REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL
TIMBIO CAUCA
198074089002-2022-00036-00

FALLO DE TUTELA No 015

Timbío, Cauca, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Acción:	Tutela
Expediente:	198074089002-2022-00036-00
Accionante:	OFELIA DE JESÚS ARICAPA, GLORIBETH ORTIZ Y SANTIAGO MUÑOZ
Accionado:	JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ Y YOJAN SALAZAR O YOJHAN SALAZAR
Vinculados:	MUNICIPIO DE TIMBIO- SECRETARIA DE PLANEACIÓN E INFRAESTRUCTURA Y GESTIÓN DEL RIESGO MUNICIPAL

Procede el Despacho decidir la Acción de Tutela, impetrada por la señora, OFELIA DE JESÚS ARICAPA, GLORIBETH ORTIZ Y SANTIAGO MUÑOZ, en contra de JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ Y YOJAN SALAZAR O YOJHAN SALAZAR, siendo vínculos el MUNICIPIO DE TIMBIO- SECRETARIA DE PLANEACIÓN E INFRASTRUCTURA Y GESTIÓN DEL RIESGO MUNICIPAL, a través de la cual solicitan la protección de los derechos fundamentales a la vida, la familia y vivienda, presuntamente vulnerados por las personas accionadas.

I. ANTECEDENTES.

1.1. LA SOLICITUD Y LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Los supuestos de hecho narrados dentro del libelo tutelar referenciado se sintetizan por el Juzgado de la siguiente manera:

Refieren los accionantes que son propietarios de unos predios rurales ubicados en la vereda La Martica, del municipio de Timbío; uno de ellos de propiedad de la señora Gloribeth Ortiz Aricapa en extensión de 399 metros cuadrados, registrado con matrícula inmobiliaria No. 120-224204 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán, y el otro de propiedad del señor Santiago Muñoz, en extensión de 672 metros cuadrados, registrado con matrícula inmobiliaria No. 120-221526 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán.

Manifiestan que desde el 9 de abril de 2022 el señor Juan Carlos Cuervo, propietario del lote de mayor extensión y quien fuera la persona que les

vendió los lotes en mención, ha prometido o dado en venta al señor Yojan Salazar (o Yojhan Salazar) un lote rural, ubicado en la parte trasera del lote de la señora Gloribeth Ortiz, en una extensión aproximada de 13.30 metros y que colinda por un costado con el predio del señor Santiago Muñoz, en aproximadamente 12 metros; desde la fecha en mención, el señor Yojan (o Yojhan) Salazar llevó una retroexcavadora operada por un señor de nacionalidad Venezolana, para realizar la aplanación del lote objeto de la negociación, viendo esta situación, la señora Ofelia Aricapa les advirtió que no fueran a excavar parte de la propiedad de su hija y que aquello que excavaran sobre los límites de la propiedad de su hija, dejaran el terreno con declive o graduación técnica de caída lenta para que no se le fuera a venir o derrumbar el terreno de ellos, con esta advertencia les generó la alerta.

Manifiestan los accionantes que la retroexcavadora fue operada por el accionado, señor Yojan (o Yojhan) Salazar sin ningún tipo de supervisión o apoyo de un profesional idóneo y que realizó la retro excavación a su propio criterio y gusto, sin tener unos estudios del terreno o una consulta previa con los accionantes.

Que, entre el 9 y el 10 de abril de 2022, la retroexcavadora solo dejó unos pocos centímetros de superficie de terrero en relación con los predios colindantes de los accionantes y no se dejó una caída considerable y técnica en aras de evitar que los predios en mención se derrumben por un alud de tierra, ya que, al explanar el lote, dejaron una altura de casi 5 metros.

Explica la señora Ofelia que tiene en la parte trasera de su vivienda una huerta de sostenimiento familiar, que es la que colinda con el predio que compró el señor Yojan (o Yojhan) Salazar, el cual en cuestión de horas se vendrá abajo y que, por la cercanía de la vivienda, ésta también podría verse afectada y venirse al abismo que originó la retroexcavadora y que podría generar no sólo daño a la vivienda, sino una eventual pérdida de vidas humanas por un eventual alud de tierra.

Afirma que, al ser abordado el operario de la retroexcavadora por la señora Ofelia y por el señor Alberto Muñoz -padre del señor Alberto Muñoz (accionante), éste manifestó que cumplía órdenes del señor Yojan (o Yojhan) Salazar, el cual lo contrató para realizar el trabajo y le ordenó qué tenía que hacer y que tanto tenía que excavar en metros y altura y que eso fue lo que hizo. Al contactar al señor Yojan (o Yojhan) Salazar, éste solamente se limitó a decir que "él no quería tener problemas con nadie" y que iba a "hablar con el señor Juan Carlos Cuervo para ver qué solucionara ya que él aún no tenía escritura", culminando la conversación diciendo que él se "comprometía a realizar un sembrado de matas que sostuvieran el daño del barranco y que repararían las cercas dañadas".

En consecuencia, se solicita al Juez de Tutela, se ordene a los accionados que proceden de manera inmediata a *suspender las excavaciones, no operar más la retroexcavadora, remediar el daño, restaurarlo o repararlo en aras de evitar una catástrofe, y en especial, resolviendo de fondo el problema, evitando más daños y perjuicios irreparables.*

1.2. TRAMITE IMPARTIDO

La solicitud fue presentada mediante correo electrónico el día 18 de abril de 2022 correspondiéndole en reparto a este Despacho. Con auto de la misma fecha, se dispuso la admisión de la acción, la notificación y traslado a las personas accionadas y se vinculó a la Alcaldía Municipal de Timbío, a la

Secretaría de Planeación Municipal de Timbío y a la Oficina de Gestión del Riesgo del municipio de Timbío, solicitándoles rindieran un informe en relación con la situación de los accionantes.

Las partes fueron debidamente notificadas por medio de correo electrónico y vía WhatsApp los días 20 y 21 de abril de 2022, a su vez las personas accionadas presentaron sus descargos, según escritos remitidos al correo electrónico del juzgado el día 25 del mismo mes y año; así mismo, se allegó el informe solicitado a la Alcaldía Municipal de Timbío, a la Secretaría de Planeación Municipal de Timbío y a la Oficina de Gestión del Riesgo de Timbío el 21 de abril de 2022.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE TIMBÍO - CAUCA

La señora alcaldesa MARIBEL PERAFAN GALLARDO, en calidad de Representante Legal del Municipio de Timbío, allega contestación en la cual manifiesta que el Municipio de Timbío- Secretaría de Planeación Municipal y Oficina de Gestión del Riesgo, no es responsable del presunto menoscabo de los derechos fundamentales de OFELIA DE JESÚS ARICAPA MOSQUERA, GLORIBETH ORTÍZ ARICAPA Y SANTIAGO MUÑOZ, por ende, no es posible fallar en su contra, dado que *la legitimación por pasiva de la acción de tutela se rompe cuando el demandado no es el responsable de realizar la conducta cuya omisión genera la violación, o cuando no es su conducta la que provoca el daño"*[1]

Trae a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable y lo establecido en el artículo 99 de la Ley 388 de 1997, referido a las licencias urbanísticas.

