

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

STP3933- 2021

Radicado 115064

Acta No.56

Bogotá, D. C., nueve (9) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación presentada por JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA, en contra de la sentencia del 1º de febrero de 2021, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto (Nariño), por medio de la cual se declaró improcedente la acción de tutela instaurada por esta persona en contra de los Juzgados 3 Penal del Circuito y 5 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, ambos de la ciudad de Pasto.

Además de las autoridades accionadas, al trámite fue vinculada la Alcaldía Municipal de Pasto y la Empresa de Servicio Público de Alumbrado de esa ciudad -SEPAL S.A.-.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el confuso y extenso escrito de tutela, JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA presentó una solicitud el 29 de noviembre de 2019 ante la empresa SEPAL S.A., en la que indagó por las razones por las cuales no se había colocado el alumbrado público navideño en un barrio de la ciudad de Pasto, y por qué en la carrera 27 de esa ciudad solo se ilumina el

paso vehicular y no los andenes por los cuales transitan los peatones. Después de casi un año sin recibir respuesta, en septiembre del año 2020 interpuso una acción de tutela en procura del amparo de su derecho fundamental de petición; acción constitucional que fue admitida por el Juzgado 5º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la ciudad de Pasto. En dicha demanda se solicitó que, además, se ordenara la instalación del alumbrado público en los pasos peatonales de las vías señaladas en la petición primaria.

En sentencia del 2 de octubre de 2020, la prenombrada autoridad judicial negó por improcedente la acción de tutela instaurada por JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA, con fundamento en que la empresa accionada -SEPAL S.A.- había demostrado que había contestado de fondo la solicitud del actor en oficio del 20 de diciembre de 2019, que fue enviado al correo electrónico "jesusedgara@hotmail.com". Además, dentro del trámite de ese mecanismo de amparo, el accionante recibió una respuesta complementaria, que fue enviada el 24 de septiembre de 2020, también al correo electrónico precitado¹.

Adicionalmente, en dicha providencia se indicó que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para solicitar la instalación del alumbrado público, pues tal cosa debía demandarse en una acción popular.

Inconforme con la decisión anterior, y con fundamento en que en la petición del 29 de noviembre de 2019 no se indicó que la respuesta pudiera ser enviada a su correo electrónico personal y que los anexos indicados en la respuesta complementaria del 24 de septiembre no le fueron entregados, JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA impugnó la decisión del 2 de octubre de 2020. Dicho recurso fue desatado en sentencia del 13 de noviembre de 2020; decisión en la cual se confirmó la decisión recurrida, con fundamento en los mismos argumentos que fueron esgrimidos en sede de primera instancia.

Por considerar que las sentencias del 2 de octubre y del 13 de noviembre, emitidas por los Juzgado 5º Penal Municipal con Función de Control de Garantías y 3º Penal del Circuito de Pasto, respectivamente, son "absurdas y contradictorias", en tanto no verificaron que la

respuesta emitida haya sido realmente de fondo; JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA solicitó que dichos pronunciamientos sean revocados y que, en su lugar, se profiera una nueva sentencia en la que se le ordene a SEPAL S.A. que instale el alumbrado público que fue solicitado en la petición primaria.

TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA

1. Por auto del 20 de enero de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto admitió la presente acción de tutela y ordenó que se corriera el correspondiente traslado a las partes demandadas y vinculadas.

2. El Juzgado 3º Penal del Circuito de Pasto señaló que, en efecto, conoció de la segunda instancia de la tutela interpuesta por JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA en contra de SEPAL S.A. y la Alcaldía de Pasto, y que al interior del referido proceso emitió la sentencia del 13 de noviembre de 2020, por medio de la cual confirmó la providencia del a quo. Igualmente, añadió que en la sentencia de segunda instancia se dispuso la entrega al actor de los anexos de la comunicación de 24 de septiembre, ya sea de manera directa por SEPAL S.A., o por intermedio de ese estrado judicial.

Por otro lado, consideró que la presente acción constitucional resulta improcedente, pues es claro que el actor está tratando de utilizar este mecanismo como una instancia adicional al interior de la tutela que fue fallada en segunda instancia por ese Despacho. Advirtió que, en el fondo, JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA sigue pretendiendo, por medio del presente amparo, que SEPAL S.A. instale unas luces de alumbrado público en una serie de pasos peatonales en la ciudad de Pasto, y que esa demanda ya le fue negada en dos sentencias de tutela que se encuentran ejecutoriadas.

Así, por no advertir que sobre los fallos cuestionados pese alguna circunstancia que permita predicar que sobre ellos se configura el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, solicitó que se denieguen todas las pretensiones del actor y que, en su lugar, se declare la

improcedencia del presente mecanismo constitucional.

3. Por su parte, el Juzgado 5º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto señaló que, en efecto, ante ese estrado se adelantó la primera instancia del proceso de tutela que es referenciado en el escrito de amparo. Preciso que, al interior del referido mecanismo constitucional, emitió decisión del 2 de octubre de 2020, en la declaró la existencia del fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que advirtió que SEPAL S.A. había contestado la petición que le había sido remitida por JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA. Tal determinación fue confirmada por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Pasto.

