El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 1ª instancia – 09 de noviembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Concede el amparo

Radicación Nro. : 66001-22-13-000-2017-01181-00

Accionante: LUIS GILBERTO VALLEJO PELÁEZ

Accionado: JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE PEREIRA

Magistrado Ponente:  CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

**Temas: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA ACTUACIÓN JUDICIAL / VÍA DE HECHO POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN.** [L]a falta de lealtad procesal de la señora Rosa Daniela Amaya Arias y la nula actividad del juzgado accionado y del curador ad-litem por lograr la notificación personal del actor, a pesar de que en el proceso se conocía una, generaron que el proceso tantas veces citado se adelantara sin permitirle al actor su derecho a la defensa, circunstancia que se torna aún más grave si se recuerda que están de por medio derechos fundamentales de los que es titular un menor de edad. El defecto anotado constituye vía de hecho que vulnera de manera flagrante los derechos de los niños y a un debido proceso consagrados en los artículos 29 y 44 de la Constitución Nacional y justifica la intervención del juez constitucional en aras de brindar amparo a la parte que sufrió el agravio.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

 Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

 Pereira, noviembre nueve (9) de dos mil diecisiete (2017)

 Acta No. 589 del 9 de noviembre de 2017

 Expediente No. 66001-22-13-000-2017-01181-00

Se decide en primera instancia la acción de tutela de la referencia, promovida por el señor Luis Gilberto Vallejo Peláez contra el Juzgado Segundo de Familia de Pereira, a la que fueron vinculados la señora Rosa Daniela Amaya Arias, el Dr. Augusto Castaño Mejía, la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Ministerio Público, representado por el Procurador 21 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de Pereira.

**A N T E C E D E N T E S**

1. Relató el apoderado del demandante los hechos que admiten el siguiente resumen:

1.1 Los señores Luis Alberto Vallejo Peláez y Rosa Daniela Amaya Arias contrajeron nupcias el 7 de diciembre de 2013, vínculo del que nació Santiago Vallejo Amaya quien a la fecha cuenta con tres años de edad.

1.2 Los citados señores se separaron de hecho debido a los ultrajes causados por Rosa Daniela Amaya Arias al actor.

1.3 En demanda de privación de la patria potestad, la señora Amaya Arias alegó que su cónyuge abandonó el hogar y sus obligaciones paternales, pero ello es contrario a la realidad ya que en el registro civil del menor quedó consignada su firma para la correspondiente inscripción y en la etapa inicial de su vida le proporcionó vestido, alimentos e insumos higiénicos.

1.4 A partir del momento en que empezaron las dificultades de pareja, la madre aisló al menor de su padre. Debido a lo anterior y a que la citada señora no le recibía las cuotas alimentarias, decidió el actor abrir, a nombre de su hijo, una cuenta de asociado en la Cooperativa La Rosa en la que consignó la suma de $2.000.000, valor que le entregó a su cónyuge, por solicitud de esta, a través de redes sociales.

1.5 El demandante convocó a la señora Amaya Arias a audiencia de conciliación, para regular las vistas, a la Comisaría de Familia de Pereira, solicitud que fue radicada el 11 de julio de 2016 y de esa diligencia fue notificada por medio de correo certificado, recibido por su hermano el 17 de agosto siguiente, pero a la misma no asistió.

1.6 La progenitora del menor siempre ha tenido conocimiento de la ubicación del actor, ya que este ha conservado la misma dirección de residencia desde cuando ella lo citó a la Comisaría de Familia de Dosquebradas en el año 2014 y han mantenido comunicación a través de las redes sociales Facebook y WhatsApp, medios que pudo haber utilizado para comunicarle la demanda de privación de la patria potestad y así garantizarle sus derechos de defensa y contradicción. Lo anterior también pudo haberlo surtido a través de la madre del demandante cuya localización, de igual forma, era de su conocimiento.

1.7 Aquella dirección, además, bien pudo ser tenida en cuenta por parte del juzgado accionado, del curador ad ítem o del Defensor de Familia, este último quien tiene el deber de garantizar los derechos del menor, obligación en este caso incumplió.

