

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

STP2031-2019

Radicación N°. 102736

Acta No. 45

Bogotá. D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por la representante legal de la Sociedad ND PROPIEDAD HORIZONTAL S.A.S., Nohra Daza Orozco, quien es la administradora provisional del edificio SOHO55-2, contra el fallo proferido el 28 de noviembre de 2018 por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA, mediante el cual concedió el amparo constitucional invocado en la demanda de tutela que SAMUEL VIÑAS PINILLA y LEYLA MARÍA VIÑAS ABOMOHOR, a través de apoderado, formularon contra el JUZGADO 12° PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS BARRANQUILLA, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales.

Trámite al cual se vinculó de manera oficiosa al JUZGADO 7° PENAL DEL CIRCUITO, a la ALCALDÍA MUNICIPAL, a la SECRETARÍA DE CONTROL URBANO Y ESPACIO PÚBLICO, todos de Barranquilla, al representante legal del Edificio SOHO 55-2 de la misma ciudad, a la CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA HABITAT LTDA, TERRABIANCA S.A.S., representante legal de INGENIERÍA Y GEORIESGOS IGR S.A.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron resumidos por el Tribunal A quo de la siguiente manera:

Se adujo en la demanda de amparo que, el JUZGADO DOCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BARRANQUILLA (Atlántico), conoció de la tutela inicial presentada por los señores SAMUEL VIÑAS PINILLA y LEYLA MARÍA VIÑAS ABOMOHOR en contra de diversas empresas, como TIERRABIANCA S.A.S y HABITAT LTDA., además de la Alcaldía Distrital y su Secretaria de control urbano y la Curaduría urbana No. 2; y mediante fallo de octubre 6 del 2016 tuteló los derechos constitucionales de los accionantes. Decisión que fue confirmada por el JUZGADO SÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA (Atlántico).

Posteriormente, mediante auto de fecha de febrero 9 de 2018 se sancionó a los accionados LUIS ARMANDO JARABA GONZÁLEZ y BERNARDO GARCÉS DE VIVO, como responsables de desacato a la orden de tutela expuesta en precedencia, no obstante, refiere el accionante que a través de auto del 22 febrero del 2018 el JUZGADO SÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA (Atlántico), optó por revocar dicha sanción, y en consecuencia el Juez Municipal ordenó archivar el tramite incidental.

Acto seguido indica, que la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA en fallo de tutela del día 6 de marzo de 2018 resolvió declarar improcedente el amparo pretendido por los hoy actores, al solicitar se ordenase el desarchivo del incidente, bajo el entendido que estos podían solicitar al desarchivo si estimaban que sus derecho (sic) no estaban garantizados, determinación confirmada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en fallo del 24 de julio del 2018, empero recalcan que en la parte motiva de la misma se dispone verificar el cumplimiento por parte de la Alcaldía, hacer un análisis del nexo entre la construcción y los daños partiendo del informe con que se cuenta y dar conclusiones al respecto.

Que para el veintidós (22) de agosto de 2018 se presentó solicitud de desarchivo o

continuación del trámite incidental ante el JUZGADO DOCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BARRANQUILLA (Atlántico), no obstante, aducen que el titular profirió auto el 3 de octubre de 2018, ordenando en su numeral primero se abstuvo de dar aplicación al artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, considerando que existía imposibilidad material para el cumplimiento de la decisión adoptada por ese mismo despacho, atendiendo igualmente a los lineamientos esbozados por el JUZGADO SÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA (Atlántico).

Por último, se interpuso acción de tutela en contra del auto de 3 de octubre de 2018 proferido por el JUZGADO DOCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BARRANQUILLA (Atlántico), toda vez que, el a-quo mal interpretó las consideraciones del a-quem, incumpliendo así la orden emanada mediante el auto del 22 de febrero de 2018, sumado a que, el despacho no dio aplicación de los precedentes judiciales sentados en el trámite del incidente de desacato proferidos por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR de BARRANQUILLA Y LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, lo que implica que no respetó las garantías conferida por ambas corporaciones, aunado a que el accionado insistió en no dar aplicación al artículo 52 del decreto 2591 de 1991, en el sentido de no reiniciar o darle final al incidente de desacato y así darle cumplimiento a lo que fue ordenado por el JUZGADO SÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA (Atlántico).

