

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP9985-2018

Radicación n.º 99264

(Aprobación Acta No. 245)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas, el recurso de impugnación presentado por el apoderado judicial del señor SAMUEL VIÑAS PINILLA y la señora LEYLA MARÍA VIÑAS ABOMOHOR, contra el fallo proferido el 2 de mayo de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante el cual dispuso negar la acción de tutela presentada contra el JUZGADO SÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO y el JUZGADO DOCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BARRANQUILLA, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad, orientados por la dignidad humana.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en la decisión de primera instancia, en los siguientes términos¹:

Manifiesta el apoderado judicial de los accionantes, que sus representados fungen como accionantes en la tutela con número de radicación 08001-40-88-012-2016-00110 que cursó en el Juzgado 12° Penal Municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad y que posteriormente solicitaron se iniciara Incidente de desacato por el incumplimiento de las sentencias proferidas en fecha 6 de octubre de 2016 por ese despacho y la de fecha 7 de diciembre de esa anualidad, mediante la cual el Juzgado 7o Penal del Circuito de esta ciudad, en segunda instancia confirmó la anterior.

Indica el togado, que el Juzgado 12° Penal Municipal ha vulnerado el derecho al debido proceso de sus prohijados, por medio de la decisión de fecha 6 de marzo de 2018, mediante la cual resolvió archivar el incidente de desacato, ya que desatendió la orden proferida por el Juzgado 7o Penal del Circuito en sede de consulta, que en fecha 22 de febrero de 2018 resolvió que el Juez municipal debía proferir un pronunciamiento “en el que previa valoración de todos los elementos de juicio disponibles, concluya si el dictamen arroja conclusiones tendientes a establecer la relación causal, previa declaración si en definitiva la Alcaldía Distrital de Barranquilla DEIP -Secretaria de Control Urbano y Espacio Público, cumplió con la orden de tutela”.

A su vez, señala que el Juzgado 7o Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad incurrió en vías de hecho con la decisión de fecha 22 de febrero de 2018 mediante la cual revocó el auto de fecha 9 de febrero de 2018 proferida por el Juzgado 12 Penal Municipal CFCG de esta ciudad, y en la cual se había declarado en desacato a los señores Luis Armando Jaraba González y Alfonso Bernardo Garcés de Vivo, en calidad de representantes legales de las empresas Terrabianca SAS y Sociedad Promotora, Constructora e inmobiliaria Hábitat Ltda, sancionándolos con 10 días de arresto y multa de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Refiere el libelista que la decisión del Juez Penal del Circuito accionado, adolece de un defecto sustantivo, ya que al proferir la misma y resolver ordenarle al Juzgado Municipal que realizara una valoración de todos los elementos de juicio disponibles y concluyera si en el Informe final AS-IGR-58-17 realizado por la Sociedad Consultora Ingeniería y Riesgos IGR-SAS se había establecido una relación causal entre la construcción y los daños producidos a la vivienda de los accionantes, desconoció que ya tal valoración se había efectuado en el auto de fecha 9 de febrero de 2018.

Por tales motivos, solicita el libelista el amparo del derecho al debido proceso de sus prohijados y que como consecuencia de ello se decrete la nulidad de la decisión de fecha 22 de febrero de 2018 proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito y se ordene al titular de ese despacho que dicte una providencia nueva en la que se resuelva de manera correcta la consulta de la sanción por desacato impuesta a los Sres. Luis Armando Jaraba González y Alfonso Bernardo Garcés de Vivo, en su calidad de representantes legales de Terrabianca SAS y Sociedad promotora, constructora e inmobiliaria Hábitat Ltda, corrigiendo así el defecto sustantivo y probatorio que dio lugar a la vía de hecho.

