

SU195-98

Sentencia SU-195/98

DEBIDO PROCESO-Falta de notificación al demandado

Como reiteradamente se ha afirmado por esta Corporación, la falta de notificación al demandado constituye una causal de nulidad de lo actuado por que se erige en una violación del derecho de defensa, derecho incluido dentro del concepto de “debido proceso” que la Carta Política reconoce como derecho fundamental de las personas. En efecto, el enjuiciamiento del demandado en ausencia del mismo, implica una grave infracción a una formalidad esencial de dicho enjuiciamiento y, por contera, al derecho fundamental del demandado garantizado por el artículo 29 superior.

NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION DE TUTELA-Saneamiento

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia en casos especiales

INDEFENSION-Determinación

PRESUNCION DE INDEFENSION DEI MENOR-Respecto del padre

INDEFENSION DE LA MADRE-Perjuicio por separación forzada del hijo por el padre

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Separación forzada de un niño respecto de su madre

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA-Alcance

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA-Protección internacional

El Derecho Internacional no ha sido ajeno a la protección del derecho fundamental reconocido a los niños, de tener una familia y de disfrutar del cuidado y del amor de ambos de sus progenitores. Esta protección internacional se extiende, además, a la relación con los demás miembros de la familia y con la nación misma de sus padres, factores que se consideran determinantes de la identidad del menor, que es mirada como un derecho que la comunidad internacional debe preservar.

IUS COGENS-Significado

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Compromete a la comunidad internacional/DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA-Protección real por la comunidad internacional

Los preceptos de la Convención sobre Derechos del Niño relativos a la protección del menor en relación con su derecho a la familia, a la propia identidad personal, y a la relación paterno filial, más allá de la obligatoriedad que generan para los Estados signatarios del referido documento, comprometen a la comunidad internacional entera. En este sentido, el país a donde fue llevado el menor cuya protección se invoca en esta tutela, está internacionalmente obligado a proteger sus derechos de manera real y no simbólica. Debe, por lo tanto, permitir un contacto personal entre la madre y su hijo, suficientemente asiduo y libre de interferencias, que haga posible una verdadera relación materno filial y familiar, referida también a sus demás parientes colombianos, y un conocimiento por parte del niño acerca de los elementos que integran la nacionalidad colombiana, que deben ser reconocidos como valores de su propia identidad.

TENENCIA Y CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO-Provisionalidad al ser llevado arbitrariamente al extranjero por su padre

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Entrega provisional del menor a la madre

REGLAMENTO DE VISITAS-Regulación provisional por el defensor

EXEQUATUR-Aplicación

Referencia: Expediente T-79789

Peticionario: María Fernández Tamayo.

Procedencia: Sala de Familia del Tribunal de Distrito Judicial de Cali.

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C. siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Jose Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Carmenza Isaza de Gómez (e), Alejandro Martínez Caballero y Fabio Moron Díaz, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de tutela radicado bajo el número T-79.789, adelantado por la señora María Fernández Tamayo, en contra del señor Charles Anglin Wesley Spencer.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección número nueve de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

Mediante apoderada judicial, la peticionaria solicita la protección de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la unidad familiar de su hijo, Paul André Anglin Fernández, supuestamente vulnerados por el padre del menor, Charles Wesley Anglin Spencer, de acuerdo con los siguientes hechos.

2. Hechos

La demandante señala que de su matrimonio con el señor Anglin, el 30 de mayo de 1994 nació el menor Paul Andre Anglin Fernández. Relata que el padre de su hijo le solicitó un poder de custodia temporal para llevarlo de paseo a la ciudad de Rockford, Michigan, EE.UU., por el término de treinta (30) días, pero que asaltándola en su buena fe le hizo firmar dicho documento por 6 meses, aduciendo que éste era el término requerido para adelantar las gestiones de la custodia temporal.

Vencidos los 30 días, la peticionaria requirió telefónicamente al padre del menor para que cumpliera con la obligación contenida en el poder suscrito, pero hasta la fecha aquél se ha negado a devolverle a su hijo. La demandante asegura que ni siquiera la intervención de la familia ha logrado que el señor Anglin cumpla su compromiso.

En la demanda, presentada ante el Juzgado Primero de Familia de la ciudad de Cali el 6 de abril de 1995, la solicitante manifiesta que no tiene medios económicos ni autorización del gobierno norteamericano para visitar a su hijo, lo cual la pone en situación de desigualdad manifiesta frente al demandado, quien sí cuenta con los recursos necesarios para viajar a Colombia. La actitud del padre también quebranta el derecho fundamental a la unidad familiar del niño, por cuanto le acarrea daños físicos y mentales irreparables, dice la madre. No existe justificación, a su parecer, para que uno de los padres impida el ejercicio de los derechos que legítimamente tiene el otro frente a un hijo común.

De la documentación allegada al expediente se deduce el hecho de que, a la fecha, la justicia norteamericana ha concedido al padre la guarda sobre el menor, así como ha establecido así mismo el régimen de visitas para la madre en términos muy restrictivos.