2.2.- PRETENSIONES

Pretende el Dr. JULIO ANTONIO OJITO PALMA, en calidad de apoderado judicial de los ciudadanos SAMUEL VIÑAS PINILLA y LEYLA MARÍA VIÑAS ABOMOHOR, se anule todo lo actuado en el trámite del incidente de desacato precitado, inclusive la providencia del Tres (3) de octubre de 2018 emitida por el JUZGADO DOCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BARRANQUILLA (Atlántico), y en su lugar se ordene al despacho accionado sin mayor trámite, proferir una nueva providencia en la que se dé inicio a la

verificación del cumplimiento, o no, de la orden de tutela del seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016), en virtud del cual se reconoció la protección a los derechos fundamentales de los accionantes, luego, agotado el correspondiente trámite probatorio se decida sobre el problema del incumplimiento de la orden de tutela.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla hizo un recuento de todas las actuaciones que se adelantaron dentro del trámite de tutela identificado con radicación 2016-00110 —primera y segunda instancia, incidente de desacato y consulta—, y aclaró que en este caso, la petición de amparo se dirige contra el auto interlocutorio del 3 de octubre de 2018 mediante el cual el Juzgado 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla se abstuvo de dar aplicación al artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Indicó que la acción de tutela cuando se dirige contra actos proferidos dentro del trámite incidental de desacato, procede de manera excepcional, pues es necesario verificar la existencia de una vía de hecho. Sin embargo, debe limitarse el estudio a la “conducta desplegada por el juez durante el incidente mismo, sin consideración alguna del fallo que le sirve de trasfondo. Lo contrario sería revivir un asunto debatido que hizo tránsito a cosa juzgada.”

Ahora, dilucidado lo anterior, y tras un análisis de los medios de convicción aportados al expediente, consideró que el Juzgado 12° Penal Municipal con Función de Control de Garantías Barranquilla sí incurrió en “defecto fáctico” al proferir la decisión del 3 de octubre de 2018, mediante la cual resolvió “abstenerse de dar aplicación al artículo 52 del decreto 2591 de 1991 y/o Sancionar por Desacato al Representante Legal y/o Gerente de las entidades TERRABIANCA S.A.S. Y SOCIEDAD PROMOTORA, CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA HABITAT LTDA...” dentro de la acción de tutela presentada por los acá

accionantes.

Lo anterior, porque:

(...) esta Sala, con relación al presente asunto, vislumbra una vía de hecho por DEFECTO FÁCTICO – en cuanto existió una indebida valoración probatoria, que constituye una de las circunstancias excepcionales por las cuales la Honorable Guardiana de la Constitución ha previsto como procedente la tutela en contra de decisiones judiciales.

En este asunto, no podría hablarse de la configuración de un defecto sustantivo, en tanto existió motivación, y fundamentación normativa aplicable al caso, tampoco se configuró un defecto procedimental, ya que, el procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo, fue el que justamente se dio, y en lo que respecta al defecto orgánico, tampoco se avizora, pues ciertamente el juez de control actuó dentro del ámbito de su competencia.

No obstante, se estima la materialización de un DEFECTO FÁCTICO, pues el Juez Doce Penal Municipal con función de Control de Garantías, se apartó y desconoció lo decidido por el Juez Séptimo Penal del Circuito, interpretando a juicio de la Sala, de manera equivocada lo resuelto por este, y lo considerado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela STP9985-2018, Rad, 99264 del 24 de Julio de 2018:

“...en la decisión del Juzgado Séptimo se consideró que no había lugar a imponer la 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 accionante (sic), 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...” (Destacado del texto original)

Por tal motivo resolvió:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales del Debido Proceso y Acceso a la Administración de justicia deprecados como vulnerados por el Dr. JULIO ANTONIO OJITO PALMA, en calidad de apoderado judicial de los ciudadanos SAMUEL VIÑAS PINILLA y LEYLA MARÍA VIÑAS ABOMOHOR, dentro de la Acción de Tutela impetrada en contra del JUZGADO DOCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BARRANQUILLA (Atlántico), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la decisión adoptada el Tres (3) de Octubre de 2018, proferida por el JUZGADO DOCE (12) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BARRANQUILLA, de conformidad con lo expuesto en los lineamientos vertidos en esta decisión.

