de la subsidiaridad ante el evidente abandono de los recursos procedentes frente a la sentencia emitida dentro del proceso de filiación, aspecto de cara al cual y a pesar de las excusas que han querido proponer los actores, no se encuentra verdaderamente justificación atendible como procede a explicarse.

En primer lugar resulta necesario destacar que conforme a las piezas que componen el expediente radicado 05615 3184 001 2020 00051 00, el señor FERNANDO TORO CUERVO fue fehaciente, debida y suficientemente enterado de la existencia mismo. Para ello no sólo se le surtió en varias oportunidades la citación para efectos de la notificación personal, sino que finalmente fue notificado por aviso de manera verídica y mediante la comprobada entrega de la copia del auto admisorio, la demanda y sus anexos, en su domicilio (arch. 14 exp. 2020-051). El JUZGADO PRIMERO PROMISCO DE FAMILIA DE RIONEGRO fue celoso y acucioso en el continuo control de las gestiones adelantadas por la parte demandante para la notificación en debida forma del señor TORO CUERVO, y de ello dan cuenta varias providencias en las que ordenó repetir las diligencias hasta que éstas se ajustaran a los preceptos legales pertinentes, entre ellas los autos del 7, el 16, el 22 y el 29 de septiembre de 2020; ello hasta que finalmente acorde con proveído del 26 de octubre de 2020 advirtió haberse surtido la notificación por aviso en debida forma.

Incluso bien podría obviarse el análisis precedente pues a partir del mismo texto de la acción de tutela se columbra cómo realmente no se propone reparo alguno con vocación meridiana de éxito frente a la forma en la que se surtió la notificación, en tanto no se critica realmente que ésta se haya distanciado de las directrices normativas que debían observarse para el efecto. En lugar de ello se recrimina simplemente que la notificación se haya realizado por aviso y no personalmente, a pesar de que la aludida manera de enteramiento es plenamente válida al punto de estar prevista por el mismo Código General del Proceso y haber cumplido los requisitos consagrados para el efecto, sobre todo cuando se agotó primeramente la citación para la notificación personal pero sin éxito ante la determinación del demandado de no responder al llamado.

En todo caso, es irrefutable que el señor TORO CUERVO se enteró efectivamente de la existencia del proceso adelantado en su contra; por ello tuvo oportunidad de adelantar gestiones como excusarse de asistir en la primera fecha programada para la práctica de la prueba genética, lo cual hizo mediante escrito suscrito por él mismo en el que informó que por su edad, estado de salud y por la pandemia del Covid-19 no se haría presente en el lugar señalado; y además constituir apoderado judicial mediante memorial en el que pudo identificar plenamente el proceso por sus partes, radicado y juzgado cognoscente (archs. 20 y 40 exp. 2020-051).

Ello por sí solo es suficiente para descartar las justificaciones dadas en la tutela para que aquel demandado no ejerciera su derecho de defensa, pues contrario a lo defendido, aquel: i) sí tuvo pleno conocimiento del proceso e incluso de su desarrollo, pues se enteró fehacientemente de actuaciones tales como la fijación de las diferentes fechas para la práctica de la prueba de ADN, y la sentencia; y ii) contó con la suficiente capacidad física y mental para intervenir directamente en el proceso en nombre propio y además constituir apoderado judicial. Y es que dígame de una vez que el estado de salud y la avanzada edad no constituyen *per sé* circunstancias que desvirtúen la capacidad para ser parte y comparecer al proceso; cosa diferente es que por cuenta de una grave enfermedad o la muerte de la parte que no está representada por apoderado, sobrevenga una causal de suspensión del proceso (art. 159 C.G.P.), pero ello no fue propuesto ni acreditado dentro del litigio en cuestión; al contrario, para la época en que se profirió la sentencia el señor TORO CUERVO adelantó actuaciones como la constitución de apoderado judicial, lo cual descarta que para entonces su estado de salud fuera

de tal gravedad que estuviera en absoluta incapacidad física o mental de velar por sus derechos. Entretanto su posterior muerte ocurrió cuando ya el proceso de filiación adelantado en su contra había culminado hacía varios meses mediante sentencia plenamente ejecutoriada.

Por otro lado menos aún puede predicarse imposibilidad de ejercer la defensa por la pandemia Covid-19 cuando para contrarrestar esa inusual situación se implementó prontamente la virtualidad en la Administración de Justicia, lo cual posibilitó el litigio de manera remota, por suerte que devino innecesario para las partes y apoderados concurrir presencialmente a los estrados judiciales. Así pues las excusas referidas a la dificultad para movilizarse por las restricciones adoptadas por los gobiernos nacional o locales, no son verdadera justificación del abandono del derecho de defensa por parte del demandado; incluso las actuaciones que aquel alcanzó a desplegar dentro del proceso, no requirieron su desplazamiento hasta el estrado judicial accionado pues se hicieron mediante mecanismos virtuales.

