

Sentencia T-818/13

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-En todos los procesos de familia y protección de menores, la regla general es la notificación personal

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto procedimental absoluto, por cuanto juez actuó al margen del procedimiento, al omitir la notificación personal en proceso de pérdida de patria potestad

La Sala considera que en el presente caso, el juez actuó al margen del procedimiento establecido, porque tratándose de un asunto tan delicado como la pérdida de la patria potestad, asunto que trasciende los derechos de los padres y afecta directamente los de los hijos menores, no actuó con la debida diligencia al acatar pasivamente la petición especial formulada por la apoderada de la parte demandante para que la notificación se surtiera por emplazamiento. Si bien el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil prevé que el juez podrá emplazar cuanto la parte interesada no conozca el paradero del demandado, es importante resaltar que este mecanismo es excepcional y que en este tipo de procesos que conllevan profundas implicaciones para el menor y la familia, se espera del juez un comportamiento más garantista de los derechos de las partes involucradas.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por indebida notificación del demandado en proceso de pérdida de patria potestad

DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA EN PROCESO DE PERDIDA DE PATRIA POTESTAD-Vulneración por indebida notificación del demandado

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por violación directa de la Constitución, al desconocer artículo 29 y no garantizar derecho de defensa en proceso de pérdida de patria potestad

PRINCIPIO DE LEALTAD PROCESAL-Deberes y cargas de las partes en los procesos y en particular en asuntos de familia

PRINCIPIO DE LEALTAD PROCESAL EN PROCESO DE PERDIDA DE PATRIA POTESTAD-Deberes y cargas de las partes en los procesos y en particular en asuntos de familia/PRINCIPIO DE LEALTAD PROCESAL EN PROCESO DE PERDIDA DE PATRIA POTESTAD-Caso en que se realizó notificación por emplazamiento, por cuanto la demandante dentro del proceso aseguró desconocer la dirección del ex esposo

En relación con las peticiones de emplazamiento que deben ser en todos los casos excepcionales, la jurisprudencia ha establecido que para que estas se entiendan realizadas en debida forma, es necesario que realmente la parte demandante no conozca el paradero del demandado, ya que de lo contrario se estaría engañando al juez y estaría faltando a los mínimos deberes procesales. Siendo la notificación por emplazamiento excepcionalísima, la parte que manifieste desconocer el paradero del demandado no puede hacer valer a su favor su negligencia, y en virtud del principio de lealtad procesal, tiene la obligación de acceder a todos los medios posibles para ubicar al demandado antes de jurar ante el juez que no conoce su lugar de domicilio o de trabajo para efectos de notificarlo personalmente. De acuerdo con la versión del accionante, la accionada conocía su domicilio y lugar de trabajo y ocultó dicha información al juez, asegurando bajo juramento desconocer el paradero de su ex esposo. Considera la Sala que la accionada actuó de manera desleal, y no asumió la carga que le correspondía como parte demandante en el proceso de pérdida de la patria potestad contra su ex esposo.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y PROCESO DE PERDIDA DE PATRIA POTESTAD-Vulneración del debido proceso y defensa por falta de notificación personal del padre de la menor

En los procesos de pérdida de la patria potestad es de fundamental importancia que todas las partes actúen de manera diligente dado que se encuentran en juego no solo los derechos de los padres sino principalmente el interés superior de los niños. En este sentido, (1) el juez debe ser muy cuidadoso y si es preciso, debe actuar oficiosamente con el fin de asegurar los derechos y garantías de todas las partes involucradas; (2) si es preciso nombrar un curador ad litem, también se espera diligencia de su parte, ya que su presencia en el proceso no es un mero requisito formal especialmente en procesos relativos a la

pérdida de la patria potestad; (3) los demandantes deben cumplir con los principios de lealtad procesal y asumir las cargas que les corresponden de manera responsable.

Referencia: Expediente T-3.959.020

Accionante: Juan Hernández.

Accionados: Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Zona Centro Zonal de Suba, Doctora Nubia Toloza y Directora General Cecilia de la Fuente de Lleras, Fiscalía 97 Delegada ante los Juzgados Penales Municipales Doctora Rosa Tulia Ramos Villalobo, y la señora María Sánchez .

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Elementos de la demanda.

1.1. Derechos Fundamentales invocados.El accionante invoca el desconocimiento del derecho al debido proceso y al buen nombre.

1.2. Conducta que causa la vulneración. Los derechos invocados fueron desconocidos según el accionante porque: (1) nunca conoció ni le fue notificado el proceso judicial de privación de la patria potestad de su hija adelantado por el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá y porque en dicho proceso no se imputaron las causales de pérdida de la patria potestad; (2) la Fiscalía investiga el delito de inasistencia alimentaria en su contra no obstante el señor Hernández se encuentre consignando debida y oportunamente las cuotas alimentarias; (3) se inició un proceso de adopción de la hija del señor Hernández a favor del actual esposo de la madre de la menor.

1.3. Pretensiones.El accionante solicita: (1) El amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y al buen nombre; (2) Que se ordene anular todo lo actuado en el proceso de suspensión o pérdida de la patria potestad llevado a cabo por el Juzgado Veintidós de

Familia de Bogotá; (3) Que se ordene a la Fiscalía 97 Delegada ante los Jueces Municipales, suspender toda clase de actuación en contra del accionante; (4) Que se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar suspender la actuación de adopción de la menor Eloísa Hernández Sánchez, hija biológica del accionante, a favor del nuevo compañero o cónyuge de la señora Sánchez; (5) Que se ordene a los despachos acusados reparar los daños y perjuicios ocasionados al accionante y que ascienden a la suma de 500 millones de pesos.

2. Fundamentos.

2.1. El señor Juan Hernández contrajo matrimonio con la señora María Sánchez el 30 de diciembre de 1999[1].

2.2. De dicha unión nació la menor Eloisa Hernández Sánchez el 23 de enero de 2003, la cual, a la fecha de interposición de la acción de tutela tenía 9 años de edad[2].

2.3. El accionante y su esposa se divorciaron el 26 de julio de 2006 y en el proceso de conciliación adelantado en el mes de agosto de 2007 ante el Juzgado 14 de Familia de Bogotá, llegaron a un acuerdo en relación con la cuota alimentaria para la menor[3].

2.4. Así, en el mes de septiembre de 2007, según versión del accionante, el señor Hernández consignó en la cuenta de la señora María Sánchez la suma de \$ 640.000 equivalente a la cuota del mes de septiembre y octubre. En noviembre del mismo año, consignó la cuota correspondiente de ese mes por valor de \$ 320.000.

2.5. El 10 de octubre de 2007, el señor Hernández ingresó a trabajar a la empresa Supertiendas Olímpica en el centro comercial Plazas de las Américas hecho que, según él, conocía la señora Sánchez[4].

2.7. El 21 de septiembre de 2009, la señora María Sánchez, contrajo matrimonio con el señor Pedro Monsalve[5].

2.8. El 10 de enero de 2010 a raíz de un problema de salud, el accionante tuvo que ser ingresado a la Clínica Shaio[6] y durante su hospitalización, afirma que tuvo conocimiento de que la señora Sánchez laboraba en dicho Hospital. Al preguntar a los otros empleados se enteró de la nueva dirección de residencia de su ex esposa y de la menor.

2.9. Con la nueva dirección, el accionante visitó a su hija, pero manifiesta que la señora Sánchez lo recibió con “altanerías e insultos” y lo acusó de estarla persiguiendo a lo cual, el señor Hernández le reclamó que ella debía cumplir con lo pactado en cuanto a visitas y cuotas alimentarias.

2.10. En agosto de 2010, la madre de la menor informó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que el padre biológico de su hija se encontraba desaparecido, frente a lo cual el ICBF, autorizó la salida del país de la menor solicitada por la señora Sánchez. El accionante manifiesta que no había sido proferida ninguna sentencia judicial declarando el desaparecimiento o muerte presunta del señor Hernández, no obstante lo anterior, el ICBF autorizó la salida del país de la menor, haciendo caso omiso de ese requisito[7].

2.11. El 17 de agosto de 2010, la señora Sánchez por medio de apoderado, presentó demanda de pérdida de patria potestad[8] en contra del señor Hernández, la cual fue admitida el 7 de octubre de 2010, por el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá. En dicha ocasión, la señora Sánchez declaró bajo la gravedad del juramento no conocer el paradero del accionante y realizó una petición especial al juez para que la admisión de la demanda le fuera notificada al señor Hernández por emplazamiento[9].

2.12. El 10 de octubre de 2010 la apoderada de la señora Sánchez, presentó recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda de pérdida de patria potestad que había ordenado notificar personalmente al demandado[10]. En dicho recurso se solicitó nuevamente que la notificación se efectuara por emplazamiento a lo cual accedió el juez el 16 de noviembre de 2010[11] y posteriormente, al considerar cumplidos los requisitos del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, en auto del 5 de agosto de 2011 el Juzgado procedió a designar curador ad litem del demandado[12].

2.13. Dado que, según la versión del accionante, la madre de la menor no accedió a la petición del señor Hernández en el sentido de cumplir lo pactado en cuanto a las visitas, este se acercó el 12 de octubre de 2010 al Despacho del Comisario de Familia de Suba para comentarle la situación. A raíz de lo anterior, la señora Sánchez fue citada en tres ocasiones pero jamás asistió a la Comisaría. El accionante afirma que decidió esperar a que su ex esposa asistiera a la Comisaría antes de acudir a otras autoridades[13].

