

Auto 115/13

NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-
Procedencia excepcional

SOLICITUD DE NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL-Cumplimiento de condiciones genéricas

SOLICITUD DE NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL-Requisitos de procedencia

NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-
Presupuestos materiales

NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-
Legitimación por activa

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Legitimidad para
intervenir ante autoridades judiciales y solicitar nulidad de sentencias de
revisión de la Corte Constitucional

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Intervención
subjetiva y objetiva

PRECEDENTE-Noción/RATIO DECIDENDI-Fijación de una regla
para resolver controversia/**PRECEDENTE-Línea jurisprudencial**
reiterada que emplea la misma ratio decidendi para resolver problemas
jurídicos similares

PRECEDENTE-Elementos

PRECEDENTE APLICABLE-Definición

ACCION DE TUTELA EN CASO DE ADOPCION DE NIÑOS Y
ORIENTACION SEXUAL DE PADRE ADOPTANTE-Rechazar
petición de nulidad de Procuradora General de la Nación (E) de sentencia
T-276/12 por pretender reabrir debate probatorio

Referencia: solicitud de nulidad de la
sentencia T-276 de 2012 proferida por la
Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la
Corte Constitucional

Expediente: T-3'242.483

Peticionario: Procuradora General de la Nación (E) y otro

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil trece (2013).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, profiere el presente auto con fundamento en los siguientes:

1. ANTECEDENTES

El 25 y 29 de mayo de 2012, la Procuradora General de la Nación (E) y el ciudadano Hernando Salcedo Tamayo, respectivamente, solicitaron la declaración de nulidad de la sentencia T-276 de 2012. A continuación se sintetizan los antecedentes de las solicitudes:

1.1. RESEÑA DE LA SENTENCIA T-276 DE 2012

En la sentencia T-276 de 2012, dictada por la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte, se revisaron los fallos de instancia dictados dentro de la acción de tutela interpuesta por XXX contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). La Corte revocó los fallos de instancia y **concedió la tutela**. Los antecedentes de esta decisión y su *ratio decidendi* se resumen a continuación:

1.1.1 Resumen de los hechos

El tutelante XXX, un ciudadano estadounidense, después de haber sido mentor de los niños AAA y BBB de 13 y 8 años de edad, respectivamente, y haberlos recibido en su casa en una visita a los Estados Unidos, solicitó su adopción al ICBF en 2009, por intermedio de una agencia norteamericana. Después de que la agencia llevara a cabo los estudios correspondientes, fue declarado padre adoptivo de los niños y se realizó el respectivo cambio en el registro civil.

Antes de que los niños abandonaran el país, el peticionario se presentó junto con los niños en las instalaciones de la Dirección Nacional del

ICBF, con el fin de despedirse de algunos funcionarios. Se entrevistó con la Subdirectora de Adopciones, a quien –aseguró- le “(...) manifestó su inquietud por el temor que existe en Colombia frente a la adopción por parte de personas homosexuales y dio a entender que siendo él un hombre gay, nunca fue considerado no apto para adoptar.” Después de la conversación, el demandante y los niños se dirigieron a la Embajada de Estados Unidos a recoger los pasaportes de los segundos y las visas, pero se les informó que debido a una comunicación remitida por el ICBF, las visas habían sido negadas “sin perjuicio”.

Ese mismo día, la Subdirectora de Adopciones solicitó que se verificara la situación de los niños y se iniciara el respectivo proceso de restablecimiento de derechos, debido a la existencia de una “presunta situación de amenaza”.

EL ICBF procedió a realizar las diligencias el mismo día y concluyó que los niños AAA y BBB estaban en buen estado físico y tenían sus derechos garantizados, pero a nivel emocional estaban alterados “(...) POR LAS DIFICULTADES PRESENTADAS EN ÚLTIMO MOMENTO PARA VIAJAR”. Ese mismo día, una Defensora de Familia dio inicio al proceso de restablecimiento de derechos de los niños AAA y BBB y en el auto de apertura indicó que se iniciaba “(...) con fundamento en el denuncia formulado ante la Fiscalía General de la Nación por la Subdirectora de Adopciones, ante la manifestación del padre adoptivo de los niños (...) y la verificación de estado de cumplimiento de derechos, en los cuales se da a conocer la situación de amenaza de sus derechos a la salud mental”.

A continuación, los niños fueron ubicados nuevamente en el hogar sustituto de San Gil donde habían vivido hasta la adopción, y el ICBF dispuso que progresivamente se recortaran sus comunicaciones con XXX.

Ante estos hechos, XXX, por intermedio de apoderado judicial, en nombre propio y en representación de sus hijos adoptivos, interpuso acción de tutela contra el ICBF, por considerar que la entidad había vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, así como los derechos de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, y a no ser discriminados por su origen familiar.

Las instancias negaron la tutela bajo el argumento de que no se advertía ningún acto de discriminación contra el peticionario ni violación del debido proceso, y que en todo caso, éste contaba con otros mecanismos de defensa judicial. Además, la segunda instancia consideró que la orientación sexual de XXX si era un dato relevante y que, por tanto,

había faltado a la buena fe al no revelarlo durante el trámite de la adopción.

Posteriormente, durante la etapa de revisión, se llevó a cabo audiencia de fallo dentro del proceso de restablecimiento de derechos y la Defensora de Familia resolvió **(i)** declarar en situación de vulneración a los niños y **(ii)** confirmar la medida provisional de “ubicación en colocación familiar, Hogar Sustituto”. El apoderado de XXX interpuso recurso de reposición, y este fue negado por al Defensora.

A finales del año 2011, después de una nueva valoración psicológica de los niños y XXX ordenada por la Dirección del ICBF, la Defensora dispuso que los niños volvieran provisionalmente a vivir con XXX.

1.1.2 La decisión

Mediante sentencia del 11 de abril de 2012, la Sala Séptima de Revisión de tutelas revocó los fallos de instancia y amparó los derechos fundamentales de XXX al debido proceso y a la unidad familiar, y de los niños a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. En consecuencia, ordenó dejar sin efecto todas las resoluciones dictadas en el marco del proceso de restablecimiento de derechos adelantado por el ICBF en relación con los niños AAA y BBB, y ordenar la entrega definitiva de la custodia de los niños AAA y BBB, a XXX, su padre adoptivo.

Las razones de la decisión fueron las siguientes:

De un lado, la Sala encontró que se reunían todos los requisitos de procedencia de la acción de tutela. En particular, observó que el peticionario y sus hijos no disponían de otros medios de defensa judicial para evitar, en el momento en que se interpuso la demanda, la consumación de un perjuicio irremediable consistente en un mayor deterioro emocional de los niños por la separación de su nuevo padre adoptivo –después de todas las expectativas que genera el proceso de adopción- y la frustración de sus planes de viaje.