Material probatorio

- Registro Civil de Matrimonio de la señora María Fernández Tamayo con el señor Charles Wesley Anglin.
- Registro de nacimiento del menor Paul Andre Anglin Fernández.
- Poder otorgado por la señora María Fernández Tamayo al señor Charles Wesley Anglin para que éste se llevara al menor Paul Andre a los Estados Unidos de América, por el término de seis meses. Dicho poder, otorgado el día siete (7) de octubre de 1994, se encuentra redactado en el idioma inglés, y obra en el expediente una traducción oficial realizada por un auxiliar de la justicia.
- Poder otorgado por el señor Charles Wesley Anglin mediante el cual autorizó al señor Bryce Hoogerwerf, empleado de la compañía American Airlines, para trasladar al menor Paul Andre a los Estados Unidos de América, a partir del primero (1o.) de octubre de 1994, y por un término de seis (6) meses.

3. Pretensiones

La apoderada judicial requiere que se ordene al señor Charles Wesley Anglin restituir al menor a su residencia inicial, es decir a Cali, y, consecuentemente, reparar los derechos que le han sido vulnerados a éste y a su madre.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. Primera instancia

Mediante Auto de sustanciación del 7 de abril de 1995, el Juzgado Primero de Familia de Cali ordenó requerir al demandado para que a la mayor brevedad diera cumplimiento al documento suscrito con la peticionaria y procediera a devolver inmediatamente al menor. Para el efecto, ordenó notificar el contenido de la demanda al tutelado a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica.

Mediante sentencia del 28 de abril de 1995, el referido despacho judicial resolvió denegar por improcedente la solicitud de tutela por estimar que había sido la propia demandante quien había autorizado libremente y de manera voluntaria el traslado de su hijo a los Estados Unidos. En este sentido asegura que: “esta decisión, se presume que la ha tomado la madre, (al permitir que su hijo de cinco meses de edad) debido al amplio conocimiento, confianza y seguridad que el Sr. CHARLES (padre del infante) le brinda a ella y a su hijo. Es decir se presume que estamos frente a un buen padre, responsable y seguro de su rol de tal (...). Si la madre de Paul Andre Anglin conociera que su esposo es un mal padre, irresponsable, inseguro, inestable, e incapaz de tener consigo ese hijo durante el tiempo de seis (06) meses pactado en el escrito, ella no hubiese consentido bajo ningún pretexto, que su hijo fuese trasladado hasta el lugar donde vive su padre en los Estados Unidos.”

Adicionalmente, el despacho judicial consideró que la jurisdicción de familia debía ser la encargada de resolver el conflicto sobre la custodia del menor, de acuerdo con las garantías que cada uno de los padres ofreciera para el cuidado del mismo. Sin embargo, el funcionario judicial ordenó al demandado cumplir con la obligación contenida en el poder suscrito con su esposa.

Con fecha veintiocho (28) de abril de 1995, el Cónsul de Segunda en Michigan remitió, vía

fax, un oficio dirigido al Jefe de la División de Comunicaciones Colombianas en el Exterior y Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, donde informa sobre la imposibilidad de llevar a cabo la notificación al señor Charles Wesley Anglin, por la falta de correspondencia entre los teléfonos suministrados y el domicilio del demandado.

2. Impugnación

La apoderada judicial de la señora Fernández Tamayo recalca en su escrito de impugnación, presentado el 12 de mayo de 1995, que ésta no tiene recursos suficientes para visitar a su hijo y que el acto mediante el cual el padre del menor se arrogó la patria potestad es doloso porque asaltó la buena fe de la primera. Agrega que atribuir a las condiciones morales o mentales de la tutelante el hecho de haber consentido en el viaje de su hijo no puede constituirse en argumento para denegar la protección solicitada, por cuanto, en primer lugar, al juez de tutela no le corresponde adelantar estos juicios de valor sin los soportes científicos necesarios y, en segundo lugar, porque la autorización de la madre se extendió con base en la confianza que le generaba el hecho de ser el demandado su legítimo esposo y padre de su hijo.

3. Diligencias de notificación

Previamente debe aclararse que las diligencias para notificar al demandado que a continuación van a ser relacionadas, no se incluyeron en el expediente sino después de que la Corte Constitucional revisara el proceso en el año de 1996, como se podrá observar.

El día 24 de mayo de 1995, el Consulado General de Colombia en Michigan comunicó al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia que el día 2 del mismo mes y año, el abogado del señor Anglin, Richard Kessler, había solicitado la remisión, vía fax, del Auto admisorio de la demanda, petición que se concedió el día 3. Igualmente, el 16 del mismo mes, el abogado Kessler solicitó copia de los documentos remitidos por el juzgado y la cancillería, los cuales le fueron enviados en el menor tiempo posible y “entendiéndose jurídicamente -dice el consulado- como una notificación por conducta concluyente en razón a la distancia para la presentación personal”¹ (folios 132 y 133)

4. Sentencia de Segunda instancia

El 6 de Junio de 1995, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, profirió Sentencia de segunda instancia mediante la cual revocó la decisión del a-quo por considerar que los derechos de la peticionaria se vieron claramente vulnerados por la actitud del demandado al impedirle indefinidamente el contacto con su hijo y el desarrollo de sus aspiraciones legítimas como madre. El Tribunal señala que la conducta del demandado es claramente abusiva para con la tutelante, pues rompe la armonía de trato que debe existir entre los padres y los hijos; además la considera inequitativa en la medida en que aquél, a diferencia de la madre, sí cuenta con los medios económicos para visitar a su hijo en Colombia, lo que haría que éste fuera el país cuya residencia más conviniera al menor por permitirle la presencia simultánea de sus padres.

Del mismo modo, el Tribunal estima que la conducta del padre atenta contra los derechos fundamentales del menor a tener una familia y a recibir los cuidados afectivos de su madre; que el menor, así como la demandante, se encuentra en estado manifiesto de indefensión respecto del padre, y que por tratarse de la vulneración de derechos fundamentales en cabeza de un niño, la vía judicial de defensa inmediata es la acción de tutela y no los procedimientos civiles tendientes a determinar su guarda.

En consecuencia, el tribunal ordenó la entrega del menor dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia, para lo cual dispuso, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, exhortar al Cónsul de Colombia en Michigan con el fin de que dicho funcionario adelantara la respectiva notificación.

El día 26 de julio de 1995 el cónsul general de Colombia en Michigan informó mediante oficio al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, que había comunicado por fax al señor Wesley Anglin el contenido del exhorto remitido por el Tribunal de Familia de Cali, contentivo de la orden proferida en la sentencia de segunda instancia. Así mismo, el Consulado manifestó que el 12 de julio de 1995, el abogado del señor Spencer recibió la documentación con el fin de ponerla en conocimiento de su cliente. Esta información tampoco fue incluida en el expediente mientras éste estuvo en poder de la Corte Constitucional para su revisión inicial en el año de 1996.

El día 21 de julio, el Consulado envió por correo certificado el contenido de la sentencia de segunda instancia al abogado del demandado y fijó edicto en un lugar visible de las oficinas

del Consulado General de Colombia en Chicago, Illinois- Estados Unidos, desfijándolo el 26 del mismo mes, según las prescripciones del artículo 323 del C.P.C.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali hizo llegar el expediente a la Corte Constitucional el día primero de septiembre de 1995.

5. Auto de nulidad proferido por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional

Mediante Auto 003 del 22 de febrero de 1996, y luego de solicitar algunas pruebas, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional advirtió que al demandado no se le había notificado la tutela incoada en su contra y, en consecuencia, ordenó al juzgado de primera instancia poner en conocimiento de la nulidad al afectado, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el artículo 145 del C.P.C.

La Sala Novena de Revisión consignó lo siguiente : “Ahora bien, si se ha demostrado que el señor CHARLES WESLEY ANGLIN, al no haber sido notificado, en ningún momento fue vinculado al proceso de tutela que se revisa, entonces debe concluirse que se ha violado un principio primordial del debido proceso, cual es el de la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa.”

6. Sentencia de primera instancia posterior a la nulidad

El 26 de marzo de 1996, el Juzgado Primero de Familia de Cali profirió de nuevo la Sentencia de instancia y decidió, como antes, denegar por improcedente la tutela impetrada, ordenando, al igual que la primera vez, oficiar al Ministerio de Relaciones Exteriores para que por su intermedio se comunicara al demandado el contenido de la sentencia, con el fin de que diera cumplimiento al pacto familiar suscrito con su legítima esposa.

Contra el fallo, la apoderada de la demandante interpuso de nuevo recurso de apelación con argumentos similares a los esgrimidos en el primer trámite. El proceso subió de nuevo al Tribunal el 17 de abril de 1996.

7. Trámite de apelación de la Sentencia

El 25 de abril de 1996 el Tribunal Superior de Cali decretó la nulidad de todo lo actuado porque, en su parecer, el Juzgado Primero de Familia de Cali no le dio cumplimiento estricto a

lo ordenado por la Corte Constitucional en el Auto del 22 de febrero.

En efecto, el Tribunal consideró que el juzgado de instancia, en vez de poner en conocimiento del demandado la nulidad procesal para que éste procediera a su eventual saneamiento según el procedimiento previsto por el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, tal como se lo había ordenado la Corte Constitucional, procedió a decretar de oficio la nulidad y a ordenar la notificación del Auto admisorio de la demanda, enviando un nuevo exhorto y limitándose a agregar al expediente algunas diligencias de notificación que ya habían quedado cobijadas por la nulidad.

El Tribunal ordenó devolver el proceso al Juzgado de primera instancia para que allí se subsanara la irregularidad, pero, acto seguido, dispuso la notificación de la providencia a las partes, ordenando librar exhorto dirigido al Cónsul de Colombia en Michigan, mediante carta rogatoria con destino al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

El mencionado exhorto fue enviado el 29 de abril de 1996 por la Secretaría General del Tribunal Superior de Cali, oficina que, dos meses y medio después, es decir el 17 de julio, decidió requerir al Consulado para que diera respuesta al documento en mención.

El 6 de agosto de 1996 el cónsul general de Colombia en Michigan, en respuesta al oficio y al requerimiento, informó al Tribunal lo siguiente: que siguiendo las indicaciones de esa Corporación, había procedido a notificar al señor Charles Wesley Anglin Spencer la última decisión de ese Tribunal, quien rubricó su firma en el recomendado enviado a la dirección suministrada en el proceso, pero se negó a recibirla; que el ciudadano americano no se hizo presente en el Consulado; que la oficina procedió a notificarlo nuevamente con el mismo procedimiento según carta N° 312 del 15 de mayo de 1996, pero que esta comunicación fue devuelta por el correo americano, como consta en el expediente, porque el señor Anglin Spencer se negó a recibirla.

Además, agrega el Consulado, el 7 de mayo de 1996 se citó en dos oportunidades al demandado Charles Wesley Anglin, pero en ambas éste se negó a recibir la correspondencia respectiva. Sugiere en el mismo escrito, que debe buscarse un procedimiento alterno para la recuperación del menor ya que los utilizados hasta el momento han sido infructuosos.

