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.

Asunto : Sentencia de tutela en primera instancia

Accionante : Javier Elías Arias Idárraga

Accionado (s) : Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia

Vinculado (s) : Defensoría el Pueblo, Regional Risaralda y otros

Radicación : 66001-22-13-000-2018-00801-00

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 379 del 02-10-2018

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / IMPROCEDENCIA / SUBSIDIARIEDAD / DEFECTO SUSTANTIVO / AVISO A LA COMUNIDAD EN LAS ACCIONES POPULARES.**

Dado 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 concentrará en la subsidiariedad, porque es el elemento que se echa de menos y resulta suficiente para el fracaso del amparo referente a que se disponga la vinculación del Procurador Regional a las acciones populares, toda vez que la acción de tutela no puede implementarse como mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos en el trámite ordinario. (…)

La doctrina constitucional, a lo largo de su evolución, ha definido aquellos eventos en los cuales se comete tal anomalía –defecto sustantivo– y ha dicho que consiste en una decisión fundada en normas indiscutiblemente inaplicables, luego en otra decisión añadió que surge cuando quiera que la autoridad judicial desatiende reglas legales o infralegales, que son aplicables para un determinado caso…

Concluido el estudio de los requisitos generales, incumbe proseguir con la revisión de las causales especiales y en el caso concreto se entiende que lo expuesto en el petitorio, alude al defecto sustantivo, pues se argumenta que la jueza accionada se negó a avisar a la comunidad mediante la página web de la Rama Judicial, como lo ha hecho la CSJ y esta Corporación en acciones de tutela. (…)

Dentro de ese contexto, si bien se le atribuyó el deber de avisar a la comunidad, ello estima la Sala no puede considerarse como un actuar antojadizo o injustificado de la jueza que vulnere sus derechos, ni refleja una actividad tendiente a esquivar el impulso oficioso que le asigna la citada Ley, ya que, esas son gestiones que permiten inferir una mínima diligencia por parte del promotor del asunto popular con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos supuestamente amenazados o vulnerados; tal como lo ha reconocido el CE.

  
REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Pereira, R., dos (2) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

1. El asunto por decidir

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

1. La síntesis fáctica

Refirió el actor que en los asuntos populares No.2018-00021-00, 00022, 00032, 00033 y 00034, el Juzgado accionado se niega a informar a la comunidad por intermedio de la página *web* de la Rama Judicial e inaplica el artículo 5º, Ley 472 (Folio 1, este cuaderno).

1. Los derechos invocados

Los artículos 13, 29 y 86 de la CP (Folio 1, este cuaderno).

1. La petición de protección

Se pretende que se ordene al Juzgado accionado: (i) Informar a la comunidad por intermedio del portal *web* de la Rama Judicial; (ii) Aplicar el artículo 5º, Ley 472; (iii) Probar cuál ha sido su impulso oficioso; y, (iv) Vincular al Procurador General de la Nación del sitio de la posible amenaza de los derechos colectivos. También requiere de esta de la Corporación: (v) Indicar cuál será el medio que se empleará para notificar a los terceros interesados; y, (vi) Declarar la nulidad de lo actuado por su indebida notificación (Folio 1, este cuaderno).

1. El resumen de la crónica procesal

Por reparto ordinario del 19-09-2018 se asignó el conocimiento a este Despacho, con providencia del 21-09-2018, se admitió, se vinculó a quienes se estimó conveniente y, se dispuso notificar a la partes, entre otros ordenamientos (Folio 5, ibídem). El 27-09-2018 se hicieron unas vinculaciones (Folios 12, ibídem). Fueron debidamente enterados los extremos de la acción (Folios 6, 7, 13, 14, 15, 16 y 17, ibídem). Contestaron la Procuraduría General de la Nación, Regional Risaralda (PGNRR) (Folio 8, ib.), la Alcaldía de Medellín (Folios 18 y 19, ib.) y el banco Davivienda SA (Folios 21 y 22, ib.). La accionada arrimó las copias requeridas (Folios 10, ib.).