2.14. En diciembre de 2010 la señora Sánchez interpuso una denuncia ante la Fiscalía

General de la Nación por el presunto delito de inasistencia alimentaria contra el señor Hernández[14].

2.15. El 1º de octubre de 2011 se expidió orden de captura por el presunto delito de inasistencia alimentaria contra el accionante.

2.16. El 3 de octubre de 2011, el señor Hernández se hizo presente en el despacho de la Fiscalía 97 local para conocer el estado del proceso. En dicha ocasión, el accionante informó su dirección y números de teléfono fijo y celular[15].

2.17. El 5 de octubre de 2011, el accionante solicitó ser escuchado en versión libre y espontánea ante el Despacho del Fiscal para presentar las pruebas del pago de la cuota alimentaria, sin embargo no recibió ninguna respuesta a su petición[16].

2.18. El 9 de noviembre de 2011 la señora Sánchez y el señor Hernández se reunieron para realizar una conciliación en el marco del proceso penal pero la audiencia se declaró fracasada por no existir ánimo conciliatorio entre las partes[17].

2.20. El 1º de agosto de 2012 el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá profirió sentencia ordenando privar al señor Juan Hernández del ejercicio de los derechos de patria potestad que ostentaba sobre su hija Eloísa[19].

2.21. De acuerdo con la versión del señor Hernández, en vista de que la señora Sánchez no le dejaba ver la menor al accionante, éste decidió citarla ante la Procuraduría 61 Judicial II de Familia el 14 de agosto de 2012 sin lograr llegar a ninguna conciliación.

2.22. El señor Hernández alega que la accionante incurrió en falsa denuncia, puesto que no es cierto que el accionante se encontrara desaparecido, ya que la señora Sánchez conocía la dirección de su residencia y la de su lugar de trabajo en las Supertiendas Olímpica.

2.23. El accionante se enteró el 14 de agosto de 2012 de la existencia del fallo judicial del Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá proferido el 1 de agosto de 2012, que lo privó de la patria potestad de la menor. Manifiesta que nunca fue notificado de la iniciación de dicho proceso y que por consiguiente se desconoció su derecho al debido proceso y a la notificación, así como su “derecho a la defensa, a controvertir la demanda, a aportar pruebas y a alegar la realidad jurídica”.

2.24. El accionante interpuso recurso de nulidad contra la sentencia de pérdida de patria potestad ante el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá el 22 de febrero de 2013[20] pero el recurso fue declarado improcedente por ser extemporáneo[21].

2.25. El 13 de septiembre de 2012 se iniciaron los trámites de adopción de la menor Eloísa Hernández Sánchez por parte del señor Pedro Monsalve[22], actual esposo de la señora Sánchez, quien de acuerdo con su versión, ha respondido por la niña desde que ella tenía un año y medio de edad[23].

2.26. Acorde con los hechos expuestos, el señor Hernández alega que no existió debida notificación por parte del Juzgado 22 de Familia de Bogotá sobre el inicio del proceso de pérdida de la patria potestad e indica que no se verifica la causal de pérdida de la patria potestad; señala que la Fiscalía no puede declarar una persona ausente conociendo su lugar de domicilio y residencia; advierte que no había lugar a continuar investigando el delito de inasistencia alimentaria cuando las cuotas se siguen consignando; afirma que no puede adelantarse una solicitud de adopción sin el consentimiento del padre biológico. El señor Hernández afirma que no obstante haber perdido la patria potestad en desconocimiento de su derecho al debido proceso, sigue consignando la cuota de alimentaria mientras que la Fiscalía continúa la investigación por el delito de inasistencia alimentaria.

2.27. El Juzgado Veinte de Familia de Bogotá, decretó la adopción de la menor Eloísa a favor del señor Pedro Monsalve en sentencia proferida el 15 de agosto de 2013, la cual quedó ejecutoriada el 28 de agosto de la misma anualidad[24].

3. Contestación de la demanda.

3.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- Regional Bogotá Centro Zonal Suba.

Las actuaciones realizadas por el ICBF observaron el debido proceso. Asimismo, las diligencias relacionadas con el trámite de adopción de la menor por parte del cónyuge actual de la señora Sánchez están siendo realizadas en legal y debida forma. Con respecto al trámite de permiso de salida del país, este se surtió en cumplimiento de lo ordenado en el Código de Infancia y Adolescencia y garantizando el debido proceso mediante aviso en un diario de amplia circulación nacional y se ofició a la División Técnica del ICBF y a la Oficina de Archivo Operacional del DAS para establecer si existía impedimento para que la niña

saliera del país. Al no presentarse oposición ni del progenitor ni de otra persona se otorgó el permiso.

3.2. Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá.

Señaló que la demanda de privación de patria potestad promovida por María Sánchez contra el señor Hernández fue inicialmente inadmitida y posteriormente admitida por auto del 7 de octubre de 2010 que ordenó el emplazamiento del demandado. Se realizaron las publicaciones correspondientes sin que el citado compareciera personalmente. Por lo anterior se procedió a designar un curador ad litem quien lo representó hasta la definición de la acción que se produjo en la audiencia del 1º de agosto de 2012. De este modo, se concluyó que el Juzgado procedió de acuerdo con lo previsto en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil “de donde la manifestación de la demandante- que bajo la gravedad del juramento realizó como así se presume- en el sentido de desconocer el paradero el demandado, se adecuó a las circunstancias previstas en las reglas 1º y 2º de la norma para la procedencia del emplazamiento, sin que estuviera obligado el Despacho a cuestionar la veracidad de tal afirmación por su calidad misma”[25]. La decisión que se tomó en este caso, se adoptó teniendo en cuenta lo demostrado con los medios probatorios recaudados en el curso de la acción. Así, no se desconocieron los derechos del accionante. La acción promovida por el mismo es improcedente por cuanto tiene un fin indemnizatorio.

3.3. María Sánchez.

Señaló que desde que se separó del accionante, ella y su hija han tenido tres domicilios en Bogotá y que el señor Hernández siempre ha estado informado de los mismos. Afirmó que “la última vez que vio a la niña fue el miércoles 31 de octubre de 2007, de lo cual se puede inferir que ha tenido conocimiento por lo menos de los dos primeros domicilios donde ha residido Eloísa”[26]. La razón por la cual se quedó a vivir en la capital no obstante ser oriunda de Carmen de Bolívar, fue el poder mantener los vínculos entre su hija y el señor Hernández. Afirmó que no ha ocultado su conocimiento sobre el domicilio y lugar de trabajo del accionante y refirió que durante un interrogatorio el 28 de agosto de 2007, el señor Hernández explicó que trabajaba como conductor y no era claro si su residencia era en Suba o en Fusagasugá. Indicó que en el proceso que adelanta la Fiscalía por el presunto

delito de inasistencia alimentaria, el señor Hernández suministró un número de teléfono que no resultó ser el suyo. Señaló que las afirmaciones del accionante en el sentido que la señora Sánchez y su hija cambiaron de lugar de residencia y no informaron sobre su nuevo domicilio es falsa ya que ella dejó nota de su actual residencia con el portero, no cambió de colegio a la menor e incluso dio su teléfono a la hermana del señor Hernández quien trabaja en la misma clínica donde labora la ex esposa del accionante. Advirtió que el mismo señor Hernández admitió en el proceso de inasistencia alimentaria que debía algunas cuotas. Aclaró que el accionante nunca entregó “recursos adicionales” a la cuota alimentaria, en ninguna fecha, ni siquiera en el cumpleaños de la niña, a excepción de diciembre de 2011. Asimismo manifestó que quien asumió la crianza de la menor es el actual esposo de la señora Sánchez.

La actuación se surtió respetando todos los requisitos legales y de los presupuestos procesales. Al no poder ubicar el lugar de residencia y de trabajo del señor Hernández, se procedió a emplazarlo y a designarle un curador ad litem para que lo representara en el proceso. Con fundamento en lo anterior, se considera que la acción de tutela es improcedente.

4. Decisiones de instancia.

4.1. Sentencia de primera instancia.

En sentencia del 26 de febrero de 2013, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, resolvió tutelar el derecho al debido proceso del demandante, dejando sin efectos el trámite adelantado dentro del proceso de privación de la patria potestad iniciado por la señora María Sánchez contra el accionante. Considerando que la notificación personal es el medio informativo por excelencia de las partes en el marco de las controversias jurídicas, y que constituye un deber ético del demandante señalar de manera veraz cuál el lugar de notificación del demandado, el a quo adujo que tanto la Juez Veintidós de Familia como la Comisaría de Familia Centro Zonal Suba, obraron dentro del marco legal bajo el supuesto de que la señora Sánchez desconocía el paradero del accionante. Lo mismo podría decirse de la señora Sánchez sin embargo, se llama la atención sobre el hecho de que cuando el accionante solicitó la comparecencia de su ex esposa ante la Comisaría Once de Familia Suba I, a fin de adelantar audiencia de

conciliación, y también cuando las partes acudieron a la Fiscalía General de la Nación para llevar a cabo audiencia de conciliación, el proceso de privación de la patria potestad se encontraba en curso y bien podía solicitarse ante el juez de conocimiento la vinculación del demandado para garantizar su derecho a la contradicción. Se reiteró que el desconocimiento de los derechos al debido proceso y de contradicción del accionante, no resultaron de errores imputables a las autoridades sino a la omisión de la demandante por no solicitar la vinculación del señor Hernández.