En consecuencia, el 8 de octubre de 1996 el Tribunal Superior de Distrito de Cali ordenó

notificar nuevamente al demandado el Auto del 25 de abril mediante el cual esa Corporación declaró la nulidad de todo lo actuado, pero, esta vez, según los procedimientos descritos en los numerales 1° y 2° del artículo 320 del C.P.C. Con este propósito, el Tribunal solicitó a la demandante el suministro de las expensas necesarias para adelantar la notificación personal, pero ella, en declaración recibida el 7 de abril de 1997, declaró no contar con los recursos económicos para sufragar los gastos de la diligencia. Sin embargo, el Ministerio de Relaciones Exteriores, atendiendo al hecho de que se trataba de la recuperación de un menor, informó al Tribunal Superior de Cali que cubriría los costos de la notificación solicitada.

El día 3 de septiembre de 1997, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali profirió auto mediante el cual determinó que por haber sido infructuosas las diligencias tendientes a poner en conocimiento de la parte demandada el contenido de la acción de tutela, ya que el señor Anglin se negaba sistemáticamente a recibir las comunicaciones remitidas por la justicia colombiana, el expediente debía ser remitido de nuevo al Juzgado de primera instancia con el fin de que allí se decidiera si con los documentos aportados en el proceso (especialmente los correspondientes a los folios 131 a 210 del cuaderno principal) podía concluirse saneada la nulidad por entenderse notificado el demandado.

Es importante señalar que la decisión del Tribunal hace la siguiente advertencia: que las piezas procesales correspondientes a los folios mencionados y que contienen las diligencias de notificación que se adelantaron a partir del 24 de mayo de 1995, es decir, después de la primera Sentencia de primera instancia y que, como se recordará, contaron con la participación del abogado del demandado, Richard Kessler, inexplicablemente no estaban incluidas en el expediente cuando la Corte Constitucional adelantó la revisión del proceso.²

El 8 de septiembre de 1997 el Juzgado Primero de Familia envió el expediente a la Corte Constitucional por considerar que así se lo había ordenado el Tribunal de Cali.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política y 31 a 36 del decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte

Constitucional, es competente para revisar el fallo de tutela de la referencia.

Trámite de la presente acción de tutela y procedencia de fallo inmediato de la Corte.

1. Como se explicó en el acápite de Antecedentes, las últimas actuaciones surtidas dentro del trámite de la presente acción de tutela, consistieron en el Auto proferido el 3 de Septiembre de 1997 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que le remitía el expediente nuevamente al Juzgado Primero de Familia de Cali y ordenaba al juez estudiar si, con fundamento en los documentos allegados al expediente y de los cuales no tuvo ocasión de conocer la Corte Constitucional, se podía considerar producida una notificación por conducta concluyente. No obstante lo anterior, el Juez Primero de Familia de Cali al recibir el expediente, lo remitió directamente a esta Corte sin decidir si se había producido la notificación de tal manera.

Teniendo en cuenta que la demanda que dio origen a la presente causa de tutela fue interpuesta en abril del año de 1995 ante el Juzgado Primero de Familia de Cali, que para trámite de impugnación ha subido dos veces al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y que para revisión de esta Corporación, la presente es la segunda vez que ha sido remitida, la Corte estima que a pesar de que el referido Juzgado no acató la orden dada por el Tribunal en el sentido de entrar a dilucidar si era procedente declarar la notificación por conducta concluyente, esta Corporación debe asumir la determinación de ese punto, y, de encontrar procedente tal declaración, entrar de inmediato a revisar la sentencia proferida el 6 de junio 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Avalan esta decisión las consideraciones relativas a los derechos fundamentales cuya tutela se invoca en la presente causa judicial y el trámite preferente y sumario que debe dársele a la acción de tutela, circunstancias que imponen el que sobre el rigorismo procedimental prevalezca el aspecto sustancial que se debate.

Debe recordarse, además, que la dilación que se ha presentado en el trámite de la presente acción, ha obedecido justamente a la necesidad de notificar la demanda al demandado, trámite que ha sufrido largas vicisitudes, por lo cual resulta prioritario, para poder fallar de fondo, dilucidar si dicha notificación puede entenderse surtida, y por lo tanto descartarse la posible nulidad por falta de notificación.

Saneamiento de la nulidad.

2. Como se expuso anteriormente, esta Sala de revisión de la Corte, mediante Auto del 22 de febrero de 1996, ordenó al Juzgado Primero de Familia de Cali poner en conocimiento al demandado de la nulidad por falta de notificación que afectaba el trámite de la presente acción, para que, si lo estimaba pertinente, saneara tal vicio en el término que señala el art. 145 del Código de Procedimiento Civil. No obstante, al momento de proferir el referido Auto, no se habían agregado al expediente, entre otras, dos comunicaciones provenientes del Ministerio de Relaciones Exteriores por lo cual la Corte no tuvo conocimiento de ellas en ese momento.

Dichas comunicaciones son la carta del 24 de mayo de 1995 en la que el Consulado de Colombia en Chicago comunica al Ministerio de Relaciones Exteriores que el día 2 de mayo de 1995 el abogado del demandado se puso en contacto telefónico con el Consulado y solicitó el envío del auto admisorio, cosa que se hizo el 3 de junio. Y el 16 de mayo, dice el Consulado, el abogado volvió a llamar y se le envió por fax el mencionado auto.