TERCERO: ORDENAR al titular del JUZGADO DOCE (12) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BARRANQUILLA, que en un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas proceda a reiniciar el trámite incidental de desacato dentro del expediente con radicado T 08001-40-88-012-2016-00110-00, teniendo en cuenta las apreciaciones esbozadas por el Juez Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barranquilla, y a lo Considerado por la Honorable Corte Suprema de Justicia sentencia de tutela STP9985-2018, Rad, 99264 del 24 de Julio de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el pronunciamiento anterior, la representante legal de la Sociedad ND PROPIEDAD HORIZONTAL S.A.S., Nohra Daza Orozco, quien es la administradora provisional del edificio SOHO55-2, lo impugnó, sin sustentar su inconformidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con lo establecido en el art. 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación formulada contra el fallo de tutela emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

2. Corresponde a la Sala determinar si hizo bien el A quo al conceder el amparo de los derechos fundamentales reclamados por SAMUEL VIÑAS PINILLA y LEYLA MARÍA VIÑAS ABOMOHOR, a través de apoderado. Para tal efecto, resultan pertinentes las siguientes precisiones:

3.1 En ese propósito, como la actuación estatal cuestionada es una decisión judicial, la Sala, en primer lugar, fijará los criterios jurisprudenciales establecidos para analizar la procedencia de la acción de amparo.

En ese sentido, se ha decantado de tiempo atrás que la acción de tutela es una vía de protección excepcionalísima cuando se dirige en contra de providencias judiciales y su prosperidad va necesariamente ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad, que esta Corporación, en posición compartida por la Corte Constitucional² ha venido acogiendo y que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración.

Tales requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales contemplan, que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Además, que se hayan agotado 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 irremediable.

Igualmente, exige la jurisprudencia que se cumpla el requisito de la inmediatez, el cual impone que la tutela se haya instaurado en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; así mismo, 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 afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

Además, 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»³.

Y finalmente, que no se trate de sentencias de tutela.

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590/05. Estos son: (i) defecto orgánico⁴; (ii) defecto procedimental absoluto⁵; (iii) defecto fáctico⁶; (iv) defecto material o sustantivo⁷; (v) error inducido⁸; (vi) decisión sin motivación⁹; (vii) desconocimiento del precedente¹⁰; y (viii) violación directa de la Constitución.

Desde la decisión CC C-590/05 ampliamente referida, la procedencia de la tutela contra una providencia emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando se presente al menos uno de los defectos generales y específicos antes mencionados.

3.2. Ahora, tratándose de solicitudes de amparo constitucional incoadas contra providencias proferidas en el curso de un incidente de desacato, la Corte Constitucional en pacífica jurisprudencia ha establecido que procede la acción de tutela de manera excepcional, esto es, siempre que se logre verificar la existencia de una vía de hecho.

Lo anterior, teniendo en cuenta la posibilidad de que los jueces que deciden y resuelven el incidente de desacato, afecten las garantías fundamentales de los intervinientes. Así, la acción constitucional se torna viable, en el entendido que, esas determinaciones se alejan abruptamente del ordenamiento jurídico y se fundamentan, no en lo probado dentro del trámite, sino en la subjetividad, en el capricho, en la arbitrariedad o en la negligencia extrema.

Sobre el particular, el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia T - 482 de 2013, precisó:

(i) La procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra la providencia judicial que decide un incidente de desacato.

...9.- Ahora bien, tratándose de solicitudes de amparo en contra de las providencias proferidas en el curso de un incidente de desacato, como aquella que resuelve el incidente, la Corte ha establecido que procede la acción de tutela excepcionalmente, siempre que logre verificarse la existencia de una vía de hecho. Lo anterior, por cuanto es claro que por medio del incidente de desacato, las autoridades judiciales toman decisiones que pueden llegar a vulnerar los derechos fundamentales de las partes.

...Así, el estudio de una acción de tutela interpuesta contra un incidente de desacato deberá limitarse, en todo caso, a la conducta desplegada por el juez durante el incidente mismo, sin consideración alguna del fallo que le sirve de trasfondo. Lo contrario sería revivir un asunto debatido que hizo tránsito a cosa juzgada.