"*LICENCIAS. Se introducen las siguientes modificaciones y adiciones a las normas contenidas en la Ley 9a de 1989 y en el Decreto-Ley 2150 de 1995 en materia de licencias urbanísticas:*

1. <Numeral modificado por el artículo 35 de la Ley 1796 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, y de urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de predios localizados en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere de manera previa a su ejecución la obtención de la licencia urbanística correspondiente. Igualmente se requerirá licencia para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amueblamiento o para la intervención del mismo salvo que la ocupación u obra se ejecute en cumplimiento de las funciones de las entidades públicas competentes".

Que, en el caso concreto, y de conformidad con la Certificación expedida por la Inspección de policía en asuntos urbanísticos, se tiene que los hoy accionantes, instauraron querella policiva por los hechos narrados en el escrito de la tutela, cuyo estudio determinará si los presuntos comportamientos fueron contrarios o no, a la convivencia que darán lugar a

[1] Sentencia T-519 de 2001

una posible imposición de medidas correctivas y sanciones urbanísticas. Todo lo anterior, bajo el trámite del proceso verbal abreviado.

Que el proceso verbal sumario es de única instancia, es breve, expedito y por tanto eficaz e idóneo, para definir las diferencias, tales como lo describe en el escrito de tutela. Sin embargo, la Corte Constitucional ha declarado excepcionalmente la procedencia de la acción de tutela cuando encuentra que el proceso verbal sumario no es eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales amenazados, porque requerían de un mecanismo de defensa urgente y expedito, entre otros.

Por lo que concluyen, de acuerdo al informe rendido por la SECRETARIA DE PLANEACION MUNICIPAL Y OFICINA DE GESTION DEL RIESGO, el cual se aportan, que los presuntos comportamientos narrados en el escrito de la tutela, por parte del señor SALAZAR, le genera una afectación al patrimonio de los accionantes, y a su derecho fundamental a la vida, a la familia, a la vivienda digna, generándose un riesgo concreto, inminente y de tal gravedad que exige la intervención del juez constitucional con miras a proteger garantías constitucionales, por lo tanto, solicita se le dé aplicación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en protección a sus derechos fundamentales y se ordene a los accionados, como medida preventiva, procedan de inmediato a suspender las excavaciones y/o cualquier movimiento de tierra, hasta tanto no se lleve a cabo todo el trámite del proceso verbal abreviado iniciado y, las demás medidas que estime pertinente en pro de proteger los derechos fundamentales de los accionantes.

1.4. INFORME DE LA SECRETARÍA DE PLANEACIÓN E INFRAESTRUCTURA DEPENDENCIA DE GESTIÓN DEL RIESGO MUNICIPAL DE TIMBÍO

El señor Secretario de Planeación e Infraestructura, Dr. LUIS SANDRO MOSQUERA, rinde informe a la Alcaldía Municipal, de la visita ocular llevada a cabo en el sitio objeto de estudio, es decir, en los predios de la señora Gloribeth Aricapa Ortíz y Santiago Muñoz, la cual fue atendida por la señora Ofelia de Jesús Aricapa Mosquera, encontrando en terreno:

1. *Se puede observar en la colindancia de los predios de los propietarios anteriormente mencionados, un movimiento de tierra realizado con maquinaria pesada, como también se observa en las fotos las huellas recientes y también las huellas dejadas por la pala de la maquina en el corte del talud.*

2. *En el predio presuntamente propiedad del señor Juan Carlos Cuervo y/o Yohan Salazar, sobre el cual se localiza el movimiento de tierra se evidencia un corte vertical del talud en tierra de aproximadamente 6 metros de altura, evidenciando la modificación de la pendiente natural del terreno, cambiando la estabilidad de los predios colindantes.*

3. *La vivienda de la señora GLORIBETH ORTIZ ARICAPA se encuentra a menos de 15 metros del corte vertical realizado con maquinaria y a 20 centímetros de los cultivos de pancoger (yuca, plátano, caña de azúcar, entre otros).*

Por lo que concluye que la modificación de la pendiente natural por el corte vertical del talud en el predio presuntamente del señor Juan Carlos Cuervo o Yohan Salazar, deja como elementos expuestos los cultivos de pancoger, la vivienda de la señora Gloribeth Ortiz Aricapa; y cambia las características de

estabilidad del predio del señor Santiago Muñoz en la colindancia con los accionados.

Es por ello que se requiere los estudios de suelos, con el fin de establecer las medidas correctivas necesarias para mitigar el posible riesgo por movimiento en masa que se puede llegar a generar según las características encontradas en terreno.

Se realizan recomendaciones a la señora Ofelia en aras de aportar a la estabilidad del terreno:

• Informar a la policía nacional si se genera nuevamente una perturbación, para que actúen de inmediato, exigiendo los permisos pertinentes y lo que este dentro de su competencia.

• Canalizar las aguas recogidas de la cubierta, lavaplatos y lavadero, tratadas mediante una trampa grasas y conducirlas por medio de tuberías hacia los respectivos sistemas de tratamiento, evitando se erosione el talud en cuestión.

1.5 CONTESTACIÓN DEL SEÑOR JHOHANN SALAZAR

Manifiesta el accionado, respecto al hecho primero, que no le consta que la señora OFELIA DE JESÚS ostente todas las calidades que aduce en el escrito de Tutela, frente a lo que hace referencia acerca del lote de la señora GLORIBETH ORTÍZ, manifiesta que es falso, ya que el terreno es totalmente plano, firme, sin posibilidades de deslizamientos. Que, los accionantes faltan a la verdad en la acción de tutela, afirmando situaciones que no se presentan y que de haber sido así, no es la Acción de Tutela el mecanismo jurídico idóneo, ya que, se cuenta con unas entidades encargadas de regular, intervenir y solucionar este tipo de controversias, como son PLANEACIÓN MUNICIPAL, INSPECCIÓN URBANA DE POLICIA, OFICINA DE RIESGO DE DESASTRES, la Acción de Tutela solo es procedente si, existe un riesgo inminente para algún Derecho Fundamental, y cuando no existe ningún otro mecanismo expedito para evitar el daño, situación que no aplica para el caso que nos ocupa.

Que, la accionante manifiesta entre otras cosas que convive con su hijo de 18 años, situación que no es cierta, debido a la difícil relación intrafamiliar que vive el joven con la accionante; que no se encuentra en riesgo, ni su vida, ni la de su familia, tampoco su vivienda, pues con su proceder no ha menoscabado ninguno de sus Derechos Fundamentales.

Frente al Hecho 2., manifiesta que no es cierto, siendo la construcción de la vivienda de la accionante una mera expectativa, la que siendo vulnerada deberá buscar su protección ante autoridades civiles y penales, no a través de la acción de tutela.

Respecto del hecho 3, que es cierto.

Frente a los Hechos del 4 al 13, manifiesta que es falso que se haya generado un daño, por el cual hayan quedado en riesgo los accionantes; que con el fin de no continuar con la controversia, ha contratado personal idóneo para que se acerque a los predios y tome las medidas de contención a que hubiese lugar, debido al movimiento de tierra que hizo; que serán profesionales en el tema quienes verificarán, decidirán y tomarán los correctivos a que haya lugar, asumiendo él los costos que se generen, solución manifestada a los accionantes, buscando tener buena convivencia con sus vecinos.

Por lo que solicita la improcedencia de la tutela y frente a las pretensiones manifiesta que personal idóneo revisará la zona y le indicará las medidas que se deben tomar, de ser el caso, reparará los daños causados y se tomarán medidas para que con las obras que se vayan a adelantar no se generen daños a ninguno de los colindantes.

1.6 CONTESTACIÓN DEL SEÑOR JUAN CARLOS CUERVO

Manifiesta respecto a los hechos de la demanda; frente al primero, que no es cierto, que el terreno de la señorita Gloribeth Ortiz Aricapa, sea totalmente declinado, ya que donde se encuentra construida su vivienda, es un terreno firme y explanado, no presentándose riesgo alguno por deslizamiento. Que no es cierto, que la señora Ofelia Aricapa conviva con su hijo Iván Andrés Legarda Aricapa, pues hace más de un año que ella tiene problemas de convivencia con el joven, que como presidente actual de la Junta de Acción Comunal de la Vereda tiene dicho conocimiento; que tampoco es cierto que la señorita Gloribeth Ortiz, conviva permanentemente y familiarmente con la señora Aricapa, todo esto lo indica para argumentar la inexistencia de un núcleo familiar y su residencia en dicha vivienda, tal como solicita protección tutelar, con el artículo 42 de la C.P.

Respecto al hecho segundo afirma respecto de la expresión de la accionante de construir su vivienda como proyecto de vida, es falso por cuanto quien figura como dueño y toma las decisiones es el señor Alberto Muñoz, padre del señor Santiago Muñoz, y está ofreciendo ese lote en venta por lo que solicita se llame a declarar a dos personas respecto de esa situación.

Frente al hecho tercero, manifiesta que es cierto.

No contesta los hechos cuarto, quinto y sexto, al considerar que no le corresponde responder.

Frente al hecho séptimo, solicita se realice un concepto técnico ya que la distancia de la construcción de la vivienda de la señora Aricapa al talud es de aproximadamente 25 metros, por lo que considera es exagerada la afirmación de la accionante en cuanto a la pérdida de vidas humanas.

Frente al hecho octavo, afirma que el señor JHOAN SALAZAR, ya realizó la reparación del daño de un cerco, además, el señor Salazar les ha expresado que se van a realizar las adecuaciones con unas barreras vivas, para menguar algún posible efecto, que la lluvia pudiere remotamente causar.

A los Hechos NOVENO, DÉCIMO Y DÉCIMO PRIMERO, manifiesta que no le corresponde responder.

Al Hecho DÉCIMO SEGUNDO, Solicita se alleguen pruebas técnicas y se analice las manifestaciones que se están efectuando mediante hipérboles y prejuicios contrarios a la verdad, pues en ese caso muchas de las viviendas aledañas estarían en igual condición de ZONA DE RIESGO, como se pretende mostrar.

Al Hecho DÉCIMO TERCERO, que no es responsable al no ser el dueño del lote.

Finalmente, hace alusión a la improcedencia de la acción de tutela, frente a otros mecanismos como la querella de policía y afirma que no se le ha citado a la inspección de policía municipal, ni a la oficina de urbanismo de la Alcaldía municipal para solicitarle explicación sobre los hechos, si en el caso

correspondiere, dado que no es el propietario actual; no viendo la razón por la cual no se ha realizado un conducto regular, a sabiendas que también existe un comité de conciliación de la Junta de Acción Comunal, cual es el mecanismo a que debe recurrir la accionante si considera que los derechos le han sido eventualmente vulnerados (en esta ocasión no es cierto, por cuanto no hay riesgo alguno y no hay afectación a ningún núcleo familiar).

Afirma que ha recibido amenazas contra su vida por parte del señor ALBERTO MUÑOZ, padre del señor Alejandro Muñoz, lo que pondrá en conocimiento de las autoridades respectivas

Que no se demuestra en el caso el perjuicio irremediable, más, cuando el señor JOHAN ANDRÉS SALAZAR, ha acordado con los accionantes modos de revertir o menguar los posibles efectos negativos de la intervención para regular el terreno contiguo al de los accionantes. La autonomía de la voluntad de las partes en conflictos privados, tiene la virtud de enervar la acción de tutela propuesta.

Así, la Corte Constitucional en la sentencia T-543 de 1992, ha edificado un precedente consistente y ha fijado reglas para que el Juez examine si la acción de tutela procede o no en el caso particular, al analizar la existencia de otros medios o recursos de defensa judicial distintos a la tutela.

Por lo que se opone a las pretensiones de la acción de tutela, frente a la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales y solicita se niegue o se declare improcedente al existir otro medio de defensa.

1.7. PRUEBAS RECAUDADAS

1.7.1. DOCUMENTALES APORTADAS CON EL ESCRITO DE TUTELA

- Copia de los folios de matrículas números 120-224204 y 120-221526 de los predios de los accionantes.
- Fotografías del área o lote (tomas fotográficas varias)

1.7.2. PRUEBAS ALLEGADAS POR LA ALCALDÍA MUNICIPAL-SECRETARÍA DE PLANEACIÓN E INFRAESTRUCTURA DEPENDENCIA DE GESTIÓN DEL RIESGO MUNICIPAL DE TIMBÍO

- Concepto de la Alcaldía Municipal de Timbío.
- Informe – Visita Ocular realizada el 21 de abril de 2022.
- Copia de querella policiva instaurada por los señores Ofelia de Jesús Aricapa Mosquera, Gloribeth Ortiz Aricapa y Santiago Muñoz en contra de Juan Carlos Cuervo Fernández y Yojan (o Johan Salazar) y respuesta a consulta verbal del Inspector de Policía Asuntos Urbanísticos.

1.7.3 PRUEBAS ALLEGADAS POR EL SEÑOR JUAN CARLOS CUERVO

- Copia del Acta y/o Resolución de nombramiento del Comité de Conciliación de la Junta de Acción Comunal de la Vereda La Martica (Timbío).

II. CONSIDERACIONES

1.8 COMPETENCIA

Este Juzgado es competente para resolver la presente acción de tutela, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política, el Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1382 de 2000, el Decreto 1983 de 2017 y Decreto 333 de 2021.

1.9 EL PROBLEMA PLANTEADO

Se pretende establecer en el caso concreto si resulta procedente ordenar por vía de tutela que los señores JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ Y YOJAN SALAZAR (O YOJHAN SALAZAR), suspendan las excavaciones, reparen los daños y vuelvan las cosas a su estado anterior, en los lotes ubicados en la Vereda La Martica, del Municipio de Timbío, Cauca, de propiedad de accionantes y accionados, para la protección de los derechos fundamentales a la vida, familia y vivienda.

2.0 LA SOLUCION AL PROBLEMA

La Constitución Política establece en su artículo 86 que toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quien el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión. Es necesario precisar que la acción de tutela es un mecanismo cuyo objeto es procurar la defensa y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando éstos están siendo amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular, tal como lo prevé el artículo 86 de la Constitución Nacional y los Decretos Reglamentarios 2591 de 1991 y 306 de 1992; presupuesto que es viable siempre y cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial o se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.1 PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política cualquier persona puede promover la acción de tutela por sí misma o a través de otra que actúe en su nombre, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- Legitimación activa: La acción de tutela encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Constitución Política, el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela a través de un representante o en nombre propio; situación que se presenta en el caso que nos ocupa, toda vez que los accionantes presentan la acción constitucional a nombre propio para la protección de los derechos fundamentales reclamados.

- Legitimación por pasiva: JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ Y YOJAN SALAZAR (O YOJHAN SALAZAR), quienes realizaron las obras de excavación en el lote colindante, posiblemente generando desestabilidad y riesgo en los inmuebles de los accionantes, por lo cual se cumple la

legitimidad para accionar en su contra.