1.8 Estima que la acción de tutela es procedente en este caso ya que: a) se cumple con el requisito de la subsidiariedad pues frente al fallo que decidió el citado proceso “no cabe el recurso de nulidad” ni el extraordinario de revisión; el primero, porque resultaría extemporáneo si se tiene en cuenta que la sentencia se produjo el 6 de diciembre de 2016 y el segundo, porque esta decisión, de conformidad con la sentencia T-818 de 2013, afectó, además de las garantías del debido proceso y la defensa, los derechos fundamentales del menor a la unidad familiar y a la definición de su estado civil; b) el daño causado persiste ya que el actor no puede tener contacto con su hijo, quien, con el transcurrir del tiempo puede llegar a no reconocerlo como su padre y c) “INMEDIATEZ DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO. La reparación del daño causado al solicitante exige que sea de inmediato cumplimiento”.

2. Considera lesionado su derecho al debido proceso y al buen nombre. Para su protección solicita se ordene anular todo lo actuado dentro del proceso de pérdida de la patria potestad adelantado ante el juzgado accionado y se comunique esta decisión al señor Notario Quinto del Círculo de Pereira para que proceda a realizar la anotación respectiva en el registro civil de nacimiento del niño Santiago Vallejo Amaya.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Mediante proveído del 26 de octubre último se admitió la tutela y se ordenó vincular a la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Ministerio Público para asuntos de familia, a la señora Rosa Daniela Amaya Arias. Con posterioridad se dispuso la vinculación del Dr. Augusto Castaño Mejía quien fungió como curador ad litem del actor en el proceso en que este encuentra lesionados sus derechos.

2. En el trámite de esta instancia, se produjeron los siguientes pronunciamientos:

2.1 Defensora de Familia del ICBF indicó que en virtud del principio de la buena fe, se asumió que la señora Rosa Daniela Amaya Arias, en realidad, desconocía el paradero del accionante. En las diligencias ante la Comisaría de Familia no se observó dirección alguna del actor, pero de todas maneras, al tratarse de actuaciones realizadas hace varios años, el citado señor pudo haber cambiado de residencia. El proceso de pérdida de la patria potestad fue tramitado de conformidad con los parámetros legales. No obstante, si de acuerdo con las pruebas aportadas en esta acción constitucional, se confirma que la citada señora sabía dónde contactar al demandante, se deberá revisar la decisión adoptada por el Juzgado Segundo de Familia, pues el menor solo puede ser desvinculado de su progenitor cuando se comprueben los hechos que fundamentan la causal del artículo 315 numeral 2 del Código Civil, invocada en este caso.

2.2 El Juez Segundo de Familia señaló que dejaba al criterio de esta Sala la actuación judicial adelantada dentro del proceso de privación de la patria potestad promovido por la señora Rosa Daniela Amaya Arias en representación de su hijo Santiago Vallejo Amaya, en el cual, de conformidad con lo manifestado por la parte actora, se emplazó al demandado en los términos del artículo 108 del Código General del Proceso.

2.3 El Procurador 21 Judicial II de Infancia, Adolescencia y Familia se pronunció para manifestar que en este caso se cumplen los requisitos generales para la procedencia de la tutela pues: a) al estar de por medio derechos de un menor y la garantía al debido proceso, el asunto tiene relevancia constitucional; b) de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, al actor no le es exigible alegar la nulidad del trámite cuando fue indebidamente notificado, ni acudir al recurso de revisión, es decir que carece de otros medios de defensa judicial para dirimir la cuestión; c) aunque la providencia que se reprocha fue proferida hace más de diez meses, este término se estima como razonable si se tiene en cuenta que el actor desconocía la existencia del proceso de privación de la patria potestad; d) las irregularidades invocadas son decisivas en el fallo criticado y e) no se trata de tutela contra tutela.

También los presupuestos específicos, como quiera que en el expediente que contiene el citado proceso obra un acta de conciliación de cuota alimentaria celebrada en el año 2014 ante la Comisaría de Familia de Dosquebradas, es decir que se pudo acudir a esta entidad para indagar por el paradero del accionante. De igual manera, el curador ad litem que lo representó incumplió sus deberes como auxiliar de la justicia al omitir indagar sobre tal circunstancia. A esto se suma el desconocimiento de los principios de lealtad procesal y de satisfacción de las cargas procesales, por parte de la señora Rosa Daniela Amaya Arias, quien durante el trámite del proceso fue citada por el señor Luis Gilberto Vallejo Peláez a audiencia de conciliación de regulación de visitas, a la que no asistió, y al parecer sostenía comunicación con él por medio de redes sociales. Por tanto pidió se concediera el amparo solicitado.