La procedibilidad del amparo contra las providencias proferidas en el curso del incidente de desacato es entonces de carácter excepcional, y para que se configure es preciso (i) que se verifique el cumplimiento de las causales genéricas de procedibilidad, y (ii) que se acredite la existencia de una causal específica de procedibilidad. (Resaltado por la Sala).

3.3 Ahora bien, los hechos relevantes de la actuación son los siguientes:

a. Mediante sentencia del 6 de octubre de 2016 el Juzgado 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías Barranquilla, tuteló los derechos a la Vida Digna, Salud e intimidad de SAMUEL VIÑAS PINILLA y LEYLA MARÍA VIÑAS ABOMOHOR, y ordenó:

“Segundo : Ordenar al Gerente y/o Representante Legal de la Alcaldía Distrital – Secretaría de Control Urbano y de Espacio Público de Barranquilla, para que dentro del término de

veinticuatro (25) (sic) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, proceda a realizar las acciones 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 inmueble de los accionantes (...) para que determinen si el origen de los (sic) daños ocurridos en el inmueble ubicado en la carrera 55 N 82 - 118 de la ciudad de Barranquilla, son o no consecuencia de la construcción del Edificio Soho 55-2 situado en la Carrera 55 N 82 - 112, de la ciudad de Barranquilla. Esto con el fin de atender con celeridad y eficacia la queja interpuesta por la responsabilidad a que haya dado lugar...

En el evento que la autoridad administrativa, esto es, ALCALDÍA DISTRITAL - SECRETARÍA DE CONTROL URBANO Y DE ESPACIO PÚBLICO DE LA ALCALDÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, determine que existe un nexo - causal entre la construcción del Edificio SOHO 55-2 ubicado en la carrera 55 N 80 - 72 de Barranquilla y los daños sufridos en la vivienda de los accionantes ubicada en la era. 55 N 82 -118, deberá la constructora TERRABIANCA S.A.S., y a la SOCIEDAD PROMOTORA, CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA HABITAT LTDA, en cabeza de su representante legal dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes reubicar a los accionantes (...) en inmueble de igual estrato y condiciones a las que la vivienda afectada por la construcción, lo que implica el costo del traslado de muebles y enseres. Por el término de tres (3) meses hasta tanto se efectúen las reparaciones del inmueble a que hubiere lugar.

b. En sede de segunda instancia, el Juzgado 7° Penal del Circuito de Barranquilla, el 6 de octubre de 2016, decidió confirmar la decisión y modificar la orden dirigida a las constructoras así:

... la duración de la orden dirigida a las constructoras, TERRABIANCA S.A.S. y PROMOTORA, CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA HABITAT LTDA, en caso de que pericia (sic) establezca el nexo causal entre los daños de la vivienda de los accionantes y la construcción llevada a cabo por aquellas en EDIFICIO SOHO 55 II, orden de asumir el costo de transporte, y

arriendo de otro lugar de habitación de los accionante (sic)

, 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

c. Ante el presunto incumplimiento de lo ordenado, los accionantes solicitaron la apertura del incidente de desacato, trámite que culminó el 9 de febrero de 2018 con sanción a los representantes legales de TERRABIANCA S.A.S., y a la SOCIEDAD PROMOTORA, CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA HABITAT LTDA, Luis Armando Jaraba González y Alfonso Bernardo Garcés de Vivo de “DIEZ (10) días de ARRESTO” y multa de “CINCUENTA (50) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes).

d. En sede de consulta el Juzgado 7° Penal del Circuito de Barranquilla decidió el 22 de febrero de 2018 revocar la decisión mediante la cual se declaró en desacato a los representantes legales de TERRABIANCA S.A.S., y a la SOCIEDAD PROMOTORA, CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA HABITAT LTDA, Luis Armando Jaraba González y Alfonso Bernardo Garcés de Vivo. En aquella oportunidad se dijo:

... dado el contenido de la orden plasmada en la sentencia de primera instancia, no tanto en lo que se refiere al numeral primero sino al 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 el la (sic) 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 veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete (2017), en que

dirigiendo orden a la SECRETARÍA 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 GEORIESGOS IGR SAS, para que realizara el INFORME DE CONSULTORÍA PARA DETERMINAR EFECTOS DE LA CONSTRUCCIÓN DEL EDIFICIO SOHO 55-2, SOBRE EL INMUEBLE UBICADO EN LA CARRERA 52 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 ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (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 reclama, y que en cambio debe determinarse judicialmente.