1. La sinopsis de la respuesta

La PGNRR que la situación planteada le es ajena como agente del Ministerio Público y pide su desvinculación (Folios 8, ib.). La Alcaldía de Medellín alegó falta de legitimación por pasiva (Folios 18 y 19, ib.). Y el banco Davivienda SA indicó que las acciones populares se han tramitado conforme los lineamientos legales y es inexistente vulneración del derecho al debido proceso. Pidió denegar el amparo (Folios 21 y 22, ib.).

1. La fundamentación jurídica para decidir
   1. La competencia. Este Tribunal es competente para conocer la acción en razón a que es el superior jerárquico del Juzgado Promiscuo del Circuito de Pereira.
   2. El problema jurídico a resolver. ¿El Juzgado accionado, ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del accionante, según lo expuesto en el escrito de tutela?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa

Se cumple por activa dado que el actor actúa como coadyuvante en las acciones populares en las que se reprocha la falta al debido proceso. Y por pasiva, porque el accionado, es la autoridad judicial que conoce dichos asuntos.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 135, inciso 4º, CGP, se rechazará de plano la nulidad fundada en la irregular notificación de los terceros, por la falta de legitimación del accionante. Es un vicio que solo puede ser invocado por las personas presuntamente afectadas. Y, en lo referente a que se pruebe cómo se notificaron dichos terceros, puede consultar las constancias obrantes en este expediente, que dan cuenta sobre el medio empleado por la secretaría de la Sala (Artículo 16, Decreto 2591 de 1991).

* + 1. Las sub-reglas de análisis en la procedibilidad frente a decisiones judiciales

Desde la sentencia C-543 de 1992, que examinó en constitucionalidad, los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, declarados ajustados a la Carta, 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), básicamente sustituyó la expresión “vías de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad” y ensanchó las causales especiales, pasando de cuatro (4) a ocho (8). En el mismo sentido Quiroga Natale[[2]](#footnote-2).

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[[3]](#footnote-3).

Los requisitos generales de procedibilidad, explicados en amplitud en la sentencia C-590 de 2005[[4]](#footnote-4) y reiterados en la consolidada línea jurisprudencial de la CC[[5]](#footnote-5) (2018)[[6]](#footnote-6) 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[[7]](#footnote-7).

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[[8]](#footnote-8) y

Quinche Ramírez[[9]](#footnote-9).

* 1. El defecto sustantivo o material

La doctrina constitucional, a lo largo de su evolución, ha definido aquellos eventos en los cuales se comete tal anomalía, y ha dicho que consiste en una decisión fundada en normas indiscutiblemente inaplicables[[10]](#footnote-10), luego en otra decisión[[11]](#footnote-11) añadió que surge cuando quiera que la autoridad judicial desatiende reglas legales o infralegales, que son aplicables para un determinado caso. En desarrollo de esta teoría, se ha ido ampliando esa noción, para prodigar protección en varios eventos[[12]](#footnote-12), al efecto tiene precisadas distintas variables:

… una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador[[13]](#footnote-13), (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente[[14]](#footnote-14) (interpretación contra *legem*) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes[[15]](#footnote-15) (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva

[[16]](#footnote-16).

Así mismo el alto Tribunal Constitucional[[17]](#footnote-17), señaló:

Como ya fue planteado por la Sala, para que una providencia pueda ser acusada de tener un defecto sustantivo, es necesario que el funcionario judicial aplique una norma inexistente o absolutamente impertinente o profiera una decisión que carece de fundamento jurídico; aplique una norma abiertamente inconstitucional, o *interprete en forma contraevidente, irrazonable o desproporcionada la norma aplicable.*

Así las cosas, constituye un defecto material o sustantivo la decisión judicial que se funda en una interpretación indebida de una disposición legal. (Sublínea fuera de texto).

