



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA.
SALA CIVIL- FAMILIA- LABORAL
RIOHACHA- LA GUAJIRA**

Riohacha, nueve (09) de febrero dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.

PROVIDENCIA:	AUTO INTERLOCUTORIO
PROCESO	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
DEMANDANTE:	ALBIN ENIO GÁMEZ PÉREZ DEFENSOR DE FAMILIA ADSCRITO AL CENTRO ZONAL N°3 DE FONSECA , LA GUAJIRA.
DEMANDADO:	JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SAN JUAN DEL CESAR, LA GUAJIRA
JUZGADO DE ORIGEN	JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SAN JUAN DEL CESAR LA GUAJIRA.
RADICACIÓN	44-001-22-14-000-20200013-00
TEMA	DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD DE LA MENOR JDO

ANTECEDENTES

Remitido el expediente como se ordenó en el auto de veinte (20) de octubre de 2020, corresponde en esta ocasión resolver sobre la admisión o rechazo, previo las siguientes:

CAUSA PETENDI:

Para adoptar la anterior decisión se tomaron en cuenta las siguientes decisiones:

En el auto de veintiséis (26) de agosto recién pasado, se admitió el recurso extraordinario de revisión, y se ordenaron las notificaciones respectivas.

Con auto de once (11) de septiembre de 2020, se corrigió el nombre de las personas a notificar y se ordenó la notificación a ésta últimas.

Con auto de veinte (20) de octubre de 2020, se dejo sin efecto el auto que ordeno la vinculación de JUDITH ESTHER MARTÍNEZ OÑATE presunta



abuela del menor JDO y JEINITH JUDITH ESCALANTE MARTÍNEZ presunta madre del menor, además se ordenó al Juzgado Promiscuo de Familia de San Juan del César que remitiera copia digitalizado del proceso administrativo adelantado por la comisaria de Familia de Hatonuevo-la Guajira.

En respuesta al decreto de pruebas se informa por el Juzgado Promiscuo de Familia de Hatonuevo-La Guajira, que la actuación de la Comisaría es la contenida en el expediente de folio 1 al 56, y allega la documentación en formato digital.

Con las actuaciones que se acaban de describir, se puede señalar que:

Según la información del Defensor de Familia demandante en este asunto, informó a folio 36 del cuaderno de segunda instancia “...*me permito informar al señor Magistrado ponente del proceso del menor en referencia, que este despacho desconoce el nombre de la madre, por lo tanto el nombre de la señora JEINE JUDITH ESCALANTE ORTIZ, no corresponde a este proceso, **todo se debe a una equivocación surgida desde la comisaría de familia de Hato nuevo, y en el estudio socio Familia (sic) por la trabajadora social de este Dentro (sic) Zonal YRI JIMÉNEZ ZULUAGA, hace aclaración del caso***”

Efectivamente le asiste razón al defensor de familia, en tanto revisado la actuación administrativa realizada por la Comisaría de Familia, se pudo observar lo siguiente, especialmente en la historia clínica:

Folio 44 “*HJ DE JEINIS GEMI ESCALANTE MARTÍNEZ...PRODUCTO DE MADRE DE 13 AÑOS PRIMIGESTANTE...*”

Folio 45 *HJ DE JEINIS GEMI ESCALANTE MARTÍNEZ...RECIEN NACIDO PRETERMINO DE 26 SEMANAS...*”

No registró datos en antecedentes personales ni familiares.

Folio 47 “*NN NN NN*”, en antecedentes personales se lee “*NO HAY DATOS YA QUE FUE ABANDONADO*” No registro datos de antecedentes familiares.

Folio 48 “*NN NN NN*”, en la impresión diagnóstica se registra “*RECIEN NACIDO PRETERMINO DE 36 SEMANAS POR BALLARD...5. RN DE SITUACIÓN DE RIESGO ABANDONADO EN VÍA PÚBLICA. 6. MALTARTO INFANTIL...*”

A folio 53 se lee “*NN NN NN*”, en antecedentes personales se lee “*NO HAY DATOS YA QUE FUE ABANDONADO*” No registro datos de antecedentes familiares.