4.2. Impugnación.

4.2.1. Impugnación formulada por el señor Pedro Monsalve.

Señaló que fue vinculado a la acción de tutela de la referencia puesto que había iniciado el proceso de adopción de la menor Eloísa Hernández Sánchez. No obstante lo anterior, no se le dio la oportunidad procesal para contestar la demanda, ya que el auto admisorio le fue notificado el 23 de febrero y la acción de tutela fue fallada el 26 de febrero. Por esta razón, consideró que se desconocieron sus derechos a la defensa y al debido proceso en el marco de la acción de tutela promovida por el accionante.

4.2.2. Impugnación formulada por la señora María Sánchez.

El apoderado de la señora Sánchez, señaló que las consideraciones del Despacho en el sentido en que ella habría omitido informar al juez que adelantaba el proceso de privación de la patria potestad, el paradero de su ex esposo, representa una presunción sin fundamento probatorio. En realidad la señora desconocía la dirección de residencia o el lugar de trabajo del accionante, lo cual se constituye en una verdad procesal no controvertida que llevó a la aplicación del artículo 418 del Código de Procedimiento Civil. Sobre el supuesto conocimiento que la señora tenía del paradero del señor Hernández por haber asistido a una supuesta conciliación en la Comisaría Once de Familia Suba I, esta afirmación resulta contraria a la realidad puesto que para esta fecha la señora Sánchez se encontraba fuera del país. Tampoco durante la diligencia de conciliación ante la Fiscalía General de la Nación, la señora Sánchez tuvo conocimiento del domicilio del accionante. Insistió en el hecho de que la accionante no se mudó de su antigua residencia sin dar previo aviso lo cual encuentra sustento en las cartas que le fueron enviadas a la señora Sánchez por parte de la inmobiliaria. Asimismo, indicó que la menor siguió inscrita en su jardín

infantil hasta el 22 de agosto de 2008, por lo tanto, no es cierto que se hubiese cambiado de institución educativa. El accionante faltó a la verdad cuando aseguró que la señora Sánchez instauró en su contra denuncia de inasistencia alimentaria el 2 de septiembre de 2010, ya que esta fue interpuesta el 3 de febrero de 2011. Afirmó que el proceso de patria potestad fue admitido el 7 de octubre de 2010 y que las fechas a las que alude el demandante no coinciden.

4.3. Sentencia de segunda instancia.

En fallo del 18 de abril de 2013, la Corte Suprema de Justicia decidió revocar la sentencia de primera instancia y negar la protección deprecada por el accionante. Señaló el a quem que el asunto no es de competencia del juez de tutela y más teniendo en cuenta que en la actualidad cursa ante la jurisdicción ordinaria una acción de nulidad contra el proceso de familia por indebida notificación interpuesta el 22 de febrero del 2013 por parte del accionante. Además el señor Hernández cuenta con la opción de interponer recurso extraordinario de revisión contra la determinación controvertida. De otro lado, no se advirtió un proceso irregular por parte del ICBF que amerite tomar medidas urgentes de protección.

5. Pruebas decretadas y recaudadas por la Corte Constitucional.

5.1. Una vez recibido el expediente, el Magistrado Sustanciador mediante auto del once de septiembre de dos mil trece, ordenó que por Secretaría General se oficiara al Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá para que en el término de tres días remitiera al Despacho, copia de todo el proceso de privación de patria potestad contra el señor Juan Hernández. Además se solicitó que en el mismo plazo informara sobre las diligencias que se realizaron para ubicar al señor Hernández y la solicitud de nulidad interpuesta por el señor Hernández contra la sentencia que lo privó de la patria potestad y el estado actual de la misma.

5.2. De otro lado, el 11 de septiembre de 2013, el Magistrado Sustanciador dictó medida cautelar y ordenó oficiar al ICBF para que suspendiera el proceso de adopción de la menor Eloísa por parte del señor Pedro Monsalve.

5.3. En respuesta al auto de pruebas, el 16 de septiembre de 2013, se recibió en la Secretaría de la Corte el expediente de pérdida de patria potestad solicitado y el recurso de

nulidad interpuesto contra el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá por parte del señor Hernández en el mismo proceso. No se obtuvo respuesta acerca de las diligencias realizadas para tratar de ubicar al accionante y notificarlo.

5.4. El 9 de octubre de 2013, en la Secretaría de la Corte se radicó escrito remitido por la señora Martha Elizabeth Arenas Higuera, Defensora de Familia con funciones de Secretaría del Comité de Adopciones del ICBF, Regional Bogotá, informando al Magistrado Sustanciador que el 28 de agosto de 2013 había quedado ejecutoriada la sentencia de adopción de la niña Eloísa a favor del señor Pedro Monsalve, por lo cual era imposible acatar la orden de la medida cautelar proferida por la Sala en auto del 11 de septiembre de 2013.

A raíz de lo anterior, el Magistrado Sustanciador procedió a vincular en el proceso de la referencia al señor Pedro Monsalve, al ICBF Regional Bogotá y al Juzgado Veinte de Familia de Bogotá que profirió la sentencia de adopción de la menor, mediante auto del 18 de octubre de 2013.

5.5. El 31 de octubre de 2013, se recibe en la Secretaría de la Corte escrito remitido por el señor Pedro Monsalve. En el mismo realiza un extenso recuento del proceso de pérdida de patria potestad, de adopción, de salida del país de la menor Eloísa en el 2010 y del proceso penal de alimentos contra el accionante. Argumenta que no debe prosperar la tutela contra sentencias por no cumplirse los requisitos genéricos y específicos de procedibilidad. Asimismo, resalta el desinterés que el señor Hernández ha demostrado por su hija y por el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden como padre.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Nacional y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 18 de julio de 2013 de la Sala de Selección de Tutelas Número Siete de la Corte Constitucional.

2. Cuestión Previa.

2.1. En el presente caso, el accionante alega la violación del derecho al debido proceso, a la defensa y al buen nombre, y acusa a la señora María Sánchez y a funcionarios de diferentes instancias y entidades, como el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá, las funcionarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Zona Centro Zonal de Suba, la funcionaria de la Fiscalía 97 Delegada ante los Juzgados Penales Municipales, por diversas actuaciones judiciales y administrativas que según él, han desconocido sus derechos.

Dada la pluralidad de accionados y de conductas aparentemente desconocedoras de los derechos del demandante, y con el fin de evitar cualquier confusión al respecto, resulta preciso distinguir entre las presuntas conductas que se acusan:

2.1.1. De un lado se reprocha al ICBF haber permitido la salida del país de la menor sin autorización del padre, por la sola declaración de su madre, quien alegó desconocer el paradero del padre biológico de la niña. En este sentido, esta entidad no demostró diligencia y tomó la decisión administrativa sin que existiera sentencia de desaparecimiento o muerte presunta del señor Hernández atendiendo solo a la declaración de la madre.

2.1.2. De otro lado, se acusa a la Juez Veintidós de Familia de Bogotá de violar su derecho a la defensa y al debido proceso, por no haberlo notificado debidamente de la iniciación del proceso de pérdida de patria potestad en su contra.

2.1.3. Se alega que la Fiscalía no debería proseguir con la investigación del delito de inasistencia alimentaria por cuanto el accionante asegura haber estado pagando puntualmente la cuota alimentaria de su hija.

2.1.4. Se demanda a la señora María Sánchez por haber desconocido los derechos del actor al haber incurrido en una presunta falsedad al declarar bajo juramento que no conocía el paradero de su ex esposo tanto en la solicitud de salida del país de la menor ante el ICBF, como en el proceso de pérdida de patria potestad.

2.1.5. Con base en estos alegatos, el accionante solicita ser indemnizado por todos los accionados.

2.2. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala estima que es pertinente establecer los temas que efectivamente pueden examinarse en la acción de tutela y determinar la legitimación

por pasiva en cada caso. En efecto, si bien todos los asuntos planteados por el accionante ponen de presente el contexto en el que se han desarrollado los eventos relacionados con la pérdida de la patria potestad y la posterior adopción de la menor hija del actor, no todos resultan relevantes desde la perspectiva constitucional.

2.2.1. La salida del país sin el consentimiento del padre constituye un hecho superado, dado que la menor se encuentra actualmente en Colombia. En todo caso el accionante puede alegar ante el mismo ICBF las razones por las cuales se otorgó el permiso sin su autorización en el 2010.

2.2.2. Asimismo, en relación con el proceso penal de alimentos, le corresponde al accionante probar dentro del mismo, que ha venido respondiendo oportunamente a sus obligaciones, siendo esta una materia que no le corresponde resolver al juez constitucional en este estadio de la actuación.

2.2.3. Con respecto a la presunta falsedad en la que incurrió la señora Sánchez, el accionante puede acudir ante jurisdicción ordinaria e interponer una acción penal en su contra dado que la tutela no es el mecanismo para denunciar presuntos delitos cometidos por particulares.