Acorde con las disquisiciones precedentes, se concluye que el señor FERNANDO TORO CUERVO decidió no ejercer los recursos y mecanismos de defensa de los que disponía en el marco del proceso de filiación adelantado en su contra, evidencia ante la cual es improcedente el mecanismo de la acción de tutela por no satisfacer el requisito de la subsidiaridad. Y es que además de las posibilidades defensivas que pudo desplegar el extinto señor TORO CUERVO frente a la demanda, tenía también a su alcance la oportunidad de apelar la sentencia que le resultó desfavorable, pero no lo hizo. En otras palabras el señor FERNANDO TORO CUERVO disponía de un medio de defensa frente a la sentencia fustigada por sus herederos en sede de tutela, pero al obviar su ejercicio determinó la improcedencia del ruego tuitivo por la insatisfacción del requisito de la subsidiaridad.

Para esta Corporación no cabe duda alguna de la idoneidad del recurso de apelación a modo de mecanismo de defensa pues fue previstos por la legislación para lograr que el superior de un juez modifique o revoque una determinación por cuenta de circunstancias como la indebida valoración probatoria o la inadecuada aplicación de preceptos legales atinentes al caso, siendo ello lo perseguido por los actores en el sub iudice. Así es evidente que mediante la presente tutela pretenden enmendar el descuido de su progenitor, utilizando el mecanismo

constitucional a modo de una segunda instancia que no fue agotada dentro del mismo proceso.

Por último y aun cuando las consideraciones precedentes son suficientes para anunciar el fracaso de la presente acción de tutela, debe llamarse la atención respecto al absoluto equívoco en el que incurre el apoderado de los accionantes al defender que la sola renuencia del demandado en la práctica de la prueba de ADN –para la cual incluso y en atención a sus condiciones personales se dispuso la toma de muestra en su propio domicilio- y su falta de oposición frente a la demanda son motivos insuficientes para sustentar jurídica y fácticamente la sentencia emitida en su contra. Al respecto se ha de considerar el contenido del artículo 386 del Código General del Proceso que en lo pertinente dispone como reglas propias del proceso de filiación:

“3º. No será necesaria la práctica de la prueba científica cuando el demandado no se oponga a las pretensiones, sin perjuicio de que el juez pueda decretar pruebas en el caso de impugnación de la filiación de menores.

4. Se dictará sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la demanda en los siguientes casos:

a) Cuando el demandado no se oponga a las pretensiones en el término legal, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 3(...).”

Siendo ello así el JUEZ PRIMERO PROMISCUO DE FAMILIA DE RIONEGRO fue sumamente garantista frente al demandado FERNANDO TORO CUERVO, pues aún cuando éste omitió oponerse a la demanda, en todo caso dispuso la práctica de la prueba genética; y además una vez aquel señor comunicó que no se trasladaría hasta Medellín para la toma de muestra, el funcionario judicial dispuso que entonces ésta le fuera tomada en su propio domicilio, gestión que también fue esquivada por el demandado de manera injustificada, pues no constituye verdadero motivo para negar colaboración en la práctica de la prueba que la encargada del laboratorio llegara un poco más tarde de la hora prevista inicialmente, máxime cuando se suponía que por sus limitaciones de salud el señor TORO CUERVO permanecía en su residencia.

En síntesis, insatisfecho el requisito de la subsidiaridad de la acción de tutela contra providencias judiciales, el reclamo constitucional elevado por JOSÉ IVÁN y GRACIELA TORO OSPINA por conducto de apoderado judicial y quienes actúan en calidad de herederos del señor FERNANDO TORO CUERVO, contra el JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DE RIONEGRO ANT., no puede abrirse paso. Así se dejará plasmado en la parte resolutive de esta providencia.

De conformidad a los razonamientos precedentes, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA CIVIL-FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

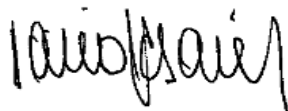
PRIMERO: NEGAR por improcedente el amparo de tutela invocado por JOSÉ IVÁN y GRACIELA TORO OSPINA por conducto de apoderado judicial y en calidad de herederos del señor FERNANDO TORO CUERVO contra el JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DE RIONEGRO ANT., por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE este fallo a las partes en la forma dispuesta en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: De no ser impugnado **REMÍTASE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Concluido dicho trámite **ARCHÍVESE**.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DARÍO IGNACIO ESTRADA SANÍN



OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA