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 Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 27 de octubre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma improcedencia

Radicación Nro. : 66001 31 09 002 2017 00072 01

Accionante: JOSÉ ELDER GIRALDO NARANJO

Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: SUSPENSIÓN DE LA EXPEDICIÓN DE REMISIONES DE MOVILIZACIÓN / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA.** [E]l reclamo a simple vista no permite presumir cuál es el perjuicio irremediable al que está expuesto el actor que no le permita acudir a la vía judicial ordinaria, que es la contencioso administrativa, bien sea por medio de una acción de cumplimiento que le permita reclamar la observancia del acto administrativo No. 000010 del 2 de febrero de 2015 por medio del cual se resolvió levantar una medida de suspensión de la expedición de remisiones de movilización que se le venía autorizando, especialmente porque lo que motivó aquella decisión, fue precisamente la notificación de una investigación penal realizada por la Fiscalía General de la Nación, con la cual se ponía en duda el rol de propietario del señor Alejandro Antonio Vargas Mesa sobre los referidos bienes. Quiere decir lo anterior que a pesar de la informalidad que caracteriza la acción de tutela, y aunque la carga de la prueba no sea tan rigurosa como en otras materias, ello no implica que el Juez pueda entrar a tutelar derechos sin que la afectación se demuestre mínimamente, máxime cuando lo que está atacando es una decisión administrativa proferida por autoridad competente, en el marco de sus competencias, lo que permite en principio pensar que su condición para resolver el conflicto propuesto en ese escenario era la precisa. En conclusión, considera esta Colegiatura que la decisión de primer nivel deberá ser confirmada en su totalidad, toda vez que la parte accionante no cumplió con la carga probatoria que le correspondía para demostrar la existencia de un perjuicio irremediable que conllevara la prosperidad de la acción, y que demostrara que los demás mecanismos judiciales que tiene a su alcance son insuficientes o carecen de idoneidad para el fin perseguido.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 1163 del 27 de octubre de 2017. H: 2:40 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:**  | 66001 31 09 002 2017 00072 01 |
| **Accionantes:**  | José Elder Giraldo Naranjo |
| **Accionado:**  | Instituto Colombiano Agropecuario  |
| **Decisión:**  | Confirma decisión  |

 **ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el señor **JOSÉ ELDER GIRALDO NARANJO**, accionante dentro del presente asunto, contra la decisión proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esta ciudad, mediante la cual declaró improcedente la acción de tutela instaurada por él en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO**, de ahora en adelante **ICA.**

**ANTECEDENTES:**

El señor José Elder Giraldo Naranjo instauró acción de tutela en contra del ICA, a quien acusó de vulnerar sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y al debido proceso, ello conforme a los hechos que fueron sintetizados por el Juzgado de conocimiento así:

*“Informó el accionante que, el 18 de diciembre del año 2000 suscribió con el señor Francisco Antonio Vargas Álvarez un convenio para cultivar las fincas Altagracia y Santa Elena, adquiridas por el señor Vargas Álvarez mediante contrato de promesa de compraventa celebrado el 14 de agosto de 1999, en virtud del cual desde el 16 de los mismos mes y año tanto el promitente comprador como su hijo Alejandro A. Vargas Mesa, recibieron los inmuebles objeto del contrato. Que en razón al convenio de cultivos referido, entre los contratantes y el señor Alejandro Antonio Vargas Mesa, con el apoyo y asistencia técnica de Núcleos Agroforestales Campesinos, cultivaron en las fincas Alta Gracia y Santa Elena alrededor de 45.000 árboles de eucaliptos entre los años 2000 y 2001.*

*El 4 de marzo de 2005 fue asesinado el señor Francisco Antonio Vargas Álvarez, por ende su hijo Alejandro Antonio Vargas Mesa continuó como heredero y poseedor de las fincas y en razón a ello el 18 de febrero y 8 de marzo de 2010, obtuvo el Registro de Sistemas Agroforestales o Cultivos Forestales con fines comerciales Nro. 10032827-66-608 por parte de la gerencia seccional de Risaralda del Instituto accionado, registros en los que se estableció un volumen de 100.000 m3 de madera variedad eucalipto, y en los que se le permitió la explotación de los mismos con fines comerciales.*

*El 25 de febrero de 2011, entre el accionante y Alejandro Antonio Vargas Mesa, propietarios del 70% de la plantación forestal y el señor Luis Guillermo Zamora Duque, propietario del 30 % restante, se celebró contrato de explotación y comercialización, en donde se estableció que el señor Zamora Duque, talaría y comercializaría el 100% del vuelo forestal por su cuenta y riesgo.*

*El 5 de abril de 2013 el señor Alejandro Antonio Vargas Mesa facultó al accionante para que tramitará ante el ICA los permisos correspondientes para movilizar madera eucaliptos de las fincas Altagracia y Santa Elena a cualquier punto de Colombia, y dicha entidad autorizó a Vargas Mesa para que movilizara los productos forestales durante algunos periodos en los años 2011 y 2012 y entre el 17 de junio de 2012 y el 28 de abril de 2015, sin embargo suspendió las remisiones de movilización por reclamaciones del señor Everardo Antonio Ledesma Flórez, suspensión que fue levantada mediante Resolución 000010 del 02 de febrero de 2015.*

*El 06 de junio de 2017, el actor solicitó al ICA seccional Risaralda, la expedición de un salvo conducto para movilizar la madera existente, pero mediante oficio Nro. 36172100219 del 28 de junio de 2017 la entidad accionada negó tal solicitud, por lo que mediante oficio del 5 de julio hogaño se solicitó a la entidad accionada procediera con la expedición de la remisión de movilización de productos de transformación primaria.*

En vista de lo anterior, solicitó la protección de los derechos fundamentales invocados como vulnerados, y en consecuencia, se ordene al ICA que en el término de 48 horas ordene la expedición de unas órdenes de remisión de movilización de productos de transformación primaria de las fincas Altagracia y Santa Elena, en favor de quien figura como inscrito con permiso de explotación del ICA, como propietarios y/o poseedores del vuelo forestal existente, y conforme a las remisiones que se le habían venido otorgando.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira avocó el conocimiento de la actuación el 8 de agosto del año que transcurre en contra del ICA, y además, ordenó de manera oficiosa la vinculación de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda –CARDER- entidades a las cuales ordenó correr traslado del escrito de tutela y sus anexos en la forma indicada en la ley para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

Finalmente, al realizar el estudio de la situación fáctica planteada, decidió mediante fallo del 22 de agosto de 2017, declarar improcedente la solicitud de amparo invocada, al considerar que no se cumplía con el requisito de subsidiariedad, ni la acreditación de un perjuicio irremediable que permitiera realizar en sede de tutela un análisis de fondo sobre el asunto.

**FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN:**

Una vez conoció la sentencia de primera instancia, el señor José Elder Giraldo Naranjo presentó un memorial mediante el cual manifestó su inconformidad con la decisión. Considera que sus derechos fundamentales sí se están viendo afectados, toda vez que con la negativa del ICA para expedir las órdenes de remisión de los productos producidos por las fincas “Altagracia y Santa Elena” se le impide ejercer su derecho al trabajo, toda vez que tiene la obligación de proveer ese material maderable a sus clientes, labor de la cual se desprende su sustento familiar.

Además, las solicitudes presentadas ante el ICA no han sido resueltas de fondo, de manera que se explique cuáles son las razones que fundamentan su negativa de expedir las pretendidas órdenes de remisión, como normalmente se hacía inicialmente, por lo que considera que si es procedente la acción de tutela, especialmente porque la misma entidad ha reconocido quién es el propietario del vuelo forestal existente en las referenciadas fincas.

Así las cosas, solicitó que se revoque la decisión de primer nivel, para en su lugar proteger los derechos fundamentales invocados como vulnerados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

**1. Competencia:**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

**2. Problema jurídico a resolver:**

En el presente asunto, le corresponde a la Sala determinar si como afirma la parte accionante, el ICA vulneró alguna de sus prerrogativas constitucionales; previo a lo cual se deberá establecer si se encuentran acreditados los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

**3. Solución:**

Conforme con lo previsto por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona tiene derecho a recurrir a la acción de tutela para invocar ante los jueces en cualquier momento y lugar, directamente o a través de representante, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estén siendo vulnerados o amenazados con la acción u omisión de las autoridades públicas, o con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley.