Ahora bien, desde el punto de vista constitucional, la Corte ha reconocido la procedencia de la tutela contra particulares cuando se comprueba un estado de total indefensión o impotencia del accionante, lo cual incluso puede ocurrir entre ex cónyuges, tal y como se constató en la sentencia T-290 de 1993 en un asunto de custodia y pérdida de la patria potestad de dos menores, sin embargo no existe una regla precisa y la indefensión deberá ser evaluada en cada caso.

En esta ocasión, el accionante podría encontrarse en una situación de impotencia frente a la señora Sánchez la cual decidió iniciar el proceso y manifestó al Juez desconocer el paradero de su ex esposo lo cual presuntamente habría podido vulnerar su derecho a la defensa, ya que el señor Hernández se enteró del proceso una vez se encontraba en firme la sentencia. Por lo anterior, en este caso, la Sala estima que es procedente examinar la demanda contra la señora Sánchez ya que con sus acciones u omisiones, pudo haber incidido en el desconocimiento de los derechos al debido proceso y a la defensa del señor Hernández.

2.3. De este modo, la Sala se limitará a analizar: (1) la presunta violación de los derechos al debido proceso y a la defensa por indebida notificación del accionante en el proceso de pérdida de la patria potestad; y (2) las acciones u omisiones de su ex esposa en dicho proceso que hayan incidido en la vulneración de los derechos fundamentales del actor.

Es de fundamental importancia resaltar que el examen que realiza la Corte en este caso, no pretende revivir el debate que puede darse ante la jurisdicción ordinaria sobre las conductas de las partes como el presunto abandono de la menor por parte del señor Hernández o el incumplimiento de sus obligaciones alimentarias. En otras palabras, el comportamiento del accionante con respecto a su hija debe ser evaluado por el juez de familia o por el juez penal y no por el de tutela. En este sentido, el análisis constitucional se restringe a establecer si se respetaron o no las garantías del debido proceso en el marco de la demanda de pérdida de la patria potestad del señor Hernández.

3. Problema Jurídico.

De acuerdo con la situación fáctica expuesta, corresponde a esta Sala de Revisión: (i) determinar si en el proceso que decidió la pérdida de la patria potestad del señor Hernández se verifican las causales generales y específicas de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales, por indebida notificación y desconocimiento del derecho a la defensa. Asimismo, (ii) se establecerá si en este caso la señora María Sánchez, a través de su representante, desconoció los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del accionante, por omisión y por haber incurrido en una falta a la lealtad procesal en la medida en la que al iniciar el proceso de pérdida de la patria potestad del señor Hernández, aseguró al juez desconocer el lugar de residencia y de trabajo del demandado.

Para resolver el problema jurídico, (1) se repasarán las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y se examinará el caso concreto a la luz de la jurisprudencia constitucional en esta materia. De otro lado (2) se repasará la jurisprudencia sobre las cargas y deberes de los sujetos procesales y así como la noción de lealtad procesal, en particular en asuntos de familia y con base en lo anterior de examinará el caso concreto.

4. Problema jurídico 1º: Procedencia de la Acción de Tutela contra providencias judiciales.

Reiteración de jurisprudencia. Análisis del caso concreto.

4.1. Causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

4.1. En reiterada jurisprudencia[27], la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales a pesar del carácter subsidiario de la misma, cuando está de por medio la amenaza o vulneración de derechos fundamentales[28] y asimismo ha venido afinando en sucesivas sentencias los criterios de procedibilidad de la tutela en estos casos.

4.2. Se ha señalado que la acción de tutela contra providencias judiciales, procede excepcionalmente si se cumplen los siguientes requisitos generales:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones[29]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[30]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración[31].

De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años

después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[32]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[33]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela[34]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas"[35].

4.3. Requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

4.3.1. La sentencia C-590 de 2005, recogiendo la jurisprudencia constitucional en esta materia estableció, además de los requisitos genéricos[36] y concurrentes que deben ser verificados en su conjunto para estudiar el fondo del asunto, una serie de requisitos

específicos cuyo fin es determinar la prosperidad de la acción. De este modo, se ha indicado que es necesario demostrar al menos uno de los siguientes vicios o defectos que configuran causales específicas o especiales de procedibilidad[37]:

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

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[38] 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[39].

i. Violación directa de la Constitución”[40].

4.4. Examen procedencia caso concreto.

4.4.1. Causales generales de procedibilidad.

4.4.1.1. El asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional. Efectivamente, es un asunto relacionado con el debido proceso que constituye una garantía

constitucional consagrada expresamente en el artículo 29 de la Carta Política y específicamente con la notificación en un proceso de pérdida de la patria potestad que tiene implicaciones de gran trascendencia tanto para los progenitores como para los hijos menores de edad.

4.4.1.2. Subsidiariedad. Frente a este requisito en la tutela contra providencias judiciales se hace especialmente necesario establecer que el actor haya agotado previamente los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela. En este caso, se debate una eventual vulneración del derecho fundamental al debido proceso y a la defensa por indebida notificación del auto que admitió la demanda de pérdida de la patria potestad en su contra. De esta forma, si llegare a existir un mecanismo judicial para lograr la debida protección del mencionado derecho, la acción de tutela sería improcedente. En consecuencia, procede la Sala a verificar si el accionante agotó los mecanismos judiciales de defensa que tenía a su disposición, para solicitar la nulidad del proceso adelantado en su contra.

4.4.1.2.1. Se considera que en este caso la tutela es procedente por subsidiariedad por las siguientes razones.

El Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), dispone en el artículo 140 numeral 8º, que el proceso es nulo “cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o de su corrección o adición”.

La nulidad en general puede alegarse de dos maneras, o dentro del mismo proceso o después de la sentencia si esta estuviera viciada, o a través del recurso de revisión ante la Corte Suprema de Justicia.

(1) De un lado el artículo 142 C.P.C. determina que la nulidad podrá alegarse en cualquier instancia antes de que se dicte sentencia o durante la actuación posterior a ésta si los vicios ocurrieron en ella.

(2) Por su parte, el artículo 379 del C.P.C. señala que el recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas[41] de la Corte Suprema, los tribunales superiores, los jueces del circuito, municipales y de menores. Debido a su carácter

extraordinario, este recurso sólo puede interponerse por las específicas causales de revisión, establecidas en el artículo 380 del C.P.C. Precisamente el numeral 7° del artículo 380 CPC, establece que es causal de revisión “(e)star el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152, – hoy numeral 8° del artículo 140 del CPC – siempre que no haya saneado la nulidad”.

La Sala considera que el recurso de nulidad contemplado en el artículo 142 del C.P.C., no es aplicable para el presente caso de indebida notificación, ya que el actor, al no haberse enterado del proceso, no habría podido alegar la nulidad durante el trámite del mismo, y porque el vicio no es predicable de la sentencia como tal sino del auto que admitió la demanda sin ordenar la notificación personal, razón por la cual no entra en el supuesto regulado por la citada norma la cual dispone que “las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta si ocurrieron en ella”. Tampoco coincide con las situaciones que el mismo artículo relaciona con la nulidad por indebida notificación relacionada con las diligencias para la entrega de bienes (art. 337, 338 y 339 C.P.C.). Así, dadas las circunstancias, el señor Hernández no habría podido interponer el recurso de nulidad del artículo 142 del C.P.C. antes de que quedara en firme la sentencia.

Ahora bien, es necesario establecer si no obstante lo anterior, el actor cuenta con otro medio idóneo y eficaz para hacer valer sus derechos, a través del recurso extraordinario de revisión, bajo la causal de falta de notificación (art. 380, numeral 7° del C.P.C.).

La Sala estima que la procedencia del recurso de revisión en estos casos no necesariamente se constituye en el mejor mecanismo para garantizar la protección efectiva del derecho fundamental al debido proceso del accionante. Es así como la Corte ha reconocido que en algunas circunstancias, la vulneración del derecho al debido proceso por indebida notificación implica la afectación directa de derechos igualmente fundamentales, como por ejemplo, en materia penal, el derecho a la libertad o como en este caso, tiene incidencia directa en los derechos de los niños, la unidad familiar y la definición del estado civil. En estos casos, la Corte Constitucional ha señalado que el recurso extraordinario de revisión no es un medio idóneo de defensa judicial y, en consecuencia, procede la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Lo mismo puede afirmarse con respecto a la indebida notificación en procesos de derecho de familia, que ponen en riesgo los derechos fundamentales de los niños. El Código de la Infancia y la Adolescencia establece la regla general de acuerdo con la cual las medidas de protección deben ser notificadas personalmente[43] y excepcionalmente, a través de otros medios. Lo anterior es completamente aplicable a los procesos de suspensión o privación de la patria potestad. En efecto, se trata de temas tan delicados y trascendentales en la vida de los miembros de una familia, que en estos casos, al igual que en los procesos penales, la acción de tutela procede para amparar el derecho al debido proceso por indebida notificación, no obstante pueda interponerse el recurso de revisión.

Además de relacionarse con los derechos fundamentales de los niños y de la familia como núcleo de la sociedad, en este caso conviene considerar que acudir al proceso de revisión dilataría considerablemente la posibilidad de definir la situación del padre y el estado civil de la menor con todas las implicaciones que se han señalado anteriormente.

