

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE MAICAO
DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA

Maicao, enero veinticuatro (24) de dos mil veintidós (2022).

PROCESO	RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
PROVIDENCIA	DECLARA NULIDAD
REMITENTE	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, CENTRO ZONAL MAICAO.
RADICACIÓN:	44-430-31-84-001-2022-00005-00

I. ASUNTO

Seria del caso avocar conocimiento del presente proceso sino fuera porque se avizora una causal de nulidad.

II. ANTECEDENTES

1. Mediante auto proferido el 16 de julio de 2018, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal N° 5 Maicao, dio apertura a la investigación administrativa de restablecimiento de derechos a favor de la menor M.A.G., lo anterior con fundamento en un reporte de la Policía Nacional.

2. En consecuencia de lo anterior, se adoptó como medida provisional de restablecimiento de derechos a favor de la menor M.A.G., la ubicación en un Centro de Emergencia, de conformidad con lo señalado en el numeral 4° del artículo 53 de la Ley 1098 de 2006.

3. El ICBF al desconocer el lugar de domicilio y/o residencia de los representantes legales y familiares del menor, realizó un emplazamiento a través de la radio “Emisora Frontera Stereo 89.1 FM

Maicao – La Guajira”, con la finalidad de notificarles el auto de apertura del proceso administrativo.

4. Considerando que el ICBF finalizó el contrato con el operador jurídico del Centro de Emergencia, se dispuso a decretar la medida provisional de ubicación en medio familiar en la modalidad de Hogar Sustituto, mientras se adelanta el proceso administrativo.

5. Mediante Auto N° 102 del 22 de noviembre de 2018, se ordena el cambio de medida de restablecimiento de derechos a la modalidad de Internado Especializado de Vida en Calle FUNDINAJ, ubicado en Valledupar.

6. Surtido el trámite de rigor, el 07 de enero de 2019 se dictó fallo del proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de la menor M.A.G. definiendo a través de la Resolución N° 002 su situación jurídica en vulneración de derechos y ordenando mantener como medida de restablecimiento la ubicación en Internado Especializado FUNDINAJ y seguimiento por el término de seis (06) meses.

7. A través de Resolución N° 098 del 26 de junio de la misma anualidad, se prorroga el término de seguimiento a la medida de restablecimiento de derechos a favor de la menor por seis (06) meses, con la finalidad de definir de fondo la situación jurídica de la infante.

8. Realizados los procedimientos pertinentes por parte del equipo técnico interdisciplinario de la defensoría de familia, se determinó que no era posible evitar la superación de los 18 meses establecidos como término máximo para reivindicar derechos de niños, niñas y adolescentes.

9. En Resolución N° 133 del 28 de noviembre de 2019 el ICBF declaró la *“Excepción por inconstitucionalidad”* toda vez que a su juicio no era dable superar los 18 meses máximos que puede durar un

proceso PARD. debido a que la menor M.A.G. no ha podido ser reintegrado a su medio familiar de origen o extenso toda vez que no ha sido posible encontrar un familiar garante de sus derechos y la única oportunidad con la que cuenta el infante para preservar su vida es el proceso de Restablecimiento de Derechos.

10. Subsiguiente a ello, en auto del 22 de noviembre de 2021, se remitió el presente proceso a este despacho con el propósito de que se revise el proceso administrativo adelantado.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

De conformidad con el párrafo 2º del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, el juzgado es competente para conocer del presente asunto:

PARÁGRAFO 2o. La subsanación de los yerros que se produzcan en el trámite administrativo, podrán hacerse mediante auto que decrete la nulidad de la actuación específica, siempre y cuando se evidencien antes del vencimiento del término para definir la situación jurídica; **en caso de haberse superado este término, la autoridad administrativa competente no podrá subsanar la actuación y deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su revisión, quien determinará si hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado y en estos casos, resolver de fondo la situación jurídica del niño, niña y adolescente conforme los términos establecidos en esta ley e informará a la Procuraduría General de la Nación.**

II. Derechos de los menores

La Declaración Universal de los Derechos del niño resalta la importancia que para éste implica pertenecer a una familia y no ser separado de ella, pues el menor necesita del afecto, amor y cuidado que le brindan los suyos, para su desarrollo integral, y es indiscutible que al interior del seno familiar encuentra el mejor escenario para su desarrollo armónico.

En la legislación Colombiana, la Ley 12 de 1991 aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 9º dispuso que «*los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...)*»

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto, expreso que:

(...) la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.

(...)

Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

Sobre la declaración administrativa de adoptabilidad, la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha dicho que:

(...) ha de tratarse de una solución extrema a la que solamente se debe llegar después de agotar todos los mecanismos de protección que sean del caso, pues es palpable que semejante decisión apareja un monumental hecho traumático, particularmente cuando son vivos y fuertes los vínculos afectivos que los unen (...).

(...) no se puede olvidar que, según claros mandatos constitucionales y legales, es deber del Estado brindar el apoyo necesario al menor cuyos padres carecen de recursos económicos para atender sus necesidades básicas, pues entre otras cosas, así quedó en el citado canon constitucional, y en lo dispuesto por el artículo 130 del Código del Menor, al estipular que ‘si la familia o los responsables de su cuidado personal carecieren de los medios suficientes, esta atención le será dispensada por el Estado con el concurso de la familia y de la comunidad, de acuerdo con la situación en que se encuentre el menor’; y que para cumplir esos mandatos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, previa comprobación de las condiciones del niño, deberá ‘vincularlo a los programas que en beneficio del menor desarrolle la

entidad u otros organismos públicos o privados '(art 131 ibídem), todo esto sumado a las facultades que el artículo 50 ejusdem le concede al defensor de familia, con miras a garantizarle una adecuada atención, al abrigo de cariño de los suyos¹

III. Notificaciones

En este tipo de procesos, la Ley 1098 de 2006 regula el tema de las notificaciones en el artículo 102 que a su tenor establece:

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.

En ese sentido, una vez aperturado el proceso, en garantía de los derechos al debido proceso y al de defensa, y para asegurar la integración del contradictorio, el funcionario que dirige el procedimiento deberá notificar su auto.

Para lo cual se tienen cinco formas de notificaciones en el proceso de restablecimiento de derechos, cuatro traídas del Código General del Proceso, por analogía, y una propia de la Ley 1098 2006:

¹ Sentencia del 28 de julio de 2005, exp. T-2005-00049-01, reafirmada el 24 de febrero y 4 de agosto de 2010, exp. T-2009-00634-01 y T-2010-00142-01; 11 de octubre de 2012, exp. T-2012-00420-01

- (i) Notificación personal para el auto de apertura de investigación cuando se conozca la identidad y dirección de las personas que deban hacerse parte;
- (ii) Notificación por aviso, cuando no sea posible la notificación personal para el caso del auto de apertura de investigación y de las demás decisiones que se adopten en el proceso que no se dicten en audiencia;
- (iii) Notificación en estrados, para las providencias que se dicten en el curso de una audiencia, dentro de las que se encuentra el fallo;
- (iv) Notificación por estado de la resolución de fallo, y
- (v) **La publicación vía página web del ICBF y en medio masivo de comunicación, que se aplica como una variación de la notificación personal del auto de apertura de investigación, configurándose como una auténtica forma de notificación cuando se desconoce la identidad o dirección habida cuenta que se realiza dicha citación a través de la publicación y si las personas interesadas no comparecen personalmente ante el Defensor de Familia a notificarse**

IV. Nulidades

Al respecto es plausible memorar a la Corte Suprema de Justicia habida consideración que dentro del proceso radicado bajo el número 2020-00054 indicó lo siguiente:

En armonía con ello, los párrafos 2° y 5° del artículo 100 ejusdem prevén las reglas que deben seguirse en caso de que dentro o fuera del tiempo que dure la actuación administrativa se advierta una nulidad; así:

Parágrafo 2°. La subsanación de los yerros que se produzcan en el trámite administrativo, podrán hacerse mediante auto que decrete la nulidad de la actuación específica, siempre y cuando se evidencien antes del vencimiento del término para definir la situación jurídica; en caso de haberse superado este término, la autoridad administrativa competente no podrá subsanar la actuación y deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su revisión, quien determinará si hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado y en estos casos, resolver de fondo la situación jurídica del niño, niña y adolescente conforme los términos establecidos en esta ley e informará a la Procuraduría General de la Nación (se destaca).

