El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: SENTENCIA DE TUTELA –1ª Instancia – 15 de diciembre de 2016

Radicación Nro. : 2016-01123-00

Accionante: CAMILO ANDRÉS REYES MEDINA

Accionados:       JUZGADO DE FAMILIA DE DOS QUEBRADAS - RISARALDA

Proceso:                 Acción de Tutela – Declara improcedente la acción

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / RECHAZO DE ACCIONES POPULARES / IMPROCEDENCIA / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / NO SE AGOTARON LOS RECURSOS.** “El accionante se duele porque no fue notificado de la existencia del proceso formulado por su ex-compañera sentimental con el fin de obtener para su hija menor de edad, permiso para poder salir del país, pues se remitieron las comunicaciones a una dirección errada, pese a que la demandante conocía y visitaba su lugar de residencia. (…) [E]n el presente amparo se incumple con el presupuesto de procedibilidad general de la subsidiariedad, pues el accionante dispone de otro medio de defensa idóneo y eficaz para alegar su indebida notificación, cual es, el recurso extraordinario de revisión (artículo 354, CGP) fundado en la causal 7ª del artículo 355 del CGP, si se tiene en cuenta que la inconformidad alegada refiere a que no pudo tener conocimiento de la existencia de la demanda, antes de que se profiriera la sentencia. (…) [N]o se advierte la amenaza de un perjuicio irremediable que afecte los derechos fundamentales del actor, ni los de su hija menor de edad, y que permita entender que el recurso de revisión es ineficaz. El accionante aún tiene la patria potestad de su hija y existe un acuerdo entre los padres aprobado por el Juzgado Segundo de Familia local en torno a la reglamentación de visitas (Folio 49 a 52, ib.), en el cual se estableció que puede visitar, compartir y salir con su hija: (i) En las vacaciones de diciembre a enero; (ii) En el receso escolar de junio a julio; y, (iii) Cuando viaje a Canadá; y, también, (iv) Hablar telefónicamente con su hija. En ese orden de ideas, pasa inadvertida circunstancia alguna que permita inferir que no puede promover y esperar la resolución del recurso extraordinario de revisión, que es el mecanismo ordinario creado por la ley. Así, entonces, es evidente la falta de agotamiento del supuesto de subsidiariedad, como ha explicado la CC, que reiteradamente ha referido que la acción de tutela mal puede implementarse como medio para sustituir los mecanismos ordinarios de defensa.”.

**Citación jurisprudencial:** CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-917 de 2011 / Sentencia C-590 de 2005 /Sentencia T-064 de 2015 / Sentencia T-307 de 2015 / Sentencia T-134 de 1994 / Sentencia T-103 de 2014 / Sentencia T-818 de 2013 / Sentencia T-567 de 1998 / Sentencia T-662 de 2013 / Sentencia T-037 de 2016 y T-120 de 2016 / Sentencia T-717 de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SCC, Sentencia del 02-09-2014, Rad. 23001-22-14-000-2014-00097-01 / Providencia STC6121-2015 /Providencia STC3931-2016.

  
REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en primera instancia

Accionante : Camilo Andrés Reyes Medina

Accionado (s) : Juzgado de Familia de Dosquebradas, R.

Vinculado (s) : Daniela García Hincapié y otros

Radicación : 2016-01123-00 (Interno No.1123)

Temas : Subsidiariedad – Sin recursos

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 595 de 15-12-2016

Pereira, R., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La acción constitucional referida, adelantadas las debidas actuaciones con el trámite preferente y sumario, sin que se evidencien causales de nulidad que la invalide.

1. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Relató el actor que fue demandado por la señora Daniela García Hincapié ante el juzgado accionado en proceso para solicitar un permiso de salida del país de su hija menor de edad. Dijo que en la demanda la señora García Hincapié faltó a la verdad porque expresó que su domicilio es la ciudad de Dosquebradas, cuando había afirmado en otros asuntos judiciales en los que actuó como demandada que, estaba domiciliada en la ciudad de Pereira, además, citó incompleta la dirección para notificaciones, del accionante.

Adujo que fue notificado de la admisión de la demanda mediante aviso dirigido al conjunto residencial donde habita, pero a un apartamento diferente, pese a que la demandante sabía perfectamente cuál era; solicitó nulidad de lo actuado, mas fue negada (Folios 1 a 8, este cuaderno).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Se infiere del petitorio que se pretende la protección del derecho fundamental al debido proceso (Folios 1 a 8, este cuaderno).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Pretende que se deje sin efectos la sentencia No.142 dictada el día 08-06-2016 por el accionado (Folio 6, este cuaderno).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Correspondió a este Despacho por reparto ordinario el día 30-11-2016, con providencia del día 02-12-2016 se escindió, se admitió frente al Juzgado de Familia de Dosquebradas, se vinculó a quienes se estimó conveniente y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folios 61 y 62, ibídem). Fueron debidamente enterados los extremos de la acción (Folios 63 a 67, ibídem). Contestaron el accionado (Folios 68 a 70, ibídem), la señora Daniela García Hincapié (Folios 74 a 78, ib.) y el Procurador 21 Judicial II (Folios 127 a 133, ib.).

1. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS
   1. El Juzgado de Familia de Dosquebradas

Relató el trámite dado al proceso, indicó que la notificación al accionante se hizo conforme lo regla el CGP y solicitó negar (Sic) el amparo por incumplirse con las causales genéricas de procedibilidad (Folios 68 a 70, ib.).

* 1. La señora Daniela García Hincapié

Se opuso a la prosperidad de la tutela con fundamento en que ya existe un pronunciamiento de esta Sala de la Corporación, relacionado con la misma pretensión, confirmado por la CSJ, configurándose la excepción de cosa juzgada, y en consecuencia, pidió negar el amparo y sancionar por temeridad al actor (Folios 74 a 78, ib.).

* 1. El Procurador 21 Judicial II

Consideró superados los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la tutela frente a decisiones judiciales con base en jurisprudencia de la CC, y que al accionante se le han conculcado sus derechos fundamentales, pues la demandante en el proceso de permiso de salida del país, indicó de forma errada la dirección de notificación, por lo tanto, solicitó conceder el amparo constitucional (Folios 127 a 133, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR
   1. La competencia

Esta Sala es competente para conocer la acción en razón a que es la superiora jerárquica del accionado, el Juzgado de Familia de Dosquebradas, R. (Artículos 86 de la CP y 37 del Decreto 2591 de 1991).

* 1. La legitimación en la causa

Se cumple la legitimación por activa dado que el actor, es el demandado en el proceso en el que se reprocha la falta al debido proceso. Y por pasiva, lo es el Juzgado de Familia de Dosquebradas, R., al ser la autoridad judicial que conoce el proceso.

Como los litisconsortes vinculados a este trámite, eventuales afectados con la acción constitucional, no incurrieron en violación o amenaza alguna, se negará la tutela frente a ellos.

* 1. El problema jurídico a resolver

¿El Juzgado de Familia de Dosquebradas, R., ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del accionante con ocasión del trámite surtido en el proceso, según lo expuesto en el escrito de tutela?

* 1. La resolución del problema jurídico
     1. Las sub-reglas de análisis en la procedibilidad frente a decisiones judiciales

A partir de la sentencia C-543 de 1992, mediante la cual se examinaron en sede de constitucionalidad, los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que se declararon ajustados a la Carta Política, se inicia la línea jurisprudencial en torno a la tutela contra providencias judiciales, que ha evolucionado hasta una re-definición dogmática entre 2003 y 2005[[1]](#footnote-1), que consistió básicamente en sustituir la expresión “vías de hecho” a la de “causales genéricas de procedibilidad” y ensanchar las causales, pasando de cuatro (4) a ocho (8), es decir, las “causales especiales”, que deben reunirse para adentrarse en el estudio concreto del caso.

Ahora, en frente del examen que se reclama en sede constitucional, resulta de mayúscula trascendencia, precisar que se trata de un juicio de validez y no de corrección, lo que evidencia que son dos planos de estudio diversos, entonces, mal puede mutarse en constitucional lo que compete al ámbito legal, ello se traduce en evitar el riesgo de convertirse en una instancia más, que iría en desmedro de la naturaleza excepcional del instrumento protector. Así lo explicó la Colegiatura constitucional[[2]](#footnote-2).

Los requisitos generales de procedibilidad, explicados en amplitud en la sentencia C-590 de 2005[[3]](#footnote-3) y reiterados en la consolidada línea jurisprudencial de la Corte Constitucional[[4]](#footnote-4) (2015) son: (i) Que el asunto sea de relevancia constitucional; (ii) Que se hayan agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance del afectado; (iii) Que se cumpla con el requisito de inmediatez; (iv) Que la irregularidad procesal tenga un efecto directo y determinante sobre la decisión atacada; (v) Que el actor identifique los hechos generadores de la vulneración y que; (vi) De ser posible, los hubiere alegado en el proceso judicial en las oportunidades debidas; (vii) Que no se trate de tutela contra tutela[[5]](#footnote-5).

De otra parte, como requisitos o causales especiales de procedibilidad, se han definido los siguientes: (i) Defecto orgánico, (ii) Defecto procedimental absoluto, (iii) Defecto fáctico, (iv) Error inducido, (v) Decisión sin motivación, (vi) Defecto material o sustantivo; (vii) Desconocimiento del precedente; y, por último, (viii) violación directa de la Carta. Un sistemático recuento puede leerse en la obra de los doctores Catalina Botero Marino[[6]](#footnote-6) y Quinche Ramírez[[7]](#footnote-7).