A folio 54 se registra “NN NN NN” “...EN ESPERA DE DEFINIR CUSTODIA MENOR EN ABANDONO. ALTO RIESGO SOCIAL ASISTE A VISITA COMISARIA DE FAMILIA DE HATONUEVO...”, esta anotación se repite en las historias clínicas de folio 58, 59, 60 y se identifica como NN NN NN, A FOLIO 61 QUE ES UN MENOR EN BANDO.

A folio 56 registra “NN NN NN”, en la impresión diagnóstica se registra “*RECIEN NACIDO PRETERMINO DE 36 SEMANAS POR BALLARD...5. RN DE SITUACIÓN DE RIESGO ABANDONADO EN VÍA PÚBLICA. 6. MALTARTO INFANTIL...*” (sic)

A folio 67 se solicita registro a niño expósito, en lo relevante “...*me permito solicitar ante usted se sirva de (sic) realizar la inscripción de nacimiento del menor...(JDO) y se expide el NUIP al menor, ver folio 68.*”

A folio 89 se lee

“...sobre el caso del menor...identificado con registro civil No 1122414717, el cual se hizo búsqueda activa de los posibles familiares del menor, no fue satisfactoria ya que no hay información alguna que lleve a la localización de la madre del menor...se solicitó a las instituciones prestadoras de salud, a la EPS del municipio, al policía Nacional, presidentes de barrio, cabildos gobernadores de los resguardos indígenas, en donde ellos manifiestan que no tuvieron conocimiento de alguna mujer en estado de Gestación en el período comprendido de octubre de 2016 a junio de 2017”

Obran los oficios que refiere la búsqueda de la anterior información del folio 90 a 101.

Se puede inferir que, la madre de los gemelos que se identifica como *JEINIS GEMI ESCALANTE MARTÍNEZ*, no puede ser la madre del menor JDO, por cuanto en la historia clínica refiere que el hijo de aquella tenía veintiséis semanas de gestación, en tanto en la historia clínica del menor NN NN NN habla de una gestación de 36 meses.

Además, si aparece registrada la corrección de la comisaria respecto a lo erróneo del informe que suministro y que generó confusión.

En el oficio JPF 817 de 9 de mayo de 2018, se pidió a la Comisaria de Familia de Hato Nuevo, por parte del Juzgado Promiscuo de San Juan del César que “...*se sirva remitir los documentos relacionados en los numerales 1 y 2 del auto de apertura de investigación de fecha 7 de junio de 2017; copia del oficio remisorio del proceso al ICBF cuando perdió competencia; así mismo, **indicar las razones en las que se basó para declarar ante la registraduría de San Juan del Cesar-La Guajira, que el niño JESUS DAVID era de apellido ORTIZ e hijo de padres desconocidos...**”*



Quien respondió los oficios, entre ellos el anterior, así:

A folio 116 del expediente, en el informe de valoración socio-familiar inicial, practicado por el ICBF realizado por la profesional YURI PATRICIA JIMÉNEZ ZULUAGA dejó consignado lo siguiente “... Al indagar sobre la relación de la adolescente con el niño JESUS DAVID, la Doctora Carla León manifiesta **que se trato de un error al ingresar un documento por equivocación a la carpeta del menor de edad, que para ese momento también se encontraba atendiendo...**”

Se procede a resolver previa las siguientes

CONSIDERACIONES:

Mediante la demanda de revisión, que llegó a esta Corporación el trece (13) de febrero de esta anualidad y tiene pase al despacho de diecisiete (17) de febrero de esta calenda, se debe en consecuencia estudiar si reúne los requisitos para admitir la demanda que formuló el recurso extraordinario de revisión.

Igualmente se deja constancia que por disposición del Consejo Superior de la Judicatura, se suspendieron los términos judiciales, con el Acuerdo PCSJA20-11517 de 2020 y reanudó el conteo de ello a partir del primero (1º) de julio del año en curso con el Acuerdo PCSJA20 -11566 de 2020.