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.

Significa esto, que cuando se tipifica una nulidad y el Defensor de Familia perdió competencia por superarse el semestre indicado, quien debe declararla y reanudar la actuación correspondiente hasta su finalización, es el juez, quien por ende deberá adelantarla en única instancia.

Ocurre otra cosa cuando el Defensor decide tempestivamente el asunto, ya que, en tal evento, el procedimiento se agota en dos fases, la administrativa y la judicial. En la última el juez de familia revisa la resolución del citado funcionario; de modo que, si al examinarla invalida total o parcialmente la causa, le señalará al Defensor "la actuación que debe renovarse", por ser él quien la adelantó (inciso final del artículo 138 del C. G. del P.). No de otra forma podrán enmendarse los yerros cometidos en el curso del "procedimiento administrativo", a fin de que la resolución que le ponga fin se adopte con respeto al debido proceso de los interesados. De lo contrario, de subsanarse el trámite por el propio juez, se pretermitiría, sin sustento legal alguno, la "instancia administrativa", y se incurriría en "nulidad por falta de competencia funcional".

Bajo estos lineamientos, deben distinguirse tres hipótesis:

La primera, cuando el Defensor de Familia advierte una nulidad antes del vencimiento para definir la situación jurídica del menor en sede administrativa, caso en el cual estará habilitado para declararla.

La segunda, cuando dicho plazo ha fenecido, evento en el que el Defensor, por haber perdido competencia, no podrá invalidar lo actuado, y tendrá que remitir el caso al servidor judicial, quien, de considerarlo pertinente, invalidará el procedimiento, pero lo tendrá que reanudar hasta desatarlo, en única instancia, eso sí, en el plazo de dos (2) meses.

Por último, puede ocurrir que el Defensor de Familia sin advertir anomalía, dentro del semestre comentado dicte la decisión correspondiente; en tal caso si el juez al hacer el control de legalidad advierte alguna nulidad, la declarará, pero dispondrá que las diligencias retornen al Defensor para que conjure la irregularidad.

V. Caso en concreto

En el sub *judice* fluye de manera palmaria una causal de nulidad anotada, ya que se sustenta en el principio constitucional del

debido proceso estatuido en el artículo 29 de la Carta Política, puesto que no notificar debidamente al demandado o a las personas que deban ser citadas como partes en un proceso, cualquiera sea éste, lesiona el derecho de defensa del cual es titular dicho sujeto procesal, por cuanto quien no fue notificado oportuna y eficazmente, ve limitada su oportunidad de defensa.

En el caso de marras se evidencia que no se practicó en debida forma la notificación del auto que dio apertura al trámite administrativo de restablecimiento de los derechos de la adolescente M.V.A.G., habida cuenta que el ICBF al desconocer el lugar de domicilio y/o residencia de familiares distintos a la madre biológica de la joven M.V.A.G., quien valga decir reside con su padrastro, realizó un emplazamiento a través de la radio “Frontera Stereo 89.1 FM Maicao – La Guajira”

Pues bien, el artículo 102 de la Ley 1098 de 2006 no es ambiguo al indicar que: **La publicación vía página web del ICBF y en medio masivo de comunicación, que se aplica como una variación de la notificación personal del auto de apertura de investigación, configurándose como una auténtica forma de notificación cuando se desconoce la identidad o dirección habida cuenta que se realiza dicha citación a través de la publicación y si las personas interesadas no comparecen personalmente ante el Defensor de Familia a notificarse.**

Sin embargo, el emplazamiento evidentemente se realizó a través de la emisora arriba mencionada según consta en el folio 29 del plenario; siendo este un medio regional y no nacional de amplia circulación.