Por considerar que en esta acción de tutela se están discutiendo asuntos que ya fueron objeto de decisión de amparo, y por no advertir la presencia de los elementos que permiten decretar la procedencia del amparo en contra de las providencias judiciales, solicitó que se declare la improcedencia del presente mecanismo constitucional.

4. Finalmente, por advertir que sobre ellos pesa el fenómeno de la falta de legitimación en la causa por pasiva, en atención a que la petición original no estaba dirigida a esa entidad, la Alcaldía Municipal de Pasto solicitó se desvinculada del este proceso de amparo.

5. A pesar de haber sido notificada oportunamente, SEPAL S.A. no se pronunció al interior de las presentes diligencias.

6. Visto lo anterior, en sentencia del 1º de febrero de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto decidió declarar la improcedencia del presente amparo, en tanto no advirtió cuál era la relevancia constitucional del asunto discutido y por cuanto encontró que, de todas formas, no está acreditada la presencia del fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, que autoriza la revisión de sentencias de tutela en el marco de otra acción de amparo.

8. La impugnación le fue concedida mediante auto del 5 de febrero de 2021.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Conforme con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para desatar la alzada, por cuanto la decisión sobre la que recae fue proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial.
2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando, por acción u omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, si existe, cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
3. Vistos los antecedentes que obran al interior de este expediente, considera la Sala que debe entrar a determinar si sobre las sentencias de tutela emitidas por los Juzgados 3º Penal del Circuito y 5º Penal Municipal con Función de Control de Garantías, ambos de Pasto, emitidas al interior del trámite de la tutela instaurada por JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA, se concreta el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, que permitiría el estudio del fondo de los argumentos esgrimidos en contra de dichos pronunciamientos.
4. Ahora bien, lo primero que debe advertir la Sala es que la acción de tutela contra providencias judiciales es formalmente procedente cuando se cumplen los siguientes requisitos: (i) que el asunto discutido goce de relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial; (iii) que se cumpla con el requisito de inmediatez; (iv) que se identifique de manera clara tanto los hechos que generaron la presunta vulneración como los derechos fundamentales afectados y (vi) que las providencias cuestionadas no sean sentencias de tutela.

Este último requisito, sin embargo, admite una excepción, esto es, cuando se está en presencia de una sentencia de tutela que haya producido un fenómeno jurídico que se conoce como la “cosa juzgada fraudulenta”². Sobre este punto, en la sentencia SU-627 de 2015, la Corte Constitucional fijó una serie de reglas que se deben observar cuando se pretende revocar una sentencia de tutela mediante otra acción de la misma naturaleza:

“4.6.1. Para establecer la procedencia de la acción de tutela, cuando se trata de un proceso de tutela, se debe comenzar por distinguir si ésta se dirige contra la sentencia proferida dentro de él o contra una actuación previa o posterior a ella.

4.6.2. Si la acción de tutela se dirige contra la sentencia de tutela, la regla es la de que no procede.

4.6.2.1. Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional.

4.6.2.2. Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (Fraus omnia corrumpit); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.”³.

Sobre el requisito que exige la demostración de que la sentencia de tutela haya sido adoptada como consecuencia de una situación de fraude, en sentencia T-218 de 2012, la

Corte Constitucional dijo lo siguiente:

“En el fraude puede actuar solo una de las partes, ambas o incluso el juez. También puede cometerse contra una de las partes o contra un tercero, contra el orden jurídico, caso en el cual se le denomina *fraus legi* o contra el interés público. Sin embargo, para que se configure el dolo y la actuación que de él se deriva deben tener la potencia de generar el efecto buscado. Por lo mismo, sin que de ello pueda desprenderse una comprensión indulgente, la cosa juzgada fraudulenta resulta más grave cuando es cometida directamente por el juez o mediante su anuencia, pues la autoridad judicial representa la confianza social en la administración de justicia y su actuación consciente permitiría de manera mucho más fácil que la situación fraudulenta –revestida de la calidad de cosa juzgada- fuera coercitivamente exigible.”⁴

En este sentido, el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta se predica de un proceso que ha cumplido formalmente con todos los requisitos procesales y que materializa en esencia un negocio fraudulento a través de medios procesales, que implica un perjuicio ilícito a terceros y a la comunidad⁵.

5. Descendiendo al caso concreto, debe advertir esta Sala que en el presente asunto no se advierte demostrada -ni siquiera debidamente argumentada- la presencia de una situación de fraude a tal grado severa que amerite revocar dos fallos de tutela que, por lo demás, se encuentran adecuadamente fundados y sustentados. No encuentra esta Corte siquiera una denuncia de colusión que permita inferir que las providencias atacadas fueron producto de un actuar ilícito o siquiera desleal de los jueces o de alguna de las partes.

Por el contrario, lo único que encuentra esta Sala es que el accionante disiente de las valoraciones y conclusiones que están contenidas en las sentencias de tutela cuestionadas, pues considera que tales pronunciamientos desconocen sus propios derechos fundamentales. Al respecto, debe la Corte reiterar que la acción de tutela no está instituida

para mantener abiertas las discusiones constitucionales ad infinitum, ni para abrir terceras o cuartas instancias al interior de trámites de la misma naturaleza.