De otro lado, la Sala concluyó que la Defensora de Familia demandada adoptó decisiones injustificadas y desproporcionadas que constituyeron una vía de hecho administrativa y lesionaron los derechos fundamentales de los peticionarios al debido proceso y a la unidad familiar. Esta conclusión se basó en lo siguiente:

En primer término, a juicio de la Sala, el ICBF no demostró que cuando ordenó la separación de los niños de XXX y su ubicación en hogar sustituto, se cerniera una amenaza cierta sobre sus derechos, como lo exigen las normas que regulan los procesos de restablecimiento de

derechos de los niños. Por el contrario, la Sala observó que en las diligencias de verificación de derechos, los profesionales del ICBF concluyeron que los niños estaban en buen estado físico y demostraban cuidado, y que si bien estaban alterados emocionalmente, ello se debía a que fueron separados de XXX y se les impidió viajar con él.

En segundo lugar, la Sala determinó que tampoco había evidencia del nexo causal entre la falta de información sobre la orientación sexual de XXX en el proceso de adopción, y la supuesta amenaza los derechos de los niños AAA y BBB alegada por el ICBF como justificación para iniciar al proceso de restablecimiento de derechos. La Sala encontró que de los conceptos de los profesionales del área psicosocial del ICBF se deducía que no era la falta de información sobre la orientación sexual del peticionario en el trámite de adopción, sino **(i)** la interrupción del viaje, **(ii)** las posibles consecuencias del proceso penal que se inició contra XXX y **(iii)** la posibilidad de que se revocara la adopción, lo que en ese momento podía estar alterando y amenazando la salud “emocional y mental” de los niños. Además, la Sala verificó que los funcionarios del ICBF nunca explicaron las razones por las cuales la falta de información sobre la orientación sexual de XXX en el proceso de adopción amenazaba de forma real los derechos de los niños AAA y BBB.

En tercer lugar, la Sala estimó que la medida de restablecimiento de derechos adoptada –ubicación en hogar sustituto- no estaba justificada y era desproporcionada. Al respecto, recordó que la adopción de medidas de restablecimiento debe responder a una lógica de gradación, según la cual, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; de modo la decisión debe sujetarse al principio de proporcionalidad. Además, resaltó que cuando tales medidas implican la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales, y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas. Luego la Sala constató que la Defensora de Familia resolvió adoptar una de las medias de restablecimiento más drásticas, pues la ubicación en hogar sustituto conlleva la ruptura del núcleo familiar, sin que existiera evidencia de una amenaza de tal magnitud que la justificara.

Finalmente, la Sala advirtió que el ICBF no tuvo en cuenta la opinión de los niños AAA y BBB a la hora de dictar la medida de restablecimiento. Por el contrario, pese a que los niños de forma reiterada manifestaron su deseo de vivir con XXX y no ser separados de él, la Defensora nunca consideró la opinión de los niños y ordenó, además de su ubicación en hogar sustituto, que sus contactos con XXX fueran suspendidos progresivamente.

Respecto a la posible existencia de una carencia actual de objeto por hecho superado debido a que durante la etapa de revisión, el ICBF ordenó el reintegro provisional de los niños a XXX, la Sala consideró: “Pese a que en la actualidad los niños están en Estados Unidos y conviven con XXX, obsérvese que la custodia fue entregada de forma provisional y sin que se subsanaran los defectos del proceso de restablecimiento antes descritos. Por estas razones, la Sala concluye que no existe una carencia actual de objeto por hecho superado.”

Por estas razones, la Sala concedió el amparo y ordenó dejar sin efecto todas las resoluciones dictadas en el marco del proceso de restablecimiento de derechos, y ordenar la entrega definitiva de la custodia de los niños AAA y BBB, a XXX, su padre adoptivo.

1.2. CONTENIDO DE LAS SOLICITUDES DE NULIDAD

1.2.1. Solicitud de la Procuradora General de la Nación (E)

El 25 de mayo de 2012, la Procuradora General de la Nación (E), Marta Isabel Castañeda Curvelo, solicitó a la Sala Plena declarar la nulidad de la sentencia T-276 de 2012. Los fundamentos de su solicitud son los siguientes:

1.2.1.1. Alega que su solicitud es presentada oportunamente, pues, de un lado, tuvo conocimiento de la sentencia el 23 de mayo de 2012, debido a la información difundida por los medios de comunicación, y de otro, se enteró de que la sentencia fue notificada al ICBF el 22 de mayo de 2012. En este orden de ideas, dado que presenta la solicitud el 25 de mayo, afirma que es oportuna.

1.2.1.2. Sostiene que como Procuradora General (E), está legitimada para solicitar la nulidad de la sentencia de revisión de tutela, en virtud del artículo 277 de la Constitución y del decreto 262 de 2000, y teniendo en cuenta que busca defender el ordenamiento jurídico, específicamente los derechos fundamentales de los niños. Agrega que en los autos 283 de 2010 y 083 de 2012, esta Corporación reconoció la competencia de la Procuraduría para solicitar la nulidad de una sentencia de tutela.

1.2.1.3. Indica que la Sala Séptima de Revisión, en la sentencia T-276 de 2012, desconoció el artículo 241-9 superior, según el cual la función de la Corte en materia de tutela es “[r]evisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con las acción de tutela de los derechos constitucionales”. A juicio de la Procuradora, la Sala Séptima “(...) concentró la parte motiva de su fallo no en evaluar y, si fuera el caso, desvirtuar los argumentos presentados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y por el Juzgado 26 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, sino, por el contrario, en evaluar y

propriadamente juzgar el caso que motivó la correspondiente acción de tutela, lo que implica darle al proceso de revisión la naturaleza de una tercera instancia que no tiene (y que además depende de una eventual e inmotivada selección)”.

1.2.1.4. Agrega que con este actuar, la Sala Séptima de Revisión también transgredió varias disposiciones del decreto 2561 de 1991, lo que constituye una violación del debido proceso, por las siguientes razones:

1.2.1.4.1. Manifiesta que se desconoce el artículo 3 del decreto 2591 de 1991, el cual dispone que “[e]l trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia”. En sentir de la Procuradora, la Sala Séptima de Revisión “(...) adoptó una concepción absolutamente formalista y en su análisis de la situación del caso primero (y casi exclusivamente) consideró las pretensiones-derechos del padre adoptante, en lugar de las condiciones, el interés y los derechos de los niños”. Muestra de lo anterior –señala- es la no consideración del concepto proferido por un grupo de profesionales del ICBF que indicaba que la amenaza de los derechos de los niños devenía de que no habían sido preparados para ingresar a una familia de padre homosexual, solamente bajo el argumento de que se emitió después del fallo de segunda instancia, lo que llevó a la Sala Séptima a concluir que no pudo ser el fundamento de la decisión del 31 de marzo de 2011 de la Defensora de Familia demandada.