De otro lado solicitó la vinculación del Dr. Augusto Castaño Mejía, quien fungió como curador ad litem del accionante dentro del referido proceso de privación de la patria potestad.

3. Los demás vinculados guardaron silencio.

**C O N S I D E R A C I O N E S**

1. El fin de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, concedida a todas las personas por el artículo 86 de la Constitución Política, ante su vulneración o amenaza generada por cualquier autoridad pública y aun por los particulares en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2. Corresponde a esta Sala decidir si procede la tutela para dejar sin efectos lo actuado dentro del proceso de privación de la patria potestad adelantado contra el actor y en caso positivo, si en ese trámite la autoridad judicial demandada lesionó algún derecho fundamental que sea menester proteger, por una presunta indebida notificación.

3. La Corte Constitucional en sentencia C-543 de 1992 declaró inconstitucional el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 que autorizaba la tutela contra providencias judiciales. A pesar de ello, enseñó inicialmente que el amparo resultaba procedente cuando se incurría en vía de hecho, concepto que ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia hasta sintetizar los requisitos generales y las causales específicas de procedencia de la solicitud de amparo frente a esa clase de decisiones.

Así entonces ha enlistado como condiciones generales de procedencia, que deben ser examinadas antes de pasar al análisis de las causales específicas, las siguientes:  “*(i) Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional; (…) (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;(…) (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;(…) (iv) Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (…) (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible;(…) y (vi) Que no se trate de sentencias de tutela (…)*”[[1]](#footnote-1).

Superado ese primer análisis, la Corte ha identificado como causales específicas de procedencia de la acción, las siguientes*: “7.1.- Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia. 7.2.- Defecto procedimental absoluto: surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley. 7.3.- Defecto fáctico: se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión, o cuando se desconocen pruebas que afectarían el sentido del fallo. 7.4.- Defecto material o sustantivo: tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión, cuando se deja de aplicar una norma exigible para el caso o cuando se otorga a la norma jurídica un sentido que no tiene. 7.5.- El error inducido: acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales. 7.6.- Decisión sin motivación: se presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan. 7.7.- Desconocimiento del precedente: se configura cuando por vía judicial se ha fijado un alcance sobre determinado tema, y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos eventos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad. 7.8.- Violación directa de la Constitución que se deriva del principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como un supuesto plenamente vinculante y con fuerza normativa”[[2]](#footnote-2).*

3. Las pruebas incorporadas al expediente, demuestran los siguientes hechos:

3.1 El 28 de abril de 2014, la señora Rosa Daniela Amaya Arias solicitó ante la Comisaría de Familia de Dosquebradas citar a Luis Gilberto Vallejo Peláez para efecto de realizar audiencia de conciliación de alimentos. Para ese fin informó que la dirección del mencionado señor era el barrio Venus II manzana c casa 11[[3]](#footnote-3). Admitida esa petición[[4]](#footnote-4), se elaboró la correspondiente orden de comparendo[[5]](#footnote-5) y el 27 de mayo del año citado, se celebró el acto respectivo, en el que las partes acordaron lo relacionado con la obligación alimentaria a cargo del demandado y la Comisaria de Familia de ese municipio aprobó la conciliación[[6]](#footnote-6).

3.2 El 11 de julio de 2016, Comisario de Familia de Pereira admitió la solicitud elevada por el señor Luis Gilberto Vallejo Peláez, por medio de apoderado, dirigida a que se realizara audiencia de conciliación para la fijación del régimen de visitas del menor Santiago Vallejo Amaya[[7]](#footnote-7). Para ese fin se convocó a la señora Rosa Daniela Amaya Arias, mediante citación que fue enviada a su residencia[[8]](#footnote-8) y recibida por el señor Andrés Díaz Arias[[9]](#footnote-9). Sin embargo como dicha señora no compareció a esa diligencia ni justificó su inasistencia, el 14 de septiembre de siguiente, se ordenó el archivo de las diligencias[[10]](#footnote-10).

3.3 La citada señora, por medio de apoderado, demandó a Luis Gilberto Vallejo Peláez, con el fin de obtener se le privara de ejercer la patria potestad sobre su menor hijo Santiago Vallejo Amaya. Como causal se invocó el abandono, porque desde comienzos del año 2014 dejó de cumplir sus obligaciones de padre, al punto de que antes de que naciera el niño, fue citado a una audiencia de conciliación, en la que se fijó el monto de la cuota alimentaria, obligación que nunca cumplió. En el escrito respectivo se solicitó su emplazamiento, porque desconoce su habitación y lugar de trabajo[[11]](#footnote-11).