La otra comunicación agregada al expediente con posterioridad al Auto de esta Sala de revisión del 22 de febrero de 1996, es el memorando del 26 de julio de 1995 proveniente del Consulado de Colombia en Chicago, en el cual se informa que con fax de 7 de julio de ese mismo año se citó al demandado para comparecer a esa oficina consular a fin de notificarle personalmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el día 6 de junio de 1995. Este fax se hizo llegar también al abogado del demandado, quien llamó a la Sra. cónsul, acusó recibo y dijo que le haría saber al cliente la citación mencionada. Con oficio del 21 de julio de 1995 se le envió el expediente al demandado por correo certificado, incluida la sentencia del Tribunal. Además el 21 de julio se fijó en el Consulado edicto notificando la Sentencia referida anteriormente, edicto que se desfijó el 26.

Posteriormente, el 7 de mayo, el Consulado intentó llevar a cabo la notificación anterior citando otra vez al demandado para comparecer ante esa Oficina, pero también en esta ocasión el tutelado se negó a recibir la correspondencia respectiva.

1. De este modo, la Corte observa que el trámite de admisión y notificación de la presente

tutela, así como la actuación posterior, fue, en síntesis, así :

* 6 de abril de 1995 : presentación de la demanda.

* 7 de abril de 1995 : auto que ordena notificar al demandado.

* 28 de abril de 1995 : Sentencia de primera instancia.

* 3 de junio de 1995 : El Consulado de Colombia en Chicago envía al demandado el auto admisorio de la demanda.

* 16 de mayo de 1995 : el Consulado envió por fax el auto admisorio al abogado del demandado.

* Junio 6 de 1995 : Sentencia de segunda instancia.

* 7 de julio de 1995 : vía fax se citó al demandado para notificarle el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Este fax se comunicó también al abogado del demandado, quien confirmó el recibo del mismo.

* 21 de julio de 1995 : se fijó en el Consulado edicto notificando la Sentencia de segunda instancia. Adicionalmente, en esta misma fecha, se le envía el expediente al demandado por correo certificado, incluida la sentencia del Tribunal.

* Febrero 22 de 1996 : Auto de la Sala Novena ordenando al juzgado poner en conocimiento al demandado la nulidad por falta de notificación, para que si lo estima pertinente la sanee en el término que señala el art. 145 del C. de PC .

* Marzo 11 de 1996 : el juzgado de primera instancia, contraviniendo la orden de esta Sala, decretó la nulidad de todo lo actuado.

* 16 de abril y 7 de mayo de 1996 : nuevas notificaciones al demandado que este se negó a recibir. Estas notificaciones pretendían poner de nuevo en conocimiento del demandado el Auto admisorio de la demanda, proferido por el Juzgado Primero de Familia de Cali, a fin de dar nuevo trámite a la acción.

* Posteriormente se surtió de nuevo todo el trámite de la primera instancia. Impugnada nuevamente la segunda Sentencia del a-quo, el expediente volvió al Tribunal. Proferido el Auto de nulidad en segunda instancia, el ad-quem conoció los documentos que acreditaban la notificación al demandado - que tampoco había conocido la Corte - por lo cual devolvió el expediente al a-quo para que éste determinara si hubo notificación por conducta concluyente. Por último el Juzgado de primera instancia remitió el expediente a la Corte sin cumplir el encargo impuesto por su superior.

4. Los anteriores hechos, que se encuentran acreditados en el expediente, constituyen en su conjunto prueba completa de que el demandado tuvo conocimiento tanto del primer Auto admisorio, como de los fallos proferidos en el primer trámite en primera y en segunda instancia. En efecto, ¿como puede un abogado hacerse presente ante un despacho consular para solicitar documentos relativos a una demanda interpuesta en contra de su cliente, si no es por información que este mismo le suministra ? Y esta actitud fue asumida no una, sino dos veces. Este comportamiento de quien representa los intereses de una de las partes, permite afirmar que ésta estuvo informada de todo el trámite de la acción y que voluntariamente no quiso intervenir en ella.

5. La disposición normativa contenida en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, manifiesta que las providencias que se dicten dentro del trámite de la acción de tutela, se notificarán a las partes o intervinientes por el medio que el juez considere más expedito y eficaz. Esta disposición permite la notificación surtida por correo o por fax. No es necesario, por lo tanto, que las notificaciones dentro del trámite de la acción de tutela se surtan de manera personal ; bien pueden hacerse por correo certificado, existiendo certeza sobre tal notificación si la comunicación no es devuelta por el servicio de correos.³ En el caso de autos, hubo dos notificaciones por este medio que no fueron devueltas por el correo norteamericano al Consulado colombiano. Además, hubo también dos notificaciones hechas al demandado por fax, utilizando para ello el número suministrado por el propio abogado del tutelado.

De tal manera que para esta Sala de Revisión la notificación, tanto del Auto admisorio como de los fallos de instancia proferidos en la primera oportunidad, fue surtida en legal forma, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991. Se trata pues de una notificación por medios expeditos, de la cual hay certeza de que se produjo, y no de una notificación por

conducta concluyente.

6. Obviamente, no escapa a la Sala el hecho de que la primera notificación del Auto admisorio se produjo extemporáneamente, después de que fuera proferida la Sentencia de primera instancia, y de que ello produjo una nulidad. Debe, por tanto, examinar si esa nulidad puede considerarse saneada.