1.2.1.4.2. Asevera que la Sala Séptima violó el artículo 4 ibídem, según el cual “[l]os derechos protegidos por la acción de tutela se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia”. En criterio de la Procuradora (E), la Sala Séptima desconoció el derecho de los niños AAA y BBB a ser escuchados, derecho que es reconocido por varios instrumentos internacionales, pues no los escuchó ni los vinculó al proceso.

1.2.1.4.3. Considera que la Sala Séptima quebrantó el artículo 6 ibídem, conforme al cual la acción de tutela no procederá cuando existan otros medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ni cuando se esté en presencia de un daño consumado. La Procuraduría considera que de acuerdo con este precepto, la tutela en el caso concreto no era procedente, puesto que (i) el tutelante contaba con otros medios de defensa, como los recursos que podía interponer dentro del proceso de restablecimiento de derechos; (ii) las medidas administrativas adoptadas por el ICBF tenían carácter provisional y preventivo, y posteriormente serían materia de control jurisdiccional por el juez de familia, en caso de que se hubiera declarado la adoptabilidad de los niños; y (iii) para el momento en que se profirió el fallo, la acción carecía de objeto, “(...) pues, aun cuando se dijera que

las medidas administrativas controvertidas o cuestionadas por el accionante habían causado algún daño al mismo y a los niños AAA y BBB –daño que no fue probado en desarrollo del proceso del respectivo tutela (sic)-, en todo caso este sería un daño consumado ya que los actos administrativos cuestionados ya no tenían efectos jurídicos”.

1.2.1.4.4. Argumenta que la Sala Séptima desconoció el artículo 8 del decreto 2591 de 1991, toda vez que **(i)** no demostró la inminencia del perjuicio irremediable que hizo procedente el amparo, y **(ii)** tampoco adoptó una decisión temporal o transitoria. En su criterio, la Sala “(...) adoptó decisiones sobre medidas administrativas de carácter provisional y preventiva que, por tanto, de ninguna manera podían causar perjuicios irremediables y que, además, en todo caso ya habían sido levantadas”.

1.2.1.4.5. Agrega que también se vulneraron los artículos 10 y 13 del decreto porque además de que no se vincularon los niños al proceso, se consideró que podían ser correctamente representados por el accionante, “(...) haciendo caso omiso de que: (i) los niños habían sido dados en adopción a XXX luego de que se surtieran el proceso administrativo y el proceso judicial correspondientes, pero en donde nunca se conoció o valoró por parte de las autoridades competentes una información por él voluntariamente omitida; (ii) el I.C.B.F. había iniciado ya un proceso de restablecimiento de derecho de los mismos (...); y (iii) para el momento que se presentó la acción de tutela el I.C.B.F. incluso ya había denunciado ante la Fiscalía (...)” por el tipo de adopción irregular.

1.2.1.4.6. Indica que la Sala pasó por alto los artículos 24 y 26 ibídem, al no declarar la carencia actual de objeto. En su criterio, en tanto la medida administrativa censurada ya había sido levantada, existía carencia actual de objeto o, a la luz del artículo 26, debía declararse la improcedencia de la tutela.

1.2.1.5. Finalmente, sostiene que la sentencia T-276 de 2012 desconoce la jurisprudencia de la Sala Plena, en particular sobre la subsidiariedad de la acción de tutela, la carencia actual de objeto, la conformación del contradictorio y la procedencia de la acción como mecanismo transitorio. A juicio de la Procuradora (E), en este caso era claro que procedía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que no había riesgo de perjuicio irremediable y, pese a ello, se declaró procedente el amparo. También considera que era evidente la carencia actual de objeto, por lo que asegura debía haberse seguido el precedente de las sentencias SU-540 de 2007, T-388 de 2009 y T-585 de 2010, y los autos 283 de 2010 y 083 de 2012. Argumenta que siguiendo el precedente de la sentencia SU-540 de 2007, debió haberse vinculado a los niños afectados.

1.2.2. Solicitud del ciudadano Hernando Salcedo Tamayo

El 29 de mayo de 2012, el ciudadano Hernando Salcedo Tamayo solicitó la nulidad de la sentencia T-276 de 2012, así como de todo el proceso de adopción de los niños AAA y BBB, por las siguientes razones:

- 1.2.2.1.** En primer término, asegura que su solicitud es oportuna, ya que la sentencia fue notificada el 24 de mayo de 2012, y que se encuentra legitimado para solicitar la nulidad, por actuar en interés de los niños AAA y BBB, de acuerdo con el artículo 11 del “código del menor”, y por su interés en defender la Constitución. En todo caso, asegura que la Corte puede declarar la nulidad de la sentencia de oficio.
- 1.2.2.2.** A continuación, afirma que la sentencia debe ser anulada por violación del artículo 34 del decreto 2591 de 1991, toda vez que de forma flagrante viola la Constitución y los tratados internacionales, y se opone a varias decisiones de la Corte sobre la prevalencia de los derechos de los niños.
- 1.2.2.3.** También considera que el fallo lesiona los derechos de los niños y la definición de familia de la Constitución. En su sentir, la Constitución es clara en el sentido de que son familia solamente las uniones de hombre y mujer, lo que significa que las parejas homosexuales no pueden adoptar.
- 1.2.2.4.** De otro lado, asevera que es claro que el tutelante sí vulneró el principio de buena fe al ocultar un dato tan relevante como su orientación sexual.
- 1.2.2.5.** Luego presenta varias consideraciones personales sobre los perjuicios que, a su juicio, puede sufrir un niño al ser adoptado por una persona homosexual.
- 1.2.2.6.** Finalmente, sostiene que la Corte no tenía competencia para tomar una decisión sobre la posibilidad de que las personas homosexuales adopten. En su criterio, la Constitución prohíbe tal posibilidad.
- 1.2.2.7.** Con fundamento en las anteriores consideraciones, afirma que la Sala de Revisión incurrió en una vía de hecho y por ello solicita **(i)** que se declare la nulidad de la sentencia T-276 de 2012, así como de todo el proceso de tutela y del proceso de adopción; **(ii)** se ordene el retorno inmediato de los niños AAA y BBB al país y su reintegro a su familia biológica; **(iii)** se determine que “(...) los menores única y exclusivamente deben ser dados en adopción a parejas heterosexuales y que se prohíba en forma definitiva las parejas del mismo sexo adoptar menores y que estos solo sean dados en adopción a la verdadera familia” (énfasis eliminado); y se convoque a “(...) un referendo o mecanismo de participación popular o al congreso para que ratifique si

está permitido en Colombia que las parejas homosexuales adopten menores de edad”.

2. CONSIDERACIONES

2.1. POSIBILIDAD EXCEPCIONAL DE DECLARAR LA NULIDAD DE LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1.1. El artículo 49 del decreto 2067 de 1991 impide interponer recursos contra las sentencias de la Corte Constitucional, pero admite la solicitud de nulidad del proceso, antes de que se produzca el fallo, “únicamente por violación al debido proceso”. No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha admitido que si la vulneración del debido proceso proviene de la sentencia, su nulidad puede solicitarse dentro del término de ejecutoria del fallo¹.