3.4 A esa demanda se aportó la conciliación sobre alimentos atrás aludida, respecto de la cual el apoderado que representó a la demandante solicitó su desglose[[12]](#footnote-12).

3.5 Por auto del 1º de abril de 2016 el Juzgado Segundo de Familia de Pereira admitió la demanda; ordenó el emplazamiento del demandado y dispuso la intervención de la Defensora del Familia y del Procurador Judicial de Familia[[13]](#footnote-13).

3.6 Realizado el emplazamiento al demandado sin que hubiese comparecido el proceso, se le nombró curador ad-litem para que lo representara[[14]](#footnote-14); este, notificado del auto admisorio de la demanda, dio respuesta al libelo. Manifestó que no le constaban los hechos, y en cuanto a las pretensiones, que se atenía a lo que resultara probado[[15]](#footnote-15).

3.7 En la etapa probatoria del proceso, la asistente social del juzgado accionado rindió informe sociofamiliar en el que, entre otras cosas, indicó que de conformidad con la entrevista rendida por la familia materna del niño Santiago Vallejo Amaya, los señores Rosa Daniela Amaya Arias y Luis Gilberto Vallejo Peláez se conocieron por redes sociales y que lo poco que saben de este último es que es hijo de padres separados, que el progenitor vive en España y la madre en Dosquebradas y que aparentemente se encuentra radicado fuera del país “según les ha informado ROSA DANIELA ha visto foto de él por Facebook”[[16]](#footnote-16).

3.8 El funcionario accionado señaló el 6 de diciembre de 2016 la fecha para realizar la audiencia de que trata el artículo 392 del Código General del Proceso[[17]](#footnote-17), dentro de la cual se practicaron las pruebas solicitadas, se dio traslado a las partes para alegar y se dictó sentencia, en la que se accedió a las súplicas de la demanda[[18]](#footnote-18).

4. De conformidad con esas pruebas, puede afirmarse que en el asunto bajo estudio se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia del amparo constitucional frente a decisiones judiciales, porque de acuerdo con los hechos narrados en el escrito por medio del cual se formuló la acción, el asunto tiene relevancia constitucional, en razón a que involucra el derecho fundamental al debido proceso.

El requisito de la subsidiariedad se entiende cumplido, pues aunque el actor tiene a su alcance otro mecanismo de defensa judicial, concretamente el recurso de revisión, de haber resultado indebidamente notificado, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 355 del Código General del Proceso, considera esta Sala que el mismo no resulta eficaz en el caso concreto, porque están de por medio los derechos del menor Santiago Vallejo Amaya a tener una familia y a no ser separado de ella, al amor y al cuidado, elevados a la categoría de fundamentales por el artículo 44 de la Constitución Nacional, disposición que les otorga un carácter prevalente, y teniendo en cuenta que es sujeto de especial protección constitucional. Al respecto, la Corte Constitucional en asunto similar al que ahora se ventila, dijo:

*“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[[19]](#footnote-19) 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.*

*…*

*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.”[[20]](#footnote-20)*

También se estima satisfecho el presupuesto de la inmediatez, así hayan transcurrido más de diez meses desde cuando se profirió la sentencia que definió el proceso de privación de la patria potestad en el que encuentra el peticionario vulnerados sus derechos y porque la violación se mantiene en el tiempo, siguiendo de cerca providencia de la Corte Constitucional, que al analizar ese requisito, respecto de la tutela propuesta por un padre frente al acto administrativo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que lo privó de ejercer la patria potestad sobre sus dos hijas, menores de edad y las declaró adoptables, expresó:

*“30. Esta exigencia jurisprudencial reclama la verificación de una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales. De esta manera, la acción de tutela solo será procedente cuando se interpone en un plazo razonable, prudencial y proporcionado con respecto a la vulneración del derecho que pudo darse con la actuación judicial[[21]](#footnote-21) o administrativa.*

*La presente acción cumple con el requisito de inmediatez por dos razones. La demanda de tutela por violación del derecho al debido proceso fue presentada el 27 de febrero de 2012. Aunque la tutela se dirigía en contra de una actuación que fue expedida el día 17 de junio de 2011, más de 6 meses antes, uno de los argumentos del actor es que tal resolución no le fue notificada. La Sala considera que, como lo que se debate en esta ocasión es precisamente la falta de notificación del acto que ataca, y con ella el desconocimiento de su situación dentro del proceso administrativo, el plazo para interponer la acción de tutela es prudente y razonable.[[22]](#footnote-22)*