Criterio reiterado en varias decisiones[[18]](#footnote-18), según el análisis de la línea decisional sobre el tema.

1. El caso concreto que se analiza
   1. La subsidiariedad

Dado 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 concentrará en la subsidiariedad, porque es el elemento que se echa de menos y resulta suficiente para el fracaso del amparo referente a que se disponga la vinculación del Procurador Regional a las acciones populares, toda vez que la acción de tutela no puede implementarse como mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos en el trámite ordinario[[19]](#footnote-19).

Frente al mentado requisito, la jurisprudencia de la CC[[20]](#footnote-20) recordó: *“(…) cuando se atacan decisiones judiciales, se analiza de forma diferenciada en los siguientes escenarios: (i) cuando el proceso ha concluido; o (ii) se encuentra en curso[[21]](#footnote-21). En el segundo de ellos, en principio, la intervención del juez constitucional está vedada, toda vez que la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario (…)”.* (Sublínea fuera de texto). Criterio también expuesto por la CSJ[[22]](#footnote-22).

Conforme al acervo probatorio se advierte que en ninguna de las acciones populares el interesado ha requerido a la Funcionaria Judicial disponer la vinculación de la Procuraduría Regional ubicada en el sitio de vulneración o amenaza de los derechos colectivos; tampoco que la haya invocado como irregularidad procesal, a efectos de que se tomaran los recaudos del caso (Artículos 133 y ss, CGP). Claro es que omitió ejercitar el medio ordinario con que contaba para ventilar en esos asuntos el problema jurídico planteado en el petitorio constitucional. Fue negligente y no puede ahora saldar su incorrección con este amparo.

De acuerdo con lo expuesto, luce palmario que el presente amparo carece del presupuesto de subsidiariedad, respecto de ese preciso cuestionamiento, por lo tanto, se declarará improcedente. Es rigurosa la verificación de este presupuesto, puesto que es inexistente alegato o prueba de circunstancia especial alguna que la flexibilice. El actor no es una persona que requiera de protección reforzada[[23]](#footnote-23), los mecanismos ordinarios son eficaces, y tampoco es inminente la causación de un perjuicio irremediable[[24]](#footnote-24).

* 1. El defecto sustantivo

En la metodología enseñada por la doctrina constitucional, el primer examen consiste en verificar los presupuestos generales de procedibilidad, y en lo referente a la publicación del aviso a la comunidad y la aplicación del artículo 5º, Ley 472, se hallan cumplidos.

El asunto es de relevancia constitucional; se agotaron los medios ordinarios ante la *a quo*, el interesado solicitó emplear aquel mecanismo y recurrió en reposición las decisiones que lo denegaron (Artículo 36, Ley 472) (Subsidiariedad) (Expedientes digitales del disco compacto visible a folio 10, este cuaderno); la actuación reprochada no es de tutela; hay inmediatez porque los recursos fueron resueltos con proveídos del 20-06-2018 (Expedientes digitales, ibídem) y la acción fue presentada el 19-09-2018; las irregularidades realzadas son trascendentes para el desarrollo de la litis; y se identificaron los hechos generadores de la vulneración.

Concluido el estudio de los requisitos generales, incumbe proseguir con la revisión de las causales especiales y en el caso concreto se entiende que lo expuesto en el petitorio, alude al defecto sustantivo, pues se argumenta que la jueza accionada se negó a avisar a la comunidad mediante la página *web* de la Rama Judicial, como lo ha hecho la CSJ y esta Corporación en acciones de tutela.

Revisada las pruebas existentes, se advierte que el actor popular, señor Augusto Becerra, con los petitorios de amparo había requerido a la *a quo* para que dispusiera que el aviso fuera realizado por la entidad accionada, el Juzgado o por intermedio de la emisora de la Policía Nacional, mas con sendos proveídos del 13-02-2018 y 05-03-2018 se denegó este pedimento y se impuso esta carga procesal al interesado. Ninguna de estas decisiones fue recurrida y están en firme (Expedientes digitales, ib.).