Del mismo modo, solicita que se anule la decisión de archivo de fecha 6 de marzo proferida por el Juez Doce Penal Municipal, el cual desobedeció lo ordenado por su superior jerárquico.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante decisión adoptada el 2 de mayo de 2018 negó la solicitud de amparo del accionante, al constatar que no se configuraban las exigencias específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

En el fallo impugnado se analizó en primer lugar, la decisión del 22 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla y consideró que cumple

los requisitos genéricos de procedencia pero no se configura el defecto sustantivo que predica el accionante, al señalar que el Juez accionado cometió un error de interpretación debido a que pese a que goza de discrecionalidad, no puede con ello vulnerar sus derechos fundamentales. Al respecto, en el fallo del tribunal se señaló:

Encuentra esta Sala que el libelista hace alusión a lo señalado por el despacho accionado dentro de la providencia cuestionado, al considerar que si bien es cierto se rindió un informe por parte de la firma contratada por la Alcaldía Distrital, tal cosa per se no es una determinación del posible nexo causal entre la construcción del edificio Soho 52 y los daños estructurales sufridos por la vivienda de los accionantes, sino que debe determinarse judicialmente, para que después se pudiese hablar de un posible desacato.(sic)

De lo anotado, se concluye que en efecto, el Juez accionado consideró que no podría hablarse de desacato cuando no se había determinado judicialmente que el informe pericial allegado al trámite incidental, señalaba que existe el nexo causal indicado, expresando lo siguiente:

“(…)

Ciertamente, dado el contenido de la orden plasmada en la sentencia de primera instancia, no tanto en lo que se refiere al numeral primero sino del segundo numeral, es posible entender lo que ha entendido la última de las apoderadas de las accionadas, esto es, que se requería de un acto administrativo en la Alcaldía Distrital, determinara la existencia del nexo causal, acudiendo a la interpretación literal, tanto que el funcionario de primera instancia así lo dispuso en auto de fecha 24 de octubre de dos mil diecisiete, en que dirigiendo orden a la Secretaria de control urbano y espacio público del distrito de Barranquilla, para que expidiera dicho acto administrativo que así lo determinara, lo que dicha entidad entendió de imposible cumplimiento, al manifestarse en el sentido de que ella, la institución de control urbano había cumplido con la orden de tutela, al desplegar la

actuación necesaria para la contratación de la sociedad Ingeniería y geo riesgos IGR SAS, para que realizara informe de consultorio para determinar efectos de la construcción del edificio Soho 55-2, sobre el inmueble ubicado en la Carrera 55 No. 82 - 118 y el edificio Camelot, documento entregado, actuación que ya realizó, y que incluso se había concretado reunión entre el grupo de expertos y el juez, en fecha 8 de septiembre de 2017, en la que se disiparon las claridades sobre el informe; pero que el nexo causal debía determinarse judicialmente, pues la labor de control sobre las construcciones no llega al punto de establecer el nexo causal que se reclama, y que en cambio debe determinarse judicialmente.

Si lo anterior es así, como en efecto aconteció, entonces hasta este momento no puede enrostrarse desacato a los accionados, pues el entendimiento que hizo la accionada a través de su última apoderada, está dentro del haz de conocimiento que se deriva del contenido de la orden protectora asumida en la sentencia de tutela, hasta el punto de que así lo interpretó el funcionario de primera instancia. Y creemos que en verdad es el entendimiento correcto, por la razón siguiente: los medios probatorios no toman decisiones, no son decisiones. Son un medio de conocimiento que sirve a quien los utiliza para la toma de decisiones. (sic)

(...) Un sano entendimiento de la orden, es que una vez establecido el nexo causal, nace para las entidades aquí accionadas, la obligación de cumplir lo plasmado en la sentencia con relación a dichas entidades, que requiere sí de un pronunciamiento del funcionario judicial de primera instancia, en el que previa valoración de todos los elementos de juicio disponibles, concluya si el dictamen arroja conclusiones tendientes a establecer la relación causal, previa declaración... Solo después de lo anterior, podrá hablarse de desacato"

Visto ello, no encuentra la Sala que exista vulneración alguna a los derechos de los accionantes, porque como quiera que el despacho accionado al realizar la evaluación del presunto desacato que diere origen a la sanción impuesta, este consideró que no existió

responsabilidad subjetiva en el posible incumplimiento, por lo cual no se hace necesario el imponer la sanción por desacato.