Conforme a lo solicitado por esta Corporación, la juez de Familia envió el expediente judicial que reposa en su despacho.

COMPETENCIA:

Esta corporación es competente para conocer del presente asunto en virtud de lo dispuesto en el artículo 32, numeral 3º del CGP

En lo que interesa a esta decisión, el artículo 355 del CGP,

“(..)

7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad.

“(..)”



ARTÍCULO 102. CITACIONES Y NOTIFICACIONES. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1878 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La citación ordenada en la providencia de apertura de investigación se practicará en la forma prevista en la legislación de Procedimiento Civil vigente para la notificación personal, siempre que se conozca la identidad y la dirección de las personas que deban ser citadas. Cuando se ignore la identidad o la dirección de quienes deban ser citados, la citación se realizará mediante publicación en una página de Internet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por un término de cinco días y por transmisión en un medio masivo de comunicación, que incluirá una fotografía del niño, si fuere posible.

La notificación en este último caso se entenderá surtida si transcurridos cinco (5) días, contados a partir del cumplimiento del término establecido para las publicaciones en los medios de comunicación, el citado no comparece.

Las providencias que se dicten en el curso de las audiencias y diligencias se consideran notificadas en estrados inmediatamente después de proferidas, aun cuando las partes no hayan concurrido.

Las demás notificaciones se surtirán mediante aviso que se remitirá por medio de servicio postal autorizado, acompañado de una copia de la providencia correspondiente.

Norma publicada en el Diario Oficial No. 50.471 de 9 de enero de 2018

Asimismo, el artículo 133 del CGP establece:

“ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

(...)

PARÁGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece.”

Ahora, la Ley 1098 de 2006, establece en su artículo 100:



“PARÁGRAFO 5o. Son causales de nulidad del proceso de restablecimiento de derechos las contempladas en el Código General del Proceso, las cuales deberán ser decretadas mediante auto motivado, susceptible de recurso de reposición, siempre y cuando se evidencien antes del vencimiento del término de seis (6) meses señalado anteriormente. En caso de haberse superado este término, la autoridad administrativa deberá remitir el expediente al Juez de Familia para que asuma la competencia.”
(Subrayado y Negrillas fuera de texto).

Así, en virtud de las causales de nulidad del proceso, el CGP establece:

“ARTÍCULO 134. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posteridad a esta, si ocurrieren en ella.

La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades”. (Negrillas y subrayado fuera de texto).

El artículo 135 del CGP establece:

“No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.

La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada”

Para soportar el estudio de esta demanda, se debe tomar en consideración la providencia AC2502-2019, Radicación n.º11001-02-03-000-2017-02677-00, veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019) proferida con ponencia del DR. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ en un recurso de revisión, así:

3. En relación al motivo sustentado en la causal contenida en el numeral 7º del artículo 355 del estatuto procesal preceptúa: «estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya saneado la nulidad», se ha explicado, se propone para garantizar el derecho de defensa del demandado o interviniente, por lo que si éste no fue debidamente vinculado al proceso por



medio de las distintas clases de notificación enlistadas en el Código General del Proceso, resulta evidente que se estructura la causal de revisión referida, a no ser que pese a su ocurrencia haya sido saneada por el interesado en los términos previstos en esta codificación.

El aludido numeral parte de una premisa garante del derecho de contradicción: que el interesado pueda reclamar contra la falta de notificación o de emplazamiento en legal forma cuando se le haya dejado en imposibilidad de comparecer al proceso pese a que el demandante tenía conocimiento del lugar en donde hubiera podido surtirse la respectiva notificación.

De igual forma, se ha sostenido por esta Corporación, insistentemente, que de tal prerrogativa sólo puede prevalerse el sujeto directamente agraviado, en razón a que de conformidad con el inciso tercero del artículo 135 del Código General del Proceso, «la nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada».