De otro lado, no es claro que una eventual revisión del proceso de pérdida de la patria potestad pudiera afectar el proceso de adopción[44], por cuanto la revisión solo cabría frente al primer proceso, del cual fue parte el accionado. Pero en el proceso de adopción, el accionante no fue vinculado porque previamente había perdido la patria potestad y por consiguiente no le es posible alegar causal alguna de revisión en relación con el mismo, pues carece de legitimidad para invocarla. Por lo anterior, si se llegare a encontrar viciado el proceso de privación de la patria potestad, no es posible asegurar que el juzgador declararía también nulo el proceso de adopción.

En conclusión, la Sala considera que el recurso extraordinario de revisión en este proceso de pérdida de patria potestad no constituye un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para controvertir la presunta indebida notificación del auto admisorio y garantizar la protección del derecho fundamental al debido proceso.

4.4.1.2.2. Siendo así, cabría examinar si el accionante cuenta con otros mecanismos para atacar la sentencia de adopción. El Código de Infancia y Adolescencia, dispone que esta podrá ser apelada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial sin embargo en este caso no es posible interponer este recurso por cuanto la sentencia ya se encuentra ejecutoriada. De otro lado, si bien estas providencias hacen tránsito a cosa juzgada, la Ley 1098 de 2006

derogó el artículo 113 del Decreto 2737 de 1989, que permitía invalidar la sentencia que decreta la adopción mediante el ejercicio del recurso extraordinario de revisión. Dado el carácter irrevocable que tiene la adopción, en principio estas sentencias no pueden ser invalidadas.

Pues tal como lo ha recordado la jurisprudencia constitucional, “la falta de defensa técnica y de la ausencia de otros mecanismos judiciales de defensa, negar la procedencia de la acción de tutela sería acabar definitivamente con la posibilidad de que estas personas tengan un estado civil conforme a la realidad, y las consecuencias que de ello se derivan, en detrimento del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental”[45].

4.4.1.2.3. Por lo anterior, la Sala concluye que en este caso el accionante no cuenta con ningún otro recurso idóneo y eficaz para garantizar la protección efectiva de su derecho fundamental al debido proceso y la tutela se torna el medio procedente de acuerdo con el criterio de subsidiariedad.

4.4.1.3. Inmediatez. Es un requisito para la procedibilidad de la acción, el que ésta sea interpuesta en forma oportuna, es decir que se realice dentro de un plazo razonable, toda vez que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a su vulneración o amenaza.

En esta oportunidad, la demanda de tutela fue presentada el 30 de enero de 2013, y la providencia que presuntamente causó la vulneración fue proferida el 1º de agosto de 2012. Considerando que lo que se debate en esta ocasión es precisamente la falta de notificación de la sentencia que se ataca, se considera que el plazo para interponer la acción de tutela es prudente y razonable.

4.4.1.4. Se alega una irregularidad procesal. Esta irregularidad consistente en la supuesta falsedad en la que habría incurrido la ex esposa del demandante en el sentido de afirmar bajo la gravedad del juramento que desconocía el domicilio y el lugar de trabajo del actor, fue decisiva por cuanto determinó que la notificación se realizara por emplazamiento y que éste no se enterara del proceso y no pudiera presentar ante el juez su versión de los hechos y las pruebas que tal vez habrían conducido a una decisión diferente.

4.4.1.5. Identificación de los hechos que generaron la vulneración de los derechos. El accionante señaló que la indebida notificación resultó en el desconocimiento de su derecho al debido proceso y a la defensa en el proceso de pérdida de la patria potestad de su hija menor.

4.4.1.6. Providencia que ataca la tutela. La acción se interpone contra la sentencia judicial del 1º de agosto de 2012, del Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá que privó al señor Hernández de la patria potestad sobre su hija. Por consiguiente, no se trata de una tutela contra tutela.

4.4.2. Causales específicas de procedibilidad.

4.4.2.1. En esta oportunidad, la Sala considera que se verifican algunos de los defectos señalados por la jurisprudencia que acarrean la nulidad de la providencia que decidió sustraer la patria potestad de la menor Eloísa Hernández Sánchez al accionante.

4.4.2.2. En primer término, se configura un defecto procedimental absoluto por cuanto se considera que el juez actuó al margen del procedimiento establecido.

4.4.2.2.1. En efecto, es reconocido que en todos los procesos y en particular en los de familia y protección de menores, la regla general es la de la notificación personal. En procesos de protección de menores o de adopción, el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, en relación con las medidas de protección y restablecimiento de derechos, prevé como regla general en su artículo 102 referido a citaciones y notificaciones, e igualmente en el artículo 103, que éstas deberán practicarse en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para la notificación personal y excepcionalmente por emplazamiento. También en los procedimientos de adopción de acuerdo con el artículo 126, se requiere que al menos uno de los adoptantes concurra personalmente al juzgado. Así, solo cuando no es posible la notificación personal se activa la notificación por emplazamiento contenida en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, que debe ser considerada la excepción.

Si bien, los artículos mencionados no hacen mención directa al proceso de pérdida de patria potestad, es un punto de referencia que encuentra la Sala, para determinar la importancia que le ha dado el legislador a la notificación personal, a los procesos donde se ven

afectados derechos de menores de edad.

Si en esos tipos de procesos la obligación es la de notificar personalmente, con mayor razón lo será en los casos de pérdida de la patria potestad en los cuales es fundamental que el padre o madre demandados conozcan la existencia de la demanda y puedan defenderse debidamente. En este sentido, al igual que en los procesos penales, en los procesos de familia, y en particular en los de pérdida de la patria potestad, la indebida notificación pone en riesgo principios de relevancia constitucional, como los derechos fundamentales de los niños.

4.4.2.2.2. Tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional[46], la patria potestad es una institución de orden público, obligatoria, irrenunciable, personal, intransferible e indisponible, que constituye un derecho fundamental de los niños y niñas considerados a su vez sujetos de especial protección constitucional[47]. Lo anterior se desprende del estatus fundamental que adquiere la familia en la Constitución, y que comprende el derecho de los niños de tener una familia y no ser separados de ella, lo cual se inscribe en el ámbito del principio de protección especial del menor. La obligación de la familia, la sociedad y el Estado, de acuerdo con el artículo 44 Superior, incluye la de asegurar el desarrollo integral y armónico de los niños, siendo los padres los principales encargados de su cumplimiento a través del ejercicio de la patria potestad que se fundamenta en la figura de la autoridad paterna y materna encaminada a la guarda, dirección y corrección de los menores[48]. En otras palabras, la patria potestad se instituye como uno de los instrumentos a través de los cuales el Estado protege al menor y que ha sido creado para su interés, y no a favor de sus padres, “para facilitar la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación”[49]. De tal modo, “los derechos y facultades derivados de la patria potestad únicamente se conceden a los padres, en razón a las importantes y trascendentales obligaciones a ellos asignada, de manera que la institución existe, porque hay numerosos deberes que los mismos están llamados a asumir frente a los hijos”[50].

Claramente se ha reconocido que no basta con la sola presencia formal de los padres y que es necesaria una disposición para ejercer los derechos y facultades que se desprenden de la patria potestad. En efecto, no hay que perder de vista que se trata igualmente de una institución temporal y precaria. Sin embargo, la evaluación sobre el cumplimiento o incumplimiento los deberes paternos, deberá ser realizada por los jueces con base en las

disposiciones legales. De ahí la importancia de que en este tipo de procesos, que suponen profundas implicaciones para los niños y sus padres y que repercuten no solo en el ámbito meramente jurídico sino también en todas las esferas de la vida de familia, se requiera máximo cuidado y diligencia tanto de las partes en el proceso como de la autoridad llamada a tomar la decisión sobre la suspensión o terminación de la patria potestad y por consiguiente es válido amparar el derecho al debido proceso a través de la acción de tutela cuando en este tipo de procesos se incumplen las garantías mínimas.

4.4.2.2.3. Dicho esto, la Sala considera que en el presente caso, el juez actuó al margen del procedimiento establecido, porque tratándose de un asunto tan delicado como la pérdida de la patria potestad, asunto que trasciende los derechos de los padres y afecta directamente los de los hijos menores, no actuó con la debida diligencia al acatar pasivamente la petición especial formulada por la apoderada de la parte demandante para que la notificación se surtiera por emplazamiento. Si bien el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil prevé que el juez podrá emplazar cuanto la parte interesada no conozca el paradero del demandado, es importante resaltar que este mecanismo es excepcional y que en este tipo de procesos que conllevan profundas implicaciones para el menor y la familia, se espera del juez un comportamiento más garantista de los derechos de las partes involucradas.

Pero lo más grave es que además de apresurarse a aplicar la excepción de la notificación por emplazamiento, el juez actuó de manera descuidada ya que en el expediente del proceso de pérdida de patria potestad la parte demandante aportó un documento que contiene la audiencia de trámite del proceso de reducción de la cuota alimentaria[51], en la cual estaba reseñada una dirección del señor Hernández en Fusagasugá. Por ende, antes de ordenar el emplazamiento, el juez tenía el deber de revisar todo el expediente e intentar realizar una notificación personal a dicha dirección.

Cabe subrayar, que la indebida notificación, de acuerdo con la jurisprudencia, se sustenta en una injusticia “(...) que implica adelantar un proceso a espaldas de quien ha debido brindársele la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, o cuando menos de ser oído, notificándolo o emplazándolo debidamente, o asegurando su correcta representación (...)”[52].