Tal argumento no es lesivo de los derechos fundamentales de los accionantes, ya que tal como lo expresa que Juez endilgado, que dicho sea de paso cuenta con discrecionalidad para ello, se trata de adoptar las medidas necesarias para lograr el cumplimiento de la orden de tutela, sin inmiscuirse realmente sobre lo resuelto en los fallos de primera y segunda instancia y que a su vez no será objeto de pronunciamiento por parte de esta Colegiatura, debido a que no puede tomarse la acción de tutela como una tercera instancia.

Por lo anterior, este Cuerpo Colegiado, considera que la decisión cuestionada por vía de tutela, no vulnera los derechos fundamentales de los accionantes y que bajo argumentos que solo demuestren un desacuerdo con la misma, no puede demostrarse tal conculcación, cuestión que genera como conclusión que se niegue el amparo deprecado sobre esa decisión. (sic)

En segundo lugar, analizó la decisión del 6 de marzo de 2018 del Juzgado Doce Penal Municipal de Barranquilla con Función de Control de Garantías y señaló que cumple con algunos requisitos genéricos de procedencia, sin embargo, el accionante no manifestó con claridad cuál fue el defecto adolecido por la providencia y la Sala no avizoró vulneración flagrante a los derechos fundamentales invocados.

Finalmente, señaló que nada impide que se solicite el desarchivo por parte de los accionantes si consideran que sus derechos fundamentales no han sido garantizados, por lo que entonces, cuentan otro mecanismo o herramienta a su disposición, lo que desnaturaliza la tutela como mecanismo residual.

Al no encontrarse entonces, ninguna causal de procedencia específica para la acción de tutela, resolvió declarar la improcedencia del amparo solicitado.

LA IMPUGNACIÓN

El 15 de mayo de 2018 se presentó impugnación del fallo de tutela de primera instancia, en la que señaló que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla analizó cada una de las decisiones contra las que se interpuso la acción de tutela, pero llegó a conclusiones equivocadas.

Señaló que el Tribunal parte de la premisa según la cual, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito contaba con la posibilidad de ejercer su discrecionalidad al fallar y que por ello, considera como adecuado que deba determinarse judicialmente el nexo causal entre los daños y la construcción, tomando como fundamento la consultoría realizada. Por el análisis de la Sala Penal del Tribunal se concluye que existe un desacuerdo del accionante con lo fallado por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, sin embargo, señala el accionante en su impugnación, que no existe una simple diferencia de criterio sino que se incurrió en una vía de hecho puesto que se ignoró totalmente lo que se le aportó en el trámite de tutela y en el de incidente de desacato, y dejó de lado el análisis sobre el nexo causal que ya había sido realizado por el juez de primera instancia.

En relación con la decisión del 6 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Doce Penal Municipal, señaló que la Sala indicó que en la tutela no se manifestó con claridad cuál fue el defecto del que adolecía y tampoco se evidencia la flagrante vulneración a los derechos invocados. Sin embargo, la afirmación de la Sala Penal del Tribunal constituye una vía de hecho por omisión porque en el escrito de tutela se dan las explicaciones correspondientes en los folios once, doce y trece.

Así mismo, que el fallo señala que nada impide que pueda solicitarse el desarchivo del incidente por parte de los accionantes si consideran que sus derechos fundamentales no han sido garantizados, al respecto, en la impugnación se indica que esto ya había sido solicitado pero se dio el archivo del incidente.