Luego, el 08-05-2018 fue reconocido como coadyuvante al señor Javier E. Arias I., aquí accionante, quien solicitó, entre otros pedimentos, que se publicara el aviso en el mentado portal *web* y se imprimiera el impulso oficioso de que trata la Ley 472; empero las decisiones anotadas, la funcionaria judicial con sendos proveídos del 15-06-2018 los resolvió y denegó *“(…) ya que recae en cabeza del accionante realizar dicha publicación, toda vez que ésta, hace parte de las gestiones que permiten inferir una mínima diligencia por parte del promotor (…)”* (Expedientes digitales, ib.).

Dichas providencias fueron recurridas en reposición por el interesado, pero se mantuvieron incólumes con autos del 03-08-2018, en los que se expuso que: *“(…) la norma faculta al Juez para escoger los medios de comunicación con el propósito de informar a la miembros de la comunidad (…), pero de ninguna manera le impone la obligación de publicarlos a su cargo o al del erario público, o disponer que la haga la parte demandada, ni se le faculta para exonerar al demandante de ese trámite procesal (…)”;* y más adelante arguyó: *“(…) De la norma trascrita no se infiere que sea obligación del juez tramitar en solitario la acción popular e impulsar (…) con cargo a los recursos de la Rama Judicial, (…). En el presente proceso, está a cargo del actor el cumplir el acto procesal (…), y así se le hizo saber en el auto admisorio de la demanda y le fue reiterado en el auto que recurre.”* (Expedientes digitales, ib.).

El artículo 5º-3º, Ley 472, prescribe como obligación del juez, impulsar oficiosamente el trámite de las acciones populares; por su parte el artículo 21, consagra, entre otras, la obligación de informar sobre la existencia del amparo a los miembros de la comunidad por intermedio de medios masivos de comunicación o cualquier otro eficaz; mientras que el artículo 44, ídem, establece que en estos asuntos se aplicarán las disposiciones del CPC (Hoy CGP), en los aspectos no regulados en la Ley.

A partir de lo dicho, podría llegarse a la conclusión de que prima el impulso oficioso del juez director del proceso, pero lo cierto es que, la norma tampoco consagra una exoneración de las cargas (Notificación del accionado a expensas del accionante o la publicación del aviso a la comunidad) que pueda imponerle al actor popular.

Dentro de ese contexto, si bien se le atribuyó el deber de avisar a la comunidad, ello estima la Sala no puede considerarse como un actuar antojadizo o injustificado de la jueza que vulnere sus derechos, ni refleja una actividad tendiente a esquivar el impulso oficioso que le asigna la citada Ley, ya que, esas son gestiones que permiten inferir una mínima diligencia por parte del promotor del asunto popular con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos supuestamente amenazados o vulnerados; tal como lo ha reconocido el CE[[25]](#footnote-25).

Esta interpretación acoge el pensamiento de la CSJ[[26]](#footnote-26), al resolver una acción de tutela con parámetros fácticos similares a los que dieron origen al *sub examine,* precisó:

4. Empero, tampoco se advierte una actitud caprichosa en el Juzgador cuestionado, en tanto que su actuación se enmarca dentro de las normas que regulan el procedimiento de la acción popular. Nótese que cuando la Ley 472 de 1998 remite al Estatuto Procesal Civil en lo tocante a la notificación del extremo demandado (artículo 21) (…)

Finalmente se destaca que lo atinente a los gastos que debe asumir el actor popular constituyen una carga que no contraría el principio de la gratuidad, referido a la posibilidad de acudir ante la administración de justicia, y por ende, salvo que se hubiera concedido el amparo de pobreza, el accionante deberá sufragar los costos que demande el proceso. (Sublínea de esta Sala).

