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 2ª. Instancia – 21 de agosto de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-002-2018-00307-01

Proceso: Tutela 2ª Instancia

Accionante: Yenifer Rivera Guapacha

Accionado: Comando de la Policía Nacional y otros

Temas: DERECHO A LA TRANQUILIDAD/ PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES/ MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE/ INDEFENSIÓN DEL ACTOR Y SU NÚCLEO FAMILIAR FRENTE AL AGENTE EMISOR DE LA CONTAMINACIÓN PRODUCIDA POR EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO/ REVOCA PARCIAL.

La inoperancia de los medios administrativos previstos en el ordenamiento para el control de la contaminación auditiva, hace que en este caso sea palmariamente clara la situación de indefensión en que se encuentra Yenifer Rivera Guapacha frente al agente emisor de la contaminación. La situación de indefensión, es la que ha tenido en cuenta la Corte Constitucional, en otras, como razón suficiente de la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares.

(…)

La accionante afirma en todo su libelo introductorio, así como en sus reclamaciones administrativas que, ha habido una alta emisión de ruido, por lo tanto, se presenta un abuso que no es tolerable y se están violando sus derechos fundamentales, ya que con esto se impide el descanso nocturno de la accionante y su familia, lo que les está causando trastorno en el sueño, y, por lo tanto, habrá que dar una orden para que no continué la vulneración.

En tal balance de derechos, naturalmente sale avante, los que se prohíjan a favor de la actora, lo que no significa, necesariamente, que la orden a disponerse en esta acción de tutela sea la del cierre del establecimiento, más cuando la Policía Metropolitana de Pereira, en respuesta a esta acción, manifestó que el establecimiento de comercio cumple con los requisitos exigidos para el desarrollo de la actividad comercial, amén de que se encuentra operando en un sector que el POT habilitó para ello.

En consecuencia, en aras de conceder la protección de los derechos fundamentales a la intimidad y a la tranquilidad de la accionante y su núcleo familiar se dispondrá:

1. **Ordenar** a la alcaldía municipal de Pereira, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a realizar la vigilancia de los decibeles de sonido del establecimiento de comercio “Café Bar el parche de Póker”, para que en caso de que sigan siendo superados, se imponga las medidas sancionatorias o represivas correspondientes.
2. **Ordenar** a Henry Alexander Zapata Ríos como propietario del establecimiento de comercio “Café Bar el parche de Póker”, que en el término de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de notificación de esta sentencia, proceda a realizar el acondicionamiento para el aislamiento, confinación o amortiguación de las vibraciones que causan el ruido en ese establecimiento, de acuerdo con lo establecimiento en Resolución 0627 de 2006.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Pereira, veintiuno (21) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

### Acta número \_\_\_ del 21 de agosto de 2018.

Se dispone la Sala Cuarta de Decisión Laboral a resolver la impugnación propuesta por la accionante, contra la decisión de primera instancia dictada el 04 de julio 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, dentro de la acción de tutela propuesta por **Yenifer Rivera Guapacha** contra la **Municipio de Pereira, Inspección 8 y 9 Municipal de Policía, Comando de la Policía Nacional y Comando de Policía Metropolitana de Pereira** y vinculados a **Henry Alexander Zapata Ríos** como propietario del establecimiento comercial “**Café Bar el parche de Póker”, Personería Municipal, Defensoría del Pueblo** y a la **Procuraduría General de la Nación.**

#### *IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES*

* ***ACCIONANTE:***

Se trata de la señora Yenifer Rivera Guapacha, identificada con c.c. No. 1.088.296.263 de Pereira, Risaralda, quien actúa en su propio nombre y representación.

* ***ACCIONADOS:***
* Municipio de Pereira,
* Inspección 8 y 9 Municipal de Policía,
* Comando de la Policía Nacional,
* Comando de Policía Metropolitana de Pereira.
* **VINCULADOS:**
* Café Bar el parche de Póker, representado por Henry Alexander Zapata Ríos.
* Personería Municipal,
* Defensoría del Pueblo,
* Procuraduría General de la Nación.

***HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES***

Refiere la accionante que hace aproximadamente 8 años es propietaria del inmueble ubicado en la calle 72 bis No. 25-08 barrio Uribe 1 Cuba, en la ciudad de Pereira; convive con su esposo quien padece una patología psiquiátrica de estrés post traumático y sus dos hijos. Indica que desde el día 24 de febrero de 2017 en la casa contigua se dio apertura al establecimiento comercial de razón social “Café Bar Parche de Póker”, donde su actividad comercial es el expendio de bebidas alcohólicas dentro del establecimiento. Afirma que por la actividad que se desarrolla en el establecimiento, se acabó la paz y tranquilidad del sector, a causa de los fuertes ruidos, escándalos y riñas, lo que le impide disfrutar de su descanso nocturno, y en consecuencia, causarles trastorno del sueño a ella y todo su núcleo familiar, por lo que se ha visto en la necesidad de acudir a diferentes autoridades administrativas como la Alcaldía de Pereira, la Inspección 8 y 9 Municipal de Policía, Policía Nacional de Colombia y Policía Metropolitana de Pereira sin que a la fecha haya conseguido solucionar el problema, por lo que se vio en la necesidad de promover acción de tutela.