Adicionalmente, analiza el salvamento de voto que tuvo el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y reitera los argumentos expuestos en el escrito de tutela sobre los defectos de las decisiones objeto de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver el recurso de impugnación interpuesto por el accionante contra la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Consideraciones previas

1. El fallo de tutela proferido el 6 de octubre de 2016 por el Juzgado Doce Penal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, confirmado el 7 de diciembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento dispuso la siguiente orden2:

Segundo: ORDENAR al Gerente o Representante Legal de la ALCALDIA DISTRITAL - SECRETARIA DE CONTROL URBANO Y DE ESPACIO PUBLICO DE LA ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, para que dentro del término de veinticuatro (24) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, proceda a realizar las actuaciones a que haya lugar tendientes a delegar o comisionar a un profesional competente o perito especializado en la materia, con el fin de que evalúe e inspeccione el estado del bien inmueble de los accionantes señores SAMUEL VIÑAS PINILLAS y LEYLA VIÑAS ABOMOHOR, para que determinen si el origen de los daños ocurridos en el inmueble ubicado en la carrera 55 No 82 - 118 de la ciudad de Barranquilla, son o no consecuencia de la construcción del Edificio SOHO 55-2 situado carrera 55 No 82 - 72 de Barranquilla. Esto con el fin de atender con celeridad y eficacia la queja interpuesta por los actores en fecha 20 de

enero de 2016, para así determinar la responsabilidad a que haya lugar. Lo anterior, en procura de atender y proteger los derechos fundamentales a la vida digna, la salud, a la intimidad de los accionantes y su núcleo familiar, así mismo, evitar la ocurrencia de hechos que atenten contra la vida de quienes allí habitan.

Segundo: En el evento que la autoridad administrativa esto es, ALCALDIA DISTRITAL – SECRETARIA DE CONTROL URBANO Y DE ESPACIO PUBLICO DE LA ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, determine que existe un NEXO CAUSAL entre la construcción del Edificio SOHO 55-2 ubicado en la carrera 55 No 82 – 72 de Barranquilla y los daños sufridos en la vivienda de los accionantes ubicada en la Cra 55 No. 82- 118, deberá la constructora TERRABIANCA S.A.S y a Y LA SOCIEDAD PROMOTORA, CONSTRUCTORA E IMOBILIARIA HABITAT LTDA, en cabeza de su Representante Legal dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes reubicar a los accionantes señores SAMUEL VIÑAS PINILLAS y LEYLA VIÑAS ABOMOHOR, en inmueble de igual estrato y condiciones a las de su vivienda afectada por la construcción, lo que implica el costo del traslado de muebles y enceres. Por el término de tres (3) meses hasta tanto se efectúen las reparaciones del inmueble a que hubiere lugar

2. Por su parte, el fallo de segunda instancia que fue proferido el 7 de diciembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barranquilla, confirmó el fallo de primera instancia, pero realizó algunas precisiones en las ordenes que debían cumplirse, así:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2.016) proferida por el Juzgado Doce (12) Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, cuya titular lo es la Doctora NINFA INES RUIZ FRUTO, con la MODIFICACIÓN de que la duración de la orden dirigida constructoras, TERRABIANCA S. A. S. y PROMOTORA, CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA HABITAT LTDA., en caso de que pericia establezca el nexo causal entre los daños de la vivienda de los accionantes y la construcción llevada a cabo por

aquellas en el EDIFICIO SOHO 55 II, orden de asumir el costo de transporte, y arriendo de otro lugar de habitación de los accionantes, que en lugar de tres (3) meses, será el tiempo necesario para la realización de las labores de reparación del inmueble de los accionantes, labores que implican la misma calidad que tenía la construcción antes de los daños y que deberán realizarse en el menor tiempo posible; el peritaje deberá ser realizado en un tiempo no superior a quince (15) días, y por un experto oficial de la misma entidad, que garantice imparcialidad e independencia, en cuyos exámenes tendrán la posibilidad de asistir las partes, habida consideración de las razones expuestas en la parte motiva. (sic)

3. Las órdenes de tutela comprendían entonces dos situaciones diferentes y condicionadas, la primera un peritaje/dictamen técnico que estableciera la existencia de nexo causal entre la construcción realizada y los daños en la vivienda de los accionantes, luego, en caso de que existiera el nexo, deberían entonces las constructoras proceder a reparar los daños y brindar las condiciones adecuadas de vivienda al señor Samuel Viñas y la señora Leyla Viñas por el tiempo que duraran las obras de reparación correspondientes.

4. Para continuar, es necesario recordar que la solicitud de cumplimiento y el incidente de desacato son dos instrumentos jurídicos diferentes, tal y como fue señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T-512 de 2011:

Es necesario señalar que la jurisprudencia constitucional ha precisado que la solicitud de cumplimiento y el incidente de desacato son dos instrumentos jurídicos diferentes, los cuales, a pesar de tener un mismo origen -la orden judicial de tutela- y tramitarse en forma paralela, persiguen distintos objetivos. Así lo sostuvo en Auto 045 de 2004 al indicar:

“3. En torno a estas dos actuaciones, en reciente decisión la Corte precisó que el cumplimiento del fallo y el desacato “son en realidad dos instrumentos jurídicos diferentes, que a pesar de tener el mismo origen -la orden judicial de tutela- y tramitarse en forma paralela, en últimas persiguen distintos objetivos: el primero, asegurar la vigencia de los

derechos fundamentales afectados, y el segundo, la imposición de una sanción a la autoridad que ha incumplido el fallo”. Bajo esa premisa, en la misma providencia se sostuvo que, “si bien en forma paralela al cumplimiento de la decisión cabe iniciar el trámite de desacato, este último procedimiento no puede desconocer ni excusar la obligación primordial del juez constitucional, cual es la de hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección. Por ello, sin perjuicio de que se sancione o no al funcionario obligado a obedecer el fallo, el juez constitucional tiene el deber de asegurar su total cumplimiento si ello no ha ocurrido por vía del desacato, ya que en ciertos eventos la efectividad de los derechos conculcados se logra “a través de la adopción de medidas adicionales a la sanción por desacato, al ser este incidente insuficiente para hacer cumplir la orden proferida (...).”

Siguiendo esta interpretación constitucional, “el trámite del cumplimiento no es un prerrequisito para el desacato, ni el trámite de desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato”

5. Los accionantes iniciaron un incidente de desacato porque consideraron que no se había dado estricto cumplimiento al fallo de tutela.

6. El Juez Doce Penal Municipal de Barranquilla con Función de Garantías, el 9 de febrero de 2018 resolvió el incidente señalando que existía cumplimiento del fallo de tutela por parte del Distrito de Barranquilla, toda vez que a través de una firma especializada se adelantó una consultoría que permitió determinar el nexo causal entre la construcción del Edificio SOHO 55-2 y los daños sufridos. Sin embargo, no evidenció cumplimiento por parte de las constructoras Terrabianca S.A.S y la Sociedad Promotora, Constructora e Inmobiliaria Habitat Ltda, de reubicar a los accionantes en un inmueble de igual estrato y condiciones a las de su vivienda afectada, por ello, impone sanción a los representantes legales, de 10 días de arresto y 50 salarios mínimos legales de multa.

7. En instancia de consulta, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barranquilla revocó la sanción impuesta y consideró que el juez ni las partes pueden controvertir aspectos que fueron parte del trámite inicial de tutela, ni puede dar órdenes adicionales en el trámite del incidente de desacato, pero bien puede proferir órdenes adicionales a las que fueron impartidas, siempre y cuando se haga para garantizar la efectiva protección de derechos fundamentales.

Para el caso, señaló que no puede enrostrarse desacato porque primero deberá analizarse el nexo causal entre la construcción y los daños de la vivienda, para luego señalar que deben cumplirse con las órdenes impartidas a las constructoras, en tal sentido señaló en el auto³:

Un sano entendimiento de la orden, es que una vez establecido el nexo causal, nace para las entidades aquí accionadas, la obligación de cumplir lo plasmado en la sentencia con relación a dichas entidades, que requiere sí de un pronunciamiento del funcionario judicial de primera instancia, en el que previa valoración de todos los elementos de juicio disponibles, concluya si el dictamen arroja conclusiones tendientes a establecer la relación causal, previa declaración si en definitiva la ALCALDÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA DEIP-SECRETARÍA DE CONTROL URBANO Y ESPACIO PÚBLICO, cumplió con la orden de tutela. Sólo después de lo anterior, podrá hablarse de desacato”

8. Debe considerarse que el análisis que hace el juez de segunda instancia en la consulta del desacato, se basa en la diferencia previa que se hizo entre cumplimiento y desacato y por ello, se entienden el fundamento para que se haya revocado la sanción impuesta a los representantes legales de las constructoras.

9. Al Juzgado de primera instancia le corresponde verificar el cumplimiento del fallo por parte de la Alcaldía, hacer un análisis del nexo entre la construcción y los daños partiendo del informe con que se cuenta y da conclusiones al respecto, tal como lo señaló el Juez de

segunda, en la providencia del 22 de febrero de 2018.

10. En caso tal de que exista nexo, deberá actualizarse la orden de tutela por el juez de primera instancia y darse el término para el cumplimiento de las constructoras conforme ya había sido ordenado en los fallos de tutela. Luego, si existe incumplimiento procederá el desacato.

11. No es viable declarar el incumplimiento e imponer sanción por desacato, cuando primero no se ha brindado la posibilidad de atender la orden judicial.

Análisis del caso

Al respecto, el problema jurídico que convoca a la Sala consiste en establecer si contra la decisión con la que se revocaron las sanciones impuestas por incumplimiento de las órdenes de amparo y la de archivo del incidente de desacato en la tutela de radicado 2016-00110, se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales y, en consecuencia, es procedente revocar el fallo de tutela de primera instancia y conceder el amparo invocado.

Para ello, primero se tendrá en cuenta lo que la jurisprudencia constitucional ha señalado sobre los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra las decisiones judiciales y los requisitos específicos, que se han establecido:

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales

Como ha sido de manera recurrente recordado por esta Sala, la acción constitucional de tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para el accionante, tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional.

Por este motivo, y como ha sido desarrollado por la Doctrina constitucional, la acción de tutela contra providencias judiciales exige:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que hayan sido agotados todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que atañe a los derechos fundamentales del accionante.
- e. Que el accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que la decisión judicial contra la cual se formula la acción de tutela no se corresponda con sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos, no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido reiterados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-212 y T-780 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida «...si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta».

En punto de las exigencias específicas, como fue recogido en la sentencia C-590 de 2005, han sido establecidas las que a continuación se relacionan:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, el cual surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁴ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;

e. Error inducido, el cual surge cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios judiciales de explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado [5].

h. Violación directa de la Constitución. (Textual).

Queda entonces claro que cuando la acción de tutela se dirige contra decisiones judiciales su procedencia es excepcionalísima, y la parte accionante es quien tiene la carga de demostrar la configuración de una o varias de las causales de procedibilidad enunciadas.

Adicionalmente, cuando el amparo invocado es contra decisiones judiciales proferidas durante el trámite del incidente de desacato o con ocasión de la solicitud de cumplimiento de un fallo de tutela, claramente se ha señalado que el juez constitucional no puede invadir las competencias de la otra autoridad.

Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-325 de 2015:

...no podrá reabrir el debate constitucional dado con ocasión de la acción de tutela cuyo desacato o cumplimiento se solicita, por cuanto su análisis se encuentra limitado a la

presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante como consecuencia de las decisiones proferidas durante el trámite de cumplimiento o de desacato en comento. (Textual).

En el presente caso, la solicitud de amparo elevada por el accionante está dirigida contra el auto del 22 de febrero de 2018 del Juzgado Séptimo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Barranquilla en el que se revocó la decisión de desacato y las sanciones impuestas por el Juzgado Doce Penal Municipal con Funciones de Control de garantías, así como, el auto del 6 de marzo de ese último despacho judicial, donde decidió archivar el trámite del incidente de desacato.

Es en relación con esas providencias que la Sala procede a valorar si se cumple con los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

1. Decisión del 22 de febrero de 2018 del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla:

-Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Se ataca la decisión tomada en instancia de consulta de revocar la sanción por desacato, cuando para el accionante continuaba la vulneración que dio lugar al amparo. Por tanto, al evidenciarse que el presente asunto guarda relación con derechos fundamentales, se torna de relevancia constitucional.

-Que hayan sido agotados todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial. Este requisito se cumple por cuanto la decisión que resolvió el incidente de desacato carece de recursos y del grado jurisdiccional de consulta.

-Que se cumpla el requisito de la inmediatez. La Sala considera que la acción de tutela fue presentada en un término razonable.⁶

-Identificación razonable de los hechos que generaron la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados. Se evidencia que el motivo de inconformidad del accionante es que el Juez de tutela de primera instancia presuntamente no valoró adecuadamente los argumentos presentados porque consideró que la providencia atacada se dio entre los límites de la discrecionalidad del Juez Séptimo Penal del Circuito. Agregó que se presentó una vía de hecho porque alteró una orden de tutela que ya estaba ejecutoriada y que no incluía ningún pronunciamiento de la Alcaldía.

-Que la decisión judicial contra la cual se formula la acción de tutela no se corresponda con sentencias de tutela. Este requisito se cumple porque la decisión atacada fue proferida a partir de la solicitud de incidente de desacato formulada por el accionante, encaminada a promover el cumplimiento de la orden de tutela impartida en su momento por la autoridad accionada para garantizar sus derechos fundamentales.

En ese sentido, la Sala advierte que esta solicitud de amparo sí cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

En relación con las exigencias específicas de procedibilidad, se descarta la configuración de alguno de esos requisitos, pues como fue determinado por el Juez de tutela de primera instancia, se evidencia que la decisión es razonable y que en la misma fue valorada la situación completa sobre el cumplimiento de la orden de tutela impartida a partir del fallo de tutela emitido.

En la decisión del Juzgado Séptimo se consideró que no había lugar a imponer sanción porque debía primero determinarse judicialmente si existía un nexo entre la construcción del Edificio Soho 52 y los daños estructurales sufridos por la vivienda de los accionantes, para posteriormente, establecer la ocurrencia de un desacato. El informe entregado por la firma contratada por la Alcaldía, no bastaba para considerar la correlación entre la construcción y el daño de la vivienda, era necesario hacer un análisis por parte del juez.

Tal determinación del Juzgado Séptimo, es acorde con la decisión de amparo, toda vez que no puede predicarse el desacato cuando quien debería cumplir la orden judicial no ha sido requerido para ello, como se señaló anteriormente. La decisión del Juzgado Séptimo no hace nada diferente de dirigir el estudio sobre el cumplimiento del fallo, cuando la decisión de protección constitucional ha involucrado diferentes actividades y actores, condicionando el cumplimiento y el desarrollo de tareas a la realización de otras.

2. Decisión del 6 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Doce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla.

-Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. El accionante está en desacuerdo con la decisión de archivo del incidente de desacato propuesto, al considerar que en su sentir continua la vulneración que dio lugar al amparo. Por tanto, al evidenciarse que el presente asunto guarda relación con derechos fundamentales, se torna de relevancia constitucional.