Amén de lo anterior, el artículo *ibidem* al tratarse de una oración de carácter copulativa no establece que se puedan realizar cualquiera de las dos formas de notificación, es decir la publicación

en la página web o en medio masivo de comunicación sino que ambas deben realizarse para dar cumplimiento a dicho precepto.

Cabe aclarar en este momento, que es un hecho notorio que los únicos medios de comunicación escritos de amplia circulación nacional con que cuenta el país actualmente son el diario “El Tiempo” y el semanario “El Espectador” y, las radiodifusoras que tienen cobertura a nivel nacional son “RCN Radio” o “Caracol Radio” por ello cuando se trate de notificar a una persona cuyo domicilio se desconoce, y que pueden encontrarse en cualquier lugar del territorio colombiano, resulta impropio efectuar el emplazamiento a través de cualquier otro diario y emisora diferente a éstos, ya que los demás que circulan en este país no cumplen las características antes mencionadas por cuanto su circulación no es de carácter nacional sino regional.

Así las cosas, el incumplimiento de alguno de los supuestos consagrados en la norma aludida, hace irregular el trámite, con mayor razón cuando las personas no se hacen presentes al litigio y luego de emplazadas se profiere una orden administrativa o judicial, en estos casos la única forma de remediarla es mediante la declaratoria de nulidad.

Corolario a ello, la finalidad de los procesos de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes es garantizar y restablecer los derechos que tengan amenazados, inobservados o vulnerados incluso por sus mismos padres biológicos, motivo por el cual, resulta imperioso notificar o poner en conocimiento de este tipo de procesos a todos los familiares del NNA para que, se haga parte en el proceso y velar si con algún pariente distinto a sus padres biológicos se pueden restablecer los mentados derechos, previo a declarar en adoptabilidad al NNA.

En ese sentido, conforme al itinerario normativo y jurisprudencial traído a colación en líneas precedentes y ante la no demostración de

que se integró en debida forma el contradictorio, se deberá rehacer la actuación desde el auto que dio apertura al presente PRD, efectuando las notificaciones en la forma dispuesta en el artículo 102 de la Ley 1098 de 2006.

En cuanto a la actuación que debe renovarse, de conformidad con el inciso segundo del artículo 138 del Código General del Proceso, las pruebas practicadas conservarán su validez, y tendrán eficacia respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.

Por último, se conmina al Defensor de Familia con el fin de que vincule al Ministerio de Relaciones Exteriores- Migración habida cuenta que es la autoridad encargada de vigilar y ejercer control migratorio y de extranjería del Estado Colombiano dentro del marco de la soberanía nacional, por ser la NNA M.V.A.G. de nacionalidad venezolana

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Maicao, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que dio apertura al proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de NNA M.A.G., en la fecha 16 de julio de 2018, para que la autoridad administrativa continúe el proceso de restablecimiento de derechos conforme a la orden dada.

SEGUNDO: Exhortar al Defensor de Familia, que como quiera que en el presente asunto se ignora la identidad y la dirección de quienes deban ser citados, la citación deberá realizarse mediante

publicación en una página de Internet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por un término de cinco (5) días y por transmisión en un medio masivo de comunicación, que incluirá una fotografía del niño, si fuere posible, de lo cual dejara constancia en el expediente, en aplicación del artículo 102 de la Ley 1098 de 2006.

TERCERO: Exhortar al Defensor de Familia para que vincule al interior de este proceso al Ministerio de Relaciones Exteriores-Migración.

CUARTO: Notifíquese la presente decisión al representante del Ministerio Público.

QUINTO: En firme la presente decisión envíese el expediente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal N° 5 Maicao, para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMA
(Art 7 Ley 527 de 1999,
Art 2 inc. 2 Decreto Presidencial 806 de 2020,
Art 28 Acuerdo PCsja20-11567 CSJ)
YENI ALEXANDRA LOAIZA ALZATE
Juez

MFEP