Por tal motivo, solicita que se tutele su derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la tranquilidad, petición, derecho a la salud, a la vida digna y como subsidiarios los derechos al espacio público, la seguridad, la paz, la tranquilidad, la no contaminación auditiva y, en consecuencia, se ordene el cierre definitivo del establecimiento comercial anteriormente citado.

**CONTESTACIÓN**

Las siguientes entidades accionadas allegaron respuesta, las cuales se sintetizan así:

La alcaldía del municipio de Pereira, alaga que las autoridades competentes según lo establecido en la ley 1801 de 2016 para investigar y sancionar los propietarios de los establecimientos que desarrollan actividades económicas son los Inspectores de Policía y los corregidores. De igual forma explica que, es el alcalde la autoridad competente para decretar los horarios de funcionamiento de los establecimientos comerciales, pero es el personal de la Policía Nacional la encargada de verificar el cumplimiento de dicho acto.

La Policía Metropolitana de Pereira realizó labores de control y verificación en el establecimiento comercial “Café Bar El Parche de Póker” concluyendo que cumple con los requisitos para realizar la actividad principal de expendio de bebidas alcohólicas, la nomenclatura del predio coincide con la dirección expuesta en el certificado de matrícula mercantil y cumple con las normas de uso de suelo conforme con el plan de ordenamiento territorial.

La Inspección 8 Municipal de Policía, competente por factor territorial, manifestó que en ese Despacho se está tramitando una queja interpuesta la accionante, procediendo esa autoridad a realizar y practicar pruebas a fin de determinar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el funcionamiento del establecimiento de comercio, realizó visita de inspección ocular y posterior diligencia para allegar los documentos que autorizan el funcionamiento. El trámite policivo en la actualidad se encuentra en espera debido a que la inspectora requirió a otras entidades para que obren informes y registros como medio de prueba y tomar una decisión de fondo.

Las demás entidades como el representante del establecimiento comercial, guardaron silencio.

*SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.*

El a-quo emitió pronunciamiento de fondo, en el que negó la tutela, al encontrar que la accionante contaba con otro medio de defensa judicial, como es la acción popular, tendiente a la protección del derecho colectivo por contaminación auditiva; además, expuso que la accionante tampoco cumplió con los requisitos de procedibilidad establecidos por la Corte Constitucional para la admisibilidad de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

*IMPUGNACIÓN.*

La accionante impugnó la decisión, solicitando se revoque la sentencia de la Jueza, pues desconoció que la acción de tutela se promovió para proteger los derechos fundamentales de la accionante y su núcleo familiar y no para iniciar una Acción Popular en búsqueda proteger derechos colectivos, por lo tanto, hubo indebida valoración de las pruebas aportadas.

Así mismo, destaca la conducta omisiva y pasiva de las autoridades municipales para solucionar el tema de ruido, por lo que se ve en la necesidad de promover la acción de tutela como mecanismo judicial para proteger los derechos que le están siendo transgredidos por el establecimiento comercial “Café Bar el parche de Póker”.

*CONSIDERACIONES.*

***Problema jurídico a resolver.***

*¿La acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para proteger los derechos a la intimidad y tranquilidad de la accionante?*

***Desarrollo de la problemática planteada***

Lo primero que debe decirse es que la acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la CP fue establecida para que cualquier persona solicite al Juez la protección expedita de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de una autoridad pública y, conforme a la ley, por los particulares que presten un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Así mismo, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela, dispone que la acción procede contra las acciones u omisiones de los particulares *“siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación e indefensión”* o se presente con el fin de *“tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción”.*

La inoperancia de los medios administrativos previstos en el ordenamiento para el control de la contaminación auditiva, hace que en este caso sea palmariamente clara la situación de indefensión en que se encuentra Yenifer Rivera Guapacha frente al agente emisor de la contaminación. La situación de indefensión, es la que ha tenido en cuenta la Corte Constitucional, en otras, como razón suficiente de la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares.

En la sentencia T-1040 de 2006, se consideró al respecto:

*“Una persona se encuentra en estado de indefensión cuando, ha sido puesta en una situación que la hace incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales. En otras palabras, no tiene posibilidades jurídicas ni fácticas para reaccionar defendiendo sus intereses. En cada caso, el juez debe realizar un análisis relacional con la finalidad de determinar el estado de indefensión en la que se encuentra la persona”.*

En el caso concreto, la tutela se fundamenta en la vulneración de los derechos de Yenifer Rivera Guapacha y su familia, causada por las actividades ruidosas del establecimiento de comercio “Café Bar El Parche de Póker”, en el predio vecino a su residencia. La Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha manifestado que el ruido puede llegar a constituirse en una injerencia arbitraria en la intimidad de una persona.

Así, cuando bajo determinadas circunstancias la tranquilidad se ve afectada e incide de manera concreta en la vulneración o amenaza de algún derecho fundamental como la salud, la vida o la intimidad, procede la tutela en aras de proteger el derecho vulnerado.

