



San Gil, Diecinueve (19) de Noviembre de Dos Mil Veinte (2020)

Sentencia No. 048 Radicado 2020-00049-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por el Abogado JOSÉ FRANCISCO SARMIENTO MONTILLA, identificado con C.C. N° 19.458.680 expedida en Bogotá, D.C., y T.P. N° 198.683 del C.S. de la J., como apoderado del señor CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES, identificado con C.C. N° 1.101.683.246 expedida en El Socorro (S.), en contra de la COMISARÍA DE FAMILIA DE SAN GIL.

I. ANTECEDENTES

El prenombrado ciudadano, por intermedio de su apoderado, interpuso acción de tutela en contra de la COMISARÍA DE FAMILIA DE SAN GIL, propendiendo por la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y vulneración al derecho de defensa, con base en los siguientes,

II. HECHOS

El acontecer fáctico sobre el cual sustenta el accionante el amparo impetrado, se contrae, grosso modo, a lo siguiente:

1. Señala el apoderado del accionante que el señor CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES, de estado civil casado, con sociedad conyugal vigente, mantuvo relaciones extramatrimoniales con la señora LUDY MABEL OSES, identificada con C.C. N° 1.100.954.717 de San Gil (S.), por espacio de 4 años, procreando a la menor N.A.O., legalmente reconocida y quien cuenta en la actualidad con 2 años y 9 meses de nacida, y que la señora Ludy Mabel Oses, de estado civil casada, con sociedad conyugal disuelta y liquidada, mediante escritura pública N° 1306 de la Notaría Primera del Círculo de San Gil, de fecha 15 de julio de 2020
2. Aduce el apoderado que el día 13 de abril de 2020, la señora LUDY MABEL OSES denunció ante la Inspección de Policía de San Gil, su caso de violencia intrafamiliar, por medio de correo electrónico.
3. Comenta que el 15 de abril de 2020, la Alcaldía Municipal de San Gil, tomó como medida de protección provisional 005-2020, mediante la cual se realiza una investigación de violencia intrafamiliar y decreta la medida de protección en forma provisional, teniendo en cuenta únicamente la declaración de la denunciante Ludy Mabel Oses, y sin haber escuchado al señor Carlos Andrés Amaya Rugeles, quien también fue víctima de violencia intrafamiliar. Aduce que en esa misma fecha, su prohijado se presentó en las instalaciones de la Comisaría de Familia para rendir los descargos respectivos, negándole el acceso a las instalaciones de dicha comisaría, debiendo éste hacerlo a través de memorial escrito, dirigido a dicho Despacho.
4. Asegura que el mismo día 15 de abril, en contravía de las medidas otorgadas por la Presidencia de la República mediante decreto N° 579 del 15 de abril de 2020, la comisaría de Familia determinó el desalojo de su prohijado, del inmueble de su propiedad, con su hijo menor de edad J.C.A.B., considerando que dicha decisión fue excesiva, pues en una emergencia como en la que nos encontramos debido a la pandemia del COVID-19, no sólo fueron afectados los derechos constitucionales de su poderdante, sino los de su hijo menor de edad.



5. Que mediante la medida provisional 005-2020, del 15 de abril de 2020, se fijó fecha de audiencia para el lunes 27 de abril siguiente, la cual nunca le fue notificada a su prohijado, tal y como consta en el respectivo expediente, y que tampoco le notificaron la medida de protección provisional mencionada, vulnerándole de esa forma el derecho a su defensa, dado que en el expediente a folio 3, la Comisaría de Familia manifiesta que el aviso es remitido a la dirección Calle 21 N° 3 – 03 Barrio Santa Catalina, Municipio de San Gil, celular 3142196639, pero no se refleja ninguna guía o correo certificado, que brillan por su ausencia, y lo que es peor aún, nunca se lo enviaron al señor Amaya.
6. Expresa que el 27 de abril se llevó a cabo la audiencia de instrucción y fallo de acuerdo a la ley 575 de 2000, donde le imponen medida de protección definitiva a favor de Ludy Mabel Oses y en contra del señor Carlos Andrés Amaya Rugeles, terminando condenado sin ni siquiera haber sido escuchado en descargos, pues todo parece indicar que era tal el afán de cerrar el caso que el funcionario olvidó la solicitud de tutelar los derechos de la menor al regular sus alimentos en la misma diligencia, lo cual había sido solicitado por la madre de la infante.
7. Narra que el 14 de septiembre de 2020, su prohijado, tratando de averiguar qué había pasado con su proceso, decide solicitar copia del expediente a la Comisaría de Familia de San Gil, las cuales le fueron entregadas el 21 siguiente, afirmando que allí se puede ver que no se surtió el trámite debidamente, tal y como lo ordena el art. 11, inciso 1, art. 12, 45 de la Ley 294 de 1996, hoy art. 2.2.3.8.1.5 decreto 1069 del 2015, art. 12 parágrafo 4, 18 ley 294 de 1996 art. 11 Inc. 2 de la ley citada, siendo de carácter obligatorio que para este tipo de proceso, el comisario de familia solicite la presencia del defensor de familia, hecho que tampoco se dio, al igual que nunca decretaron las pruebas dentro del proceso, las cuales no fueron solicitadas por el Comisario de Familia ni por el Defensor de Familia, y mucho menos las pruebas decretadas de oficio, ni las periciales ni las testimoniales, se limitó el funcionario únicamente a la denuncia.