La posibilidad de declarar la nulidad de los fallos de la Corte incluye, por supuesto, la de las sentencias de revisión en materia de acción de tutela. La jurisprudencia constitucional ha permitido esta opción cuando la Sala Plena verifica, bien sea de oficio² o a solicitud de parte interesada, la ocurrencia de una grave afectación del debido proceso por parte de alguna de las salas de revisión. No obstante, como la solicitud de nulidad sólo procede cuando la vulneración de la garantía procesal es realmente grave, la Corte ha dicho que la procedencia de la nulidad es excepcional y no constituye un recurso más dentro del trámite de la acción de tutela³.

2.1.2. El carácter excepcional con el que la Corte ha querido revestir la nulidad de sus fallos implica, indefectiblemente, un incremento en la carga argumentativa de la petición de nulidad. Desde que la nulidad de los fallos de la Corte es excepcional, la obligación argumentativa que pretende deslegitimarlos debe examinarse con especial rigor. En otras palabras, para que la Corte asuma el estudio de la solicitud de nulidad de uno de sus fallos se requiere que el solicitante identifique de manera precisa y detallada la fuente de la vulneración del debido proceso.

Tal como lo reconoció la Corte en una de sus primeras providencias:

“(…) se trata de situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no

¹ Ver auto 164 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

² Mediante Auto A-050 de 2000, la Corte declaró la nulidad de la Sentencia T-157 de ese mismo año, donde por un error involuntario, ante el cambio de ponencia, profirió una sentencia cuya parte motiva difería completamente de su parte resolutive.

³ Auto 063 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar”⁴.

Luego, en el **auto 031 de 2002**⁵, la Corte sintetizó como sigue las condiciones genéricas que debe cumplir una petición de nulidad de sus sentencias:

“c) Quien invoca la nulidad está obligado a ofrecer parámetros de análisis ante la Corte y deberá demostrar mediante una carga argumentativa seria y coherente el desconocimiento del debido proceso (auto de agosto 1º de 2001). No son suficientes razones o interpretaciones diferentes a las de la Sala que obedezcan al disgusto e inconformismo del solicitante.

d) Los criterios de forma, tanto de redacción como de argumentación que utilice una sala de revisión, no pueden configurar violación al debido proceso. Así, como lo dijo la Corte, “El estilo de las sentencias en cuanto puedan ser más o menos extensas en el desarrollo de la argumentación no incide en nada para una presunta nulidad. Además, en la tutela, la confrontación es entre hechos y la viabilidad de la prosperidad de la acción y nunca respecto al formalismo de la solicitud como si se tratara de una demanda de carácter civil” (Auto 003 A de 2000).

e) Si la competencia del juez de tutela es restringida para la valoración probatoria (cuando se controvierten decisiones judiciales), ante la solicitud de nulidad la Sala Plena de la Corte está aún más restringida frente a las consideraciones que al respecto hizo la Sala de Revisión. Lo anterior se explica claramente porque la nulidad no puede reabrir debates concluidos ni servir como instancia o recurso contra la sentencia revisión en sede de tutela.

f) Como ya se explicó, solamente opera cuando surgen irregularidades que afectan el debido proceso.

g) Esa afectación debe ser **ostensible, probada, significativa y trascendental,** es decir, que tenga **repercusiones sustanciales y directas en la decisión** o en sus efectos” (subrayado original).

⁴ Sentencia T-396 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Con fundamento en estas consideraciones, la Sala concluye que el carácter excepcional de la nulidad de los fallos de la Corte impone al solicitante la carga de argumentación de **identificar con suficiencia y claridad una vulneración grave al debido proceso que afectó el sentido de la decisión, y que además se desprende directamente del texto de la sentencia censurada**. Por tanto, la solicitud de nulidad no puede basarse simplemente en una inconformidad con la decisión o la ocurrencia de defectos de procedimiento o de valoración probatoria que no inciden en la decisión final del caso sometido a estudio.

2.2. PROCEDENCIA DE LAS SOLICITUDES DE NULIDAD

Además de la carga argumentativa señalada en párrafos previos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que para que una solicitud de nulidad sea procedente, debe reunir algunos requisitos de procedimiento adicionales, los cuales también ha denominado requisitos de procedencia. Como se resumió en el auto 083 de 2012, estos requisitos son:

- “Que el incidente de nulidad se proponga de manera oportuna, esto es, dentro de los tres (3) días contados a partir de la notificación de la sentencia⁶, en el caso que la nulidad tenga origen en la sentencia. Si la nulidad tiene origen en un vicio anterior al fallo *‘sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo’* (Art. 49 Decreto 2067 de 1991); de lo contrario, quienes hayan intervenido durante el trámite de la acción pierden, a partir de ese momento, toda legitimidad para invocarla⁷. De la misma forma, vencido en silencio el término de ejecutoria cualquier eventual nulidad queda automáticamente saneada⁸.
- Quien proponga el incidente de nulidad debe contar con legitimación activa para tal efecto, esto es, debe ser incoado por quien haya sido parte en el trámite del amparo constitucional o por un tercero que resulte afectado por las órdenes proferidas en sede de revisión, y,
- Quien alega la existencia de una nulidad debe cumplir con

⁶ “Ver el Auto 163A de 2003.”

⁷ “Corte Constitucional, Auto del 13 de febrero de 2002. En el mismo sentido, Auto del 20 de febrero de 2002.”

⁸ Como lo recordó la Corte en el auto 217 de 2006, esta afirmación se justificó, “(...) no sólo por la carencia de legitimidad para pedirla, sino, además, por las siguientes razones: (i) en primer lugar, atendiendo el principio de seguridad jurídica y de necesidad de certeza del derecho; (ii) en segundo lugar, ante la imposibilidad presentar acción de tutela contra las providencias de tutela. Y finalmente, (iii) porque es razonable establecer un término de caducidad frente a las nulidades de tutela, si incluso esa figura aplica en las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma.” (Auto de 30 de abril de 2002 y Auto 031A de 2002).

una exigente carga argumentativa, en el sentido de explicar de forma clara y expresa los preceptos constitucionales transgredidos y la incidencia en la decisión proferida⁹. Lo expuesto, significa que no es suficiente el expresar razones o interpretaciones diferentes a las de la Sala que obedezcan al disgusto o inconformismo del solicitante con la decisión adoptada.”