Para entrar a analizar el problema jurídico, hay que tener en cuenta primero que si bien la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal puede ser reclamada por cualquier persona, en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales, esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

**Sobre la procedibilidad de la tutela:**

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela sólo 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.”.* En consonancia con ello el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 indica que son causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

*“****1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*** *La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”*

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria, donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión el conflicto propuesto; por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso o como el primero pero de manera transitoria y cuando a simple vista se puede establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable. Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

*“Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:*

*“… Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

*La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que* ***el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable****, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”[[1]](#footnote-1) (Negrillas por fuera del texto original).*

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto; tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales”, tal y como lo ha expuesto la Corte Constitucional así:

*“…también se concibe como una medida judicial subsidiaria y residual, en tanto que sólo procede en ausencia de otros mecanismos de defensa judicial, a menos que* ***se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y mientras se puede acudir a las acciones y recursos ordinarios****. Por lo mismo es claro que el constituyente no consagró con la tutela una vía procesal alternativa o paralela a las comunes para hacer valer los derechos, de manera que únicamente podrá utilizarse la figura en cuanto el interesado carezca de otra vía procesal para defender un derecho fundamental, y sólo esta clase de derechos…”[[2]](#footnote-2)*

Ahora, dirigiéndonos concretamente a la procedencia de la acción de tutela en contra de actuaciones administrativas, vale la pena señalar lo que al respecto de ello ha dicho la Corte Constitucional:

*“30. La procedencia de la acción de tutela frente a las actuaciones administrativas se encuentra consagrada de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución, en desarrollo del cual la Corte ha decantado una sólida jurisprudencia sobre su contenido y alcances fundamentales[37].*

*Al respecto en sentencia T-214 de 2004[38] se dijo: “El derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos. Es entonces, la garantía consustancial e infranqueable que debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones[39]”.*

*31. En el análisis del debido proceso a instancias de la Administración, es que se ha reconocido la figura de la vía de hecho administrativa. Se decía sobre el particular en sentencia T-995 de 2007[40] que “La tesis de las vías de hecho (…) ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad judicial, pero esta Corporación también ha reconocido su aplicación en el ámbito de los procesos y actuaciones administrativos”. Esta se produce* ***“cuando quien toma una decisión, sea ésta de índole judicial o administrativa, lo hace de forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actuando en franca y absoluta desconexión con el ordenamiento jurídico”.***

*En esta línea se dijo en la sentencia T-076 de 2011[41], retomando la jurisprudencia constitucional sobre el debido proceso administrativo, que el mismo se concreta en “‘(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones, (ii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados’[42]”.* ***Bajo esta perspectiva es que, como mecanismo excepcional, se ha determinado que procede la tutela contra los actos administrativos conforme las reglas comunes, pero enfatizando en particular en la inminencia de perjuicio irremediable y en que el acto sea contrario a los derechos fundamentales de los interesados en la actuación, en especial las garantías propias del derecho al debido proceso.*** *Se habla a este último respecto, como ocurre en materia judicial, de una vía de hecho administrativa que se puede presentar por defecto orgánico absoluto, defecto procedimental absoluto, un defecto fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido o vía de hecho por consecuencia, falta de motivación, desconocimiento del precedente constitucional vinculante y violación directa de la Constitución[43].*

*32. Ahora bien, no obstante la vía de hecho judicial es un referente de base que puede servir para reconocer las falencias del procedimiento ante la Administración que constituyan vía de hecho, entre una y otra figura existen diferencias que no se pueden desconocer.* ***De acuerdo con el carácter subsidiario y residual de la tutela, conforme al art. 86 C.P., la posibilidad de tutelar derechos fundamentales vulnerados por un acto administrativo siempre será excepcional puesto que tales decisiones están, si así se reclama, sujetas a un control jurisdiccional por vocación propia.******Es decir que, salvo ciertos supuestos[44], existe otro mecanismo de defensa judicial, por lo que el juez podrá amparar la petición de tutela sólo cuando se esté frente “a la posibilidad de sufrir un perjuicio irremediable, que puede ser conjurado [únicamente] mediante una orden de amparo transitorio.”.” (Negrillas y subrayas por fuera del texto original).***

Partiendo de la jurisprudencia previamente citada, encuentra esta Corporación que la parte accionante no sustenta de forma alguna dentro de su escrito que con el actuar de la entidad accionada se le haya causado o se le vaya a causar un perjuicio irremediable que amerite la intervención de este Juez constitucional, por ser inminente e impostergable, lo cual se constituye en el elemento esencial para definir la procedencia de la acción de tutela.