* + 1. El carácter subsidiario de la acción de tutela

La acción de tutela, se halla prescrita en el artículo 86 de la Constitución Nacional, definiendo la regla general sobre la procedencia de la acción, al consagrar en el inciso 3° que “*Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”.

Es por ello que la acción de tutela es subsidiaria, en razón a que su procedencia está sometida al agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa por el accionante o a la demostración de su inexistencia; al respecto la Corte ha señalado*: “Es, en efecto, un mecanismo judicial de origen constitucional de evidente carácter residual que está previsto para asegurar la tutela efectiva y sustancia de los derechos constitucionales fundamentales, pues solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial (…). Se establece así un sistema complementario de garantía de aquellos derechos constitucionales fundamentales (…)”[[8]](#footnote-8).*

La CC[[9]](#footnote-9) en su jurisprudencia ha destacado la importancia de preservar el principio de subsidiariedad en el amparo constitucional:

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.

Conforme a lo sostenido por la Corte, deben agotarse los recursos ordinarios de defensa, toda vez que la tutela no fue creada ni destinada a suplir los procedimientos ordinarios ni para enmendar los errores o descuidos de las partes en el proceso; dentro del mismo ámbito la doctrina constitucional enseña: *“(…) la Corte ha sostenido, de manera reiterada, que la acción de tutela es improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido o incuria de quien solicita el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo”*[[10]](#footnote-10). Además, la Corte ha sido reiterativa en su criterio[[11]](#footnote-11)(2016)[[12]](#footnote-12).

También la CSJ se ha referido al tema[[13]](#footnote-13)-[[14]](#footnote-14) (2016)[[15]](#footnote-15), prohija la improcedencia de la tutela por aplicación del principio de subsidiariedad.

1. EL CASO CONCRETO

Puesto que los requisitos generales de procedibilidad son concurrentes, esto es, incumplido uno, se torna inane el examen de los demás, menos podrían revisarse los supuestos especiales, el análisis que sigue se limitará a la subsidiariedad, porque es el elemento que se advierte ausente y resulta suficiente para el fracaso del amparo.

El accionante se duele porque no fue notificado de la existencia del proceso formulado por su ex-compañera sentimental con el fin de obtener para su hija menor de edad, permiso para poder salir del país, pues se remitieron las comunicaciones a una dirección errada, pese a que la demandante conocía y visitaba su lugar de residencia.

Conforme al acervo probatorio, el apoderado judicial de la parte actora en el proceso donde se alega la vulneración al debido proceso, envió la citación para notificación personal al accionante a la dirección *“Conjunto Residencial Andalucía, aoto 403 (Sic), Bloque 3”* (Folio 137, ib.) y según la certificación de la guía No.RN519870016CO fue debidamente entregado el 09-02-2016 en la recepción de la propiedad horizontal (Folio 138, ib.), vencido el plazo para comparecer se envió la notificación por aviso a la misma dirección (Folio 139, ib.) y fue entregada en la portería de la propiedad horizontal el 25-02-2016, conforme se desprende del certificado de la guía No.RN529128832CO (Folio 141, ib.); seguidamente, el Juzgado accionado en audiencia del 08-06-2016 profirió sentencia y concedió el permiso deprecado (Folios 146 y 147, ib.), luego, el 15-06-2016, el accionante presentó solicitud de nulidad del proceso (Folios 148 y 149, ib.), negada con auto fechado el 28-07-2016 (Folios 150 a 151, ib.).

Conforme lo expuesto se considera que en el presente amparo se incumple con el presupuesto de procedibilidad general de la subsidiariedad, pues el accionante dispone de otro medio de defensa idóneo y eficaz para alegar su indebida notificación, cual es, el recurso extraordinario de revisión (artículo 354, CGP) fundado en la causal 7ª del artículo 355 del CGP, si se tiene en cuenta que la inconformidad alegada refiere a que no pudo tener conocimiento de la existencia de la demanda, antes de que se profiriera la sentencia.

No desconoce la Sala la providencia constitucional[[16]](#footnote-16) que cita el Procurador 21 Judicial II, en la que la CC expuso que el requisito de la subsidieraridad contra providencias judiciales dictadas en asuntos de familia, debe analizarse con menor celo, en atención a que la vulneración del derecho al debido proceso por indebida notificación pone en riesgo, también, los derechos fundamentales de los niños y de la familia. Es así que advirtió que el recurso de revisión no es el medio idóneo porque dilataría considerablemente la posibilidad de definir la situación jurídica de los padres y sus hijos, de manera que, la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Pese a lo dicho, hay que decir que el análisis de los presupuestos de procedibilidad debe realizarse con base en las circunstancias particulares de cada caso en concreto y no solo con la premisa de que se trata de un asunto de familia. La Corte en la sentencia aludida estudió el caso particular de un padre que se vio privado de la patria potestad de su hija, respecto de quien, además, se habían iniciado trámites de adopción por parte de su padrastro; allí indicó que era procedente el amparo (i) Porque la decisión del recurso de revisión del proceso de patria potestad no podría afectar el proceso de adopción; y, (ii) Porque la pérdida de la patria potestad impedía al accionante alegar causal alguna de revisión en el proceso de adopción, pues carecía de legitimación para invocarla.