- Inmediatez: Según la acción de tutela, el hecho generador de la acción de tutela, ocurrió el 9 de abril del año en curso y la acción de tutela fue presentada el 18 de abril hogaño, por lo que la acción se ha interpuesto dentro de un término muy razonable.

- Subsidiariedad: En cuanto a la subsidiariedad, establece el artículo 86 que "Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable […]" Así es que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Frente a este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente los medios judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Ha sostenido también que una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados.

2.2 FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES Y ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Es variada la jurisprudencia constitucional atinente al tema, entre la cual se destaca la T-1071 de 2005 con ponencia del H. Magistrado Dr. Jaime Araujo Rentería, la que, en uno de sus apartes, indicó:

"3. Carácter subsidiario de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia 3.1 En múltiples oportunidades esta Corporación se ha pronunciado en relación con el carácter residual de la acción de tutela. Al respecto, ha señalado enfáticamente su improcedencia ante la existencia de otros recursos judiciales adecuados y efectivos para la protección de los derechos fundamentales, que se alegan comprometidos. Al respecto, en la sentencia T-252 de 2005, con ponencia de la Dra. Clara Inés Vargas, se lee: La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela es un mecanismo de naturaleza subsidiaria y residual destinado a proteger los derechos fundamentales. Esa caracterización implica que si existe medio de defensa judicial a disposición del interesado, la tutela no puede ser utilizada para sustituirlo o para desplazar a los jueces ordinarios en el ejercicio de sus funciones propias. El artículo 86 de la Constitución Política es claro al señalar que la tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En efecto, si en el ordenamiento jurídico se prevé otro medio de defensa judicial para lograr la protección pretendida, la acción de tutela no puede desplazarlo, ya que no es el escenario propio para discutir cuestiones que deben ser debatidas ante los estrados de las jurisdicciones ordinarias. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que el medio \|judicial de defensa ha de ser idóneo para alcanzar una protección cierta,

efectiva y concreta del derecho fundamental amenazado o vulnerado, lo cual implica que tenga la aptitud suficiente para que a través de él se restablezca el derecho vulnerado o se proteja su amenaza."

En este sentido, resulta acertado afirmar que la acción de tutela no constituye una instancia adicional en los procesos contemplados por el ordenamiento jurídico para la definición y resolución de los conflictos legales, siempre y cuando los medios de defensa previstos en su interior, mantengan el nivel de eficacia necesario para proteger los derechos fundamentales de las partes en litigio. Sobre este tema, expresó el Alto Tribunal en la sentencia SU-961 de 1999:

"La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales. La función de la acción de tutela está claramente definida por el artículo 86 constitucional como procedimiento que no suple a las vías judiciales ordinarias, ya que sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo la situación en la cual tiene carácter supletivo momentáneo, que es cuando aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

La sentencia T-647/03 señala la improcedencia de la tutela, cuando no existe una amenaza cierta y contundente: *"De ésta manera, si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo solicitado. La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro. De tal forma que la acción de tutela sólo será procedente cuando se origine en hechos ciertos y reconocidos, que permitan amparar la violación actual de un derecho indiscutible".*

No obstante, la Sentencia T-010/08 reitera el concepto sobre la procedencia de la acción de tutela: "*Cierto es que en varias oportunidades la Corte Constitucional ha concedido la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar perjuicio irremediable, pero en todos estos casos se ha tratado de personas que por una u otra razón se ven colocadas en situación de vulnerabilidad evidente. En relación con lo anterior, es preciso recodar que la Corte Constitucional ha sido insistente en afirmar que para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio es necesario demostrar que, en efecto, se trata de evitar un perjuicio irremediable. En esa línea de argumentación, ha dicho la Corte que se considera irremediable el perjuicio cuando "la lesión y amenaza de los derechos fundamentales invocados sea real, 'no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la posibilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere de un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral"*.

En el mismo sentido la Sentencia T-532/08 ha dicho: "*Desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha intentado precisar cuáles son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia T-003 de 1992 sostuvo esta Corporación que el enunciado normativo*

del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial "(…) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho". Por otra parte, en la sentencia T-006 de 1992, se aseveró que correspondía al juez de tutela indagar si la *"acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados"*. *En esa oportunidad la Corte acudió al artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos para precisar las características que debía reunir el otro medio de defensa judicial para desplazar a la acción de tutela, y concluyó que éste debía ser sencillo, rápido y efectivo, de conformidad a lo previsto en dicho instrumento internacional. Criterios que han sido reiterados en numerosos fallos posteriores. En definitiva, de la interpretación sistemática del artículo 86 de las Carta y del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, ha entendido esta Corporación, que han de existir instrumentos realmente idóneos para la protección de los derechos; cuando ello ocurre la persona debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la tutela, pues el carácter subsidiario de esta acción así lo exige. Contrario sensu, es posible que en virtud de circunstancias especiales el otro medio de defensa no se proyecte con la suficiente aptitud para salvaguardar los derechos de su titular, caso en el cual la tutela se erige como el instrumento válido de acción judicial".*

La Sentencia T-143/00 explica cuando se constituye un perjuicio irremediable y al respecto señala: *"La materialización de un perjuicio irremediable como elemento esencial para la procedencia excepcional de la acción, cuando existan vías judiciales distintas para la protección de los derechos, no se vislumbra en este caso, porque no se dan los elementos constitutivos de éste, es decir, la inminencia y gravedad del perjuicio y la urgencia e impostergabilidad de las medidas que deberían adoptarse para impedir su ocurrencia". "Evidentemente, esta Corporación ha entendido como irremediable aquel daño que puede sufrir un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico, siempre y cuando sea inminente, grave, requiera la adopción de medidas urgentes y, por lo tanto, impostergables, y se trate de la afectación directa o indirecta de un derecho constitucional fundamental y no de otros como los subjetivos, personales, reales o de crédito y los económicos y sociales, para los que existen vías judiciales ordinarias."*

De los hechos narrados, advierte el despacho que los solicitantes cuentan con otro mecanismo judicial para proteger los derechos que hoy reclaman, presuntamente violados por los señores JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ Y YOJAN SALAZAR (O YOJHAN SALAZAR), en tal medida, presentaron ante la Inspección de Policía Municipal de Timbío una QUERELLA POLICIVA (actuación policivo-administrativa por proceso verbal abreviado) de OFELIA DE JESÚS ARICAPA, GLORIBETH ORTIZ Y SANTIAGO MUÑOZ contra los infractores o querellantes señores JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ Y YOJAN SALAZAR (O YOJHAN SALAZAR) radicada en la Alcaldía Municipal de Timbío el día 19 de abril de 2022 a las 11:29 am bajo el número 2513 y que consta de 9 folios; sin embargo, se deberá establecer si tal mecanismo es idóneo y eficaz en la protección de los derechos fundamentales invocados.