Por consiguiente, al ser la pérdida de la patria potestad un tema tan delicado y trascendental en la vida de los miembros de una familia, la acción de tutela es procedente para amparar el derecho al debido proceso por indebida notificación.

4.4.2.3. Además del defecto procedimental, la Sala advierte que en el presente caso también se verifica un defecto por violación directa de la Constitución, específicamente del artículo 29 de la Superior, en vista de la conducta del curador ad litem, como se verá a continuación[53].

4.4.2.3.1. De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política[54], el derecho al debido proceso tiene la finalidad de resguardar garantías básicas o esenciales de cualquier tipo de proceso, como son: el derecho al juez natural, a presentar y controvertir pruebas, el derecho a la segunda instancia, al principio de legalidad, el derecho de defensa material y técnica; la publicidad de los procesos y las decisiones judiciales, la prohibición de jueces sin rostro o secretos[55].

Así como sucede en los procesos penales, en los procesos de familia, y en particular en los de pérdida de la patria potestad, la protección al derecho al debido proceso tiene una especial connotación, considerando el tipo de bienes jurídicos que se encuentran en juego, por lo cual es de fundamental importancia garantizar la participación activa del demandado y su representación. Asimismo, resulta necesario que el juez cuente con los elementos probatorios y fácticos de juicio para efectos de proferir una sentencia.

No se puede perder de vista que el derecho a la defensa es una de las principales garantías del debido proceso y fue definida como la “oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la otorga.”[56]

Independientemente de que la defensa se realice a través de un apoderado nombrado por la parte o por medio de un curador ad litem, es fundamental que las partes sean debidamente representadas y defendidas, que se presenten los argumentos y se soliciten las pruebas que fundamenten su posición. La garantía del debido proceso de quienes hayan sido emplazados, no se garantiza con el simple nombramiento de un defensor. En todos los

procesos pero en especial en aquellos que involucran a menores de edad, el nombramiento de un curador ad litem no puede ser una mera formalidad. Aceptar que basta con el nombramiento de un curador ad litem para asegurar el derecho al debido proceso del demandado ausente, y aceptar que una defensa precaria como la que se verifica en este caso, es aceptable y acorde con los principios constitucionales, equivale a aceptar que quienes han sido emplazados merecen una defensa de inferior categoría y que la asignación de un curador es un simple requisito formal.

4.4.2.3.2. En esta ocasión, la Sala considera que la defensa del accionante fue deficiente, y que esta circunstancia incidió definitivamente en la decisión judicial y en el desconocimiento de los derechos del señor Hernández.

En efecto, el apoderado no hizo nada para tratar de ubicar al señor Hernández no obstante una dirección constaba en el expediente; no solicitó ninguna prueba al juez.

4.4.2.3.3. Por lo anterior, la Sala concluye que se presenta una violación directa del artículo 29 de la Constitución por la deficiente y precaria defensa del accionado en el proceso de pérdida de patria potestad.

5. Problema jurídico 2º: Deberes y cargas de las partes en los procesos y en particular en asuntos de familia. Lealtad procesal. Caso concreto.

5.1. De los deberes y las cargas de las partes en los procesos civiles.

5.1.1. La jurisprudencia ha resaltado la importancia de que en todo tipo de procesos las partes actúen de manera diligente y conforme a los principios de lealtad procesal.

5.1.2. En relación con las peticiones de emplazamiento que deben ser en todos los casos excepcionales, la jurisprudencia[57] ha establecido que para que estas se entiendan realizadas en debida forma, es necesario que realmente la parte demandante no conozca el paradero del demandado, ya que de lo contrario se estaría engañando al juez y estaría faltando a los mínimos deberes procesales.

Se ha señalado que la ignorancia del domicilio o lugar de trabajo del demandado a la luz de los principios éticos, “no puede ser la ignorancia supina, es decir la de aquel negligente que no quiere saber lo que está a su alcance, o la del que se niega a conocer lo que debe

saber, pues en estas circunstancias, es de tal magnitud su descuido que, frente a la confianza que tanto el juez como la parte le han depositado y que reclaman de él un comportamiento leal y honesto, equivale a callar lo que se sabe, es decir, es lo mismo que el engaño. De ahí que, luego de describirlo como un ‘comportamiento socarrón, notoria picardía que trasciende los límites de la ingenuidad’ haya dicho la Corte: ‘...En conclusión, si de conformidad con el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil solo puede procederse al emplazamiento de quien debe ser notificado personalmente del auto admisorio de la demanda cuando se ignore su habitación y el lugar de su trabajo, es claro que tal medio de notificar no puede emplearse cuando quien presenta la solicitud de emplazamiento si conoce esos lugares o al menos, cuando existen razonables motivos para inferir que no es posible desconocerlos (...)’[58].

5.1.3. En otros pronunciamientos, la Sala ha reiterado ese deber de la parte demandante afirmando que no obstante se haya suprimido la obligación de aseverar que el sujeto a notificar no aparece en el directorio telefónico, en todo caso, “no puede olvidarse que la norma en comento lejos estuvo de eliminar el deber procesal específico que se desprende de la manifestación que es menester elevar en el sentido de que se ‘ignora la habitación y el lugar de trabajo de quien deba ser notificado’, es decir, que, con todo, la parte litigiosa que así pide, ni más faltaba, aún soporta la exigencia de asumir las anejas cargas procesales que dicho ejercicio judicial impone, puesto que al ejercitarla surge el inaplazable e imperioso deber de constatar escrupulosa y acuciosamente lo que se afirma, a fin de efectuar dicha actuación correctamente por cuanto que sólo así se obtiene el adelantamiento de un litigio impoluto. En ese orden de ideas, los imperativos de corrección y lealtad procesales le imponen al demandante acceder a medios de información más asequibles, como puede ser, por vía de ejemplo, el listado de las personas que se encuentran en los directorios telefónicos, con miras a poder decir de manera contundente que desconocían realmente el lugar donde recibían notificaciones los demandados; por supuesto que, como ya lo pusiera de presente la Corte, no le es dado a la parte hacer valer en su favor su propia negligencia e, igualmente, que no averiguar lo que está allí evidente, es decir la ignorancia supina, es tanto como incurrir en engaño”[59].

5.1.4. En conclusión, siendo la notificación por emplazamiento excepcionalísima, la parte que manifieste desconocer el paradero del demandado no puede hacer valer a su favor su negligencia, y en virtud del principio de lealtad procesal, tiene la obligación de acceder a

todos los medios posibles para ubicar al demandado antes de jurar ante el juez que no conoce su lugar de domicilio o de trabajo para efectos de notificarlo personalmente.

5.2.1. De acuerdo con la versión del señor Hernández, la accionada conocía su domicilio y lugar de trabajo y ocultó dicha información al juez, asegurando bajo juramento desconocer el paradero de su ex esposo.

5.2.2. En este orden de ideas, deberá establecerse si la información que la señora Sánchez aportó al proceso generó una serie de consecuencias que estaban fuera del control del señor Hernández y que derivaron en la imposibilidad de que este interviniera directamente en el proceso para defenderse o acogerse a la sentencia del juez.

5.2.3. Si bien es imposible asegurar si la señora conocía o no el domicilio y el lugar de trabajo de su ex esposo, existen fuertes indicios que demostrarían que la madre de la menor si conocía el paradero de su ex esposo pero ocultó dicha información y bajo juramento declaró no conocerlo. No hay que perder de vista que la señora estuvo casada con el accionante desde 1999 hasta 2006 y al menos debía conocer la dirección de algún familiar o alguna pista sobre su paradero. Resulta especialmente relevante para el juez constitucional el hecho, ya puesto de manifiesto arriba, de que en el mismo expediente de pérdida de la patria potestad aparece un documento aportado por la misma señora Sánchez, una dirección en Fusagasugá, aparentemente la residencia de una tía del señor Hernández. De otro lado, al revisar todos los cuadernos de la tutela se advierte que el accionante en las diferentes diligencias y documentos que ahí aparecen consignados registra solo dos direcciones: una en Fusagasugá -que es la misma que aparece en el expediente de proceso de pérdida de patria potestad, y una en el barrio cedritos de Bogotá, que según un documento firmado por la administradora del conjunto en el que habita el accionante, ha sido su domicilio desde 2004. La misma señora Sánchez admite, en la contestación de la acción de tutela, que es imposible saber el paradero de su ex esposo ya que en una diligencia de alimentos fue ambiguo en indicar su lugar de residencia, sin embargo la alegada vaguedad se refiere precisamente a las mismas direcciones que aparecen en todas las diligencias de modo que la señora, aún sin saber exactamente en cuál de las dos habitaba realmente el señor Hernández, habría podido comunicar al juez ambas direcciones antes de solicitar directamente el emplazamiento del demandado en el proceso de pérdida de la patria potestad.

5.2.4. Siendo claro que el lugar de habitación del señor Hernández fue en algún momento alguno de los dos anteriormente reseñados, y que la señora Sánchez habría podido al menos informarlo así al juez, resulta indicativo que no solo haya hecho una petición especial de emplazamiento sino que una vez admitida la demanda, hubiese interpuesto un recurso de reposición contra el auto admisorio que había ordenado la notificación personal, insistiendo en el emplazamiento.