El Órgano de Cierre Constitucional ha enseñado a nivel jurisprudencial que, sólo en excepcionalísimos eventos se puede dar trámite a la solicitud de amparo sin la exigencia de la acreditación de dicho perjuicio irremediable por parte del accionante:

*“23. Sólo excepcionalmente esta Corte ha considerado que el juez de tutela pueda no exigir la demostración del perjuicio irremediable. Ello sucede cuando el tipo de reclamo que se formula permite razonablemente presumir que existe afectación gravosa de derechos fundamentales y, en esa medida, corresponde es a la entidad demandada desvirtuar la referida presunción [27]. O cuando en general el perjuicio irremediable o la necesidad de la eficacia inmediata de la tutela, aparezcan justificadas por las circunstancias del caso, conforme a la aplicación de las reglas derivadas de la experiencia o de la evidente condición de debilidad del sujeto que reclama. Particularmente, la Corte ha señalado que los requisitos o condiciones para que se estructure tal perjuicio se hacen más flexibles cuando la acción es promovida por un sujeto de especial protección o que se encuentre en situación de debilidad manifiesta, a saber, discapacitados, madres cabeza de familia o las personas de la tercera edad[28].”*

*24. Pero de no ser esta la situación que el asunto plantea, en principio* ***es una carga de los accionantes exponer las razones por las cuales están sufriendo un perjuicio irremediable o por qué el medio judicial ordinario no es eficaz para proteger sus derechos fundamentales, por lo que deben, al menos mencionar los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de una u otra condiciones de la acción de tutela.”***

En esta ocasión, resulta evidente que ninguno de los presupuestos expuestos en cita son adaptables al caso puesto en conocimiento de esta instancia judicial, pues el reclamo a simple vista no permite presumir cuál es el perjuicio irremediable al que está expuesto el actor que no le permita acudir a la vía judicial ordinaria, que es la contencioso administrativa, bien sea por medio de una acción de cumplimiento que le permita reclamar la observancia del acto administrativo No. 000010 del 2 de febrero de 2015 por medio del cual se resolvió levantar una medida de suspensión de la expedición de remisiones de movilización que se le venía autorizando, especialmente porque lo que motivó aquella decisión, fue precisamente la notificación de una investigación penal realizada por la Fiscalía General de la Nación, con la cual se ponía en duda el rol de propietario del señor Alejandro Antonio Vargas Mesa sobre los referidos bienes.

Quiere decir lo anterior que a pesar de la informalidad que caracteriza la acción de tutela, y aunque la carga de la prueba no sea tan rigurosa como en otras materias, ello no implica que el Juez pueda entrar a tutelar derechos sin que la afectación se demuestre mínimamente, máxime cuando lo que está atacando es una decisión administrativa proferida por autoridad competente, en el marco de sus competencias, lo que permite en principio pensar que su condición para resolver el conflicto propuesto en ese escenario era la precisa.

En conclusión, considera esta Colegiatura que la decisión de primer nivel deberá ser confirmada en su totalidad, toda vez que la parte accionante no cumplió con la carga probatoria que le correspondía para demostrar la existencia de un perjuicio irremediable que conllevara la prosperidad de la acción, y que demostrara que los demás mecanismos judiciales que tiene a su alcance son insuficientes o carecen de idoneidad para el fin perseguido.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira el 22 de agosto del año que transcurre, dentro de la cual se resolvió declarar improcedente la solicitud de amparo invocada por el señor **JOSÉ ELDER GIRALDO NARANJO.**

**SEGUNDO:** Se ordena notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.Encaso de no ser objeto de recursose ordena remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T -254 de 1993 [↑](#footnote-ref-2)