Si lo anterior es así, como en efecto aconteció, entonces hasta el momento no puede enrostrarse desacato a los accionados, pues el entendimiento que se deriva del contenido de la orden protectora asumida en 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, y en el caso de los dictámenes periciales, los expertos aportan el conocimiento en determinados aspectos de la ciencia, arte, etc., sobre los cuales el juez no tiene conocimiento, para que de igual manera tome la decisión que corresponda. Pero una vez rendido el informe pericial la autoridad que la ordenó debe valorarla. En el caso concreto, dado el contenido mismo del informe pericial y especialmente de las conclusiones, en donde además de plasmarse el contenido de las mismas, se agregan unas limitaciones es claro que requieren de un esfuerzo valorativo para desentrañar de él lo que se pretende.

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. Solo después de lo anterior, podrá hablarse de desacato. (Resalto fuera de texto)

Por lo que el Juez 7° Penal del Circuito de Barranquilla, ordenó devolver “la actuación al funcionario de primera instancia para que proceda en la forma que se desprende del contenido de la motivación”.

e. Después, los acá accionantes solicitaron al Juzgado 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla la apertura del incidente de desacato, y el 6 de marzo de 2018 mediante auto esa agencia judicial decidió archivar el trámite.

Por lo anterior, presentaron acción de tutela contra los Juzgados 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y 7 Penal del Circuito, ambos de Barranquilla, en la cual atacaban los autos del 6 de marzo¹¹ y 22 de febrero de 2018, y el 2 de mayo de 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla la negó por improcedente, por cuanto “no indica el libelista con claridad alguna cual es el defecto adolecido por dicha providencia y no se avizora la existencia flagrante de vulneración a los derechos invocados ... Y es que de igual modo, al darse el archivo del incidente de desacato, nada impide que se puede solicitar el desarchivo por parte de los accionantes, si consideran que sus derechos fundamentales aún no han sido garantizados, por lo que a su vez, poseen otro mecanismo o herramienta a su disposición...”

f. La decisión anterior fue impugnada y en sentencia STP9985-2018, Rad. 99264 del 24 de julio de 2018 esta Corporación, expuso:

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

(...)

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.

(...)

... 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 nexa 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 nexa 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.

g. Teniendo en cuenta lo decidido, nuevamente el 22 de agosto de 2018, SAMUEL VIÑAS PINILLA y LEYLA MARÍA VIÑAS ABOMOHOR, elevaron solicitud de apertura de incidente de desacato y el Juzgado 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, el 3 de octubre de 2018 se abstiene de dar aplicación al artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. Las razones fueron las siguientes:

Es por lo anterior, que este Despacho acata la orden de su Superior Jerárquico y, decide archivar el Incidente de Desacato. Pues como bien es sabido y así fue manifestado en auto de fecha 06 de marzo de 2018, aun cuando el cumplimiento del fallo de tutela, por regla general deba ser inmediato, la Honorable Corte Constitucional ha admitido que excepcionalmente puede darse la circunstancia de que la decisión de tutela se de imposible cumplimiento. En ese caso el destinatario de la orden está obligado a demostrar tal circunstancia en forma inmediata, eficiente, clara y definitiva. Así ha dicho la Jurisprudencia que “Ante la orden impartida en un fallo de tutela su destinatario tiene dos opciones: una, que es la regla general, cumplirla de manera inmediata y adecuada, y dos: que es la excepción, probar de manera inmediata, eficiente, clara y definitiva la imposibilidad de cumplirla”.

(...)

En este orden de ideas, existe una imposibilidad material para el cumplimiento de la decisión tomada por este Despacho y que así se ha demostrado en el expediente, según lo resuelto por el Juzgado Séptimo Penal del circuito de Barranquilla, mediante auto de fecha 22 de febrero de 2018 al momento de sustentar jurídicamente la decisión de consulta, quien resolvió revocar la decisión de este Despacho de fecha 09 de febrero de 2018, por la que se declaró en desacato a los señores LUIS ARMANDO JARABA GONZÁLES (sic) y ALFONSO

BERNARDO GARCÉS DE VIVES.