Ahora bien, con relación a la protección por vía de tutela cuando la contaminación auditiva afecta derechos fundamentales la Corte Constitucional ha manifestado que “*la acción de tutela es un mecanismo eficaz de protección de los derechos a la vida y a la salud de personas que se encuentran en estado de indefensión frente a particulares que contaminan auditivamente el medio ambiente, produciendo disminución en la calidad de vida de los vecinos”*.

De otro lado refiriéndose al ruido como limitante para ejercer derechos fundamentales en sentencia T-394 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo se dijo lo siguiente: *“Ahora bien, en repetidas oportunidades esta Corporación ha dicho que la contaminación auditiva puede constituir una intromisión indebida en el espacio privado de las personas, y que, por contera, implica generalmente la transgresión de los derechos a la intimidad personal y familiar, a la paz y a la tranquilidad, sin perjuicio de los daños que aquélla pueda ocasionar a la salud o a la calidad de vida”.*

Además, la contaminación auditiva viola también el derecho personalísimo a la tranquilidad, tal como lo juzgó esta Corte en la sentencia T-099/16:

*"La jurisprudencia constitucional ha sostenido que los derechos a la intimidad y como una derivación de ello, la tranquilidad, pueden ser vulnerados por particulares, cuando a través de altos niveles de ruido se produzca una intromisión y perturbación en los domicilios de las personas, y se impida con ello gozar de un espacio libre de cualquier injerencia externa.”*

En el presente caso, la actora no tiene otro medio de defensa judicial, pues los medios jurídicos con los cuales se puede defender de la conducta del particular acusado son de carácter administrativo y el otro es policivo.

La accionante afirma en todo su libelo introductorio, así como en sus reclamaciones administrativas que, ha habido una alta emisión de ruido, por lo tanto, se presenta un abuso que no es tolerable y se están violando sus derechos fundamentales, ya que con esto se impide el descanso nocturno de la accionante y su familia, lo que les está causando trastorno en el sueño, y, por lo tanto, habrá que dar una orden para que no continué la vulneración.

Ahora bien, se solicita como consecuencia de lo anterior, el cierre del establecimiento de comercio, puesto que, en efecto, con el estudio realizado por La Oficina de Control de Calidad y Vigilancia del municipio de Pereira se acredita que se superan los niveles de decibeles permitidos en zona residencial (fls.211 a 216), sin embargo, debe sopesarse el derecho fundamental implorado por la accionante, frente aquel otro derecho fundamental constitucional que le asiste al propietario del establecimiento de comercio, en ejercicio de su profesión de comerciante.

En tal balance de derechos, naturalmente sale avante, los que se prohíjan a favor de la actora, lo que no significa, necesariamente, que la orden a disponerse en esta acción de tutela sea la del cierre del establecimiento, más cuando la Policía Metropolitana de Pereira, en respuesta a esta acción, manifestó que el establecimiento de comercio cumple con los requisitos exigidos para el desarrollo de la actividad comercial, amén de que se encuentra operando en un sector que el POT habilitó para ello.

En consecuencia, en aras de conceder la protección de los derechos fundamentales a la intimidad y a la tranquilidad de la accionante y su núcleo familiar se dispondrá:

1. **Ordenar** a la alcaldía municipal de Pereira, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a realizar la vigilancia de los decibeles de sonido del establecimiento de comercio “Café Bar el parche de Póker”, para que en caso de que sigan siendo superados, se imponga las medidas sancionatorias o represivas correspondientes.
2. **Ordenar** a Henry Alexander Zapata Ríos como propietario del establecimiento de comercio “Café Bar el parche de Póker”, que en el término de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de notificación de esta sentencia, proceda a realizar el acondicionamiento para el aislamiento, confinación o amortiguación de las vibraciones que causan el ruido en ese establecimiento, de acuerdo con lo establecimiento en Resolución 0627 de 2006.

En mérito de lo expuesto***, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

***RESUELVE***

***Revocar Parcialmente el ordinal 1º*** la sentencia de tutela emitida el 04 de octubre de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, y en su lugar, **tutelar** los derechos a la intimidad y la tranquilidad, para que en su lugar:

1. **Ordenar** a la alcaldía municipal de Pereira, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a realizar la vigilancia de los decibeles de sonido del establecimiento de comercio “Café Bar el parche de Póker”, para que en caso de que sigan siendo superados, se imponga las medidas sancionatorias o represivas correspondientes.
2. **Ordenar** a Henry Alexander Zapata Ríos como propietario del establecimiento de comercio “Café Bar el parche de Póker”, que en el término de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de notificación de esta sentencia, proceda a realizar el acondicionamiento para el aislamiento, confinación o amortiguación de las vibraciones que causa el ruido en ese establecimiento, de acuerdo con lo establecimiento en Resolución 0627 de 2006.

***Confirmar*** la sentencia en todo lo demás.

***Notificar***a las partes el contenido de este fallo en los términos del artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

***Remitir*** las diligencias a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario