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

Asunto : Sentencia de tutela de segunda instancia

Accionante : José Darío Fernández Rivera y otros

Accionado : Inspección Décima de Policía de Pereira y otra

Terceros : Personería de Pereira y otros

Procedencia : Juzgado Cuarto de Familia de Pereira

Radicación : 66001-31-10-004-2020-00263-01

Mag. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta : 15 de 18-01-2021

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA DECISIÓN DE INSPECCIÓN DE POLICÍA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / INEXISTENCIA DE ACCIÓN U OMISIÓN VULNERADORA.**

LA SUBSIDIARIEDAD. La Corte enseña que el juez de tutela no puede sustituir al administrativo en la definición de la validez de las decisiones de las autoridades; en efecto, tiene explicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela frente a actos administrativos; entonces, quien pretenda controvertirlos, debe ejercitar al mecanismo ordinario procesal dispuesto por el legislador. (…)

De vieja data la CC en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares también 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”. (…)

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

**ST2-0007-2021**

Pereira, R., dieciocho (18) de enero de dos mil veintiuno (2021).

1. **El asunto a decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. La síntesis fáctica

Se informa que: (i) La Inspección Décima de Policía de Pereira adelantó proceso verbal abreviado por ocupación ilegal del espacio público contra el señor José D. Fernández R. y le ordenó desalojar el inmueble que habita con su familia (Compañera e hijo menor), sin vincular a su compañera permanente, señora Luz E. Arias C. (Quien compró las mejoras), ni valorar que el bien no pertenece al Estado; y, **(ii)** La Alcaldía local omitió brindar solución de vivienda a la señora Arias C., a pesar de que han pasado diez (10) años desde que fue desalojada de la casa que tenía en el barrio “El Dorado” (Cuaderno No1, folios 8-17).

1. **Los derechos invocados y la petición de protección**

La vivienda digna, el debido proceso, la igualdad, y la protección de sujetos de especial protección. Pidieron ordenar a las autoridades **(i)** Suspender el desalojo ordenado; **(ii)** Reanudar el trámite administrativo y vincular a la señora Arias C.; **(iii)** Brindar una solución de viviendaa los actores; y, **(iv)** Decretar el *“status quo”* (Sic) mientras se aclara que la señora Arias C. compró la posesión legal o ilegal (Cuaderno No.1, folios 11-12).

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

El *a quo* con auto del 19-10-2020 admitió la acción y decretó la medida provisional pedida (Cuaderno No.1, folios 51-52); el 30-10-2020 profirió la sentencia (Cuaderno No.1, folios 110-116); y, el 07-11-2020 concedió las impugnaciones formuladas (Cuaderno No.1, folio 136).

El fallo declaró improcedente la tutela, por carecer de subsidiariedad. No probaron el perjuicio irremediable y pueden ejercitar el medio de control de nulidad y restablecimiento de derechos ante la justicia administrativa; empero, ordenó a la Alcaldía local ingresar a la familia a los programas de vivienda (¿?) (Cuaderno No.1, folios 110-116).

El ente territorial informa que (i) solo le compete garantizar la reubicación de la población en casos de calamidad pública, emergencia o eventos naturales disímiles a la actuación administrativa cuestionada (Ley 1523); y, (ii) los hogares que quieran acceder a subsidios de vivienda deben cumplir con los requisitos del D.0428/2015. Solicitó revocar el amparo en su contra (Cuaderno No.1, folios 138-145).

Los accionantes alegan que la tutela es procedente porque se probó el perjuicio irremediable con: (i) El desalojo del que fue objeto la señora Arias C. en el 2010, sin que ninguna autoridad la reubicara; (ii) El gasto de sus ahorros en la compra de la posesión del inmueble que se ordenó restituir; (iii) La inspección accionada omitió valorar el contrato de “compraventa” y pretirió vincularla al trámite administrativo; y, (v) El su núcleo familiar está conformado por un adulto mayor y un menor. Pide revocar el fallo y tutelar sus derechos (Cuaderno No.1, folios 146-152).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. La competencia funcional: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
   2. El problema jurídico a resolver*:* ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado 4º de Familia de Pereira, según las impugnaciones?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa: Por activa, los accionantes porque fueron destinarios de la orden policiva reprochada (Cuaderno No.1, folios 78-88). En el extremo pasivo, la Inspección 10ª de Policía de Pereira por expedir la decisión cuestionada (Cuaderno No.1, folios 78-88) (Ley 1801) y la Alcaldía local al ser responsable de implementar los procesos de gestión del riesgo y ejecutar mecanismos de reubicación de asentamientos (Arts.14 y 40, Ley 1523).

Diferente es respecto a la Personería y la Defensoría del Pueblo por ser incompetentes para adelantar los trámites administrativos destinados a la restitución del espacio público y reubicación de viviendas. Se adicionará la sentencia para declarar improcedente el amparo en su contra.

* + 1. La inmediatez.El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección **inmediata** de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular. Este requisito *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1).