2.3. PRESUPUESTOS MATERIALES QUE PUEDEN DAR LUGAR A UNA DECLARACIÓN DE NULIDAD

Finalmente, la jurisprudencia de la Corte ha desarrollado un catalogo de **causales** en cuya presencia es posible declarar la nulidad de los fallos de la Corporación, por supuesto sobre la base de que el peticionario haya cumplido con la carga argumentativa a que se ha hecho referencia. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, una sentencia de la Corte puede ser declarada nula en casos como los siguientes, los cuales evidencian una grave y ostensible afectación del debido proceso:

- 2.3.1.** Cuando una sala de revisión se aparta de la jurisprudencia sentada por la Sala Plena de la Corte o la jurisprudencia en vigor de las Salas de Revisión de Tutela frente a una situación jurídica¹⁰.
- 2.3.2.** Cuando una decisión no cumple con los requisitos de mayorías previstos en de conformidad el decreto 2067 de 1991, el acuerdo No. 05 de octubre 15 de 1992 y la ley 270 de 1996.
- 2.3.3.** Cuando existe incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de una sentencia, una contradicción abierta en el texto del fallo o la decisión carece por completo de fundamentación.¹¹ Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado que los problemas de estilo o la corta extensión de la argumentación no necesariamente constituyen afectaciones de debido proceso que conduzcan a una declaración de nulidad.¹²

⁹ “Cfr. autos A-62/03; A-146, A-103, A-029A y A-03A de 2002; A-256/01. Ver también los autos A-232/01, 053/01,082/00,050/00,074/99,013/99,026"/98, 022/98, 053/97, 033/95 Y 008/93.”

¹⁰ Ver autos 234 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 178 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; y 344A de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. En la primera providencia, la Corte explicó lo siguiente sobre el concepto de jurisprudencia en vigor: “El concepto de ‘jurisprudencia en vigor’ logra concretar la idea de que únicamente debe ser entendida como causal de nulidad por desconocimiento de la jurisprudencia aquella modificación sustancial de un precedente que referido a un problema jurídico concreto no tuvo la misma consecuencia jurídica. *Contrario sensu*, no constituye causal de nulidad la modificación de cualquier doctrina contenida en una sentencia. Dicho de otro modo, no puede la Sala Plena definir, por vía del incidente de nulidad, si una Sala de Revisión acertó o falló en su decisión, por cuanto ello violaría el principio de autonomía judicial. || En consecuencia, resulta evidente que si una Sala de Revisión cambia la doctrina sentada por el plenario de este Tribunal Constitucional o modifica, desconoce o no aplica la *ratio decidendi* reiterada en forma uniforme, constante y actual por las distintas salas de revisión, que pueda calificarse como jurisprudencia en vigor, vulnera el debido proceso.”

¹¹ Ver auto 305 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹² Ver auto 083 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

- 2.3.4.** Cuando la parte resolutive de una sentencia de revisión de tutela da órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso.
- 2.3.5.** Cuando la sentencia proferida por una Sala de Revisión desconoce la cosa juzgada constitucional.
- 2.3.6.** Cuando, de manera arbitraria, se dejan de analizar asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos trascendentales para el sentido de la decisión¹³.

3. ANÁLISIS DE LAS SOLICITUDES DE NULIDAD

3.1. EXTEMPORANEIDAD Y FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SOLICITUD PRESENTADA POR EL CIUDADANO HERNANDO SALCEDO TAMAYO

3.1.1. Esta Corporación ha señalado que las solicitudes de nulidad deben ser presentadas por “(...) una persona que haya sido parte en el proceso, que haya intervenido en calidad de tercero o que sea un tercero no vinculado que resulte directamente afectado por las órdenes proferidas en sede de revisión”¹⁴. En este caso, la Sala advierte que el ciudadano Hernando Salcedo Tamayo no fue parte dentro del proceso de la referencia ni ha demostrado una afectación subjetiva derivada de la sentencia. Por tanto, la Sala concluye que no tiene legitimación para solicitar la nulidad del fallo.

3.1.2. De otro lado, mediante comunicación del 17 de abril de 2013, el Juzgado 23 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá informó que la sentencia T-276 de 2012 fue notificada a las partes el 22 de mayo de 2012. Por su parte, el ciudadano Hernando Salcedo Tamayo, quien además no fue parte dentro del proceso de tutela, presentó su solicitud de nulidad el 29 de mayo siguiente. Por tanto, encuentra la Sala que la solicitud fue presentada extemporáneamente.

3.2. IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE NULIDAD DE LA PROCURADORA GENERAL (E)

3.2.1. Examen de los requisitos de procedencia

3.2.1.1. Esta Corporación ha señalado que por regla general, las solicitudes de nulidad deben ser presentadas por “(...) quien haya sido parte en el trámite del amparo constitucional o por un tercero que resulte afectado

¹³ Ver auto 031A de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁴ Cfr. auto 193 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

por las órdenes proferidas en sede de revisión”¹⁵. No obstante, también ha señalado que la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de sus funciones como parte del Ministerio Público (artículo 277 de la Constitución), en particular de su facultad de intervención ante las autoridades judiciales, está legitimada para solicitar la nulidad de sentencias dictadas por la salas de revisión de la Corte Constitucional¹⁶.

Al respecto, esta Corporación ha explicado que la facultad de intervención judicial de la Procuraduría tiene una faceta subjetiva y otra objetiva. La primera –subjetiva- se refiere a la intervención en los conflictos individuales o particulares en defensa de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 277 superior; mientras la objetiva alude a la intervención en defensa del orden jurídico en términos generales, lo que incluye la defensa de la legalidad de las decisiones judiciales. La Corte explicó lo que sigue en el auto 282 de 2010¹⁷:

“La Carta colombiana consagra dos esferas complementarias a través de las cuales se desarrolla dicha potestad. La primera es la subjetiva, que incluye la intervención en los conflictos individuales o particulares; mientras que la segunda es la esfera objetiva, que comprende la guarda del interés público.

El fundamento de ambas esferas de intervención se encuentra en el numeral 1º del artículo 277 de la Constitución, que dispuso lo siguiente: “(...) *Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos (...)*”. Por lo mismo, por ejemplo, y para garantizar el cumplimiento de una decisión judicial en sede de tutela, así como la reparación de un derecho fundamental agraviado, la Procuraduría estaría legitimada para iniciar un incidente de desacato ante la autoridad que conoció en primera instancia una acción de tutela.

Ahora bien, en cuanto a la esfera subjetiva individual, encuentra su sustento en el numeral 2º del artículo 277 de la Constitución, que consagra lo siguiente: ‘(...) *Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con auxilio del Defensor del Pueblo*’. Efectividad que, en caso de transgresión, puede alcanzarse a través de las acciones judiciales pertinentes. Concatenado a esto, el numeral 7º de dicha disposición establece que el Ministerio Público deberá intervenir en los procesos, ante las autoridades judiciales, ‘(...)