Afirman los accionantes y querellantes tanto en la acción de tutela, como en la querella policiva presentada casi de manera concomitante, que los señores señores JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ Y YOJAN SALAZAR (O YOJHAN

SALAZAR), realizaron una retro excavación en un lote que está en proceso de legalización ante las entidades competentes y que colindan con los predios de los señores OFELIA DE JESÚS ARICAPA, GLORIBETH ORTIZ Y SANTIAGO MUÑOZ, sin ningún permiso concedido para tal efecto. En dicho escrito los querellantes manifiestan en los hechos 12 y 13 las afectaciones que pueden sufrir en los eventos de que continúen las lluvias lo que podría provocar un alud de tierra o un deslizamiento de tierra o derrumbes que afecten los lotes y la vivienda de la señora Gloribeth Ortiz, presentándose un riesgo inminente para la vida o integridad física y la pérdida eventual de un terreno y una vivienda. a la cual se le dará el trámite establecido en el artículo 223 de la Ley 1801 de 2016 con estricta sujeción a las formas propias del proceso verbal sumario, según lo señalado por la Alcaldía Municipal en su escrito de contestación.

Los accionantes solicitan en su querella, se ordene a los accionados: "*(i) la suspensión inmediata de una construcción o actividades de aplanamiento de un lote contiguo al de los aquí querellantes y de propiedad o tenencia de los querellados, y la paralización de actividades de la retroexcavadora, cesando cualquier acto futuro que afecte la tranquilidad y convivencia de los aquí querellantes y que los querellados tomen las medidas necesarias para evitar actos que perturben la tranquilidad y convivencia por cuenta de afectaciones a nuestros terrenos; (ii) restituir las cosas al estado antes de que se produjera la retroexcavasión; (iii) la reparación de daños materiales de los bienes inmuebles de nuestra propiedad o de propiedad de los aquí querellantes, mediante la reparación de cercas dañadas, relleno del terreno con la tierra amarilla que se tenía, construcción de un muro de contención en concreto por todo el límite retroexcavado y linderado o contiguo a nuestros lotes; (iv) la protección que por competencia nos pueda proporcionar por un inminente o eventual desastre que pueda ocurrir por la acción u omisión de los querellados, y (v) que los querellados NO reincidan en los hechos que motivan este procedimiento o querella, y mantengan una sana convivencia y buena conducta, y en tal sentido NO ocasionen daños de ninguna naturaleza".*

La Corte Constitucional en sentencia C- 349 DE 2017 Magistrado Ponente: CARLOS BERNAL PULIDO, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017) resuelve Declarar EXEQUIBLE el parágrafo 1º del artículo 223, Ley 1801 de 2016 'Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia', en el que señaló con relación al proceso abreviado:

> *"8.1. Fases relevantes del proceso verbal abreviado de policía. Se inicia con una "acción de policía" contra el presunto infractor, acción que puede ser instaurada por las "autoridades de Policía" o por "cualquier persona" que "tenga interés en la aplicación del régimen de policía" (CNPC arts. 215 y 223).*
>
> *Si las autoridades de policía conocen en flagrancia del comportamiento contrario a la convivencia, pueden dar inicio inmediato a la audiencia (ídem art 223-1). En cualquier otro caso, dentro de los cinco días siguientes de conocida la querella respectiva, debe citar a audiencia al quejoso y al presunto infractor "mediante comunicación escrita, correo certificado, medio electrónico, medio de comunicación del que disponga, o por el medio más expedito o idóneo, donde se señale dicho comportamiento" (ídem art 223-2).*
>
> *La audiencia pública ha de realizarse "en el lugar de los hechos, en el despacho del inspector o de la autoridad especial de policía" (ídem art 223-3). Las audiencias en el proceso verbal abreviado de policía tienen en general las siguientes fases y oportunidades: a) la autoridad debe darles al quejoso y al presunto infractor una oportunidad para exponer sus argumentos y pruebas, b) debe invitarlos a conciliar sus diferencias, c) si solicitan la práctica*

de pruebas, y la autoridad las considera viables o necesarias, las decretará y practicará en los cinco días siguientes, lo cual también puede hacer de oficio, y en cualquier caso la audiencia se reanuda al día siguiente al vencimiento del término para la práctica de pruebas;5 d) terminada la etapa probatoria, la autoridad debe tomar la decisión respectiva, y fundarla en las normas y hechos conducentes demostrados; e) la decisión se notifica por estrados; f) contra la decisión proceden los recursos de reposición y, en subsidio, apelación, en este último caso si la resolución es de primera pero no si es de única instancia (ídem arts. 223, parágrafo 4); g) los recursos se deben solicitar, conceder y sustentar en la misma audiencia, el de reposición se ha de resolver en la misma audiencia, y el de apelación dentro de los ocho días siguientes; h) normalmente el recurso de apelación se concede en el efecto devolutivo, pero en "asuntos relativos a infracciones urbanísticas, el recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo" (ídem art 223-4); i) el recurso de apelación se resolverá de plano (ídem parágrafo 5); j) la decisión que contiene orden o medida correctiva de policía debe ser cumplida en los cinco días siguientes a que esté ejecutoriada, o podrá ejecutarse coactivamente si es posible (ídem art 223-5 y parágrafo 3); k) los intervinientes solo pueden presentar nulidades "dentro de la audiencia", solicitud que se resolverá de plano y solo es susceptible de reposición; l) los impedimentos y recusaciones las resuelve el superior cuando lo hay, o el personero si se trata de alcaldes distritales, municipales o locales. 8.2. Presupuestos fácticos de activación y consecuencias jurídicas imponibles. Como se indicó, el proceso verbal abreviado, al cual pertenece la norma acusada, es aplicable a las faltas de que conozcan, los inspectores de policía, los alcaldes y las autoridades especiales de policía.

El parágrafo 2 del artículo 223 contempla un grupo de reglas para el caso en que se requieran inspecciones al lugar o informes técnicos. Dice al respecto: "PARÁGRAFO 2o. Casos en que se requiere inspección al lugar. Cuando la autoridad de Policía inicia la actuación y decreta inspección al lugar, fijará fecha y hora para la práctica de la audiencia, y notificará al presunto infractor o perturbador de convivencia y al quejoso personalmente, y de no ser posible, mediante aviso que se fijará en la puerta de acceso del lugar de los hechos o parte visible de este, con antelación no menor a veinticuatro (24) horas, de la fecha y hora de la diligencia. || Para la práctica de la diligencia de inspección, la autoridad de Policía se trasladará al lugar de los hechos, con un servidor público técnico especializado cuando ello fuere necesario y los hechos no sean notorios y evidentes; durante la diligencia oirá a las partes máximo por quince (15) minutos cada una y recibirá y practicará las pruebas que considere conducentes para el esclarecimiento de los hechos. || El informe técnico especializado se rendirá dentro de la diligencia de inspección ocular. Excepcionalmente y a juicio del inspector de Policía, podrá suspenderse la diligencia hasta por un término no mayor de tres (3) días con el objeto de que el servidor público rinda el informe técnico. || La autoridad de Policía proferirá la decisión dentro de la misma diligencia de inspección, o si ella hubiere sido suspendida, a la terminación del plazo de suspensión". 6 El artículo 198 del CNPC dice: "Corresponde a las autoridades de Policía el conocimiento y la solución de los conflictos de convivencia ciudadana. Son autoridades de Policía: 1. El Presidente de la República. || 2. Los gobernadores. || 3. Los Alcaldes Distritales o Municipales. || 4. Los inspectores de Policía y los corregidores. || 5. Las autoridades especiales de Policía en salud, seguridad, ambiente, minería, ordenamiento territorial, protección al patrimonio cultural, planeación, vivienda y espacio público y las demás que determinen la ley, las ordenanzas y los acuerdos. || 6. Los comandantes de estación, subestación y