Es potestativo de la *a quo*  establecer el medio idóneo para llevar a cabo la mentada comunicación (Artículo 21, Ley 472), y para esos efectos determinó en los autos admisorios que se realizara en un periodo de amplia circulación o en emisora local, a cargo del actor. No fue caprichosa la desestimación de la publicación en el portal *web* de la Rama Judicial, más aun cuando advirtió que comportaría la disposición injustificada del erario público.

En suma, luce evidente que es inexistente vulneración o amenaza a los derechos invocados por el tutelante y así será declarado, tal como se decidiera en anteriores oportunidades por esta Sala Especializada[[27]](#footnote-27), confirmadas por la CSJ[[28]](#footnote-28).

1. Las conclusiones

Con fundamento en las consideraciones expuestas: (i) Se rechazará de plano la nulidad invocada, por falta de legitimación; (ii) Se declarará improcedente el amparo constitucional con relación a la falta de vinculación del Procurador Regional, por carecer de subsidiariedad; (iii) Se negará por la inexistencia del defecto sustantivo alegado respecto de la carga procesal de publicar el aviso a la comunidad y el impulso oficioso.

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

F A L L A,

1. RECHAZAR DE PLANO la nulidad invocada por el señor Javier Elías Arias Idárraga.
2. DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela frente al Juzgado Promiscuo Civil del Circuito de Pereira en lo atinente a la falta de vinculación del Procurador Regional en las acciones populares, por falta de subsidiariedad.
3. NEGAR el amparo respecto de la publicación del aviso a la comunidad y el impulso oficios, por la inexistencia del defecto sustantivo alegado.
4. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión, de no ser impugnada.
5. 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*

1. QUINCHE R., Manuel F. Vías de hecho, acción de tutela contra providencias, Temis SA, Bogotá, 2013, p.103. [↑](#footnote-ref-1)
2. QUIROGA N., Édgar A. Tutela contra decisiones judiciales, Universidad Santo Tomás y editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2014, p.83. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-917 de 2011. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. SU-222 de 2016 y T-137 de 2017. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. SU-004 de 2018. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-307 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. QUINCHE R., Manuel F. La acción de tutela, el amparo en Colombia, Bogotá DC, 2011, p.233-285. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-231 de 1994. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-831 de 2012. [↑](#footnote-ref-11)
12. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La acción de tutela, el amparo en Colombia, Bogotá DC, 2011, p.268. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-573 de 1997. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-001 de 1999. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. SU-949 de 2014 y T-192 de 2015. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. SU-949 de 2014. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. T-214 de 2018, SU-050 de 2017, T-233 de 2017 y T-235 de 2017. [↑](#footnote-ref-18)
19. CC. T-103 de 2014 y SU-297 de 2015. [↑](#footnote-ref-19)
20. CC. T-600 de 2017. [↑](#footnote-ref-20)
21. CC. T-103 y 396 de 2014, entre otras. [↑](#footnote-ref-21)
22. CSJ. STC3950-2016. [↑](#footnote-ref-22)
23. CC. T-089 de 2018, SU-210 de 2017 y T-717 de 2011. [↑](#footnote-ref-23)
24. CC. T-180 de 2018. [↑](#footnote-ref-24)
25. CE, Sección Primera. Sentencia del 19-11-2009, CP (E): Rojas L., Exp. 41001-23-31-000-2004-01175-01(AP). [↑](#footnote-ref-25)
26. CSJ, Civil. Sentencia del 03-03-2011, MP: Solarte R.; Exp. No.11001-22-03-000-2011-00029-01, reiterada en la sentencia STC7441-2016. [↑](#footnote-ref-26)
27. TS Pereira, Civil – Familia. Sentencias del 13-12-2017, 13-05-2015, 16-02-2016 y 12-05-2016; MP: Grisales H.; exp.2017-01297-00, 2015-00133-00, 2016-00182-00 y 2016-00507-00, entre otras. [↑](#footnote-ref-27)
28. CSJ. STC1429-2018, STC5116-2015, STC10743-2015ySTC7441-2016. [↑](#footnote-ref-28)