Aporta como pruebas copia de los siguientes documentos:

- Copia de la promesa de compraventa del bien inmueble
- Poder para actuar
- Copia del Proceso adelantado en la Comisaría de Familia de San Gil, por violencia intrafamiliar
- Copia de la Escritura pública 1306 de fecha 15 de julio de 2020, Liquidación de la sociedad conyugal y cesación de efectos civiles

III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por el apoderado del accionante es que se tutelen sus derechos fundamentales al Debido Proceso y Derecho de Defensa, y que en consecuencia, se decrete la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso adelantado por la Comisaría de Familia de San Gil, en contra del señor Carlos Andrés Amaya Rugeles, y se le restablezcan sus derechos respecto de la casa de habitación de la cual fue desalojado, teniendo en cuenta que es el único propietario del bien inmueble.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida por reparto virtual, según acta N° 4308 del 05 de noviembre de 2020, este Despacho mediante auto de la misma fecha admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a la accionada para que efectuara pronunciamiento y ejerciera su derecho constitucional de defensa y contradicción.



En la misma proyección se ordenó la vinculación de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN GIL y del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR CENTRO ZONAL SAN GIL - DEFENSORÍA DE FAMILIA, así como de la señora LUDY MABEL OSES.

V. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA y VINCULADAS

La **COMISARÍA DE FAMILIA DE SAN GIL**, a través de la Doctora AURA LILIANA ROJAS RODRÍGUEZ, como titular de dicho Despacho, manifestó no constarle los hechos narrados en los dos primeros párrafos de la demanda, ya que son circunstancias que sólo se pueden establecer en otro escenario procesal, y adiciona que no conoció del proceso de medida de protección de los señores CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES y LUDY MABEL OSES, puesto que para ese momento no se desempeñaba como Comisaria de Familia de San Gil, cargo para el que se posesionó a partir del 15 de julio de 2020, pero por razones de la emergencia sanitaria decretada en el país, sólo se le permitió hacer presencia en su sitio de trabajo hasta el día 30 de julio del año en curso.

Relata que de lo observado en el expediente y lo aportado por el accionante como probatoria, se puede evidenciar que la denuncia fue comunicada a ese Despacho por parte de la Fiscalía General de la Nación el 16 de abril de 2020 y además media denuncia de la señora LUDY MABEL OSES, de fecha 13 de abril de 2020, al correo electrónico de la comisaría de familia, y que además en el oficio remitido de la Fiscalía determina que el delito por el que se pide la medida de protección es VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA, resaltando que de acuerdo al formato FIR, ha sido catalogada como "RIESGO EXTREMO", por lo tanto debía actuarse de manera URGENTE.

Aclara que contrario a lo aducido por el accionante, la Alcaldía Municipal de San Gil, no es la encargada de otorgar medidas de protección en materia de violencia intrafamiliar, ya que dicha facultad recae en cabeza de la Comisaría de Familia y respecto de la afirmación que sólo fue tenida en cuenta la declaración de la denunciante dentro del proceso de medida de protección por violencia intrafamiliar, aduce que no le consta, toda vez que no fue ella quien profirió la medida provisional, así como tampoco le consta que le hayan negado al señor AMAYA RUGELES la entrada a las instalaciones de la comisaría, para rendir sus descargos, empero verificando en el expediente se halla un memorial de descargos sin fecha, suscrito por el aquí accionante, y que dentro de la medida de protección 005-2020, en el numeral OCTAVO se ordena informarle sobre dicha medida, para que los presente y ejerza su derecho a la defensa, evidenciándose AVISO de fecha 15 de abril de 2020, que le fue puesto en su conocimiento para que presentara sus descargos antes de la audiencia, de manera virtual y escrita.

Corroborar que, de lo observado en el expediente, existe medida de protección definitiva de fecha 27 de abril de 2020, suscrita por el entonces comisario de familia, proferida en favor de la señora LUDY MABEL OSES y en contra del señor CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES, pero que debido a que no fungía para esa fecha como titular de ese Despacho, las demás circunstancias no le constan y se atiene a lo que se decida dentro del presente trámite.

Manifiesta su oposición a las pretensiones de la demanda, señalando que no es procedente la acción de tutela, pues no es el mecanismo idóneo para que el accionante manifieste su descontento con el actuar procesal de la Comisaría de Familia de San Gil, pues existía otro mecanismo de defensa judicial, para que el tutelante demostrara su inconformismo con el procedimiento dado a la medida de protección impuesta por el comisario de familia de turno, de acuerdo a lo consagrado en el art. 86 de nuestra Constitución Política y reiterada jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, citando por ejemplo la sentencia C-132 de 2018, en el aparte sobre la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela.



Aduce que en el presente caso el accionante AMAYA RUGELES alega vulneración de sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA, con ocasión del trámite por violencia intrafamiliar que se adelantaba en su contra en esa Comisaría, sin embargo, se tiene que de acuerdo a lo establecido en las leyes que regulan el proceso de violencia intrafamiliar, la parte accionante tenía la oportunidad de oponerse a través del RECURSO DE APELACIÓN.

Aporta como pruebas los siguientes documentos:

- Copia de la Resolución de nombramiento
- Copia del expediente de violencia intrafamiliar adelantado contra CARLOS ANDRES AMAYA RUGELES, en 34 folios.