5.2.5. Pero aún admitiendo que la señora desconocía por completo el lugar de residencia del demandado, es inadmisibles para el juez de tutela, que tan solo un mes después de interponer la demanda de pérdida de la patria potestad, y antes incluso de que esta fuera admitida el 7 de octubre, la señora Sánchez fuera citada en oficio del 20 de septiembre de 2010 por el propio señor Hernández a través de la Comisaría Once de Familia a una audiencia de conciliación de visitas de la menor Eloísa Hernández Sánchez, que debía realizarse el 12 de octubre del mismo año. Al no realizarse dicha audiencia, la señora fue citada a una nueva conciliación el 10 de noviembre de 2010, tal y como consta en el expediente, cuya boleta de citación aparece firmada por la señora Sánchez[60], audiencia que se declaró fallida porque ella no asistió[61]. Incluso consta en el expediente, la respuesta a una solicitud realizada por la señora Sánchez dirigida a la Comisaría Once de Familia de Suba en la que esta pedía prescindir de la solicitud de conciliación propuesta por el señor Hernández[62]. De lo anterior, la Sala concluye que en el evento en el que la señora Sánchez desconociera por completo el paradero de su ex esposo, habría podido ubicarlo a través de la Comisaría Once de Familia, o habría podido comunicarle al juez del proceso de pérdida de la patria potestad para que este oficiara a la Comisaría y de esta manera se le informara al señor Hernández sobre la existencia de dicho proceso en su contra. No hay que olvidar que la apoderada de la demandante interpuso recurso de reposición el 14 de octubre de 2010 contra el auto que admitió la demanda de pérdida de la patria potestad porque en este se ordenaba la notificación personal e insistió en el emplazamiento, no obstante para esa fecha la señora Sánchez ya había sido citada a una conciliación por el señor Hernández a través de la Comisaría de Familia y a través de esta oficina habría podido conocer la dirección del accionado.

Sumado a lo anterior, se desprende del expediente, que la señora Sánchez interpuso denuncia penal de alimentos contra el señor y que en el acta de conciliación, realizada el 9 de noviembre de 2011 se señala la dirección del señor Hernández en el barrio Cedritos en

Bogotá[63]. En dicha audiencia la señora Sánchez se encontró con el señor Hernández, y para esa época aún no se había fallado el proceso de pérdida de la patria potestad por lo que el accionante todavía podía vincularse directamente y presentar las pruebas para evitar el fallo en su contra.

Si lo anterior no fuera suficiente, constan en el expediente los recibos de pago bancario de la cuota de alimentos de 2011 y 2012, por lo cual a través de ese medio también habría podido solicitar la accionada al juez que ubicara al accionante.

5.2.6. En suma, ya fuera después de haber sido citada a la conciliación sobre el régimen de visitas por el señor Hernández a través de la Comisaría de Familia, o después de haberse encontrado con él en la audiencia de conciliación en el proceso penal de alimentos, la señora Sánchez habría podido dar información al juez sobre la manera de ubicar al accionante en cualquier momento del proceso o por lo menos antes de que se proferiera el fallo que lo privó de la patria potestad, pero en su lugar, insistió para que la notificación se surtiera por emplazamiento.

5.2.7. De esta manera, a partir de las múltiples pruebas que constan en el expediente, considera la Sala que la accionada actuó de manera desleal, y no asumió la carga que le correspondía como parte demandante en el proceso de pérdida de la patria potestad contra su ex esposo.

Así, la señora Sánchez incumplió sus deberes en el sentido anteriormente expuesto, ya que la notificación por emplazamiento es la excepción a la regla general de notificación personal, y no basta con que el demandante afirme no conocer el paradero del demandado, porque la ignorancia supina como lo señala la Corte Suprema, equivale a engaño.

6. El interés superior del menor.

6.1. En esta ocasión, la Sala ha encontrado que se desconoció el derecho al debido proceso del señor Hernández, por los defectos verificados en la sentencia que lo privó de la patria potestad de su hija, y por las acciones y omisiones de la señora Sánchez que no cumplió debidamente con las cargas procesales que tenía como demandante en dicho proceso.

Ahora, para iniciar un proceso de adopción, es necesaria una sentencia en firme de pérdida

de patria potestad, situación que ocurrió en el caso en estudio. Sin embargo, una vez desaparece este requisito, como se dijo, esencial para el inicio del proceso de adopción, necesariamente pierde sustento este último proceso y consecuentemente las decisiones allí adoptadas.

Por lo anterior, la sentencia de adopción deberá ser revocada ya que el proceso de pérdida de patria potestad se encuentra viciado desde el momento de la notificación por emplazamiento del señor Hernández.

Es importante resaltar que en general la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para revocar procesos de adopción, pero cuando se verifican graves irregularidades es deber del juez de tutela intervenir. En un caso[64] la Corte revocó una sentencia de adopción luego de comprobar una grave falta de información y participación de la familia de crianza que les impidió participar en el procedimiento de adopción.

6.2. No obstante lo anterior, encontrándose de por medio los derechos fundamentales de la menor Eloísa en particular su derecho a tener una familia y a no ser separada de ella, y entendiendo que la patria potestad es una institución jurídica creada en beneficio de los hijos, la Corte debe evaluar si revocar por los aludidos defectos la sentencia de pérdida de la patria potestad contra el señor Hernández, no afectaría los derechos de su hija.

6.3. La jurisprudencia[65] ha señalado que para establecer cuáles son las condiciones que satisfacen mejor el interés superior del menor es necesario hacer dos tipos de consideraciones: (i) fácticas, es decir aquellas circunstancias propias del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados; (ii) jurídicas, que corresponden a los criterios establecidos en el ordenamiento y que se materializan en, “(1) la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; (3) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado[66]. La aplicación de estos criterios, en el caso bajo examen, se realizará cuando se analice el caso concreto”[67].

Cuentan entonces las autoridades con un amplio margen de discrecionalidad para aplicar

con especial cuidado las disposiciones jurídicas y tomar la mejor decisión de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso.

6.4. En esta ocasión, la Sala encuentra que revocar la sentencia de pérdida de la patria potestad y en consecuencia, la sentencia de adopción del señor Monsalve a favor de la menor Eloísa, no pone en riesgo a la niña, ni desconoce sus derechos fundamentales, ni afecta su desarrollo integral por cuanto la menor vive actualmente con su madre, el señor Monsalve y sus hermanos, conforma con ellos una familia, y no va a ser separada de ellos por efecto de la presente providencia. De este modo, al revocar la sentencia de adopción y anular la sentencia de pérdida de la patria potestad a partir del momento de la notificación por emplazamiento del accionante se asegura el equilibrio entre los derechos del padre y de la hija, al garantizar el derecho al debido proceso del señor Hernández pero sin perjudicar los derechos de su hija ni su desarrollo integral.

6.5. El proceso de pérdida de la patria potestad podrá seguir su curso notificando adecuadamente al demandado, y en el caso en el que el juez decida privar al padre biológico de la patria potestad, podrá el señor Monsalve solicitar la adopción de la menor. En otras palabras, la presente sentencia no impide a las partes reanudar los citados procesos, pero ordena que estos se realicen con respeto al debido proceso.

6.6. A pesar de los desencuentros de los padres de la menor Eloísa, debe insistirse en la necesidad de garantizar por encima de todo los derechos de la niña y especialmente la posibilidad de que mantenga buenas y estrechas relaciones con ambos padres, no obstante estos se encuentren separados. Tal y como lo ha reiterado en otras ocasiones la Corte “los mandatos constitucionales relativos a la familia consagran de manera directa y determinante el derecho inalienable de los niños -aún los de padres separados- a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores. La Corte no vacila en calificar de fundamental este derecho, aplicando la expresa referencia del artículo 44 de la Carta Política”. [68]

Así, existe un derecho “inalienable y mutuo” a las relaciones personales entre padres e hijos [69] que comprende manifestaciones de afecto recíproco, trato continuo y comunicación permanente, para satisfacer las necesidades de ambos independientemente de los vínculos matrimoniales o de que exista vida común entre los padres. La Corte ha

puesto de manifiesto que los derechos de los hijos no pueden supeditarse a los conflictos entre sus padres, y no es admisible que se interpongan barreras, limitaciones o distancias entre unos y otros. Esta es la única lectura adecuada del artículo 44, que determina el derecho fundamental de los niños de tener una familia y no ser separados de ella.

7. Conclusión: síntesis del caso y razón de la decisión.

7.1. Síntesis del caso.

7.1.1. El señor Hernández consideró que se vulneraron sus derechos al debido proceso y a la defensa porque no fue notificado debidamente de la iniciación del proceso que lo privó de la patria potestad sobre su hija. Posteriormente, se inició un proceso de adopción por parte del actual esposo de la madre de la menor Eloísa Hernández Sánchez que quedó ejecutoriada.

7.1.2. Frente a esta situación, la Sala debió determinar si se configuró un vicio en la sentencia que decretó de la patria potestad del accionante sobre su hija lo cual afectaría la validez de la sentencia de adopción, y si la madre de la menor contribuyó en la violación de los derechos del accionante por haber actuado de manera desleal en el proceso.

7.1.3. Con base en las pruebas aportadas al expediente, se decidió amparar el derecho al debido proceso del señor Hernández, anulando el proceso de pérdida de la patria potestad en contra del accionante a partir del momento de la notificación del auto admisorio de la demanda, y por consecuencia, se revocó la sentencia de adopción de la menor Eloísa a favor del señor Pedro Monsalve.

