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 respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en primera instancia

Accionante : Johan Gallego

Accionado : Juzgado 5° Civil del Circuito de Pereira

Vinculados : Defensoría del Pueblo, Regional Risaralda y otros

Radicación : 66001-22-13-000-2020-00431-00

Mg. Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 471 de 11-12-2020

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA DECISIÓN JUDICIAL / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / EXCEPCIONES / IMPROCEDENCIA POR AUSENCIA FÁCTICA / INEXISTENCIA DE HECHOS VULNERADORES.**

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, básicamente sustituyó la expresión “vías de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad” y ensanchó las causales especiales…

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2020). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

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 (…).

De vieja data la CC en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

“… el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

“(...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (…)”

Tesis vigente y compartida por la CSJ (2019), superiora jerárquica en sede constitucional de esta judicatura: “(…) al no hallarse conducta atribuible a la autoridad convocada respecto de la cual se pueda determinar una presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declararse la improcedencia (…)”



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., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).***

1. **El asunto por decidir**

La acción constitucional referenciada, adelantadas las debidas actuaciones con el trámite preferente y sumario, sin advertir nulidades.

1. **La síntesis fáctica relevante**

Mencionó el actor que promovió la acción popular No.2020-00201-00 y que la funcionaria *“(…) cree poder desconocer mi elección a prevención (…)”*, sin aplicar el artículo 16, Ley 472 (CuadernoNo.1, documento No.02).

1. **El derecho invocado y la petición de protección**

El debido proceso. Pidió ordenar a la *a quo* **(i)** Aplicar el artículo 28-5º, CGP; **(ii)** Admitir la acción; **(iii)** Respetar las normas procesales; y, **(iv)** Anular el auto que declaró la incompetencia; y, al Procurador Delegado **(v)** Promover acción legal frente al juzgado cumpla el artículo 16, Ley 472 (Cuaderno No.1, documento No.02).

1. **La síntesis de la crónica procesal**

El 02-12-2020 se admitió la tutela (Cuaderno No.1, documento No.05). Fueron enterados los accionados e interesados (Cuaderno No.1, documento No.06). El interesado desatendió requerimiento de la Sala (Cuaderno No.1, documentos Nos.05 y 10). Contestaron la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría y el Juzgado (Cuaderno No.1, documentos Nos.07, 09 y 12).

1. **La fundamentación jurídica para decidir**
   1. La competencia. Se tiene en esta Sala, en razón a ser la superiora jerárquica del Juzgado accionado.
   2. El problema jurídico a resolver*.* ¿El encausado, ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales alegados por el accionante, en la acción popular, según el escrito de tutela?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa. Se cumple por activa porque el accionante promovió la acción popular en la que reprocha la falta al debido proceso. Y, por pasiva, el Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira, porque conoció el juicio (Cuaderno No.1, carpeta No.13).
      2. Las sub-reglas de procedibilidad para 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[[5]](#footnote-5) 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[[6]](#footnote-6).

De otra parte, como 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[[7]](#footnote-7) y Quinche Ramírez[[8]](#footnote-8).

* + 1. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo **judicial** (2020)[[9]](#footnote-9). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

Al respecto la Corte*[[10]](#footnote-10)* 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 (…)”.*

Así las cosas, salvo que se acredite la ineficacia del medio ordinario o el eventual acaecimiento de un perjuicio irremediable, el interesado, previo a ejercitar este mecanismo, debe agotar las herramientas defensivas que tenga a su disposición, puesto que no fue creado ni destinado a suplir los procedimientos ordinarios, ni para enmendar los errores o descuidos de las partes en el proceso: *“(…) 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”*[[11]](#footnote-11). Criterio reiterado por CC[[12]](#footnote-12) y acogido por la CSJ[[13]](#footnote-13).

* + 1. La inexistencia de acción u omisión. De vieja data la CC[[14]](#footnote-14) en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

… el mecanismo de amparo constitucional se torna **improcedente**, entre otras causas, cuando **no existe una actuación u omisión del agente accionado** a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

*… partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del*[Decreto 2591 de 1991]*, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea* ***procedente*** *requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (…)”*…

… cuando el juez constitucional **no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental**, **debe declarar la improcedencia de la acción de tutela**. (Línea y coloración a propósito)

Tesis vigente y compartida por la CSJ[[15]](#footnote-15) (2019), superiora jerárquica en sede constitucional de esta judicatura: *“(…) al no hallarse conducta atribuible a la autoridad convocada respecto de la cual se pueda determinar una presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declararse la improcedencia (…)”*; así razonó cuando advirtió que el despacho judicial, previo a la presentación de la tutela, resolvió sobre la admisibilidad de una acción popular. Se cuestionaba la mora judicial.