*Adicionalmente, la actuación del ICBF, que materializó violaciones a los derechos fundamentales del actor y su familia dentro del PARD inicial, generó vulneraciones que se han mantenido en el tiempo. De hecho, los yerros dentro del proceso administrativo aun acarrean una serie de consecuencias de relevancia constitucional para la familia de Carlota C. y María M., varias de ellas irreparables. Esta consideración demuestra la vigencia actual de las violaciones, con lo cual es claro el cumplimiento del requisito de inmediatez en el caso concreto. Bajo estas circunstancias, la acción de tutela procede pues pretende cesar violaciones presentes y actuales, por eso se ha cumplido el requisito…”[[23]](#footnote-23)*

Además, las irregularidades alegadas tienen directa incidencia en la decisión atacada; se identificaron los hechos generadores de la vulneración y no se controvierte una sentencia dictada en proceso de tutela.

5. En cuanto a los requisitos específicos de procedibilidad, considera el demandante lesionados sus derechos porque el juzgado demandado decidió emplazarlo, en el proceso de privación de la patria potestad que en su contra se instauró, a pesar de que la promotora de la acción, contrario a lo que expresó en el escrito por medio del cual se dio inicio a la actuación, conocía el lugar donde podía ubicarlo, el cual, además, ha podido ser verificada por el titular de ese despacho o por los demás intervinientes, con las pruebas que se aportaron al libelo.

La Corte Constitucional, en relación con el defecto procesal absoluto y la violación directa de la Constitución, en la providencia inicialmente citada, en caso similar al que ahora se decide, dijo:

*“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 perdida 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[[24]](#footnote-24), 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[[25]](#footnote-25). 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[[26]](#footnote-26). 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”[[27]](#footnote-27). 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”[[28]](#footnote-28).*

*…*

*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[[29]](#footnote-29), 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 (...)”[[30]](#footnote-30).*

*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…”*

*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[[31]](#footnote-31) 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 (…)”[[32]](#footnote-32).*

*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”[[33]](#footnote-33).*

*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...”*

5.1 Situación similar a la que analizó la Corte en esa providencia fue lo que acaeció en el caso concreto, en el que se vulneró la garantía al debido proceso de que es titular el actor, así como los derechos fundamentales de su hijo.

En efecto, de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente y que atrás se relacionaron, puede inferirse que la señora Rosa Daniela Amaya Arias sí sabía la ubicación del accionante o por lo menos la forma de contactarlo. En efecto, existe constancia de que: a) en el año 2014 suministró su dirección con el fin de citarlo a la audiencia de conciliación de cuota alimentaria; b) a mediados del año 2016, es decir cuando ya se había promovido la demanda de privación de la patria potestad, el señor Luis Gilberto Vallejo Peláez solicitó su comparecencia a audiencia de fijación del régimen de visitas a favor del menor Santiago Vallejo Amaya. La correspondiente citación fue enviada a su residencia y fue recibida por el señor Andrés Díaz Arias, su hermano, tal como se desprende de la demanda y del informe de la asistente social del juzgado accionado en la que se dijo que es tío del menor[[34]](#footnote-34) y c) se comunica la citada señora por las redes sociales del señor Vallejo Peláez, pues, según lo informado por sus familiares a la referida asistente social, se conocieron por ese medio y está vinculada a su perfil de Facebook. También se aportaron conversaciones sostenidas por tales herramientas virtuales y aunque, como ya se dijo, no es posible tener certeza sobre quiénes interactúan allí, la forma como se identifican las personas y los temas abordados, configuran indicios acerca de que se trata de Rosa Daniela y Luis Gilberto.

A pesar de lo anterior la citada señora manifestó, bajo la gravedad del juramento, que desconocía la habitación y el lugar de trabajo del peticionario y solicitó su emplazamiento, lo cual constituye una falta al principio de la lealtad entre las partes y generó que el actor no pudiera defenderse dentro del proceso de privación de la patria potestad de su hijo, cuya trascendencia es notoria.