7.2. Regla de la decisión.

7.2.1. La Sala consideró que en los procesos de pérdida de la patria potestad es de fundamental importancia que todas las partes actúen de manera diligente dado que se encuentran en juego no solo los derechos de los padres sino principalmente el interés superior de los niños.

7.2.2. En este sentido, (1) el juez debe ser muy cuidadoso y si es preciso, debe actuar oficiosamente con el fin de asegurar los derechos y garantías de todas las partes involucradas; (2) si es preciso nombrar un curador ad litem, también se espera diligencia de

su parte, ya que su presencia en el proceso no es un mero requisito formal especialmente en procesos relativos a la pérdida de la patria potestad; (3) los demandantes deben cumplir con los principios de lealtad procesal y asumir las cargas que les corresponden de manera responsable.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de abril de 2013, que revocó la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 26 de febrero de 2013.

Segundo.- En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales del señor Juan Hernández al debido proceso y a la defensa. En consecuencia, DECLARAR la nulidad de todo lo actuado, desde el momento de la notificación del auto admisorio de la demanda presentada dentro del proceso de pérdida de patria potestad adelantado por el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá, que culminó con la sentencia proferida el 1º de agosto de 2012, y que resolvió privar al señor Juan Hernández del ejercicio de los derechos de patria potestad que ostentaba sobre su hija Eloísa.

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte de Familia de Bogotá el 15 de agosto de 2013, que decretó la adopción de la menor Eloísa Hernández Sánchez a favor del señor Pedro Monsalve. Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a la oficina de la Registraduría del Estado Civil, la modificación del registro de nacimiento de la menor Eloísa Hernández Sánchez para que vuelva a tener el apellido del padre biológico.

Cuarto.- ORDENAR a la Secretaría General que los nombres y los datos que permitan identificar a la menor sujeto de esta acción y de su familia sean suprimidos de toda publicación del presente fallo. Igualmente, ordenar por Secretaría General al Juzgado de Familia que se encargue de salvaguardar la intimidad de la joven y de sus familiares, manteniendo la reserva sobre todos los datos que permitan su identificación.

Cuarto.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno n. 5, Folios 3 a 5.

[2] Cuaderno n. 5, Folio 14.

[3] Cuaderno n. 5. Folios 20 a 27.

[4] Se aporta como prueba Carta de la Directora Regional de Recursos Humanos de Supertiendas y Droguerías Olímpica dirigida a la Fiscalía 97, en la que se establece que el señor Hernández trabaja como Administrador del Área Operativa en el cargo de Coordinador de Seguridad con contrato a término indefinido desde el 10 de octubre de 2007. Cuaderno n. 2 folio 23.

[5] Cuaderno n. 5. Folio 28.

[6] Se aporta historia clínica elaborada en la Fundación Shaio. Cuaderno n. 2, Folios 27 a 29.

[7] Resolución n. 002 del 9 de septiembre de 2010. Cuaderno n. 4, Folios 32 a 34.

[8] Cuaderno n. 5, Folios 44 a 48.

[10] Cuaderno n. 5, Folio 57.

[11] Cuaderno n. 5, Folios 60 y 61.

[12] Cuaderno n. 5. Folio 77.

[13] Cuaderno n. 2. Folios 14 a 21.

[14] Cuaderno n. 1. Folios 116 a 118, y Folio 122.

[15] Cuaderno n. 2. Folio 12.

[16] Se aporta escrito con fecha del 5 de octubre de 2011 dirigido a la señora Rosa Tulia Ramos Villalobos, Fiscal 79 Unidad 5. Cuaderno n. 2, Folios 24 a 26.

[17] Cuaderno n. 2. Folios 9 y 10.

[18] Aportan fotos de los regalos y recibos de consignaciones en la cuenta de la señora Sánchez correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2011 y de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2012. Cuaderno n. 2, Folios 30 a 41.

[19] Sentencia del Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá. Cuaderno n. 4, Folios 115 a 118.

[20] Recurso de nulidad ante el Juzgado 22 de Familia de Bogotá. Cuaderno n. 5, Folios 1 a 11.

[21] Cuaderno n. 5, Folio 57.

[22] Cuaderno n. 4. Folios 45 a 46.

[23] Constan en el expediente pruebas de pago del jardín infantil y del colegio en el que se cita como responsable de la menor Eloisa Hernández Sánchez al señor Monsalve. Cuaderno n. 5, Folios 30 a 40.

[24] Escrito enviado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en respuesta a la medida cautelar decretada por el Magistrado Sustanciador de la Corte Constitucional en Auto del 11 de septiembre de 2013, el cual ordenaba la suspensión del proceso de adopción adelantado por el señor Monsalve. Cuaderno Principal, Folio 19.

[25] Folio 37 y 38 del Cuaderno n. 1.

[26]1 Folio 46, Cuaderno n. 1.

[27] Ver entre muchas otras, las sentencias C-543 de 1992, T-079 de 1993, T-158 de 1993, T-231 de 1994, SU-1184 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-949 de 2003, T-109 de 2009, T-186/09, T-396 de 2010.

[28] C-590 de 2005. “A pesar de que la Carta Política indica expresamente que la acción de tutela procede “por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” susceptible de vulnerar o amenazar derechos fundamentales, en algunos ámbitos se ha cuestionado su procedencia contra sentencias, no obstante tratarse de actos emanados de jueces y tribunales en tanto autoridades públicas y la consecuente posibilidad, aunque sumamente excepcional, de que a través de tales actos se vulneren o amenacen derechos fundamentales”.

[29] T-173/93.

[30] T-504/00.

[31] Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

[32] T-008/98 y SU-159/2000

[33] T-658-98

[34] T-088-99 y SU-1219-01

[35] C-590 de 2005

[37] C-590 de 2005

[38] Sentencia T-522/01

[39] Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

[40] C-590 de 2005

[41] C-520 de 2009: “la finalidad que cumple el recurso extraordinario de revisión, como excepción al principio de la cosa juzgada que ampara a todas las sentencias ejecutoriadas, para que puedan enmendarse los errores o ilicitudes cometidas en su expedición, y se restituya el derecho al afectado a través de una nueva providencia fundada en razones de justicia material, que resulte acorde con el ordenamiento jurídico”.

[42] En efecto la sentencia es del 1º de agosto de 2012, y el recurso de nulidad fue interpuesto el 22 de febrero de 2013, es decir una vez ejecutoriada la sentencia.

[43] Art. 102, 126 n. 4, Ley 1098 de 2006.

[44] De conformidad con el artículo 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia, uno de los efectos jurídicos de la adopción es que el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad con aquellos. Al tiempo que el artículo 65 dispone que nadie está autorizado para interponer una acción tendiente a establecer la filiación consanguínea del adoptivo, ni reconocerle como hijo, salvo el hijo adoptivo quien podrá promover una acción de reclamación del estado civil. Lo anterior implica, que como la adopción tiene un carácter definitivo y define el estado civil del menor, no existe acción para revocarla, pues la Ley 1098 de 2006 derogó el artículo 113 del Decreto 2737 de 1989 que permitía invalidar la sentencia que decreta la adopción mediante el ejercicio del recurso extraordinario de revisión.

[45] Sentencia T-352 de 2012

[46] C-145 de 2010, C-1003 de 2007, C-997 de 2004, C-1064 de 2000, T-182 de 1999, T-531 de 1992, T-041 de 1996, entre muchas otras.

[47] Ley 1098 de 2006 ARTÍCULO 14. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los

niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

[48] T-182 de 1999.

[49] C-145 de 2010.

[50] *Ibídem*.

[51] Cuaderno n. 5, Folios 21 y 23.

[52] Corte Suprema de Justicia. Sentencia de revisión de 24 de noviembre de 2008, exp. 2006-00699.

[53] Cuaderno n. 5. Folios 83 a 85.

[54] El artículo 29 de la Carta establece: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

[55] Finalidad resguardada por instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14). Así como, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que considera que el derecho a la protección judicial, salvaguarda al ciudadano frente al ejercicio arbitrario del poder público, este “es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”[55].

[56] C-025 de 2009.

[57] Ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ. Bogotá D. C., cuatro (4) de julio de dos mil doce (2012). Discutido y aprobado en Sala de veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012). Ref: Exp. 1100102030002010-00904-00.

[58] Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Octubre 23 de 1978, Sentencia de revisión de 3 de agosto de 1995, exp. 4743.

[59] Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 24 de octubre de 2011, exp. 2009-01969-00.

[60] Cuaderno. 2. Folio 14.

[61] Cuaderno. 2. Folio 18.

[62] Cuaderno n. 2. Folio 22.

[63] Cuaderno n. 2. Folios 9 y 10.

[64] T-844 de 2011.

[65] T-884 de 2011, T-968 de 2009, T-572 de 2009, T-397 de 2004, T-510 de 2003, entre muchas otras.

[66] Para consultar en detalle el contenido y origen normativo de estos criterios, ver los párrafos 4.1.1 - 4.1.5 de la sentencia T-397 de 2004.

[67] T-884 de 2011.

[68] T-408 de 1995y T-572 de 2009.

[69] T-290 de 1993.