Por lo anterior, se tiene que, mal haría este Despacho en continuar con un incidente de Desacato, toda vez que la instancia superior se ha pronunciado sobre el mismo, revocando la decisión ya tomada en esta instancia Judicial, por cuanto si este Juzgado decide insistir en sancionar a la entidad accionada, en la eventual consulta de la sanción, la decisión del juez superior no sería una diferente a revocar nuevamente, pues como bien se ha manifestado por este Despacho y a la vez por el Juzgado Séptimo Penal del circuito, nos encontramos frente a una Imposibilidad Material para el cumplimiento de la decisión tomada.

Ahora bien, posterior a la emisión del auto de fecha 06 de marzo de 2018, por medio de la cual se ordenó obedecer y cumplir lo resuelto Por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, y en consecuencia se ordenó archivar el presente trámite incidental de desacato, la parte accionante, actuando en todo el Derecho, presentó acción de tutela en contra de este Despacho, como también del Juzgado Séptimo Penal del Circuito. Por considerar que con las decisiones tomadas se les estaba vulnerando el derecho Fundamental al debido Proceso, es de aclarar que dicha tutela fue fallada negativamente al accionante, declarándose improcedente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

(...)

En resumen, ante esta realidad probatoria, debe concluir el Despacho que se encuentra agotado el núcleo esencial de los derechos fundamentales amparados en el fallo de tutela, de lo cual se sigue que en la actual coyuntura procesal no existen razones para emitir una sanción por desacato al fallo proferido, como tampoco para ordenarse desarchivar el presente trámite incidental, en consecuencia se abstendrá de dar aplicación al artículo 52 del decreto 2591 de 1991 y/o sancionar por desacato al Representante y/o Gerente de las entidades TERRABIANCA S.A.S. Y SOCIEDAD PROMOTORA, CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA

HABITAT LTDA, o quien haga sus veces.

3.4 En ese contexto, considera la Sala que, tal y como fue analizado por la primera instancia, en este caso se cumplen los requisitos generales de procedencia del amparo contra providencias judiciales, toda vez que se trata de un asunto de relevancia constitucional, pues se indica la presunta afectación del derecho fundamental al debido proceso. Además, los demandantes no cuentan con otro mecanismo de defensa judicial y acudieron en un término razonable a la presente herramienta constitucional, teniendo en cuenta que la decisión atacada data del 3 de octubre de 2018.

De igual forma, tampoco hay duda sobre la verificación de los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela pues, la providencia en mención configura vía de hecho por defecto fáctico. Lo anterior, por las siguientes razones:

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha indicado que al juez constitucional que tramita el incidente de desacato le corresponde verificar: i) a quién se dirigió la orden; ii) en qué término debía ejecutarla; iii) y el alcance de la misma. Luego, con ese marco de referencia, debe constatar iv) si la orden fue cumplida, o si hubo un incumplimiento total o parcial y v) las razones que motivaron el incumplimiento. Esto último, para establecer qué medidas resultan adecuadas para lograr la efectiva protección del derecho. (Cfr. Sentencia T-254/14).

Sin embargo, en lo que atañe al trámite incidental propuesto por SAMUEL VIÑAS PINILLA y LEYLA MARÍA VIÑAS ABOMOHOR, se advierte que el Juzgado 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, no sólo desconoció los términos y el alcance de la orden constitucional que impartió en el fallo del 6 de octubre de 2016 y que fue confirmada y modificada el 7 de diciembre del mismo año por el Juzgado 7° Penal del Circuito de la misma ciudad, sino que realizó una valoración equivocada de las decisiones del 22 de febrero, 2 de mayo y 24 de julio de 2018, además que realizó un análisis desatinado de las

pruebas aportadas a la actuación.

Así, olvidó que el Juzgado 7° Penal del Circuito de Barranquilla, en providencia del 22 de febrero de 2018 revocó en sede de consulta la sanción por desacato impuesta a los representantes legales de TERRABIANCA S.A.S., y a la SOCIEDAD PROMOTORA, CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA HABITAT LTDA, Luis Armando Jaraba González y Alfonso Bernardo Garcés de Vivo, ante la falta de determinación del “nexo causal”, el cual es la base de la orden dada el 6 de octubre de 2016 y no por imposibilidad de cumplir lo ordenado.