En síntesis, la improcedencia por falta de acción u omisión ocurre cuando: (i) No hay petición o se resolvió antes de presentar el amparo; y, (ii) La decisión cuestionada es inexistente. Criterio que aplica en amparos contra despachos judiciales.

1. **El caso concreto analizado**
   1. La falta de residualidad. Los requisitos generales de procedibilidad son concurrentes, incumplido uno, es inane el examen de los demás, menos podrían revisarse los supuestos especiales, el análisis que sigue se concentrará en la subsidiariedad, porque es el echado de menos y es suficiente para desestimar el amparo frente al juzgado.

De acuerdo con el recuento procesal la *a quo,* con auto del 23-11-2020, rechazó por incompetencia la acción popular y ordenó remitir el expediente a los juzgados promiscuos del circuito de Santa Rosa de Osos, A. (Cuaderno No.1, carpeta No.13, documento No.003).

Así las cosas, el amparo carece de subsidiariedad porque se promovió sin esperar que el problema jurídico aquí planteado fuera decidido en el trámite ordinario; en efecto, aún está pendiente de que el destinatario decida si avoca su conocimiento o formula el respectivo conflicto (Art. 139, CGP). Claramente la tutela fue prematura.

Es rigurosa la comprobación del presupuesto, puesto que es inexistente alegato o prueba de circunstancia especial alguna que la flexibilice. No es una persona necesitada de protección reforzada[[16]](#footnote-16), el instrumento referido era eficaz e idóneo para zanjar la controversia, y tampoco es inminente un perjuicio irremediable[[17]](#footnote-17). Corolario se declarará improcedente el amparo.

* 1. La inexistencia de hechos. En lo que atañe a las pretensiones frente a la Procuraduría Delegada, también es evidente la improcedencia, por la ausencia de las conductas reprochables (Acción u omisión). El actor pretirió acreditar que formuló ruegos para que *“(…) presente acción legal a mi nombre para q (sic) se garantice art (Sic) 16 ley 472 (…)”*; fue requerido y guardó silencio (Cuaderno No.1, documentos Nos.05 y 10).

Semejante análisis hace la CSJ, en reciente decisión (2020)[[18]](#footnote-18): *“(…) [S]i la*

*omisión por la cual la persona se queja no existe (...) la tutela pierde su eficacia y razón de ser, por lo que la posible orden que llegase a impartir el juez del amparo carecería de sentido (…)”.* Corolario, se declarará improcedente el amparo por la inexistencia de acciones u omisiones trasgresoras o amenazantes de los derechos invocados.

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 Johan Gallego contra el Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira y la Procuraduría Delegada en Asuntos Civiles y Laborales.
2. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.
3. ORDENAR el archivo del expediente, surtidos los trámites anteriores.

Notifíquese

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

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. T-019 de 2020, SU-037 de 2019, SU-056 de 2018, [SU-336 de 2017](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU336-17.htm), [SU-354 de 2017](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm), T-137 de 2017 y SU-222 de 2016, entre muchas. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-307 de 2015. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. QUINCHE R., Manuel F. La acción de tutela, el amparo en Colombia, Bogotá DC, 2011, p.233-285. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC.  [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-134 de 1994. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-037 de 2016, T-120 de 2016 y T-662 de 2013. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ.STC5531-2020, STC147-2020, STC3931-2016 y STC6121-2015. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-130 de 2014, reitera las SU-975 de 2003 y T-883 de 2008. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ. STC12717-2019 y STC13358-2019. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-089 de 2018, SU-210 de 2017 y T-717 de 2011. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-180 de 2018. [↑](#footnote-ref-17)
18. CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30-07-2020, MP: Quiroz M., No.11001-02-03-000-2020-01432-00, también pueden consultarse las STC12717-2019 y STC13358-2019 [↑](#footnote-ref-18)