La **DEFENSORÍA DE FAMILIA DEL ICBF CENTRO ZONAL SAN GIL**, a través de correo electrónico remitido el 09 de noviembre de 2020, con memorial suscrito por los Doctores NIDIA CAROLINA AYALA BERNAL, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.898.872 de San Gil, y JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.100.963.638 de San Gil actuando en calidad de Defensores de Familia, manifiestan que desconocen si se escuchó o no al señor CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES por parte de la Comisaría de Familia y si el accionante también fue violentado por la señora LUDY, como tampoco si fue notificado o no sobre la medida de protección tomada, ni si la Comisaría de Familia envió al domicilio del aquí accionante el aviso de notificación, y si le autoridad de familia tenía afán por cerrar el proceso, que no fijó alimentos para la niña que tienen en común.

Adiciona que es cierto lo descrito en el numeral NOVENO de los hechos de la demanda, teniendo en cuenta lo establecido por el DECRETO 1069 DE 2015 ARTÍCULO 2.2.3.8.1.1. INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR DE FAMILIA Y DEL MINISTERIO PÚBLICO. De conformidad con los artículos 5º y 12 de la Ley 575 de 2000, en cualquier actuación en que se encuentren involucrados menores de edad, el defensor de familia, o en su defecto el personero municipal del lugar de ocurrencia de los hechos, deberán intervenir para lo de su competencia. Así mismo aduce que fue revisado su sistema de información misional y no se evidenció alguna solicitud por parte de la comisaria de familia para el mes de abril del año avante, a fin de poder realizar intervención respectiva en el sentido de que en el relato de los hechos y pruebas aportadas se evidencia que se encontraban dos menores de edad presenciando estos hechos, pero difiere de la apreciación dada por el accionante quien indica que el Defensor de Familia no solicitó las pruebas, pues, cómo se pueden solicitar prueba de algo que no fue notificado al ICBF ni a los defensores de familia aquí vinculados. Así mismo la norma vigente no establece que el Defensor de Familia deba solicitar pruebas, en este tipo de procesos que adelanta la Comisaria de Familia.

Advierte que no existe fundamento factico ni jurídico que vincule al ICBF con el objeto de analizar vulneración y/o amenaza de los derechos fundamentales de los niños involucrados en los hechos; hija en común del accionante y accionado e hijo del accionante, máxime cuando el accionante señala en relación a los hechos, peticiones y vulneración de sus propios Derechos por parte de la COMISARIA DE FAMILIA DE SAN GIL, así mismo como quiera que el ICBF no tuvo conocimiento del caso de marras, no es posible que se vincule a una entidad que no conoció del caso y que conforme la norma no es la llamada a adelantarla y tramitarla, ya que es competencia exclusiva de las Comisarias de Familia por mandato legal. Sin embargo, afirman no desconocer que la norma citada en los hechos hace que el ICBF tenga vinculación en los mismos cuando en los hechos están presentes niños, niñas y/o adolescentes, siempre y cuando le sea comunicado formalmente por parte de la entidad encargada de hacerlo, que para el caso sería la Comisaria de Familia.

Para sustentar su posición esgrime fundamentos jurisprudenciales y legales sobre la misión del ICBF, sobre el principio de subsidiariedad que comporta la acción de tutela, el marco legal sobre la intervención del Defensor de Familia y del Ministerio Público en cualquier actuación donde se encuentren involucrados menores de edad, y remata su



misiva solicitando la desvinculación de ese Organismo de la presente acción de tutela alegando la ausencia de legitimación en la causa por pasiva, en el entendido que no se encuentra razón por la cual se ha vinculado al ICBF como agente vulnerador de sus derechos.

La señora **LUDY MABEL OSES**, a través de correo electrónico remitido el 09 de noviembre de 2020, manifestó que es cierto todo lo afirmado en los hechos de la tutela, afirmando que mantuvieron una relación concubinaria por espacio de 6 años con el accionante Carlos Andrés Amaya Rugeles, tiempo durante el cual procrearon a su hija N.A.O., y adquirieron bienes y obligaciones.

Aduce que efectivamente, mediante correo electrónico dirigido a la Inspección de Policía de San Gil, presentó demanda por violencia intrafamiliar en contra de su entonces pareja sentimental CARLOS ANDRÉS AMAYA, pues éste el día 11 de abril de 2020 la agredió verbal, psíquica y físicamente enfrente de su hija menor de edad, y que con base en ello la Comisaría de Familia admitió la solicitud de medida de protección presentada, y ordenó al señor CARLOS ANDRÉS AMAYA como medida de protección el cese de acto de violencia o agresión física, verbal o psicológica u ofensa hacia ella. Igualmente, como medida de protección ordenó el desalojo del señor CARLOS ANDRÉS de la vivienda familiar. Asegura además que no es cierto que de su parte hayan ocurrido actos violentos hacia él, siendo una afirmación calumniosa que no tiene sustento probatorio por parte del accionante.

Expresa que no le consta que el accionante se haya presentado en la Comisaría a rendir descargos, pero sí que una vez le notificaron la medida de protección provisional N° 005-2020, procedió a presentar escrito de descargos a través de mensaje de datos dirigido al correo electrónico de la Comisaria de Familia en el cual aceptó los actos de violencia intrafamiliar en su contra.

Comenta que no es cierto que la autoridad de Familia haya ordenado el desalojo del menor J.C.A.B., sino que CARLOS ANDRÉS decidió llevárselo consigo, teniendo en consideración que ella no es su madre y que el niño estaba de visita en la casa, pero que sin embargo en ese momento del desalojo le dijo que podía dejar al niño que si quería ella lo cuidaba, a lo cual se negó

Aduce que no es cierto que a CARLOS ANDRÉS no le hayan notificado la medida de protección 005-2020, sino que lo ocurrido fue que conforme a las instrucciones recibidas de parte de la autoridad de Familia, el 19 de abril de 2020, llamó al cuadrante N° 1 de la Policía, para que a través de dicha autoridad se le notificara tal medida, a lo cual acudió el patrullero MARIO PINZÓN ZÚÑIGA, quien requirió al agresor, pero éste se negó a salir, permaneciendo sentado en el comedor de la casa, ante lo cual el agente de Policía procedió a leerle el contenido de la medida desde la puerta de la casa, y que posterior a ello el señor CARLOS ANDRÉS se negó a firmar la respectiva notificación, de lo cual el patrullero hizo la anotación respectiva y le dejó copia del documento (anexa copia con la respectiva anotación).

Adiciona que en todo momento Carlos Andrés estuvo al tanto del proceso que adelantaba la Comisaría de Familia, a tal punto que recibió terapia psicológica por el equipo interdisciplinario de dicha autoridad de familia, que desarrolló el procedimiento con apego a la legalidad y respetando las garantías de las partes, especialmente las relativas al derecho de defensa y contradicción, y que por otra parte CARLOS ANDRÉS AMAYA nunca solicitó el decreto y practica de ninguna prueba testimonial, pericial o de ninguna otra índole.

Por todo lo anterior manifiesta su oposición a las pretensiones de la demanda, pues carecen de fundamento factico y jurídico, por lo tanto debe declararse improcedente ya que pretende utilizar la acción de tutela como una instancia más del proceso surtido en la Comisaria de Familia lo cual no es correcto ya que ésta es un medio subsidiario, además no existió vulneración del debido proceso en el trámite y el actor no ejerció los medios



judiciales que tenía a su alcance para controvertir la decisión de la Autoridad de Familia, aunado al hecho de que tampoco se acredita un perjuicio irremediable y quiere someter a discusión de la autoridad constitucional un asunto que debe discutir en otro ámbito jurisdiccional como es el relativo a indicar que la vivienda de la cual fue desalojado es de su única propiedad, lo cual no es cierto puesto que como indicó inicialmente con CARLOS ANDRÉS sostuvieron una convivencia y relación concubinaria desde el año 2014 en la cual adquirieron bienes y obligaciones producto de su combinación o esfuerzo mutuo de trabajo a fin de suplir las necesidades familiares y la de sus hijos a fin de obtener una mejor calidad de vida.

Anexa como prueba de lo dicho copia de la medida de protección con la anotación dejada por el patrullero MARIO PINZÓN ZÚÑIGA, sobre la negativa del accionante a firmar la notificación.

La **ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN GIL**, se pronunció mediante correo electrónico recibido el 10 de noviembre hogaño, a través del señor JHOJAN FERNANDO SÁNCHEZ ARAQUE, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.100.952.836 expedida en San Gil (S), actuando en calidad de Secretario Jurídico del Municipio de San Gil, quien manifiesta que el ciudadano accionante sí estaba enterado de todo lo que ocurría con el proceso pues instauró recurso de apelación (sic) en contra de la medida de protección y conocía que las pruebas solicitadas en la alzada, las cuales no solicitó, se realizarían el 27 de abril hogaño en la audiencia de instrucción y fallo, a la cual el accionante no se presentó, ordenando en consecuencia la medida de protección definitiva en favor de la ciudadana Ludy Mabel y en contra del señor Carlos Andrés Amaya, decisión que fue notificada en estrados a las partes.

Aduce que dentro de la denuncia formulada por la señora Oses, nunca solicitó definir alimentos como lo aduce el apoderado del accionante, y que además la premura de la Comisaría de Familia no fue siquiera por sacar lo más pronto el proceso, sino que en esta clase de diligencias, las entidades deben ser expeditas, ya que por experiencia, de no realizarse de manera eficaz, corre peligro la víctima de ser nuevamente agredida, lo que podría terminar causándole nuevamente heridas en su humanidad o en el peor de los casos, su muerte.

Dice que no le asiste razón al apoderado para afirmar que su poderdante no fue escuchado en audiencia de instrucción y fallo donde se impuso medida de protección definitiva a la señora LUDY MABEL, ya que éste nunca compareció a la misma y no interpuso los recursos de ley, ni siquiera solicitud de revocatoria directa, la cual puede interponerse dentro del término que se tiene para ejercer el control jurisdiccional.

Afirma que no es cierto que la Comisaría de Familia, sólo haya tenido en cuenta para tomar la decisión de medida de protección definitiva, la denuncia presentada por la víctima, sino que también se tuvo en cuenta la solicitud de la Fiscalía y los informes periciales psicológicos practicados a la misma denunciante, y que por tanto el trámite realizado por dicha autoridad, que busca enlazar el abogado del accionante, se surtió respetando todos los derechos y teniendo en cuenta pruebas periciales para su correspondiente fallo.