7. Como reiteradamente se ha afirmado por esta Corporación, la falta de notificación al demandado constituye una causal de nulidad de lo actuado por que se erige en una violación del derecho de defensa, derecho incluido dentro del concepto de “debido proceso” que la Carta Política reconoce como derecho fundamental de las personas. En efecto, el enjuiciamiento del demandado en ausencia del mismo, implica una grave infracción a una formalidad esencial de dicho enjuiciamiento y, por contera, al derecho fundamental del demandado garantizado por el artículo 29 superior.

Ahora bien, la falta de notificación es una nulidad saneable. Quien tiene interés para alegarla es el demandado o su representante, quienes deben presentarse al proceso para alegarla. No obstante, si una vez vinculado el demandado al proceso no la alega, se entiende saneada.

8. En el caso bajo examen, el Auto admisorio fue extemporáneamente notificado al demandado, pese a lo cual sí hubo una notificación. Posteriormente, el demandado tuvo también acceso a la Sentencia de primera instancia, así como a la de segunda, y el expediente completo que contenía ambos fallos le fue enviado por correo certificado, que no fue devuelto por el correo norteamericano. Por lo tanto, no cabe duda de que la nulidad no fue alegada por el tutelado, a pesar de haber estado en condiciones de hacerlo. De esta manera tal nulidad fue saneada. Y así saneada, todo el trámite de primera y de segunda instancia que inicialmente se surtió, debe considerarse perfectamente válido.

9. No obstante lo anterior, la Sala debe pronunciarse respecto de la declaración de nulidad proferida por el a-quo y respecto del trámite que nuevamente se surtió tanto en primera como en segunda instancia a consecuencia de la declaración mencionada.

Como antes se dijo, cuando esta Sala asumió por primera vez el conocimiento de la presente tutela, no tuvo oportunidad de conocer los informes procedentes del Consulado de Colombia en Chicago relativos a la notificación del Auto admisorio y de los fallos de instancia que se

habían producido hasta entonces. Por ello ordenó al a-quo poner al demandado en conocimiento de la nulidad por indebida notificación que creyó que se había producido. No obstante, el referido Juez, en lugar de proceder según la orden de la Corte, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del Auto admisorio, ordenó nuevamente su notificación y posteriormente falló de nuevo la tutela. Impugnada esta decisión, el expediente volvió nuevamente al Tribunal Superior en donde se produjo un Auto de nulidad.

Para la Sala, toda esta actuación posterior al Auto emanado de su seno, que ordenaba simplemente poner en conocimiento del demandado la nulidad por indebida notificación para darle la oportunidad de sanearla o de pedir su declaración, carece de validez alguna y por lo tanto no será tenida en cuenta. Por ello, y ante la circunstancia probada de haberse notificado tanto el Auto admisorio como los dos primeros fallos de instancia, procederá, como es de su competencia, a revisar el primer fallo proferido por el Tribunal Superior del distrito Judicial de Cali.

La presente tutela en cuanto se dirige contra un particular. Inexistencia de otras acciones judiciales adecuadas para la defensa de los derechos cuya protección se invoca.

10. Es sabido que conforme con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede en contra de particulares, en casos especiales como cuando el solicitante se halla en estado de subordinación o indefensión en relación con el particular contra quien dirige la acción. En desarrollo del precepto constitucional referido, el numeral 9° del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de particulares, cuando la solicitud se eleve para tutelar a quien se encuentre en estado de subordinación o indefensión respecto de la persona contra quien se interpuso la tutela, presumiéndose la indefensión del menor que solicita el amparo.

11. De otra parte, ha sido esbozado como criterio jurisprudencial, que la determinación del factor de indefensión queda al criterio del juzgador en cada caso particular. En este sentido se dijo en Sentencia T-161 de 1993 (M.P. Doctor Antonio Barrera Carbonell) lo siguiente:

“De conformidad con el numeral 4o. del art. 42 del decreto 2591 de 1991, el estado de indefensión acaece o se manifiesta cuando la persona ofendida por la acción u omisión del particular, ... se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa o con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la agresión o la

amenaza de vulneración, a su derecho fundamental; estado de indefensión que se debe deducir, mediante el examen por el Juez de la tutela, de los hechos y circunstancias que rodean el caso en concreto.”

12. Adicionalmente la acción de tutela consagrada por el artículo 86 de nuestra Constitución Política, fue concebida como mecanismo de defensa y protección inmediata de los derechos fundamentales, únicamente cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que, existiendo, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado. En este sentido, esta corporación ha tenido ocasión de verter los siguientes conceptos :

“Cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluídos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alternativo de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se subplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias.” (Sentencia T- 100 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.)

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala encuentra que en el caso bajo examen, para establecer la procedencia de la acción de tutela, debe aplicarse a verificar si realmente la demandante y su hijo se encuentran en estado de indefensión frente al particular demandado, y si efectivamente no existe otro mecanismo de defensa judicial que resulte apropiado para la defensa de los derechos cuya tutela se pretende.

13. En cuanto a la indefensión tanto de la madre como del hijo, como requisito previo para la

procedibilidad de la acción, debe decirse que la del niño es presumida por la ley en el artículo 42 numeral 8° del decreto 2591 de 1991, presunción que, en su caso, hace procedente la tutela frente al particular demandado, que es su padre.