de centro de atención inmediata de Policía y demás personal uniformado de la Policía Nacional. || PARÁGRAFO 1o. El Ministerio de Cultura, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, el Archivo General de la Nación y las entidades territoriales en lo de su competencia, están investidos de funciones policivas especiales para la imposición y ejecución de las medidas correctivas establecidas en esta la ley. Cuando se presenten casos de afectación de Bienes de Interés Cultural se regirán exclusivamente en lo de su competencia para la imposición y ejecución de medidas correctivas por las disposiciones establecidas en la Ley 397 de 1997 modificada por la Ley 1185 de 2008". 10 policía rurales, urbanos y corregidores conocen: (a) en única instancia de los comportamientos que den lugar a las medidas de reparación de daños materiales de muebles o inmuebles, expulsión de domicilio, prohibición de ingreso a actividad que involucre aglomeraciones de público complejas o no complejas y decomiso (ídem, art 206-5); (b) en primera instancia de los comportamientos que conduzcan a las medidas de suspensión de construcción o demolición, demolición de obra; construcción, cerramiento, reparación o mantenimiento de inmueble; reparación de daños materiales por perturbación a la posesión y tenencia de inmuebles; restitución y protección de bienes inmuebles, diferentes a los descritos en el numeral 17 del artículo 205; restablecimiento del derecho de servidumbre y reparación de daños materiales; remoción de bienes, en las infracciones urbanísticas; multas y suspensión definitiva de actividad. (c) De los recursos de apelación contra las decisiones de primera instancia dictadas por los inspectores de policía rurales, urbanos y corregidores, conocen en principio las autoridades administrativas especiales de policía (ídem art 207) y, en los municipios donde estas no existan, el alcalde municipal (ídem arts. 205-8 y 207). El Código enuncia una serie numerosa de comportamientos contrarios a la convivencia y enlaza a cada uno consecuencias jurídicas diferentes. Así, la reparación de daños materiales a bienes es consecuencia jurídica, entre otros, de comportamientos contrarios al cuidado e integridad del espacio público (art 140); las prohibiciones de ingreso a actividades que involucren aglomeraciones de público pueden ser activadas por comportamientos contrarios a la vida o la integridad personal en esa clase de actividades (art 59); el decomiso es susceptible de imponerse, por ejemplo, ante acciones contrarias a las especies de flora y fauna silvestres (art 101); la demolición de obras, el cerramiento, reparación o construcción de inmuebles, es consecuencia por ejemplo de actos contra la integridad urbanística (art 135); la restitución y protección de inmuebles puede venir como efecto jurídico de comportamientos contrarios a la posesión y mera tenencia de bienes inmuebles (art 77); el restablecimiento del derecho de servidumbre es fruto jurídico de actos contrarios al derecho de servidumbre (art 78); la remoción de bienes puede ser consecuencia de conductas contrarias a la vida o la integridad personal (art 27); la suspensión definitiva de actividad puede ser la reacción frente a actos que afecten la integridad de niñas, niños y adolescentes (art 38); las multas se pueden imponer a todo un haz de conductas, entre las que se encuentran las que afectan la vida e integridad de las personas (art 27), la seguridad y bienes en relación con los servicios públicos (art 28), la tranquilidad y relaciones respetuosas entre las personas (art 33), la convivencia en los establecimientos educativos (art 34), la integridad de niños, niñas y adolescentes (art 38), a los grupos de especial protección constitucional (art 40), la posesión y tenencia de inmuebles (art 77). El legislador señala que las consecuencias indicadas son "medidas correctivas", cuyo objeto es "disuadir, prevenir, superar, resarcir, procurar, educar, proteger o restablecer la convivencia" (art 172). Enuncia un total de 20 medidas de esta naturaleza, y

como se dijo algunas se aplican mediante el proceso verbal inmediato mientras otras por medio del proceso verbal abreviado (art 173). El Código advierte que la imposición de una medida correctiva debe ser informada a la Policía Nacional "para que proceda a su registro en una base de datos de orden nacional y acceso público", información que estará amparada por el hábeas data (art 172). Precisa la ley que las medidas correccionales en ella contempladas "no tienen carácter sancionatorio" (ídem). 8.3. Naturaleza de la medida que contempla la norma acusada. Como se indicó, el parágrafo 1º del artículo 223 del CNPC dice que, ante la no comparecencia injustificada del presunto infractor a la audiencia del proceso verbal abreviado, la autoridad de policía "tendrá por ciertos los hechos que dieron lugar al comportamiento contrario a la convivencia", y si no es necesario decretar pruebas, con fundamento en esta presunción y los elementos probatorios obrantes, en la misma audiencia puede entrar a decidir de fondo. La norma consagra entonces una presunción, y como dicen distintos intervinientes se trata de una presunción legal (iuris tantum), lo cual significa que es admisible desvirtuarla con base en otros elementos de prueba.7 No obstante, si el inspector considera indispensable decretar pruebas adicionales, entonces puede hacerlo, caso en el cual se pospondría la adopción de la decisión sobre el fondo (ídem art 223 par. 1). Además de esta presunción, el CNPC contempla otra, de dolo y culpa, para los casos de comportamientos contrarios al ambiente, el patrimonio ecológico y a la salud pública, sin que excluya su concurrencia en la hipótesis del parágrafo 1º, artículo 223 de la misma codificación (ídem art 220)".

De conformidad con los hechos relatados y las pruebas presentadas, se observa que, el ordenamiento jurídico ha establecido como procedimiento para resolver las controversias originadas entre los accionantes y accionados, el trámite abreviado previsto en el Artículo 223 de la Ley 1801 del cual se transcribió con anterioridad, su procedimiento.

Ahora bien, al verificar la idoneidad y eficacia del mismo para proteger los derechos presuntamente vulnerados por los señores JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ Y YOJAN SALAZAR (O YOJHAN SALAZAR), se establece, que el término para resolver la controversia es de treinta (30) días; no cuenta con medidas cautelares que permitan suspender las actividades de excavación que están causando los hechos generados de peligro de derrumbamiento en los bienes inmuebles de los accionantes, por lo que dicho mecanismo no cuenta con la capacidad de brindar una protección de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados o amenazados**,** ello de conformidad con el informe presentado por la Alcaldía Municipal-Secretaria de Infraestructura de Timbío, quienes informaron, que en virtud de la visita ocular llevada a cabo en el sitio objeto de estudio, esto es en los predios de la señora Gloribeth Aricapa Ortíz y Santiago Muñoz, encontraron:

- *"Se puede observar en la colindancia de los predios de los propietarios anteriormente mencionados, un movimiento de tierra realizado con maquinaria pesada, como también se observa en las fotos las huellas recientes y también las huellas dejadas por la pala de la maquina en el corte del talud.*

- *En el predio presuntamente propiedad del señor Juan Carlos Cuervo y/o Yohan Salazar, sobre el cual se localiza el movimiento de tierra se evidencia un corte vertical del talud en tierra de aproximadamente 6*

metros de altura, evidenciando la modificación de la pendiente natural del terreno, cambiando la estabilidad de los predios colindantes.