El funcionario accionado también actuó al margen del procedimiento legalmente establecido, pues procedió a emplazar al actor y luego a nombrarle un curador para representarlo, sin realizar las averiguaciones de rigor para establecer la certeza de esa afirmación, dado el anexo aportado con la demanda, que daba cuenta de la conciliación que realizaron los padres del menor ante la Comisaría de Familia, en relación con los alimentos que al pequeño suministraría el padre, y en la que se indicó su dirección.

Tampoco fue afortunada la actuación del curador ad-litem que se designó para que representara al demandado, pues se limitó a contestar la demanda en el sentido de que no le constaban los hechos allí consignados y que se atenía a lo que resultara probado, sin que exista constancia acerca de que haya intentado contactar al actor por algún medio.

En conclusión, la falta de lealtad procesal de la señora Rosa Daniela Amaya Arias y la nula actividad del juzgado accionado y del curador ad-litem por lograr la notificación personal del actor, a pesar de que en el proceso se conocía una, generaron que el proceso tantas veces citado se adelantara sin permitirle al actor su derecho a la defensa, circunstancia que se torna aún más grave si se recuerda que están de por medio derechos fundamentales de los que es titular un menor de edad.

El defecto anotado constituye vía de hecho que vulnera de manera flagrante los derechos de los niños y a un debido proceso consagrados en los artículos 29 y 44 de la Constitución Nacional y justifica la intervención del juez constitucional en aras de brindar amparo a la parte que sufrió el agravio.

6. En consecuencia, para brindar la protección reclamada, se dejará sin efecto todo lo actuado, con posterioridad al auto por medio del cual se admitió la demanda instaurada por la señora Rosa Daniela Amaya Arias contra Luis Gilberto Vallejo Peláez para privar a este último del ejercicio de la patria potestad sobre su hijo común Santiago Vallejo Amaya y se ordenará al Juez Segundo de Familia de Pereira rehacer la actuación, de conformidad con los parámetros fijados en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO:** Se concede el amparo solicitado por el señor Luis Gilberto Vallejo Peláez frente al Juzgado Segundo de Familia de Pereira.

*(Continúa parte resolutiva de sentencia de primera instancia proferida en la acción de tutela radicada 66001-22-13-000-2017-01181-00)*

**SEGUNDO:** Se deja sin efecto todo lo actuado en el proceso de privación de la patria potestad adelantado por la señora Rosa Daniela Amaya Arias contra el accionante, con posterioridad al auto por medio del cual se admitió la demanda, y se ordena al Juez Segundo de Familia de Pereira, dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta providencia, rehacer, la actuación de conformidad con los parámetros fijados en este fallo.

**TERCERO:** Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO:** De no ser impugnada esta decisión, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

 **CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

 **DUBERNEY GRISALES HERRERA**

 **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Sentencia T-307 de 2015 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia SU-241 de 2015 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 30 y 31 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 32 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 33 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 41 y 42 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 45 a 47 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 48 [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 54 [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 50 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 5 a 8 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 14 y 15 [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 11 y 12 [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 56 [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 59 [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 69 a 75 [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 61 y 62 [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 38,39 y 41 a 53. [↑](#footnote-ref-18)
19. Art. 102, 126 n. 4, Ley 1098 de 2006. [↑](#footnote-ref-19)
20. Sentencia T-818 de 2013, MP. Dr. Mauricio González Cuervo [↑](#footnote-ref-20)
21. Sentencia T-377 de 2009. M.P. María Victoria Calle. [↑](#footnote-ref-21)
22. Un caso similar, en el cual hubo pérdida de la patria potestad, fue estudiado por la sentencia T-818 de 2013. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sentencia T-946 de 2014, MP. Dra. Gloria Stella Ortíz Delgado [↑](#footnote-ref-23)
24. 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. [↑](#footnote-ref-24)
25. 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. [↑](#footnote-ref-25)
26. T-182 de 1999.  [↑](#footnote-ref-26)
27. C-145 de 2010. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ibídem. [↑](#footnote-ref-28)
29. Cuaderno n. 5, Folios 21 y 23. [↑](#footnote-ref-29)
30. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de revisión de 24 de noviembre de 2008, exp. 2006-00699. [↑](#footnote-ref-30)
31. 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. [↑](#footnote-ref-31)
32. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Octubre 23 de 1978, Sentencia de revisión de 3 de agosto de 1995, exp. 4743. [↑](#footnote-ref-32)
33. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 24 de octubre de 2011, exp. 2009-01969-00. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 7 y 72 [↑](#footnote-ref-34)