En cualquier caso, en el proceso de amparo que ahora es puesto en cuestión por el accionante, se respetaron sus garantías fundamentales, en particular, su derecho al debido proceso, en tanto él tuvo la oportunidad de explicar cuáles eran las razones por las que consideraba vulnerado su derecho fundamental de petición. Que sus argumentos no hayan sido de recibo no es una circunstancia que, en sí misma considerada, implique la presencia de una situación de fraude que configure el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta.

Para comprobar la existencia de tal fenómeno, se reitera, es necesario demostrar que existen elementos de juicio que permitan siquiera inferir la presencia de una situación de colusión o de engaño que se haya concretado en el sentido de la decisión de tutela atacada. Ante la ausencia de tal elemento, es imposible para esta Sala acceder al amparo deprecado.

6. Adicionalmente, no sobra reiterar, una vez más, que la jurisprudencia de esta Corporación también sostiene que, de todas formas, la tutela contra una sentencia de la misma naturaleza es improcedente cuando el actor aún cuenta con el mecanismo de revisión ante la Corte Constitucional⁶. Al respecto, esta Sala ha reconocido que, en los casos como los que ahora concita la atención de la Corte, no es posible emitir juicio alguno respecto del acierto o error de las autoridades judiciales accionadas al proferir las providencias reprochadas, pues ello desbordaría su competencia e invadiría la del órgano de cierre en la jurisdicción constitucional.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“En este sentido, la Sala considera pertinente reiterar que el trámite de eventual revisión de todas las decisiones de tutela por parte de la Corte Constitucional se erige como ‘un control específico e idóneo de los fallos de instancia que violan de manera grosera la Constitución’⁷

y, por ello, la procedencia del recurso de amparo contra sentencias proferidas dentro de procesos de la misma naturaleza es de carácter excepcional y está restringida únicamente a casos en los cuales se pruebe 'de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en una anterior acción de tutela fue producto de una situación de fraude que atenta contra el ideal de justicia presente en el derecho'⁸. En consecuencia, la acción de tutela no puede utilizarse para reabrir el debate probatorio o sustantivo concluido por los jueces constitucionales en un trámite de amparo anterior (...)''⁹.

A pesar de que ello no fue advertido por el Tribunal a quo, lo cierto es que en esta ocasión no se advierte que la parte actora hubiera solicitado la eventual revisión de las sentencias que acusa, ante la Corte Constitucional, ni que hubiera interpuesto la insistencia ante una posible negativa de revisión. Esto implica que, en realidad, ni siquiera se han ejercido todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA y, en consecuencia, no se puede tener como satisfecho el requisito de la subsidiariedad.

7. Finalmente, de cara a las manifestaciones realizadas por el accionante en su escrito de impugnación, debe la Sala señalar lo siguiente: (i) la pretensión de que se revisen las razones por las cuales no se encuentran debidamente iluminados los pasos peatonales señalados por JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA es un asunto que se debe tramitar en el marco de una acción popular, como en repetidas ocasiones se le ha indicado; (ii) las acciones populares pueden ejercerse por una sola persona, incluso, sin la necesidad de acudir a un abogado, al tenor de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Ley 472 de 1998; (iii) por lo anterior, no es de recibo el argumento del actor según el cual no es procedente acudir a la acción popular por cuanto tal cosa requería la concentración de varias personas en medio de la Pandemia del Covid-19; (iv) los documentos anexos a la comunicación del 24 de septiembre de 2020, que tan encarecidamente reclama el actor y que se negó a recibir personalmente en noviembre de ese año, se encuentran actualmente en poder del Juzgado 3º Penal del Circuito de Pasto, de acuerdo al dicho de ese estrado judicial; (v) por ello, si el

actor desea conocer el contenido de dichos documentos, debe comunicarse con el referido Juzgado, a efectos de coordinar la manera en los mismo le serán entregados y (vi) por último, es menester recordarle a JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA que la discusión judicial sobre la respuesta de la petición del 29 de noviembre de 2019 ya se encuentra finiquitada, y seguir discutiéndolo mediante acciones de tutela le podría acarrear sanciones como consecuencia de la configuración del fenómeno de la temeridad.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No. 2 DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia del 1º de febrero de 2021, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto (Nariño), por medio de la cual se declaró improcedente la acción de tutela instaurada por JESÚS ÉDGAR ÁLVAREZ PANTOJA.
2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO QUINTERO BERNATE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Circunstancias que motivaron la declaratoria del fenómeno de la carencia actual
de objeto por hecho superado.
- 2 Siempre y cuando la sentencia de tutela atacada no sea de aquellas emitidas
por la Corte Constitucional, como se verá a continuación.
- 3 Sentencia SU-627 de 2015. Citada en T-470 de 2018.
- 5 Ibidem.
- 6 Ver, por ejemplo, STP-12137-2020.
- 7 Sentencia SU-1219 de 2001.
- 8 Sentencia T-373 de 2014.
- 9 Sentencia T-093 de 2018.