Se satisface porque la acción se formuló (16-10-2020) (Cuaderno No.1, folio 4) un (1) mes y doce (12) días después de expedido el acto administrativo (04-09-2020) (Cuaderno No.1, folios 78-88); es decir, dentro del plazo general, fijado por la doctrina constitucional (2020)[[2]](#footnote-2).

* + 1. La subsidiariedad. La Corte[[3]](#footnote-3) enseña que el juez de tutela no puede sustituir al administrativo en la definición de la validez de las decisiones de las autoridades; en efecto, tiene explicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela frente a actos administrativos[[4]](#footnote-4)-[[5]](#footnote-5); entonces, quien pretenda controvertirlos, debe ejercitar al mecanismo ordinario procesal dispuesto por el legislador.

Hay tres (3) excepciones que guardan en común la existencia de la herramienta judicial: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable[[6]](#footnote-6); **(ii)** La falta de legitimación para impugnarlos ante el juez competente[[7]](#footnote-7); y, **(iii)** Cuandola cuestión debatida es eminentemente constitucional[[8]](#footnote-8).

Empero, la Sala de Casación Civil de la CSJ (2019)[[9]](#footnote-9), órgano de cierre de esta Corporación, ha sido reiterativa en cuanto a la marcada improcedencia de la tutela, por falta de residualidad:

… puede concluirse que «no se cumplen los elementos determinantes del perjuicio irremediable y, por tanto, no puede tenerse en cuenta dicho perjuicio para admitir la presente acción como mecanismo transitorio», ya que «dentro de un eventual proceso contencioso- administrativo, (…) [se] tiene la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto que presuntamente vulnera [los] derechos, con lo cual se desvirtúa también la inminencia del perjuicio» (CSJ STC, 24 ene. 2007, rad. 2006-00227-01; criterio reiterado en STC7077-2014 y STC16698-2015). (STC4676-2016, 15 abr. 2016, rad. 2016-00039-01).

Este criterio lo comparte la Sala de Decisión Civil - Familia de esta Corporación (2020)[[10]](#footnote-10).

* + 1. La inexistencia de acción u omisión. De vieja data la CC[[11]](#footnote-11) en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares también 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[[12]](#footnote-12) (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.

1. **El análisis del caso en concreto**
   1. La falta de residualidad. Desde ya advierte la Magistratura que se confirmará la decisión impugnada en lo que atañe a la controversia frente al acto administrativo expedido por la Inspección de Policía accionada, puesto que es evidente el incumplimiento del presupuesto de la subsidiariedad. En el *sub lite*, los interesados cuentan con otro mecanismo judicial para la defensa de sus derechos, pues, la decisión de la autoridad es susceptible de control judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Restaría, examinar si probaron la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, como situación exceptiva para que el juez constitucional ausculte por vía de tutela su juridicidad, si no fuera porque en la acción natural de nulidad y restablecimiento del derecho[[13]](#footnote-13) (Art.138, CPACA) pueden solicitar el decreto de la medida previa de suspensión provisional (Art.s229 y 230-3º, CPACA)[[14]](#footnote-14)-[[15]](#footnote-15); entonces, el medio de control es idóneo y eficaz para proteger sus derechos.

La existencia de la cautela desvirtúa la inminencia de un posible daño irreparable. Tesis unánime expuesta en precedente horizontal de esta Sala del Tribunal[[16]](#footnote-16) fundada en jurisprudencia reciente de la CSJ[[17]](#footnote-17) (2019):

... la tutela no procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ello, porque, en ejercicio de lo dispuesto en el precepto 230 de la Carta Política, en el trámite del «*medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho*», desde su iniciación el gestor puede solicitarle al juez natural «*la suspensión provisional del acto administrativo objeto de la dolencia constitucional*», medida sobre la cual, desde su consagración en la codificación precedente, se tiene establecido que «*de hallarse fundada es suficiente para frenar una eventual ilegalidad manifiesta de la administración, mientras se decide el asunto, lo cual descarta la posibilidad de conceder el amparo solicitado*»…

… «*la alegación de la inconforme respecto a que únicamente cuenta con este mecanismo para hacer valer su derecho de manera urgente e idónea, queda desvirtuado, pues, se itera, allí es procedente la adopción de medidas cautelares e inmediatas con miras a la protección de sus garantías*» (CSJ STC4654-2016, 15 abr. 2016, rad. 2016-00013-01), amén que, «*la finalidad de dicha medida cautelar prevista en el trámite ordinario, es precisamente evitar la configuración de los daños que se puedan causar como consecuencia de las decisiones administrativas abiertamente ilegales*» (CSJ STC18319-2017 3 nov. 2017 rad. 00665-01) …

… *De manera que si la tutelante no ha agotado todos los recursos ordinarios con los que cuenta, no resulta dable entrar a analizar por medio de la acción constitucional la solución de un litigio que ha de ser dirimido, de manera exclusiva, por el juzgador que está legalmente investido de la competencia para ello…*

Entonces, se descarta procedencia transitoria de la tutela, en la medida en que, se itera, la autoridad judicial ordinaria, previa solicitud de los actores, puede decretar de urgencia, como medida de protección, la suspensión provisional de los efectos de la decisión administrativa: *“(…) Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior (…) La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente (…)”* (Art. 234, CPACA).

No obstante lo expuesto, suficiente para desestimar el amparo, la Magistratura precisa reseñar que los interesados tampoco acreditaron la posible causación del daño irreparable. La orden de desalojo y la supuesta inexistencia de recursos para costear un arrendamiento, son circunstancias insuficientes para concluir su advenimiento; lo primero, es que, según lo relató el señor José D. Fernández R. ante la autoridad: *“(…) tengo otra mejora al pie del Colegio sector E, ahí vive un yerno (…)”* (Cuaderno No.1, folio 77), entonces, el núcleo familiar tiene otra vivienda que puede ocupar; y, lo segundo, es que cuentan con la asesoría de un profesional del derecho.

La CC superó la subsidiariedad (2019)[[18]](#footnote-18) en un asunto en el que se ventilaba un problema jurídico semejante; sin embargo, advirtió que el inmueble del accionante fue demolido; los entes territoriales le negaron el subsidio de vivienda porque su excompañera tenía una propiedad, pese a que probó que ya no convivía con ella; y, carecía de otros bienes e ingresos; circunstancias especiales disímiles a las de los aquí accionantes.

* 1. La inexistencia de hechos. En lo atinente a la reubicación deprecada frente a la Alcaldía local (Vivienda digna), halla la Judicatura que la tutela es improcedente por la evidente ausencia de conductas reprochables (Acción u omisión); ninguno de los interesados le presentó peticiones en los términos descritos en la demanda (Reubicación por emergencia invernal del 2010 en el barrio “El Dorado”); por manera que el ente territorial no ha tenido oportunidad de proveer al respecto.

Semejante análisis hace la CSJ, en reciente decisión (2020)[[19]](#footnote-19): *“(…) [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 (…)”.* En consecuencia, se adicionará el fallo para declarar improcedente el amparo frente a esa autoridad, por la inexistencia de acciones u omisiones trasgresoras o amenazantes de los derechos invocados.

En todo caso, si se superase ese escollo con base en que se probó que en el 2010 se ingresó al núcleo familiar al *“(…) REGISTRO ÚNICO DE DAMNIFICADOS POR LA EMERGENCIA INVERNAL -REUNIDOS- 2010-2011 (…)*” (Cuaderno No.1, folio 24), también luce improcedente la tutela, por falta de inmediatez. Su promoción excedió el plazo razonable de los seis (6) meses fijado por la doctrina constitucional (2020)[[20]](#footnote-20). Pasaron diez (10) años y no justificaron la demora.

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

F a l l a,

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira.

1. REVOCAR el numeral 2º y, en su lugar, DECLARAR improcedente el amparo frente a la Alcaldía de Pereira, por ausencia fáctica.
2. ADICIONAR la decisión para DECLARAR improcedente la tutela contra la

Personería de Pereira y la Defensoría del Pueblo, por carecer de legitimación.

1. LEVANTAR la medida previa decretara por el *a quo* con auto del 19-10-2020.
2. REMITIR el expediente a la CC para su eventual revisión.

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. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. Ob. cit. También la SU-037 de 2019 y la SU-499 de 2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-203 de 1993. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-315 de 1998. En esta oportunidad la Corte, luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996. En el mismo sentido ver las sentencias SU-458 de 1993 y T-1998 de 2001. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-722 de 2014, T-247 de 2015 y T-572 de 2015 y T-425 de 2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-225 de 1993, T-082 de 2016, T-095 de 2016, T-019 de 2018 y T-323 de 2019, según estas sentencias el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-046 de 1995 referida en las T-722 de 2014 yT-572 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997, SU-133 de 1998 y T-247 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ. STC11836-2019, STC1390-2018, STC6880-2016,STC7686-2016,STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del (i) 17-09-2020, MP: Grisales H., No.2020-00042-01; (ii) 09-10-2019, MP: Grisales H., No.2019-00366-01; (iii) 04-10-2019, Mo. Grisales H., No.2019-00144-01; y, (iv) 30-09-2019, MP: Grisales H., No.2019-00142-01. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-130 de 2014, reitera las SU-975 de 2003 y T-883 de 2008. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ. STC12717-2019 y STC13358-2019. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-548 de 2010 y T-738 de 2014. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-610 de 2017, SU-553 de 2015, T-748 de 2015 y T-329 de 2009, entre otras. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ. STC11836-2019, STC1390-2018, STC6880-2016,STC7686-2016,STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-15)
16. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del (i) 17-09-2020, MP: Grisales H., No.2020-00042-01; (ii) 23-08-2019; MP: Arcila R, No.2019-00038-01; (iii) 02-09-2019; MP: Saraza N., No.2015-00465-01; (iv) 13-09-2019, MP: Sánchez C., No.2019-00251-01. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ. STC1422-2019. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. T-547 de 2019. [↑](#footnote-ref-18)
19. 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-19)
20. CC. Ob. cit. También la SU-037 de 2019 y la SU-499 de 2016. [↑](#footnote-ref-20)