-Que hayan sido agotados todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial. Al respecto, el Tribunal considera que el accionante puede solicitar el desarchivo, si considera que sus derechos fundamentales no han sido garantizados. En igual sentido, considera la Sala que el accionante cuenta con medios ordinarios, toda vez que para el caso, primero deberá adelantarse el estudio de cumplimiento de decisión judicial (Alcaldía y constructoras) y luego, en caso de incumplimiento, podrá iniciarse el desacato correspondiente, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2391 de 1991.

-Que se cumpla el requisito de la inmediatez. La Sala considera que la acción de tutela fue presentada en un término razonable.⁷

-Identificación razonable de los hechos que generaron la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados. Se evidencia que el motivo de inconformidad del accionante es que se realizó el archivo del incidente por parte del Juzgado Doce sin atender

la orden del Juzgado Séptimo del Circuito de hacer un estudio del informe pericial para determinar el nexo causal.

Al respecto, debe indicarse que el archivo era la consecuencia de la revocatoria de la sanción por desacato, toda vez que luego de hacer el estudio del nexo entre la construcción y el daño, debió comunicarse para que los accionados (Constructora Terrabianca S.A.A y Sociedad Promotora, Constructora e Inmobiliaria Habitat Ltda) adelantaran las acciones a su cargo para cumplir el fallo, lo cual no aparece demostrado en el trámite de tutela; por ello, se concluye que el incidente de desacato no es el trámite para el análisis del cumplimiento, sin que previamente se haya dado el traslado para la ejecución de las órdenes judiciales, como se señaló anteriormente.

- Que la decisión judicial contra la cual se formula la acción de tutela no se corresponda con sentencias de tutela. Este requisito se cumple porque la decisión atacada fue proferida a partir de la solicitud de incidente de desacato formulada por el accionante, encaminada a promover el cumplimiento de la orden de tutela para que se garantizaran sus derechos fundamentales.

En ese sentido, la Sala advierte que esta solicitud de amparo no cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, por lo que no es necesario adelantar el estudio de las causales específicas. Las decisiones atacadas se ajustan al ordenamiento jurídico, pues no es viable imponer sanciones por desacato a quienes no han sido requeridos para el cumplimiento de los fallos de tutela, pese a que el accionante reclame la garantía de sus derechos fundamentales.

Por lo anterior, la Sala considera que debe confirmarse el fallo de tutela de primera instancia porque la solicitud de amparo no cumple con el requisito general de subsidiariedad, comoquiera que debe continuarse con el trámite de tutela para verificación del cumplimiento y en caso eventual de incumplimiento, se deberá iniciar un nuevo

incidente de desacato.

3. Teniendo en cuenta los argumentos formulados en la solicitud de amparo, debe indicarse que si bien el Decreto 2591 de 1991 establece una presunción de veracidad, esta no es ilimitada y no habilita al juez de tutela para extralimitarse en sus competencias, como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia T-392 de 1994:

La consagración de la presunción de veracidad obedece al desarrollo del principio de inmediatez, propio de la acción de tutela, y se dirige a obtener la eficacia de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los deberes constitucionales. La presunción de veracidad de que trata el artículo 20 del decreto 2591 de 1991 no puede constituirse en la patente de corso para conceder todo lo solicitado por el demandante del amparo. Dicha presunción sólo puede aplicarse en cuanto se circunscribe a la competencia del juez de tutela. Lo contrario supondría el desconocimiento de los principios en que se funda el Estado Social de Derecho. (Resaltado fuera del texto original).

En este sentido, al encontrarse que las decisiones proferidas en el trámite del incidente de desacato se ajustan a derecho y al no cumplir con el requisito de subsidiariedad, lo procedente es confirmar el fallo de tutela de primera instancia.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 3, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado.

2. NOTIFICAR a los sujetos procesales el presente fallo, por el medio más expedito.

3. Envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 138 a 139

2 Folio 31

3 Folio 71

4 Ídem. Sentencia T-522 de 2001.

5 « Cfr. Sentencias T-462 de 2003 ; SU-1184 de 2001 ; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001. »

6 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-328 de 2010.

7 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-328 de 2010.