¹⁵ Cfr. auto 083 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁶ Ver autos 282 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 283 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y 0312 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁷ M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también los autos 038 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y 022 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

*cuando sea necesario en defensa (...) de los derechos y garantías fundamentales*¹⁸. Como se observa, se incluyen a todas las autoridades judiciales y sus decisiones, sin importar su jerarquía, si se trata de cuerpos colegiados, o si el efecto de las sentencias es *erga omnes* o *inter partes*.

En este orden de ideas, dentro de una lectura literal de dicho numeral, se desprende la potestad de la Procuraduría General de la Nación para intervenir incluso ante la Corte Constitucional. Por lo demás, el artículo 277 contempla expresamente la facultad de intervención sin reducirla a determinada acción o recurso, ya que el numeral 7º referido establece dicha potestad en los procesos en que puedan verse afectados los derechos fundamentales de las personas. Cosa que incluye las posibles transgresiones al debido proceso, derecho fundamental que se protege, por ejemplo, mediante incidentes de nulidad. De esta manera, si tal distinción no la hizo el constituyente o el legislador, tampoco corresponde hacerla al intérprete. Lo anterior, guarda concordancia con lo establecido en el inciso 2º del artículo 2º de la Constitución, que establece como razón de constitución de las autoridades públicas la protección y el aseguramiento de los derechos fundamentales de las personas.

En cuanto a la esfera objetiva, además de lo establecido en el numeral 1º anteriormente citado, el numeral 7º contempla el deber de defender el orden jurídico. Por lo tanto, además de su intervención en asuntos subjetivos particulares cuando se amenace o transgredan derechos fundamentales, la Procuraduría General de la Nación tiene el deber de velar por el cumplimiento de uno de los intereses colectivos más fundamentales: el respeto al ordenamiento jurídico, que comprende la legalidad de las decisiones jurisdiccionales. En este sentido, es pertinente recalcar que las causales de nulidad que la Corte Constitucional ha admitido frente a las sentencias de tutela, versan principalmente sobre el debido proceso, el derecho de defensa (indebida notificación) o el irrespeto a la jurisprudencia (igualdad)¹⁹. Detrás de todas ellas, como se observa de forma inmaculada, se encuentra la guarda del orden jurídico, piedra angular del Estado Social de Derecho.

¹⁸ “El texto completo de este numeral es el siguiente: ‘Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales’”.

¹⁹ Auto 062 de 2000, Auto 091 de 2000, Auto 022 de 1999, Auto 082 de 2000, Auto A- 031A de 2002. En ellos se dispone como causales materiales para la declaratoria de nulidad: cambio de jurisprudencia, adopción de decisión por mayoría no calificada, incongruencia de la providencia, ordenes a personas no vinculadas y desconocimiento de la cosa juzgada constitucional.

Finalmente, la Corte considera que no existe, *prima facie*, un límite a las acciones o incidentes que la Procuraduría General pueda ejercer para desarrollar su facultad de intervención, por lo menos en lo que a la jurisdicción constitucional se refiere. En este sentido, el último inciso del artículo 277 de la Constitución expresa que “(...) *para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría (...) podrá interponer las acciones que considere necesarias*”²⁰. Desde una interpretación formal, esta norma sólo comprendería las acciones judiciales. Sin embargo, desde una hermenéutica sistemática, en concordancia con los numerales contemplados en el mencionado artículo, el término “acción” incluye tanto los diferentes recursos como los diversos incidentes. En este sentido, y para ilustrar lo anterior, basta indicar que el verbo del numeral 7º es *intervenir*, cosa que se hace en un proceso ya iniciado y en curso, donde operan los diferentes recursos e incidentes existentes dentro de cada trámite jurisdiccional.”

En este orden de ideas, la Sala observa que la Procuradora General de la Nación (E) sí está legitimada para solicitar la nulidad de la sentencia T-276 de 2012.

3.2.1.2. Adicionalmente, la Sala advierte que la solicitud de nulidad fue formulada oportunamente, ya que según la documentación allegada por el Juzgado 23 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, la sentencia T-276 de 2012 fue notificada a las partes el 22 de mayo de 2012 y la solicitud de nulidad de la Procuradora General de la Nación (E) fue radicada en esta Corporación el 25 de mayo siguiente.

3.2.1.3. Finalmente, la Sala considera que la Procuradora General de la Nación (E) cumplió con la carga argumentativa requerida para solicitar la nulidad de un fallo de revisión de tutela de la Corte Constitucional. Como se indicó en apartes previos, corresponde a quien solicita la nulidad “(...) cumplir con una exigente carga argumentativa, en el sentido de explicar de forma clara y expresa los preceptos constitucionales transgredidos y la incidencia en la decisión proferida”²¹.

En este caso, la Procuradora formuló con claridad varios cargos que pueden ser resumidos de la siguiente manera:

En primer lugar, extralimitación de la competencia de la Sala Séptima de Revisión, pues en el fallo censurado, no se limitó a revisar los fallos

²⁰ “El texto completo del inciso mencionado es el siguiente: *‘Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias’*.”

²¹ Cfr. auto 193 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

de instancia del proceso de tutela y a desvirtuar los argumentos de los jueces, sino que procedió a evaluar y propiamente juzgar el caso, “(...) lo que implica darle al proceso de revisión la naturaleza de una tercera instancia que no tiene (y que además depende de una eventual e inmotivada selección)”.

En segundo lugar, violación del debido proceso por desconocimiento de varios preceptos del decreto 2591 de 1991. Tales violaciones son:

Primero, vulneración del principio de prevalencia del derecho sustancial, toda vez que la Sala “(...) adoptó una concepción absolutamente formalista y en su análisis de la situación del caso primero (y casi exclusivamente) consideró las pretensiones-derechos del padre adoptante, en lugar de las condiciones, el interés y los derechos de los niños”, y además se abstuvo de dar valor a la prueba aportada por el ICBF sobre la amenaza de los derechos de los niños que devenía de que no hubieran sido preparados para ingresar a una familia de padre homosexual, solamente porque se emitió después del fallo de segunda instancia.

Segundo, violación del artículo 4 sobre la obligación de interpretar los derechos de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos, ya que el derecho de los niños AAA y BBB a ser escuchados, derecho que es reconocido por varios instrumentos internacionales, no fue tenido en cuenta.

Tercero, desconocimiento de los artículos 6 y 8, puesto que –en criterio de la Procuradora- el tutelante tenía otros mecanismos de defensa y no se configuró ninguna de las excepciones al requisito de subsidiariedad. A juicio de la funcionaria, **(i)** el demandante podía interponer dentro del proceso de restablecimiento de derechos distintos recursos; **(ii)** las medidas administrativas adoptadas por el ICBF tenían carácter provisional y preventivo, y posteriormente serían materia de control jurisdiccional en caso de que se declarara la adoptabilidad; y **(iii)** para el momento en que se profirió el fallo, la acción carecía de objeto, pues los actos administrativos cuestionados ya no tenían efectos jurídicos.

Cuarto, violación de los artículos 10 y 13 porque la Sala de Revisión consideró que los niños podían ser correctamente representados por el accionante, pese a que la controversia giraba en torno a los perjuicios que podía traerles el permanecer con él.

Quinto, desconocimiento de los artículos 24 y 26, por cuanto, a juicio de la Procuradora, existía carencia actual de objeto por hecho superado en tanto la medida administrativa censurada ya había sido levantada.

Por último, la Procuradora alega inobservancia de la jurisprudencia de

la Sala Plena sobre la subsidiariedad de la acción de tutela, la carencia actual de objeto, la conformación del contradictorio y la procedencia de la acción como mecanismo transitorio.

3.2.2. Improcedencia de la solicitud de nulidad

La Sala considera que la solicitud de nulidad no está llamada a prosperar, ya que la Procuradora no logra demostrar que en la sentencia T-276 de 2012 se haya incurrido en alguna de las causales que ha decantado la jurisprudencia constitucional para poder excepcionalmente declarar la nulidad de un fallo de revisión de tutela, o en cualquier otra grave y ostensible violación del debido proceso. Los argumentos que respaldan esta conclusión son los siguientes:

- 3.2.2.1. En primer lugar, la Procuradora no demuestra la supuesta extralimitación en la que alega incurrió la Sala Séptima de Revisión. A juicio de la funcionaria, la Sala de Revisión no revisó las decisiones de instancia ni se ocupó de desvirtuar los argumentos del ad quem y el a quo. Por el contrario, la Sala Plena observa que en la sentencia sí se examinaron las decisiones de instancia y se desvirtuaron los argumentos del Juzgado 26 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá sobre (i) la no violación del derecho al debido proceso del actor –ver consideración 3.3- y (ii) la existencia de otros mecanismos de defensa –ver consideración 3.2.3.-.

Para desvirtuar el argumento de las instancias sobre la no existencia de violación del derecho al debido proceso del demandante, la Sala Séptima de Revisión, después de examinar con detalle las pruebas, resumió sus conclusiones así:

“En resumen, la Sala considera que el ICBF, al adelantar el proceso de restablecimiento de los derechos de los niños AAA y BBB y ubicarlos en hogar sustituto como medida de restablecimiento, desconoció sus derechos fundamentales y los de su padre adoptivo XXX, **al debido proceso** y a la unidad familiar, toda vez que (i) el ICBF no logró demostrar que efectivamente existía una amenaza sobre la ‘salud emocional de los niños AAA y BBB’ en el momento en el que la Defensora dio inicio al procedimiento y los ubicó en hogar sustituto; (ii) aunque eventualmente se concluyera que sí existía una amenaza, el ICBF tampoco probó que existiera un nexo causal entre la falta de información sobre la orientación sexual de XXX en el proceso de adopción y dicho riesgo. Por el contrario, la amenaza, en concepto de los profesionales del propio ICBF, devino de (a) las consecuencias que podría traer la denuncia penal formulada contra XXX, (b) la separación de

los niños de XXX y (c) la interrupción de su viaje a Estados Unidos, es decir, la amenaza no era imputable –a juicio de los psicólogos y trabajadores sociales del ICBF- a la falta de información sobre la orientación sexual de XXX; (iii) la entidad tampoco demostró que la amenaza fuera de tal magnitud que ameritara una medida tan drástica como la separación de los niños de su padre y su ubicación en hogar sustituto; y (iv) que la Defensora de Familia no tuvo en cuenta la opinión de los niños cuando decidió ubicarlos nuevamente en hogar sustituto.”

Respecto a la inexistencia de otros mecanismos de defensa, la Sala sostuvo:

“En tercer lugar, la Sala estima que el peticionario y sus hijos no disponían de otros medios de defensa judicial para evitar, en el momento en que se interpuso la demanda, la consumación de un perjuicio irremediable, de modo que la acción de tutela se tornaba procedente.

Recuerda la Sala que el proceso de restablecimiento de derechos es un proceso administrativo que debe culminar en un término máximo de cuatro (4) meses, prorrogables por otros dos por decisión del Director de ICBF. Al cabo de ese término, se pueden presentar dos hipótesis (artículo 100 de la ley 1098 de 2006): (i) si se adoptó alguna medida de restablecimiento o se tomó otra decisión, y dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público solicita la remisión del expediente al juez de familia con expresión de las razones en que se funda la inconformidad, el asunto debe ser remitido para que se surta el control jurisdiccional. El juez de familia debe adoptar una decisión en el término máximo de 10 días. (ii) Si, por el contrario, el defensor o el comisario –excepcionalmente el inspector de policía- no adoptó ninguna decisión, debe remitir de forma oficiosa el expediente al juez de familia para que adelante la actuación o el proceso respectivo.

En los casos en los que el expediente es remitido al juez de familia, como se indicó en apartes previos, éste tiene la función no solamente de examinar que se hayan cumplido las formas propias del procedimiento, sino que, como garante de los derechos de las partes, debe verificar que las decisiones y medidas adoptadas favorezcan el interés superior del niño y, a la vez, sean respetuosas de los derechos fundamentales de otras partes como los padres. Se trata por tanto de un control integral.

Sin embargo, como se puede apreciar, este control jurisdiccional –que además no se surte en todos los casos- es posterior, lo que significa que si se presentan irregularidades graves dentro del trámite que lesionen los derechos de los niños u otras, además de los recursos administrativos, no existen otros mecanismos de defensa judicial diferentes a la tutela.

En este caso, en el momento en el que se formuló la demanda, existían serios indicios de que la medida de restablecimiento adoptada –la ubicación de los niños AAA y BBB en hogar sustituto, podría causarles serios perjuicios, pues los dictámenes de los propios profesionales del ICBF mostraban que, debido a la separación de XXX y la frustración del plan de viaje, los niños se encontraban seriamente afectados desde el punto de vista emocional y existía una probabilidad importante de que se les causara un perjuicio psicológico. En consecuencia, la tutela era procedente para el momento en que se hizo ejercicio de la acción.”

Como se puede apreciar, precisamente por advertir –contrario a lo concluido por las instancias- que el demandante no contaba con otros mecanismos de defensa judicial y que la autoridad demandada lesionó su derecho al debido proceso, la Sala revocó los fallos de instancia y concedió el amparo.

- 3.2.2.2.** En segundo lugar, los argumentos en los que la Procuradora sustenta el cargo de grave y ostensible violación del debido proceso por desconocimiento de varias disposiciones del decreto 2591 de 1991, en realidad denotan su inconformidad con la interpretación que hizo la Sala de Revisión de las disposiciones aplicables y su valoración de las pruebas.

Por ejemplo, la afirmación de la Procuradora sobre que la Sala de Revisión no dio prevalencia al derecho sustancial resulta de su particular interpretación de los derechos de los niños en el contexto de la controversia.