En cuanto al estado de indefensión de la madre, la Sala observa que aunque existen medios de defensa judicial a través de los cuales ella puede obtener la guarda de su hijo o la regulación de un programa de visitas que les permita a los dos gozar del derecho a la familia que la Constitución expresamente les reconoce, así como al niño disfrutar del cuidado y del amor que sólo su madre puede suministrarle por el simple hecho de ser su madre y que nuestra Carta Política expresamente erigió en la categoría de derecho fundamental de los niños (Artículo 44), el perjuicio irremediable que la separación está produciendo, y que por las vías judiciales ordinarias podría prolongarse aún más, coloca a la madre en un estado de indefensión jurídica que amerita que la tutela sea concedida como mecanismo transitorio.

14. En efecto, en el presente caso esa otra vía judicial no constituye un medio jurídico suficiente y adecuado para suspender inmediatamente la vulneración ya prolongada de los derechos fundamentales cuya protección se invoca. A través de ella la protección llegaría, pero llegaría en un momento más remoto, que haría irrecuperable el tiempo perdido de convivencia materno-filial que se impediría a causa de esta tardanza. Sin lugar a ningún género de dudas, la separación forzada de un niño de su madre, es un daño irremediable no susceptible de reparación a través de ningún medio jurídico. ¿Cómo reemplazar el tiempo perdido de convivencia en el amor materno? Consideraciones como la anterior hacen concluir a la Sala que efectivamente se está en presencia de un estado de indefensión jurídica y de un perjuicio irremediable que amerita conceder la tutela mientras se adelanta ante la jurisdicción de familia la acción tendiente a la definición de la guarda del hijo de la accionante.

El derecho fundamental a tener una familia y disfrutar del cuidado y amor materno

15. En ocasión anterior, había sido definido por esta Corporación, en los siguientes términos, el sentido y alcance del derecho fundamental de los niños a tener una familia :

“De la naturaleza humana se desprende inevitablemente el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales entre sí. Ese derecho comprende las distintas manifestaciones de recíproco afecto, el continuo trato y la permanente comunicación, que

contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre, cuyo fundamento no está ligado a la subsistencia del vínculo matrimonial ni a la vida en común de los padres, ni depende tampoco -tratándose de matrimonios disueltos- de si se tiene a cargo o se carece de la custodia de los menores.

.....

“Considera la Corte que todo intento de frustrar en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y posibilidades, constituye grave atentado contra los más sagrados principios morales y jurídicos. A juicio de esta Corporación, el padre o la madre que influye en su hijo contra el otro de los progenitores así como el que crea entre ellos barreras y distancias -físicas o morales- obra contra la naturaleza y cercena la más genuina expresión espiritual de la persona, por lo cual comete una incalificable falta contra la familia y contra la sociedad que no puede quedar impune ante el Derecho.” (Sentencia T-290 de 1993. M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo.)

Protección Internacional del derecho de los niños a tener una familia

16. El Derecho Internacional no ha sido ajeno a la protección del derecho fundamental reconocido a los niños, de tener una familia y de disfrutar del cuidado y del amor de ambos de sus progenitores. Esta protección internacional se extiende, además, a la relación con los demás miembros de la familia y con la nación misma de sus padres, factores que se consideran determinantes de la identidad del menor, que es mirada como un derecho que la comunidad internacional debe preservar.

En este sentido, los desarrollos contemporáneos del Derecho Internacional, recogidos específicamente en la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989,⁴ consagran dicha protección a partir del reconocimiento por los Estados partes, de que “la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros, y en particular de los niños” y que estos últimos merecen una protección especial. De manera particular, la referida Convención, en su artículo 8°, prescribe que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas”. Por su parte el

artículo 9° ibídem, señala que los Estados signatarios respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, derecho que es ratificado por el artículo siguiente de la Convención. Congruente con lo anterior, el artículo 11° indica que los Estados Partes adoptarán las medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el exterior.

Los anteriores postulados de defensa de los niños, por haber sido aceptados por más de ciento cincuenta Estados de la comunidad internacional y por su objetivo, relativo a la protección de los derechos humanos, siendo además un desarrollo de la declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U de 1948 y de la Carta de Naciones Unidas en sus artículos 13, 55 literal C, 56 y 103, pueden ser catalogados, al igual que el derecho internacional humanitario, bajo el concepto de *ius Cogens*.

El *ius Cogens*, es “un conjunto normativo cuya obligatoriedad y fuerza vinculante emana del respaldo universal que a sus preceptos da la comunidad internacional en su conjunto, la que además considera que sus normas no admiten acuerdo en contrario”.⁵ Por ello los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, prescriben que todo tratado internacional que esté en contradicción con una norma de *ius Cogens*, debe ser considerado nulo y terminar.

Adicionalmente, el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, antes mencionado, avanzando por fuera del concepto clásico de soberanía, se impone a los países miembros para obligarlos a cumplir cualquier disposición o Convenio de esta organización, relativo a la protección de los derechos humanos.

Desde este punto de vista, los preceptos de la Convención sobre Derechos del Niño relativos a la protección del menor en relación con su derecho a la familia, a la propia identidad personal, y a la relación paterno filial, más allá de la obligatoriedad que generan para los Estados signatarios del referido documento, comprometen a la comunidad internacional entera. En este sentido, el país a donde fue llevado el menor cuya protección se invoca en esta tutela, está internacionalmente obligado a proteger sus derechos de manera real y no simbólica. Debe, por lo tanto, permitir un contacto personal entre la madre y su hijo, suficientemente asiduo y libre de interferencias, que haga posible una verdadera relación

materno filial y familiar, referida también a sus demás parientes colombianos, y un conocimiento por parte del niño acerca de los elementos que integran la nacionalidad colombiana, que deben ser reconocidos como valores de su propia identidad.