Expresa que con las pruebas aportadas y los argumentos estribados en el libelo demandatorio, no logra sustentar la solicitud de vulneración de derechos fundamentales, toda vez que el tutelante a través de este medio de protección, solicita que se ordene la nulidad de todo lo actuado por parte de la Comisaría de Familia, desde el momento en que se interpuso la denuncia, además de que se deje sin efecto la medida de protección definitiva N° 005-2020 a favor de la ciudadana LUDY MABEL OSES, siendo muy peligroso acceder a ello, ya que lo que garantiza esta medida es la protección de la vida y honra de dicha ciudadana; sin embargo, en cuanto a la contestación de los hechos de la tutela, se logra evidenciar, mas allá de toda duda, que no le asiste la razón al apoderado del accionante a lo que pretende, pues promover una acción de tutela, no es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos de su defendido, toda vez que existen otros mecanismos idóneos, como lo es la Revocatoria directa ante el funcionario que determinó



la decisión, o el ejercicio de un mecanismo de control legal, como la acción de nulidad y restablecimiento de derechos, ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Culmina su misiva solicitando que se declare la improcedencia de la presente acción constitucional, pues considera que el procedimiento administrativo, realizado en la denuncia instaurada por la señora LUDY MABEL OSES contra el señor CARLOS ANDRÉS AMAYA OSES, ante la comisaria de Familia Municipal de San Gil, fue ajustada a Ley y sus normas correspondientes, por ende, no se encuentran vulnerados los derechos fundamentales al acá tutelante.

VI. CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

“(...) En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce. (...)” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, abril 3 de 1992, página 167).

B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.



La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE LAS PARTES

El presente libelo fue interpuesto por el señor CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES, identificado con C.C. N° 1.101.683.246 expedida en El Socorro (S.), por intermedio de su apoderado judicial, el Abogado JOSÉ FRANCISCO SARMIENTO MONTILLA, identificado con C.C. N° 19.458.680 expedida en Bogotá, D.C., y T.P. N° 198.683 del C.S. de la J., considerando vulnerados sus Derechos Fundamentales al Debido Proceso y Derecho de Defensa por parte de la accionada. Así, en el caso bajo estudio, este Despacho encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa cumpliéndose con los presupuestos que la Honorable Corte Constitucional ha determinado para admitir la procedencia de la tutela en interés del tercero.

En cuanto a la legitimación por pasiva, vemos que la presente tutela se dirigió en contra de la COMISARÍA DE FAMILIA DE SAN GIL, Ente Jurídico del orden municipal, a quien se le atribuye la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales del accionante.

En igual sentido las vinculadas ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN GIL, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR CENTRO ZONAL SAN GIL - DEFENSORÍA DE FAMILIA, así como la señora LUDY MABEL OSES.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso, se debe determinar si la COMISARÍA DE FAMILIA DE SAN GIL y/o las vinculadas, conculcaron o no los derechos fundamentales al Debido Proceso y Derecho de Defensa del accionante, dentro del proceso que le siguió por violencia intrafamiliar, con la expedición de la medida de protección definitiva en favor de la señora LUDY MABEL OSES y en su contra; y si la acción de tutela es el medio idóneo para dilucidarlo.

VIII. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

En aras de resolver dicho interrogante, resulta necesario traer a colación lo considerado por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-642 de 2013, donde expresó:

*“(…) **DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO**-Deber de citación y notificación en legal forma, dentro de los procesos por violencia intrafamiliar que adelantan las Comisarías de Familia*

El debido proceso, es un derecho fundamental, que de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, se aplica a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, dentro de las cuales, la autoridad competente debe velar por la garantía de los derechos del sujeto que este incurso en cualquiera de estos procesos, mediante el respeto de las formas propias de cada juicio. Bajo ese presupuesto, esta Corporación ha reconocido que parte de las garantías del debido proceso es el derecho a la defensa, entendido como la



posibilidad que tiene el ciudadano de utilizar todos los mecanismos idóneos, que ofrece el ordenamiento jurídico, para exponer los argumentos que respalden su posición dentro del proceso, con el fin de conducir a la autoridad administrativa o al juez a que profiera una decisión favorable a sus pretensiones.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR- Procedimiento adelantado por Comisarías de familia

En los procesos de violencia intrafamiliar que se tramitan ante las Comisarías de Familia, el artículo 4 de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, dispone que, toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente. Una vez recibida la denuncia, el comisario avocará de forma inmediata la petición, y proferirá auto: admitiendo, inadmitiendo o rechazando la solicitud de medida de protección. En caso de ser admitida la denuncia, el comisario citará al acusado y a la víctima, para que comparezcan a una audiencia que tendrá lugar entre los 5 y diez 10 días siguientes a la presentación de la petición. “La notificación de citación a la audiencia se hará personalmente o por aviso fijado a la entrada de la residencia del agresor”. De dicha notificación el funcionario encargado, deberá rendir informe y si la notificación se practicó por aviso el informe deberá ser rendido bajo la gravedad de juramento. (...)”.

IX. CASO EN CONCRETO

El señor CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES, por intermedio de su apoderado judicial, Abogado JOSÉ FRANCISCO SARMIENTO MONTILLA, instaura acción de tutela en contra de la COMISARÍA DE FAMILIA DE SAN GIL, pretendiendo la protección de sus Derechos Fundamentales al Debido Proceso y Derecho de Defensa, alegando que la accionada no le permitió el ejercicio de su defensa dentro del proceso que le adelantó por violencia intrafamiliar, originado por la denuncia que su compañera permanente LUDY MABEL OSES, hubiera entablado mediante correo electrónico remitido a la Inspección de Policía de San Gil, y que sólo con base en dicha denuncia, sin permitirle efectuar sus descargos, emitió inicialmente el 15 de abril de 2020 una medida de protección provisional N° 005-2020, en la que ordenó el desalojo de su residencia, debiendo abandonarla junto con su menor hijo, afectando no sólo sus derechos sino también los del menor, dentro de la cual además fijaba fecha para audiencia de instrucción y fallo para el 27 de abril siguiente, afirmando que dicha actuación no le fue notificada en debida forma.

Así mismo, el apoderado del accionante asevera que en efecto el 27 de abril de 2020 se llevó a cabo la audiencia antes mencionada, dentro de la cual el Comisario de Familia decidió imponer medida de protección definitiva a favor de la demandante LUDY MABEL OSES y en contra de su prohijado CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES, sin haber sido escuchado en descargos ni haberle permitido ejercer en debida forma su derecho de defensa, siendo desalojado de su casa, cuyo bien inmueble es de su propiedad, considerando que el procedimiento rituado no fue correctamente adelantado, pues, entre otros aspectos, el Comisario debía haber vinculado al trámite a la Defensoría de Familia del ICBF, a sabiendas que estaban involucrados menores de edad, que presenciaron el desarrollo de los hechos generadores de violencia intrafamiliar, situación que avizoró al obtener las copias del expediente que el accionante había solicitado a la autoridad de Familia.



Por su parte, la Comisaría de Familia por intermedio de su titular actual, Dra. AURA LILIANA ROJAS RODRÍGUEZ, adujo que debido a su reciente nombramiento y posesión en dicho cargo, no tuvo conocimiento del proceso sobre el cual se generó la presente reclamación constitucional, y no conoce de primera mano las circunstancias y procedimiento como se desarrolló el mismo, limitándose a mencionar que las decisiones en controversia existen dentro de la foliatura del expediente, sin que pueda desvirtuar la situación fáctica planteada en el libelo tutelar, toda vez que el proceso se hallaba archivado y no fue adelantado por ella, aduciendo atenerse a lo que se decida en el presente contradictorio.

Aduce igualmente que en el presente caso el accionante AMAYA RUGELES alega vulneración de sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA, con ocasión del trámite por violencia intrafamiliar que se adelantaba en su contra en esa Comisaría, sin embargo, manifiesta que de acuerdo a lo establecido en las leyes que regulan el proceso de violencia intrafamiliar, la parte accionante tenía la oportunidad de oponerse a través del RECURSO DE APELACIÓN.

De otro lado, en su pronunciamiento respecto de la vinculación que se hiciera del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – DEFENSORÍA DE FAMILIA, los Defensores NIDIA CAROLINA AYALA BERNAL y JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS, también manifiestan no constarle los hechos denunciados, toda vez que no tuvieron conocimiento de dicho proceso, al igual que nunca fueron convocados por la Comisaría de Familia, para hacer parte dentro del mismo, no obstante lo establecido en el Decreto 1069 de 2015 artículo 2.2.3.8.1.1. INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR DE FAMILIA Y DEL MINISTERIO PÚBLICO, donde se instituye que de conformidad con los artículos 5° y 12 de la Ley 575 de 2000, en cualquier actuación en que se encuentren involucrados menores de edad, el defensor de familia, o en su defecto el personero municipal del lugar de ocurrencia de los hechos, deberán intervenir para lo de su competencia, afirmando que en su sistema no existe ninguna solicitud de la Comisaría de Familia para la época de los hechos, a fin de efectuar la intervención respectiva, ante la evidencia de que en desarrollo de los hechos existía la presencia de menores de edad.

Por su parte la señora LUDY MABEL OSES, ratifica todos los hechos de violencia intrafamiliar que condujeron a su denuncia ante la Inspección de Policía y Fiscalía, que llegó a conocimiento de la Comisaría, y en su pronunciamiento acota que CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES siempre estuvo al tanto del proceso que se adelantaba en contra suya, pues la notificación de la medida de protección provisional le fue efectuada por intermedio de un patrullero de la Policía Nacional, pero que éste se negó a firmar su recibido, por lo cual se dejó constancia en la copia del documento notificado. Además, que presentó los descargos correspondientes, donde acepta los hechos, habiendo remitido su escrito a través del correo electrónico de la comisaría de familia. Así mismo comenta que la medida de desalojo no fue expedida para su menor hijo, sino que él quiso llevárselo consigo, y que ella no ha efectuado actos de violencia en contra del accionante.

En ese orden de ideas, avizora este Fallador que de la respuesta emitida por la autoridad accionada, no puede inferirse el cumplimiento estricto de los lineamientos legales que la normatividad le impone, en tanto que se limita exclusivamente a avalar aquellas afirmaciones contenidas en el escrito genitor, exponiendo las circunstancias que han sido motivadoras de la controversia suscitada entre las partes en conflicto, y corroborando las decisiones tomadas con base en la foliatura del expediente que estaba en archivo, sin desvirtuar las afirmaciones y pretensiones del accionante, esgrimiendo en su defensa el hecho de su reciente nombramiento, y que no tuvo conocimiento de cómo se desarrolló el proceso correspondiente.

Así las cosas, partiendo del aspecto jurídico constitucional que se planteó como hermética jurídica a desarrollar en el presente asunto, y avizorando la probatoria aportada tanto por el accionante como por la directamente accionada, este Estrado encuentra que el expediente adelantado por la Comisaría de Familia de San Gil en contra del señor



CARLOS ANDRÉS AMAYA OSES, por violencia intrafamiliar, adolece de prueba fehaciente de que la Autoridad de Familia, en efecto haya puesto en conocimiento del denunciado, la decisión de medida de protección definitiva, tomada dentro de la audiencia desarrollada el 27 de abril de 2020, sin la presencia de éste, pues de la documental aportada por la COMISARIA DE FAMILIA, se observa que después de la respectiva decisión definitiva del 27 de Abril, no se incorpora documento alguno que acredite la notificación y debido enteramiento del accionante, que le asegurara el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de defensa y contradicción; circunstancia de la que deviene una flagrante violación al núcleo esencial del debido proceso, con ocasión de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 10 (“... La resolución o sentencia se dictará al finalizar la audiencia y será notificada a las partes en estrados. Se entenderán surtidos los efectos de la notificación desde su pronunciamiento. Si alguna de las partes estuviere ausente, se le comunicará la decisión mediante aviso, telegrama o por cualquier otro medio idóneo...”) y el inciso cuarto del artículo 11 (“... La Providencia que imponga las sanciones por incumplimiento de la orden de protección, provisional o definitiva, será motivada y notificada personalmente en la audiencia o mediante aviso...”) de la Ley 575 de 2000, en anuencia con lo establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia en cita¹, donde expresamente señala que existe *vulneración del debido proceso al no practicar en legal forma la notificación de la citación a la audiencia, ni tampoco de la resolución que se profirió al término de dicha audiencia*, cuando afirma: “(...) Considera la Sala que la Comisaría de Familia transgredió el derecho fundamental al debido proceso del actor, al no practicar en legal forma la notificación de la citación a la audiencia de violencia intrafamiliar, ni tampoco, de la resolución que se profirió al término de dicha audiencia. Advierte la Sala que si bien la entidad accionada sostuvo, que la denunciante afirmó que el agresor o accionante estaba enterado de la audiencia, lo cierto es que no reposa en el expediente, ni en los documentos allegados por la accionada, constancia de la notificación personal o por aviso, que haya realizado la Comisaría al accionante. Es preciso aclarar que, no son suficientes las afirmaciones de la señora, cuando afirma que le entregó las citaciones de la audiencia al actor, puesto que, **la prueba conducente para demostrar que no se incurrió en una indebida notificación, tenía que ser aportada por la autoridad accionada, en el entendido que, al ser el director del proceso por violencia intrafamiliar, tenía que haber allegado el informe o el oficio que, certificará la modalidad de notificación, que se efectuó en el caso del actor** (...)” (Énfasis del Despacho), negándole de tal forma al actor la posibilidad de interponer el recurso de apelación oportunamente y ejercer su derecho de defensa y contradicción en los términos del inciso segundo del artículo 12 *ejusdem*.

En vista de lo que precede, deberá ampararse el Derecho Fundamental al Debido Proceso y Derecho de defensa en la acción de tutela promovida por el señor CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES, por intermedio de su abogado JOSÉ FRANCISCO SARMIENTO MONTILLA, identificado con C.C. N° 19.458.680 de Bogotá, D.C., y T.P. N° 198.683 del C.S. de la J., con contra de la COMISARÍA DE FAMILIA DE SAN GIL, y en consecuencia se ordenará a la accionada, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, si no lo ha hecho, proceda a hacer formalmente la notificación correspondiente de la medida de protección definitiva, emitida el 27 de abril de 2020 en la audiencia de instrucción y fallo, conforme los lineamientos legales y jurisprudenciales, de conformidad con lo anteriormente considerado.

Así mismo, se conminará a la Comisaría de Familia para que informe al ICBF y de acuerdo a las competencias de los Defensores de Familia, se les haga parte dentro del proceso, a fin de que procuren la defensa de los derechos de los menores involucrados dentro del trámite que se desarrolla ante la accionada suscitado entre los señores CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES y LUDY MABEL OSES.

De otra parte, en relación con las demás peticiones del accionante, como es que se deje sin valor y efecto la medida de protección definitiva y se le conceda la restitución del uso y goce del bien inmueble del que fue desalojado, que dice ser de su propiedad exclusiva, contenidas en el libelo genitor, considera el Despacho que lo que aquí se suscita

¹ Sentencia T-642 del 13 de septiembre de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo



es una discusión que debe ser resuelta en el ámbito civil-familia, para cuyo trámite existen otros medios idóneos ante la Autoridad administrativa por vía de los recursos, o el Juez Natural, los cuales detentan la eficacia, economía y celeridad pertinente para reclamar los derechos en controversia, y que como lo ha contemplado la honorable Corte Constitucional deben utilizarse de manera preferente, incluso cuando se pretenda la protección de un Derecho Fundamental, pues considera el Despacho que el escenario de la jurisdicción propia ofrece una protección cierta, efectiva y concreta del derecho, en idénticas condiciones que las que podría brindarse por este mecanismo de amparo, y en tal sentido no puede desplazarse la competencia del Juez natural, de conformidad con el requisito de subsidiariedad que comporta esta acción constitucional, en tal sentido se declarará la improcedencia de la presente acción de tutela por ese aspecto.

En el anterior entendido, debe observarse que no se llegó al convencimiento de la amenaza o vulneración de otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten análisis y pronunciamiento de fondo constitucional, pues es ante la Autoridad de Comisaría de familia o la Jurisdicción Civil-Familia que debe acudir para ventilar sus inconformidades, puesto que la acción de tutela y la intervención del Juez Constitucional, no debe desplazar la competencia de la autoridad administrativa o el Juez Natural, evento en el cual el precedente jurisprudencial constitucional es exigente a la hora dilucidar tales asuntos por la vía de la acción de amparo, más aun cuando no se acredita la existencia de un perjuicio irremediable y apuntar a asuntos de discusión de contenido patrimonial.

Corolario de lo anterior, el amparo constitucional no está llamado a prosperar en lo que atañe al Derecho a la restitución del uso y goce del bien inmueble de propiedad del accionante y demás peticiones, ante la inexistencia de perjuicio irremediable, y como colofón se decretará la improcedencia por subsidiariedad, con los demás pronunciamientos a que haya lugar. Se dispondrá además lo consecuente con la notificación del fallo y su envío a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que el fallo no sea impugnado.

Como colofón, al no existir vulneración y/o amenaza de derecho fundamental alguno al accionante por parte de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN GIL se ordenará su desvinculación del presente trámite.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. TUTELAR el Derecho Fundamental al DEBIDO PROCESO y DERECHO DE DEFENSA del señor CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES, identificado con C.C. N° 1.101.683.246 expedida en El Socorro (S.), por intermedio de su abogado JOSÉ FRANCISCO SARMIENTO MONTILLA, identificado con C.C. N° 19.458.680 expedida en Bogotá, D.C., y T.P. N° 198.683 del C.S. de la J., con contra de la COMISARÍA DE FAMILIA DE SAN GIL, en los términos y por las razones previstas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. ORDENAR al Representante Legal de la COMISARÍA DE FAMILIA DE SAN GIL, o quien haga sus veces, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, si no lo ha hecho, proceda a hacer formalmente la notificación correspondiente de la medida de protección definitiva, emitida el 27 de abril de 2020 en la audiencia de instrucción y fallo, conforme los lineamientos legales y jurisprudenciales, de conformidad con lo anteriormente considerado.



PARÁGRAFO. CONMINAR a la COMISARÍA DE FAMILIA DE SAN GIL, para que informe al ICBF y de acuerdo a las competencias de los Defensores de Familia, se les haga parte dentro del proceso, a fin de que procuren la defensa de los derechos de los menores involucrados dentro del trámite que se desarrolla ante la accionada suscitado entre los señores CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES y LUDY MABEL OSES.

TERCERO. DECLARAR LA IMPROCEDENCIA por subsidiariedad, ante la inexistencia de perjuicio irremediable, de la acción de tutela instaurada por el señor CARLOS ANDRÉS AMAYA RUGELES, identificado con C.C. N° 1.101.683.246 expedida en El Socorro (S.), por intermedio de su abogado JOSÉ FRANCISCO SARMIENTO MONTILLA, identificado con C.C. N° 19.458.680 expedida en Bogotá, D.C., y T.P. N° 198.683 del C.S. de la J., en contra de la COMISARÍA DE FAMILIA DE SAN GIL, en lo que atañe al Derecho a la restitución del uso y goce del bien inmueble de propiedad del accionante y demás peticiones, en los términos y por las razones previstas en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO. DESVINCULAR del presente trámite tutelar a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAN GIL y la señora LUDY MABEL OSES.

QUINTO. NOTIFÍQUESE esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 y 5 del Decreto 306 de 1992.

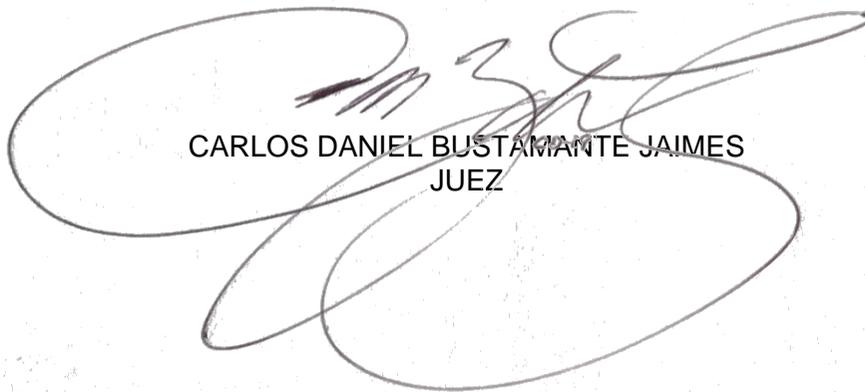
SEXTO. Contra este fallo procede la IMPUGNACIÓN presentada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SÉPTIMO. A costa de la parte interesada expídanse fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

OCTAVO. Si no fuere impugnada y en los términos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOVENO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
JUEZ

CDBJ/Cjrv