Por otra parte, el cargo de inobservancia de los tratados internacionales a la hora de interpretar el derecho de los niños a ser escuchados, en realidad constituye una argumentación sobre la supuesta violación de tal derecho por la Sala Séptima de Revisión y su equivocación al entregar la custodia de los niños a XXX. A juicio de esta Sala Plena, en la sentencia T-276 de 2012 sí se tuvo en cuenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para interpretar el derecho de los niños a ser escuchados –ver consideración 2.4.- y con fundamento en esa

interpretación, concluyó que las autoridades demandadas habían lesionado ese derecho de los niños AAA y BBB. Al respecto, la Sala Séptima de Revisión manifestó:

“Por último, la Sala observa que la Defensora de Familia, en el proceso de restablecimiento de derechos, no garantizó el derecho de los niños AAA y BBB a ser oídos ni tomó en cuenta sus opiniones. Por el contrario, pese a que los niños de forma reiterada manifestaron su deseo de vivir con XXX y no ser separados de él, la Defensora nunca consideró la opinión de los niños y ordenó, además de la ubicación de los niños en hogar sustituto, que sus contactos con XXX fueran suspendidos progresivamente.

Por ejemplo, en la entrevista realizada a los niños el 31 de marzo de 2011 por un equipo interdisciplinario del ICBF, los profesionales observaron lo siguiente:

‘Se evidencia que los niños desean continuar compartiendo con su padre, están proyectados y se imaginan viviendo con él, con frecuencia hablas de su viaje a los Estados Unidos.

Con [BBB], se puede concluir que siente seguridad estando cerca del padre.

Los niños tienen un fuerte apego y un vínculo estable entre ellos y con el padre adoptante.

Se puede apreciar que [AAA], se siente frustrado y angustiado por todo el esfuerzo que ha tenido que afrontar durante el proceso de búsqueda de familia, sintiendo en este momento que su sueño se ha realizado con la adopción que hizo el señor [XXX], por lo que enfatiza a los entrevistadores la responsabilidad que tiene en la situación presente, el ICBF.’²²

La Defensora no tuvo en cuenta estas manifestaciones de los niños, ni tampoco los escuchó al adoptar la medida de restablecimiento ni al confirmarla en la audiencia de fallo. Por tanto, la Sala concluye que la Defensora vulneró el derecho de los niños AAA y BBB a ser escuchados.”

Finalmente, el argumento de la Procuradora sobre el desconocimiento de la regla de subsidiariedad, en realidad es un descuerdo sobre la valoración que hizo la Sala de Revisión de la idoneidad de los mecanismos judiciales existentes y de la inminencia de un perjuicio

²² “Cfr. fol. 87 C. 1.”

irremediable. Lo mismo ocurre con el cargo por no declaración de una supuesta carencia actual de objeto por hecho superado. Como se demostró en la consideración anterior, la Sala Séptima analizó con detalle el cumplimiento del requisito de subsidiariedad y concluyó que se estaba ante un inminente perjuicio irremediable que hacía procedente la acción de tutela. Además, en la consideración 3.4., examinó a profundidad el argumento de la supuesta carencia actual de objeto por hecho superado y concluyó lo siguiente:

“Pese a que en la actualidad los niños están en Estados Unidos y conviven con XXX, obsérvese que la custodia fue entregada de forma provisional y sin que se subsanaran los defectos del proceso de restablecimiento antes descritos. Por estas razones, la Sala concluye que no existe una carencia actual de objeto por hecho superado.”

- 3.2.2.3.** Por último, la Procuradora tampoco demuestra el supuesto desconocimiento del precedente de la Sala Plena sobre la subsidiariedad de la acción de tutela, la carencia actual de objeto, la conformación del contradictorio y la procedencia de la acción como mecanismo transitorio.

Después de citar en extenso apartes de sentencias que hablan en términos generales sobre desconocimiento del precedente y sobre la subsidiariedad de la tutela y la carencia actual de objeto, la Procuradora se limita a señalar que la Sala **(i)** no consideró que las decisiones administrativas y judiciales pueden ser impugnadas, **(ii)** no demostró la existencia de un riesgo de perjuicio irremediable, **(iii)** ni –en su criterio– tuvo en cuenta que los actos administrativos censurados ya no estaban produciendo efectos.

Esta Corporación recuerda que la noción de **precedente** se refiere a aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de patrones fácticos y problemas jurídicos, y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia²³. El precedente puede consolidarse en una línea jurisprudencial cuando de forma reiterada se emplea la misma *ratio decidendi* para resolver problemas jurídicos similares.

Una vez identificada una sentencia o grupo de sentencias que constituyen precedente, se debe establecer si son relevantes o no para resolver el nuevo caso objeto de examen. Para ello deben analizarse los siguientes elementos:

²³ La sentencia T-292 de 2006 se afirma que la *ratio decidendi* es la “formulación del principio, regla o razón general de la sentencia que constituye la base de la decisión judicial”.

“a) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente, b) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante, c) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”²⁴.

Estos tres elementos hacen que una sentencia o grupo de sentencias anteriores se constituyan en un precedente aplicable a un caso concreto y en esa medida, son vinculantes en virtud de los principios de igualdad y debido proceso, entre otros. De allí que se pueda definir el *precedente* aplicable, como aquella sentencia o grupo de sentencias anteriores y *pertinentes* cuya ratio representa una regla (prohibición, orden o autorización) determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad semejantes.

En este caso, la Procuradora no demuestra la existencia de un precedente de la Sala Plena sobre que cómo analizar la inminencia de un perjuicio irremediable o una carencia actual de objeto en casos como el que fue revisado en la sentencia T-276 de 2012 y, por tanto, tampoco demuestra que la Sala de Revisión se haya apartado de dicho precedente.

En resumen, la Procuradora no cumple con la carga argumentativa exigida por la jurisprudencia para demostrar la existencia de un precedente; por el contrario, sus argumentos se dirigen simplemente a cuestionar la valoración de las pruebas que hizo la Sala de Revisión sobre la existencia de un inminente perjuicio irremediable y no existencia de una carencia actual de objeto.

- 3.2.2.4.** En suma, los argumentos de la Procuradora están dirigidos a cuestionar la valoración que hizo la Sala de Revisión de las pruebas y su interpretación de la normativa aplicable. En este orden de ideas, lo que pretende es reabrir el debate probatorio y constitucional, para lo cual no es procedente la solicitud de nulidad.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional,

²⁴ Cfr. Sentencia T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver además sentencia T-110 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

RESUELVE

PRIMERO.- RECHAZAR las peticiones de nulidad de la sentencia T-276 de 2012, formuladas por Marta Isabel Castañeda Curvelo, Procuradora General de la Nación (E), y el ciudadano Hernando Salcedo Tamayo.

SEGUNDO.- Contra este pronunciamiento no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

JUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Ausente en comisión

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Ausente en comisión

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
Ausente en comisión

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