El mandato para la Alcaldía de Barranquilla, consistió en exigirle:

i. ...realizar las acciones 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 inmueble de los accionantes (...) para que determinen si el origen de los daños ocurridos en el inmueble ubicado en la carrera 55 N 82 - 118 de la ciudad de Barranquilla, son o no consecuencia de la construcción del Edificio Soho 55-2 situado en la Carrera 55 N 82 - 112, de la ciudad de Barranquilla.”

Lo cual se realizó y se tiene el correspondiente informe que presentó el representante legal de INGENIERÍA Y GEORIEGOS IGR SAS¹².

Ahora, se debe recordar lo resuelto por el Juez 7° Penal del Circuito de Barranquilla el 22 de febrero de 2018, donde dijo:

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. Solo después de lo anterior, podrá hablarse de desacato.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el juez constitucional cuando del cumplimiento de lo ordenado se trata y de la materialización de la protección otorgada se habla, cuenta con amplias facultades que fueron otorgadas para cumplir tres tareas¹³:

...identificar las situaciones de violación o amenaza de derechos fundamentales; conceder el amparo invocado, si es del caso, y adoptar, entonces, las medidas que conduzcan a que la protección dispensada se materialice. (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior, se desprende que el juez de tutela en aras de materializar la consecución de lo ordenado, puede "...impartir las medidas necesarias para evitar que el derecho comprometido vuelva a ser violado, perturbado o restringido" y de ser del caso "imponer sanciones por desacato, lo cual no lo sustrae de su obligación de adoptar las medidas que corresponda para perseguir el cumplimiento efectivo del fallo.¹⁴"

En ejercicio de esos poderes, la autoridad judicial puede valerse de las herramientas que conlleven al cumplimiento del fallo, las cuales se han clasificado en dos grupos: i) todas aquellas medidas que propenden por el cumplimiento del fallo en su sentido original y, ii) las que suponen una alteración de aspectos accidentales de la sentencia¹⁵.

Dentro para que el juez puede modificar las órdenes consignadas en la sentencia se deben cumplir una serie de parámetros estrictos, que han sido sintetizados así:

“(1) La facultad puede ejercerse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario modificar la orden, en sus aspectos accidentales, bien porque: a) la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane; b) porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público o c) porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.

(2) La facultad debe ejercerse de acuerdo a la siguiente finalidad: las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado.

(3) Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad.

(4) La nueva orden que se profiera debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz.”¹⁶

De ahí entonces que el Juez 7° Penal del Circuito de Barranquilla, estaba facultado para indicarle al Juez 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad que se requiere “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”, esto con el fin de hacer

cumplir lo ordenado en sentencia del 6 de octubre de 2016.

Y es justo este punto, el que no ha sido cumplido, pues si bien es cierto la Alcaldía de Barranquilla contrató a la entidad encargada de hacer las valoraciones de los inmuebles, no se ha determinado la existencia del nexo causal y esto le corresponde al Juez 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, según auto del 22 de febrero de 2018.

Se debe tener en cuenta que para determinar el cumplimiento de este punto, es necesario que el juez realice una valoración de todos los informes y las pruebas que fueron allegadas al interior del incidente de desacato.

Además, el Juez 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla con total descuido de los antecedentes procesales de la actuación judicial a su cargo, pasó por alto lo ordenado por el Juzgado 7° Penal del Circuito de Barranquilla.

Bajo el contexto anterior, se aprecian fundadas las censuras planteadas por los actores frente al auto interlocutorio del 3 de octubre de 2018 proferido por el Juzgado 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, lo que impone confirmar el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo impugnado.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente.

2 Fallos C-590/05 y T-332/06.

3 Ibídem.

4 “que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”.

5 “cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”.

6 “cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”.

7 “se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”.

8 “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”.

9 “que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”.

10 “cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance”.

11 Mediante la cual se archivó incidente de desacato.

12 Ver folios 77 y ss del cuaderno del Tribunal.

13 CC T 216 de 2016.

14 Decreto 2591 de 1991, Artículo 27: Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenara abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al

superior hasta que cumplan su sentencia. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

15 CC T 216 de 2016.

16 CC T 216 de 2016..

27