- *La vivienda de la señora GLORIBETH ORTIZ ARICAPA se encuentra a menos de 15 metros del corte vertical realizado con maquinaria y a 20 centímetros de los cultivos de pancoger (yuca, plátano, caña de azúcar, entre otros).*

Por lo que concluye que la modificación de la pendiente natural por el corte vertical del talud en el predio presuntamente del señor Juan Carlos Cuervo o Yohan Salazar, deja como elementos expuestos los cultivos de pancoger, la vivienda de la señora Gloribeth Ortiz Aricapa; y cambia las características de estabilidad del predio del señor Santiago Muñoz en la colindancia con los accionados.

Es por ello que se requiere los estudios de suelos, con el fin de establecer las medidas correctivas necesarias para mitigar el posible riesgo por movimiento en masa que se puede llegar a generar según las características encontradas en terreno.

Se realizan recomendaciones a la señora Ofelia en aras de aportar a la estabilidad del terreno:

• Informar a la policía nacional si se genera nuevamente una perturbación, para que actúen de inmediato, exigiendo los permisos pertinentes y lo que este dentro de su competencia.

• Canalizar las aguas recogidas de la cubierta, lavaplatos y lavadero, tratadas mediante una trampa grasas y conducirlas por medio de tuberías hacia los respectivos sistemas de tratamiento, evitando se erosione el talud en cuestión".

Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-264 de 2016, estableció que:

"La Corte Constitucional consolidó un precedente jurisprudencial para asuntos con circunstancias fácticas similares al caso en estudio. Esta línea de interpretación dispone que la acción de tutela es el mecanismo preferente ante riesgos inminente por deslizamiento, derrumbe, fallas estructurales, agrietamientos, fisuras, hundimientos, humedades, filtraciones de aguas negras, desplazamiento y otro tipo de circunstancias que afectan el derecho a la vivienda digna, a la salud y la vida. No obstante, en esta línea argumentativa la Corte Constitucional precisó las condiciones para que la tutela adquiera el carácter de medio preferente y principal, en tanto que no todas las pretensiones pueden ser amparadas por la vía judicial de la acción de tutela.

En particular, la Corte indicó que el uso del mecanismo de amparo deberá estar dirigida a obtener la protección y garantía de los derechos fundamentales involucrados, y no como medio que permita abreviar la vía ordinaria para la obtención de una indemnización por daños y perjuicios. Al respecto, la sentencia T-473 de 2008 indicó:

"De modo que la Corte Constitucional sí ha aceptado la utilidad de la acción de tutela frente a las fallas presentadas en una vivienda, cuando quiera que de la gravedad de los defectos se infiera el desconocimiento de derechos

como la vida, la salud o el trabajo y, en consecuencia, ha determinado cuáles son los efectos y límites que el amparo ostenta frente a los diferentes tipos y grados de amenaza o riesgo. A su vez, ha aclarado que los alcances de la acción constitucional incluye los actos u omisiones en que hubieran incurrido las autoridades públicas o los particulares, atendiendo que en el último caso la relación contractual entre el constructor y el propietario del inmueble puede desequilibrarse y generar una situación de indefensión, según el origen, la categoría y la gravedad de los daños presentes en el inmueble."

...En este sentido, la Corte estimó que el mecanismo ordinario de defensa judicial resulta ineficaz, bajo los siguientes tres (3) supuestos de hecho: "(i) cuando se acredita que a través de estos le es imposible al actor obtener un amparo integral a sus derechos fundamentales y, por tanto, resulta indispensable un pronunciamiento por parte del juez constitucional que resuelva en forma definitiva la litis planteada; (ii) cuando se evidencia que la protección a través de los procedimientos ordinarios no resulta lo suficientemente expedita como para impedir la configuración de un perjuicio de carácter irremediable, caso en el cual el juez de la acción de amparo se encuentra compelido a efectuar una orden que permita la protección provisional de los derechos del actor, mientras sus pretensiones se resuelven ante el juez natural; y (iii) cuando la persona que solicita el amparo ostenta la condición de sujeto de especial protección constitucional y, por tanto, su situación requiere de una especial consideración".

En el presente asunto, se evidencia que la protección de los derechos fundamentales a la vida, seguridad personal y vivienda de los accionantes, a través del procedimiento ordinario contemplado en el artículo 223 de la Ley 1801 de 2016, no resulta lo suficientemente expedita para contrarrestar la configuración de un perjuicio de carácter irremediable como sería el derrumbamiento de los bienes inmuebles de los señores Gloribeth Ortiz Aricapa y Santiago Muñoz, a causa de las excavaciones realizadas en el lote colindante de propiedad de los accionados JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ Y YOJAN SALAZAR (O YOJHAN SALAZAR), que podrían conllevar la pérdida de vidas humanas a causa de esta situación, y esto pese a que no se presente una cercanía inmediata de la vivienda a las excavaciones, se evidencia con la inspección ocular realizada por la administración municipal y aportada como prueba, que se puede presentar un movimiento de tierra en masa, de ahí que el Juzgado debe evaluar esta situación y prohijar una protección inmediata de los derechos a la vida e integridad física de los accionantes, ya que hay cultivos de pan coger en la zona colindante a la excavación que han realizado los accionados, por lo cual se pueden encontrar en riesgo al realizar sus labores de siembra o recolección en éstas áreas y que se presente un alud debido a la inestabilidad presente en los terrenos

El derecho a la vivienda digna. Reiteración de jurisprudencia.

"4*.1. El artículo 51 de la Constitución Política de 1991 estableció que todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. En este mismo sentido, el parágrafo 1º del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, norma que hace parte del bloque de constitucionalidad, instrumento que le ha permitido a la Corte Constitucional fijar el núcleo esencial del derecho a la vivienda digna.*

La Observación General Número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas desarrolló siete (7) aspectos

concretos que pueden ser considerados como los elementos que delimitan y a su vez dan contenido al postulado de la vivienda digna, considerados como los elementos mínimos que todo Estado parte debe garantizar: (i) seguridad jurídica en la tenencia; (ii) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras; (iii) gastos soportables (accesibilidad económica); (iv) habitabilidad; (v) asequibilidad (accesibilidad física para las personas sujetas a especiales condiciones); (vi) lugar adecuado; y (vii) adecuación cultural.

Se destaca el concepto de "habitabilidad" y su relación con la noción de "vivienda adecuada", en tanto que concreta con ejemplos precisos su alcance, al indicar que: "Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS (...)".

Se destaca que la "habitabilidad" contenga como elementos sustanciales de la vivienda digna: i) la prevención de las condiciones climáticas, las amenazas a la salud y los vectores de transmisión, así como de los riesgos estructurales; y ii) la garantía de la seguridad física de sus ocupantes, para que sea desde ese espacio físico en donde se construya la protección de los demás derechos fundamentales, evitando que sea ese mismo espacio una fuente de vulneración.

4.2. El precedente consolidado de la Corte Constitucional en materia de vivienda digna citado en el apartado 3.2 de los fundamentos de esta sentencia, ha establecido una regla jurisprudencial clara sobre la protección de este derecho fundamental vía acción de tutela, cuando en el caso concreto se logre verificar de forma diáfana las siguientes condiciones que la Corte Constitucional ha sintetizado de la siguiente forma: "(i) la inminencia del peligro; (ii) la afectación a la dignidad humana, esto es, que se materialicen situaciones o condiciones que afecten la vida o salud; (iii) la existencia de sujetos de especial protección; (iv) la afectación al mínimo vital de los habitantes; y (v) la inexistencia de otros medios idóneos de protección judicial o administrativa que permitan la defensa de los intereses en discusión". (Corte Constitucional- Sentencia T-264 de 2016).

Así mismo, la Corte Constitucional, en Sentencia T-045 de 2014, dijo:

"…Ahora bien, en cuanto a situaciones de inminencia de peligro para los tutelantes, esta Corporación ha indicado que los derechos fundamentales que se encuentran en conexidad con el derecho a la vivienda digna, suelen ser afectados y comprometidos cuando la habitabilidad de la vivienda se da en circunstancias que someten a quienes en ella viven a una situación de riesgo extraordinario. De contera que, estos derechos pueden hacerse valer en sede de tutela, si las autoridades administrativas han sido reticentes en su aplicación por los caminos procesales ordinarios.

En forma adicional a lo antedicho, cabe precisar que la Corte ha protegido el derecho a la vivienda digna, independientemente de la calidad de propietario o poseedor que en estricto sentido legal pueda tener el afectado sobre el inmueble, pues sin importar la condición en que se accede a la misma, la vivienda digna se proyecta como una necesidad humana plenamente reconocida en el derecho doméstico y en el plano internacional, y que por ende, debe ser garantizada sin importar la calidad en que se ejerza.

4.5. En suma, de todo lo expuesto se puede concluir que para la Corte la noción de vivienda digna incluye contar con un lugar propio o ajeno, que le posibilite a la persona desarrollarse en unas condiciones mínimas de dignidad y seguridad, así como le permita satisfacer su proyecto autónomo de vida. Por lo tanto, una "vivienda digna" debe contar con condiciones adecuadas que no pongan en peligro la vida y la integridad física de sus ocupantes, pues ella además de ser un refugio para las inclemencias externas, es el lugar donde se desarrolla gran parte de la vida de las personas que la ocupan, por lo que "adquiere importancia en la realización de la dignidad del ser humano". De esta forma, la Corte ha insistido en múltiples ocasiones en que la vivienda apropiada registra máxima trascendencia para la realización de la dignidad del ser humano.

De allí que casos como la inestabilidad del terreno donde se encuentra construida una vivienda puede configurar, si así lo determinan las circunstancias del caso concreto, que el inmueble no cumpla con los requerimientos mínimos de habitabilidad, y que por lo tanto, sus habitantes se encuentren expuestos a un riesgo extraordinario y latente que comprometa su derecho a la seguridad e integridad personal, resultando en esas situaciones indispensable la intervención del juez constitucional ante la reticencia de las autoridades administrativas encargadas de la materia".

De acuerdo con los fundamentos jurisprudenciales ya expuestos, de conformidad con los hechos del caso y el acervo probatorio que reposa en el expediente, se procederá a analizar en concreto si existe una vulneración o no sobre el derecho a la vivienda digna de los accionantes.

Según el precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional, tenemos que en el caso concreto se verifica: i) la inminencia del peligro y ii) la afectación a la dignidad humana, como quiera que pueden materializarse situaciones o condiciones que afecten la vida o la salud. En efecto, dichos requisitos se encuentran plenamente probados a través de la visita ocular realizada por el Dr. LUIS SANDRO MOSQUERA, Secretario de Planeación Municipal, practicada el día 21 de abril de 2022, en el que manifiesta "…*que se requieren los estudios de suelos, con el fin de establecer las medidas correctivas necesarias para mitigar el posible riesgo por* ***movimiento en masa*** *que se puede llegar a generar según las características encontradas en terreno".*

Del anterior concepto del ingeniero de planeación, resulta evidente que el movimiento de tierra realizado por la maquinaria pesada en el lote de propiedad de los señores JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ Y YOJAN SALAZAR (O YOJHAN SALAZAR), modificó la pendiente natural, cambiando la estabilidad de los predios colindantes de propiedad de los señores GLORIBETH ARICAPA ORTÍZ Y SANTIAGO MUÑOZ, que pueden conducir a un eventual movimiento en masa de los terrenos, generándose de esta manera un riesgo para las personas que residen en el inmueble; aunado ello, las condiciones climáticas, de fuertes lluvias, que podrían contribuir a deslizamiento del terreno, conforme la recomendación realizada por el Secretario de Planeación a la accionante OFELIA DE JESÚS ARICAPA, de canalizar *las aguas recogidas de la cubierta, lavaplatos y lavadero, tratadas mediante una trampa grasas y conducirlas por medio de tuberías hacia los respectivos sistemas de tratamiento, evitando se erosione el talud en cuestión.*

Así entonces, de los supuestos referidos por la señora OFELIA DE JESÚS ARICAPA, GLORIBETH ORTIZ Y SANTIAGO MUÑOZ y las pruebas acreditadas en este trámite tutelar el Juzgado advierte, que la acción de tutela se torna procedente, para la protección de los derechos fundamentales a la seguridad personal y vivienda digna, de los accionantes, a fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable al tenor de lo establecido en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, que establece:

"*La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste……"

Siendo procedente ordenar el amparo como medida transitoria para evitar un perjuicio irremediable, por el término de cuatro (4) meses, mientras se agota el trámite ordinario iniciado en la Inspección de Policía del Municipio de Timbío, esto es la querella policiva contemplada en el Artículo 223 de la Ley 1801 de 2016 (proceso verbal abreviado), tiempo en el cual la inspección habrá de decidir sobre lo pertinente a su competencia, en el entendido que esta protección se realizará ordenando a los accionados JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ Y YOJAN SALAZAR (O YOJHAN SALAZAR), suspendan la ejecución de obras de excavación o explanación en el lote colindante con los bienes inmuebles de los accionantes OFELIA DE JESÚS ARICAPA, GLORIBETH ORTIZ Y SANTIAGO MUÑOZ. Las demás pretensiones referidas a remediar el daño, restaurarlo o repararlo, deberán resolverlas en el proceso ordinario ya mencionado.

DECISIÓN

El JUZGADO SEGUNDO PROMICUO MUNICIPAL DE TIMBÍO CAUCA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR PROCEDENTE la acción de tutela impetrada por la señora OFELIA DE JESÚS ARICAPA, GLORIBETH ORTIZ Y SANTIAGO MUÑOZ, en contra de los ciudadanos JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ y YOJAN (O YOJHAN SALAZAR), como medida transitoria para evitar un perjuicio irremediable, por el término de cuatro (4) meses, mientras se agota el trámite ordinario en la Inspección de Policía del Municipio de Timbío, esto es la querella policiva contemplada en el Artículo 223 de la Ley 1801 de 2016 (proceso verbal abreviado), para la protección de los derechos fundamentales a la seguridad personal y vivienda digna, de acuerdo a las consideraciones realizadas en precedencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a los señores JUAN CARLOS CUERVO FERNÁNDEZ Y YOJAN SALAZAR (O YOJHAN SALAZAR), que de manera INMEDIATA, suspendan la ejecución de obras de excavación o explanación en el lote colindante con los bienes inmuebles de los accionantes OFELIA DE JESÚS ARICAPA, GLORIBETH ORTIZ Y SANTIAGO MUÑOZ, hasta tanto se defina la querella de policía instaurada por los accionantes en la Inspección de Policía del Municipio de Timbío, Cauca.

TERCERO.- NOTIFICAR el contenido de este decisión a las partes, por el medio más expedito y eficaz, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Este fallo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. Si no se interpone el recurso, se enviará el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ELENA MUÑOZ PAZ
JUEZ