De manera, que, «si la parte que sufre una lesión o menoscabo a causa de la irregularidad procesal es aquella a quien la ley habilita para alegarla, resulta obvio inferir que sólo aquel que no ha sido emplazado o notificado en debida forma dentro de un proceso es el llamado a alegar tal circunstancia con el propósito de invalidar la actuación adelantada sin su presencia» (CSJ SC, 28 Abr.1995, no publicada), pues como se ha repetido, únicamente "el indebidamente vinculado a un proceso está en la posibilidad de evaluar la irregularidad así cometida, y, como cosa que pertenece a su fuero interno, exteriorizar si con ella experimenta gravamen o perjuicio, como es obvio, a ese respecto nadie lo puede suplantar" (CSJ SC, 5 Nov. 1998; reiterada en SC, 25 May.2000, exp. 5489).

4. En el caso que se examina, en el auto mediante el cual se inadmitió la demanda de revisión se ordenó a la parte actora, entre otros requerimientos, entre otros puntos, se expusieran los motivos concretos que estructuraban la causal que se alegaba, teniendo en cuenta «que la falta de notificación o emplazamiento sólo puede alegarse por quien se vio afectado con tal circunstancia, sin que sea posible sea presentada por un tercero a su favor, así haya intervenido en el litigio».

Sin embargo, en memorial presentado el 3 de octubre de 2018, el recurrente manifestó que la causal alegada correspondía a la dispuesta en el numeral 7º del artículo 355 y que se configuraba porque no se notificó en legal forma a los herederos indeterminados del demandado Luis Fernando Pulido Guevara, que falleció en curso del proceso, lo que generaba una nulidad que tenía efecto determinante en el sentencia y que conculcaba los derechos fundamentales del acto, razón la que se ratifica en su exposición inicial. [Folios 51 a 69 c.1]



Lo precedente deja en evidencia, la falta de legitimación de la recurrente en revisión, en lo tocante con la citación de los referidos sucesores del ejecutado, pues no está autorizada para alegar todas las posibles inconsistencias atinentes al emplazamiento y posterior notificación del auto admisorio de la demanda ordinaria de éstos, porque, como ya se explicó, el único legitimado para solicitar -de conformidad con las normas contenidas en el ordenamiento positivo- la invalidez del proceso con soporte en la aludida problemática, dentro o fuera de él, son los posible herederos indeterminados, pues sólo éstos pudieron resultar afectados con las denunciadas irregularidades, de haber tenido éstas ocurrencia, ya que, en punto de nulidades procesales, en línea de principio, «a nadie le es lícito sacar provecho del perjuicio ajeno; y muchísimo menos cuando para ello tiene que poner en labios del indebidamente emplazado -o representado- en una labor de mero acertijo, un perjuicio que éste no ha manifestado». (CSJ SC, 5 Nov. 1998, exp. 5002). (...)

Por tal razón, es que ésta Sala, desde tiempo atrás ha señalado que «la nulidad consagrada en el numeral 9º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil -cuando no se practica en legal forma el emplazamiento de las personas indeterminadas que deban ser citadas como parte-, no puede ser alegada por las que han sido reconocidas y han actuado dentro del proceso, porque éstas carecen de interés para proponerla», (sent. cas. 17 de febrero 22 de 2000, exp. 5338), jurisprudencia, que a pesar de hacer referencia al anterior estatuto, es aplicable a los casos regulados por el Código General del Proceso, por cuanto no existió variación respecto de la legitimación para alegar la nulidad por indebida notificación o emplazamiento. En ese orden de ideas, ante la falta de legitimación de la recurrente para alegar la causal que expone y que ratificó en la subsanación, no es posible tomar otra decisión que la de rechazar la demanda de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 358 ejusdem». Subrayado fuera de texto.

CASO CONCRETO:

En el caso de autos se plantea una falta de notificación y emplazamiento a la familia extensa del menor JDO, causal que solo puede ser alegada por la persona afectada, que en este caso podría entenderse legitimado el Defensor de Familia, quien debe ser citado al proceso, como lo establece la ley 1098 de 2006 artículo 32, numerales 1º y 12, normas que lo facultan para promover procesos o trámites judiciales y representar a los niños, niñas y adolescentes en actuaciones judiciales o administrativas, no obstante, los artículos y la jurisprudencia en cita, también estipulan que no se podrá alegar la nulidad por quien haya actuado con posterioridad a ella, sin haberla



propuesto en el curso del proceso restablecimiento de derechos, como ocurre en este asunto.