17. En el caso sub examine, el padre arrebató indebidamente al niño de los brazos de su madre. Traicionando su confianza, se lo llevó a un país extranjero a donde ella tenía restringido el acceso, en razón de carecer de visa para ese momento. Este proceder antijurídico, pues se hizo de hecho, sin definición previa voluntaria ni judicial sobre la guarda del menor ni sobre el régimen de visitas, es totalmente reprochable. Constituye una clara vulneración de los derechos fundamentales a la familia y al cuidado y amor materno de los tutelantes, que no puede ser avalada por esta Corporación.

18. Por todo lo anterior, la Corte ordenará al padre entregar inmediatamente la guarda y custodia personal del niño a la madre, quien lo tendrá provisionalmente bajo su cuidado, hasta tanto la jurisdicción de familia resuelva de manera definitiva lo referente a estos aspectos y al régimen de visitas. Esta decisión se toma teniendo en consideración la manera violenta y arbitraria del proceder del padre con respecto a su hijo y a la madre, debidamente probada en el expediente.

Obviamente se le reconocerá al padre el derecho de visitar a su hijo; la madre deberá permitir estas visitas, que se surtirán de conformidad con el régimen provisional que establezca el defensor de familia, mientras se promueve por la demandante un proceso judicial tendiente a determinar en forma definitiva lo concerniente a la custodia y cuidado del niño y a la regulación definitiva del régimen de visitas, crianza y educación del menor. Esta intervención del defensor de familia se ordenará con fundamento en lo previsto por el artículo 277 del decreto extraordinario 2737 de 1989.

19. Habida cuenta de que el menor reside actualmente en los Estados Unidos de América, el cumplimiento de la presente Sentencia en el exterior necesitará del trámite propio del exequatur, surtido ante las autoridades judiciales competentes de ese país.

Para que la protección aquí concedida no resulte irrisoria, se ordenará a las autoridades colombianas competentes, esto es a la Cancillería y al Consulado de Colombia en la ciudad de Chicago, prestar toda la ayuda personal y material necesaria para lograr la efectividad de los derechos fundamentales que por este fallo se protegen. Para ello se procederá, así

mismo, por parte de estas autoridades, a proporcionar la asistencia jurídica que requiera la tutelante para hacer efectivos ante la justicia de los Estados Unidos, sus derechos y los de su menor hijo, ya sea mediante el trámite del exequatur de la presente Sentencia, o de la intervención dentro de cualquier proceso judicial o administrativo en trámite o por iniciarse en ese país, relacionado con su derecho a la guarda y custodia de su hijo.

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

RESUELVE

Primero: Por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente sentencia, DECLARAR saneada la nulidad por falta de notificación.

Segundo: CONFIRMAR la Sentencia Proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con las siguientes modificaciones y adiciones :

a) La tutela solicitada por la actora en su nombre y en el de su hijo menor se concede como mecanismo transitorio. En consecuencia, el señor Charles Wesley Anglin debe entregar el niño a su madre en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente Sentencia.

a. : Como consecuencia de lo anterior, la actora deberá iniciar ante la jurisdicción de familia dentro del término de cuatro (4) meses, contados a partir de la entrega del menor, el proceso de definición de la guarda y custodia del niño y la regulación de visitas. Se advierte a la actora que si no instaura la demanda respectiva en el plazo señalado, cesarán los efectos de esta tutela.

Tercero : ORDENAR la regulación provisional de un régimen de visitas del padre, que se prolongará desde la entrega del menor a su madre hasta cuando el juez de familia competente, adopte la decisión definitiva correspondiente. En consecuencia, SOLICITAR, la intervención del defensor de familia, para que determine la manera en que se llevarán a cabo las visitas aquí ordenadas. Para tal efecto, se enviará fotocopia íntegra del expediente al director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien informará a la Corte y al

Juzgado Primero de Familia de Cali, sobre el cumplimiento de las visitas que se ordenan.

Cuarto: ORDENAR al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Consulado de Colombia en la ciudad de Chicago, prestar toda la ayuda personal y material necesaria para lograr la efectividad de los derechos fundamentales que por este fallo se protegen, ayuda que incluirá la asistencia jurídica que requiera la tutelante para hacer efectivos ante la justicia de los Estados Unidos, sus derechos y los de su menor hijo.

Quinto: ORDENAR al Juzgado Primero de Familia de Cali, que verifique el cumplimiento de esta Sentencia.

Sexto: COMUNICAR la presente Sentencia al Juzgado Primero de Familia de Cali, para que sea notificada a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Séptimo: Para el cumplimiento de la presente decisión en el exterior, tramítese el exequátur ante la autoridad competente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ

Magistrada (e)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Esta diligencia de notificación inexplicablemente no estuvo incluida en el expediente hasta mucho después que la Corte Constitucional revisara por primera vez el proceso.

2 Se remite a la nota número 1.

3 Sobre este punto existe reiterada jurisprudencia de esta Corporación, vertida entre otras en las sentencias T-548 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-182 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía. T-082 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

4 Dicha convención entró en vigor de forma general el 2 de septiembre de 1990.

5 Sentencia C-088 de 1993, M.P. Dr. Ciro Angarita