Claramente esas circunstancias especiales fueron el fundamento para la procedencia, y no el hecho de que se tratase de un asunto de familia, dado que, si no intervenía el juez constitucional la hija del accionante podría haber sido adoptada, en perjuicio de sus intereses y los de su padre, quien probablemente, para esa época, aún estaría esperando las resultas de la revisión del proceso de pérdida de patria potestad, que en todo caso no afectarían en manera alguna el trámite de la adopción.

Diferente es en este asunto, pues no se advierte la amenaza de un perjuicio irremediable que afecte los derechos fundamentales del actor, ni los de su hija menor de edad, y que permita entender que el recurso de revisión es ineficaz.

El accionante aún tiene la patria potestad de su hija y existe un acuerdo entre los padres aprobado por el Juzgado Segundo de Familia local en torno a la reglamentación de visitas (Folio 49 a 52, ib.), en el cual se estableció que puede visitar, compartir y salir con su hija: (i) En las vacaciones de diciembre a enero; (ii) En el receso escolar de junio a julio; y, (iii) Cuando viaje a Canadá; y, también, (iv) Hablar telefónicamente con su hija.

En ese orden de ideas, pasa inadvertida circunstancia alguna que permita inferir que no puede promover y esperar la resolución del recurso extraordinario de revisión, que es el mecanismo ordinario creado por la ley.

Así, entonces, es evidente la falta de agotamiento del supuesto de subsidiariedad, como ha explicado la CC, que reiteradamente ha referido que la acción de tutela mal puede implementarse como medio para sustituir los mecanismos ordinarios de defensa[[17]](#footnote-17).

Cabe acotar que nada se arguyó y menos acreditó por parte del accionante, de forma que pudiera estimarse que es una persona que requiere de protección reforzada[[18]](#footnote-18) de tal modo que amerite un análisis flexible del requisito de procedibilidad echado de menos.

En ese contexto, la presente acción de tutela es improcedente toda vez que se incumple con uno de los siete (7) requisitos generales de procedibilidad, como lo es el de la subsidiariedad, pues el actor cuenta con el recurso extraordinario de revisión que aún no ha formulado.

1. LAS CONCLUSIONES

Con fundamento en las consideraciones expuestas, en los acápites anteriores: (i) Se declarará improcedente la acción constitucional invocada con estribo en que se incumplió

el presupuesto de subsidiariedad; y, (ii) Se negará respecto a los vinculados.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. DECLARAR improcedente la tutela propuesta por el señor Camilo Andrés Reyes Medina contra el Juzgado de Familia de Dosquebradas, R., por haberse incumplido el requisito de subsidiariedad.
2. NEGAR el amparo promovido frente a Daniela García Hincapié, la Defensora de Familia y el Procurador 21 Judicial II por inexistencia de violación o amenaza a los derechos invocados.
3. LEVANTAR la medida provisional decretada, sobre la suspensión de la ejecución de la sentencia dictada el 08-06-2016 en el proceso No.2016-00034-00.
4. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
5. REMITIR este expediente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no ser impugnada.
6. ORDENAR el archivo del expediente, surtidos los trámites anteriores.

Notifíquese,

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

*M A G I S T R A D O*

*EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.*

*M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O*

DGH/ODCD/2016

1. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Vías de hecho, acción de tutela contra providencias, Editorial Temis SA, Bogotá, 2013, p.103. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. Sentencia T-917 de 2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. Sentencia C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. Sentencia T-064 de 2015. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. Sentencia T-307 de 2015 [↑](#footnote-ref-5)
6. ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano, Universidad Nacional de Colombia, Catalina Botero Marino, Ediprime Ltda., 2006, p.61-75. [↑](#footnote-ref-6)
7. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La acción de tutela, el amparo en Colombia, Bogotá DC, 2011, p.233-285. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. Sentencia T-134 de 1994. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. Sentencia T-103 de 2014. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. Sentencia T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. Sentencia T-662 de 2013. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. Sentencia T-037 de 2016 y T-120 de 2016. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ, Civil. Sentencia del 02-09-2014, MP: Margarita Cabello B, exp. No.23001-22-14-000-2014-00097-01. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ, Civil. Providencia STC6121-2015. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ, Civil. Providencia STC3931-2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. Sentencia T-818 de 2013. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. Sentencia T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. Sentencia T-717 de 2011. [↑](#footnote-ref-18)