Aunado a lo anterior, se tiene que el artículo 358 del CGP, establece que *“la demanda será rechazada cuando no se presente en el término legal, o haya sido formulada por quien carece de legitimación para hacerlo”*.

Igualmente, con base en lineamientos jurisprudenciales se tiene que el recurso extraordinario de revisión debe ser interpuesto por las partes del proceso, así ha sido expuesto por la Sala de Casación Civil, autoridad que ha destacado el carácter restringido de la legitimación en la causa para formular el recurso extraordinario de revisión, verbigracia, en auto de 29 de mayo de 2013 indicó:

“En torno a los sujetos legitimados para intervenir en el adelantamiento del ‘recurso de revisión’, se deduce que esa facultad en principio la tienen “las personas que fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia”, puesto que con ellas se ordena adelantar ‘el procedimiento de revisión’, así lo prevé el numeral 2º del artículo 382 ibídem, que ordena incluir dicha información en la respectiva demanda y refuerza esa exigencia lo consagrado en el párrafo 4º del precepto 383 del mismo ordenamiento, en cuanto establece el rechazo del escrito sustentatorio de la aludida ‘impugnación extraordinaria’, en el evento de no presentarlo quien tuvo la condición de parte en el respectivo proceso, aunque cabe agregar, que de manera excepcional se autoriza al ‘tercero perjudicado o sus causahabientes’, cuando se invoque la causal 6ª de revisión prevista en el canon 380 ejusdem.”¹

Así las cosas, y por tratarse de un proceso de restablecimiento de derechos, en sentido estricto no existen partes, sino interesados, por manera que emerge en interpretación de esta Corporación, que no sería procedente dar trámite al recurso impetrado; no obstante por tratarse de un recurso que es relevante atendiendo a que trata del estudio de derechos de menores, se procedió con su admisión sin reparar que la presunta madre y abuela del menor JDO, habían sido incluidas por error de la Comisaria de Familia de Hato Nuevo, como se expuso inicialmente en la causa petendi; sin embargo, examinados los anteriores presupuestos procesales, lo único que resulta evidente es que habiendo tenido la oportunidad el defensor de familia, funcionario del ICBF, entidad que conoció del trámite según la prueba documental que obra en el expediente, debió alegar en curso del proceso

¹ Corte Constitucional T-565 de 2016.



judicial ante Juez de Familia, la presunta nulidad que hoy se alega en revisión, y como no obró en tal sentido, no se puede habilitar etapas fenecidas.

No se obvia por parte de esta Corporación Judicial, hoy representada por el suscrito en calidad de ponente, que toda actuación judicial debe propender por privilegiar el interés superior del menor, y que como parte del proceso de restablecimientos de derechos del menor, se debían agotar todos los medios a su alcance y contemplar la existencia y vincular a la familia extensa con interés de hacerse cargo del niño, no obstante los informes de las autoridades competentes dan cuenta que se trata de un menor que no tiene padres conocidos, cuestión de la que da fe la historia clínica y los documentos analizados en precedencia, además, la identificación que se le dio al menor JDO, obedeció a un error de la comisaria de familia.

En mérito de lo expuesto, el Magistrado Ponente integrante de la Sala de Decisión Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Riohacha,

RESUELVE:

PRIMERO: Dejar sin efecto el auto veintiséis (26) de agosto de dos mil veinte (2020), que admitió el recurso extraordinario de revisión, según lo expuesto.

SEGUNDO: RECHAZAR el recurso extraordinario de revisión presentado por el ALBIN ENIO GÁMEZ PÉREZ DEFENSOR DE FAMILIA ADSCRITO AL CENTRO ZONAL N°3 DE FONSECA, LA GUAJIRA en el asunto de la referencia, según lo expuesto.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión por secretaría.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7 Ley 527 de 1999, arts, 2 inc. 2, Decreto
Presidencial 806 de 2020 art. 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado