



JUZGADO TRECE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD

Medellín, tres (03) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicado:	05001 40 03 013 2021 00411 00
Procedimiento:	Acción de tutela.
Accionante:	Gerlein Humberto Marín Duque
Accionado:	Municipio de Medellín y otros
Tema:	Subsidiariedad de la acción de tutela
Sentencia:	General Nro. 101 Especial: 097
Decisión:	Deniega el amparo constitucional solicitado

Se procede a resolver la acción de tutela del trámite de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Manifestó el accionante en causa propia que en el conjunto residencial Castillo Grande P.H. viven hace 20 años, aproximadamente 30 personas distribuidas en 108 apartamentos y que dicho sector se ha destacado por su tranquilidad y sana convivencia, pues es una zona residencial.

Aseguró que, en su calidad de representante legal de la copropiedad, en el año 2016 elevó unas peticiones ante la Inspección de Policía del sector, en la que informa una situación de ruido que generan las discotecas del Mall Alpes Plaza. Igualmente, el 19 de agosto de 2016, presentó de manera escrita varios reclamos a la administración del Mall, pues considera que en el Conjunto Residencial Castillo Grande P.H. “no tiene derecho a la tranquilidad, intimidación, ambiente sano ni derecho a la vida digna y salud”, en razón a la perturbación ocasionada por el ruido hasta avanzadas horas de la noche.

Enlistó las acciones llevadas a cabo ante la administración municipal, tendientes a obtener la moderación del volumen de los establecimientos de

comercio ubicados en el Mall Alpes Plaza, denunció que los llamados a la Policía no surten efecto, pues se “acercan al establecimiento estos dan alguna dadiva y se retiran del lugar, sin ningún tipo de control o llamado de atención”.

Concluye su queja indicando que, hasta la fecha, los establecimientos de comercio denominados Discoteca Los Santos, Discoteca Liquors House y Discoteca O Wonka Lico Bar, no han respetado la cuarentena, los toques de queda, ni la Ley Seca, pues vende a puerta cerrada o en su defecto encierran a la gente en el establecimiento. En razón a lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales, rogando que el Despacho ordene al Municipio de Medellín, revocar el permiso de horario extendido a los establecimientos de comercio ubicados en el Mall Alpes Plaza, revocar el permiso dado por Curaduría de Medellín donde se concede la venta de bebidas alcohólicas y que se ordene a la Policía tomar medidas policivas en caso que los establecimientos accionados sigan operando sin cumplir con los requisitos legales.

2. La acción de tutela se admitió y se notificó debidamente.

3. La señora **Laura Milena Orrego Luján**, en calidad de administradora del establecimiento de comercio Owonka Lico Bar, allegó contestación al requerimiento realizado por el Despacho, en la que indicó que no le constan los hechos del 1 al 8 del escrito de tutela, negó lo relacionado con la violación a las medidas de toque de queda y cuarentena y aseguró que no es cierto que vendan licor “a puerta cerrada”, pues la misma estructura del negocio no lo permite.

Aseguró que el sector del entretenimiento ha sido uno de los más afectados con la pandemia y las medidas adoptadas y que está funcionando en el Mall desde el 31 de enero de 2020, por lo que solo pudo funcionar un mes debido a la medida decretada por el Gobierno de cuarentena obligatoria, la cual siempre ha respetado.

Aseguró que volvió a operar en septiembre de 2020 con la “prueba piloto” permitida por el municipio. Considera que es una calumnia lo que se afirma

en el escrito y asegura que no ha dado dádivas a las autoridades y que menos ha violado las medidas de cuarentena y toque de queda.

Así las cosas, solicitó que se deniegue el amparo constitucional solicitado, pues existen otras acciones para darle solución a este conflicto y en su lugar, la acción constitucional que acá se deprecia no es la idónea para obtener lo que aquí solicita.

4. El Inspector de Policía 16 A de Medellín, allegó contestación al requerimiento realizado por este Despacho, en el que indicó que al accionante se le contestaron derechos de petición en el año 2015, 2016 y 2018, relacionados con el tema bajo estudio. Así mismo, han procesado todas las quejas presentadas, en contra de los establecimientos ubicados en el Mall Alpes Plaza.

Así las cosas, considera que no se le han vulnerado los derechos fundamentales al actor, asegurando que los procesos se han ajustado al Código Nacional de Policía, resaltando que no son los competentes para otorgar permisos de venta de bebidas alcohólicas, ni conceder permisos de horario de funcionamiento extendido.

Corolario de lo expuesto, solicita que se deniegue el amparo.

5. El Municipio de Medellín, a través de Carlos Alberto Gutiérrez Bustamante allegó contestación en la que informó que al establecimiento Cat Shots Latin Club se le canceló el beneficio de “convive la noche” el día 21 de mayo de 2019, producto de las intervenciones en el sector.

Considera que no le constan las afirmaciones lanzadas respecto a los trámites adelantados en la Inspección de Policía y solicitó que se desvincule a tal Secretaría.

6. Luis Alfredo Granada Gutiérrez, Andrés Colorado y el Mall Alpes Plaza no allegaron pronunciamiento al requerimiento realizado por el Despacho, pese a encontrarse notificados debidamente.

II. CONSIDERACIONES

1. EL PROBLEMA JURÍDICO. De acuerdo con la situación fáctica puesta de presente en el asunto que se decide en esta providencia, se debe estudiar si en el presente asunto se cumplen con las reglas de procedencia excepcional de la acción de tutela tales como la subsidiariedad. De ser el caso se deberá determinar si se vulneraron los derechos alegados.

2. RESOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO. De cara a resolver los problemas expuestos resulta necesario analizar los siguientes temas:

2.1. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Conforme al artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, el objeto fundamental de la acción de tutela, no es otro que la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados en la ley.

2.2 DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA (ACTIVA - PASIVA) EN LA ACCIÓN DE TUTELA.

La acción de tutela puede ser ejercida por toda persona que considere que le están vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales sea nacional o extranjera, natural o jurídica, ciudadano o no, que se halle en el territorio colombiano o se encuentre por fuera y la autoridad o particular que vulneró los derechos fundamentales se encuentre en Colombia. Así pues, puede ser ejercida directamente o por quien actúe a su nombre, bien sea por medio de (i) un representante legal en el caso de los menores de edad, las personas jurídicas, los incapaces absolutos y los interdictos; (ii) mediante apoderado judicial; y (iii) por agencia oficiosa. En estos tres últimos casos se debe probar la legitimación en la causa por activa.

Dentro del caso objeto de estudio, se puede determinar que el señor Gerlein Humberto Marín Duque actúa en causa propia, por lo que se encuentra

legitimado en la causa por activa, para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales. Además, la legitimación en la causa por pasiva del municipio de Medellín, el Mall Alpes Plaza y lo señores Luis Alfredo Granada Gutiérrez, Andrés Colorado Salas y Laura Milena Orrego Luján se encuentra acreditada, al ser los señalados como vulneradores de los derechos fundamentales reclamados.

No se advirtió como necesaria la vinculación de la Curaduría, toda vez que es una entidad encargada de otorgar licencias de construcción y nada tiene que ver con el asunto sometido a estudio.

2.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CASOS DE RUIDO PROVENIENTE DE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO ALEDAÑOS. la Honorable Corte Constitucional, en un asunto similar al acá explicado, indicó en la sentencia T 462 de 2019:

“no resulta admisible considerar que el ruido, en sí mismo, genera un estado de indefensión para el presunto afectado, por cuanto la indefensión supone la imposibilidad de que el afectado pueda defender sus derechos. En esa medida, como se verá posteriormente al analizar el requisito de subsidiariedad, existen diversos medios de defensa a los que se puede acudir para hacer cesar la vulneración alegada. En vista de lo anterior, la procedencia de la acción de tutela contra particulares, en estos casos, no puede basarse en un supuesto estado de indefensión, sino que deberá constatarse una afectación grave y directa al interés colectivo, lo cual traslada la carga de la prueba al peticionario, pues le corresponde probar “la relación causal entre la actividad que vulnera el medio ambiente [como derecho colectivo amenazado por el ruido] y el daño al derecho fundamental respectivo”.

Por otra parte, vale la pena destacar que, como lo ha sostenido esta Corte,

“las molestias causadas por ruidos u olores no tienen, prima facie, relevancia constitucional, salvo que tales molestias adquieran una magnitud de tal entidad que lleguen a constituir una injerencia arbitraria sobre el derecho a la intimidad de las personas que deben soportar tales olores o ruidos. Si se

llega a comprobar la anotada magnitud y, además, se cumplen los restantes requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, la cuestión adquiere entidad constitucional y, el anotado mecanismo procesal, se convierte en el instrumento adecuado para lograr el cese de las emanaciones auditivas u olfativas que violan el derecho fundamental a la intimidad”.

2.4. SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA. La misma sentencia en cita estudió el tema y producto de ello explicó:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta y en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: (i) la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular; o (iii) para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En desarrollo de lo anterior, se ha establecido que aun existiendo otros mecanismos a los cuales puede acudir la parte demandante, la acción de tutela está llamada a prosperar cuando se comprueba que los mismos (i) no son lo suficientemente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual se otorgará un amparo transitorio; o (ii) no son lo suficientemente idóneos y eficaces para brindar un amparo integral, caso el cual la tutela procederá como mecanismo definitivo de protección. Asimismo, se ha sostenido 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. Sin perjuicio de esto, como regla general se ha determinado que los mecanismos judiciales ordinarios son prevalentes para salvaguardar los derechos, por lo cual, de existir tales medios de defensa, “se debe acudir a ellos preferentemente, siempre que sean conducentes para garantizar una eficaz protección constitucional de los derechos fundamentales de los individuos”.

Teniendo en cuenta que en la presente acción de tutela se solicita la protección de los derechos fundamentales a la intimidad,

tranquilidad, contaminación auditiva, vida digna, salud y ambiente sano de múltiples personas, esta Sala advierte la posibilidad de que las pretensiones formuladas puedan ser ordenadas por las autoridades judiciales al resolver acciones populares. Sobre el particular debe señalarse que, según el numeral 3° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, **la acción de tutela no será procedente “cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política”, destacando, sin embargo, que podrá interponerse como mecanismo transitorio en situaciones que comprometan derechos o intereses colectivos, siempre que se trate de impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable.**

El artículo 88 de la Constitución consagra **la acción popular como el mecanismo idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el espacio y el ambiente, entre otros. La Ley 472 de 1998, la cual desarrolla el artículo 88 de la Carta, señala que esta acción tiene un carácter preventivo, protector y excepcionalmente indemnizatorio, pues probado el monto de los daños el juez popular puede ordenar el pago de perjuicios.** Asimismo, en esta misma Ley se determina que (i) no existe límite temporal para su ejercicio, siempre que subsista la amenaza o el peligro; (ii) no se exige agotar la vía gubernativa; y (iii) es susceptible de medidas cautelares a petición de parte o de oficio.

Toda persona natural o jurídica está legitimada para ejercer la acción popular y ésta procede contra cualquier particular o autoridad pública cuya acción u omisión amenace o viole un interés o derecho colectivo. De manera particular, el Consejo de Estado ha precisado que la procedencia exige: (i) una acción u omisión de la accionada; (ii) el daño, amenaza o vulneración a los derechos colectivos; y (iii) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la afectación del interés colectivo.

Al referirse a los intereses colectivos, la Corte ha precisado que éstos son “indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda la colectividad sin que una pueda ser excluida de su goce por otras personas”. Adicionalmente, la doctrina ha

reconocido que pertenecen a la comunidad en general, trascienden al individuo y no pueden ser satisfechos en partes.

A pesar de que la acción popular, en abstracto, es el mecanismo judicial idóneo y eficaz para la protección de los intereses colectivos, existen situaciones particulares donde se evidencia la conexidad entre el interés colectivo amenazado o vulnerado y los derechos fundamentales afectados. Por esta razón, se ha reconocido que, cuando una acción u omisión vulneren los derechos fundamentales de una pluralidad de personas, la acción de tutela podría ser el mecanismo idóneo de protección. Lo anterior implica que la improcedencia de la acción de tutela, en situaciones que involucran derechos o intereses colectivos, no es una regla absoluta. Según la jurisprudencia de esta Corte, se deben tener en cuenta distintas pautas para determinar si, a pesar de que un caso específico planteé hechos que tienen relación con derechos colectivos, puede en todo caso ser procedente la tutela.

En la sentencia SU-1116 de 2001 se determinó que, teniendo en cuenta el carácter residual y subsidiario de la tutela, “en el expediente [debe aparecer] claro que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo”. Por ende, “el primer criterio que debe analizarse es si en un caso que involucre ambas clases de derechos (fundamentales constitucionales y colectivos), la acción popular es idónea y eficaz para proteger los derechos fundamentales que puedan verse afectados”. En esa medida, se ha enfatizado en que, “cuando se instaura una acción de tutela para reclamar la protección de derechos o intereses colectivos conexos con un derecho fundamental, es necesario demostrar que la acción popular no es idónea para ampararlos”.

En caso de que se observe que la acción popular es adecuada para la protección del derecho fundamental alegado, la tutela no será procedente, salvo que se recurra a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En estos casos, se ha determinado que para que proceda la acción de tutela, a pesar de la idoneidad de la acción popular, deben cumplirse los siguientes criterios:

*“(a) la **conexidad**, es decir que la trasgresión del derecho fundamental sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación de una garantía colectiva.*

*(b) la **afectación directa**, referida a que el actor acredite -y así lo valore el juez- la vulneración de su derecho fundamental -y no otro o el de otros- derivado de la acción u omisión que se invoca.*

*(c) la **certeza**, entendido como la necesidad de que la violación al derecho fundamental sea real y cierta, no hipotética.*

*(d) la **fundamentalidad de la pretensión**, lo cual significa que la petición de amparo debe perseguir la protección del derecho fundamental y no del derecho colectivo en sí mismo considerado”.*

*Sumado a esto, se ha considerado que **es improcedente la acción de tutela “cuando la controversia suscita un debate probatorio especialmente complejo, dado que el trámite popular es posible adelantarlo, enfrentando, por ejemplo, posibles dudas técnicas sobre la afectación a derechos e intereses colectivos”.***

2.5. CASO CONCRETO. El despacho abordará el estudio del caso concreto de la siguiente manera.

Se tiene que el accionante, quien actúa en causa propia se queja del ruido emanado de tres establecimientos de comercio ubicados presuntamente en el Mall Alpes Plaza. Asegura que estos lesionan sus derechos fundamentales y que ha efectuado varias quejas, pues estos afectan a los residentes de un edificio aledaño, denominado Conjunto Residencial Castillo Grande P.H.

Por su parte, las autoridades vinculadas se opusieron a las pretensiones esgrimidas, al considerar que no han vulnerado los derechos invocados y en su lugar han procesado todas las peticiones elevadas al respecto.

La administradora de uno de los establecimientos de comercio señalados como responsable de los ruidos, señaló como falsas las afirmaciones

realizadas en el escrito de amparo, pues asegura que se acoge al ordenamiento jurídico y a las reglas de funcionamiento.

Así las cosas, el amparo constitucional deprecado habrá de denegarse por lo que pasa a exponerse:

Como se vio en la parte considerativa de esta providencia, la procedencia de la acción de tutela para los casos como el que acá se plantea es excepcional, pues deben acreditarse varios requisitos en razón a la naturaleza de los derechos fundamentales en discusión.

Como consideración preliminar, debe explicarse que los derechos humanos son de tres categorías: primera, segunda y tercera.

Los derechos de primera categoría o generación, son aquellos considerados fundamentales, se ubican en la Carta Política en los artículos 11 al 41 y su justiciabilidad puede perseguirse directamente a través del ejercicio de la acción de tutela. Adicionalmente, se consideran fundamentales todos aquellos a los que la jurisprudencia les haya dado este tratamiento, tal y como es el derecho a la salud.

Los derechos de segunda generación, son los derechos sociales, económicos y culturales, y los de tercera generación son los derechos colectivos y del ambiente. Si bien estas otras categorías de derechos no son perseguibles de manera directa a través de la acción de tutela, si se halla conexidad con un derecho fundamental, pueden tutelarse a través de ese mecanismo constitucional. Se advierte que cuentan con otro tipo de acciones para obtener su materialización como es la acción popular, de grupo, la acción de cumplimiento y otras contempladas en el ordenamiento jurídico.

En esa línea de pensamiento, se tiene que los derechos cuya vulneración se alega por parte del actor, son el “derecho a la intimidad, salud, protección y asistencia de las personas de la tercera edad, ambiente sano, el deber del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental”. Lo anterior indica que se trata de derechos que no gozan de fundamentalidad

(pese a que el actor quiere enlazarlos con dos de carácter fundamental como es la intimidad y la salud)

No obstante lo anterior, de manera particular debe destacarse que, en principio, se trata de un asunto que debe ser ventilado a través de una acción popular por: (i) versar sobre derechos e intereses colectivos como lo son “el goce de un medio ambiente sano”, (ii) dirigirse contra particulares y autoridades públicas acusadas de violar los derechos e intereses colectivos mediante su acción u omisión; y (iii) existir una pluralidad de sujetos presuntamente afectados. Si bien acá solo acude una sola persona, claramente se trata de un asunto de clase o grupo, pues si la afectación procede de un ruido exterior, ello afecta a todas las personas que habiten la zona.

Ahora bien, debe estudiarse si el amparo puede proceder como mecanismo transitorio y excepcional dadas las circunstancias planteadas. Anticipadamente se concluye que no, por lo que se expone.

En primer lugar, debe explicarse que el actor, ni siquiera acreditó estar siendo afectado por las conductas desplegadas por los accionados, pues en ningún momento se alegó siquiera que reside en el edificio aledaño a los establecimientos de comercio denunciados.

De cara al elemento de conexidad, si bien se indicó que se está afectando el derecho a la salud y a la intimidad, no basta invocar un mero derecho nominalmente, pues reiterada es la jurisprudencia que esta conexidad debe ser real y sustentada fácticamente y nada se dijo respecto a ello. Para ser gráficos, el actor debía relatar el hecho en el que se evidencie cómo el actuar de los accionados afecta los mismos; sin embargo, brilla por su ausencia.

Afectación directa. No se advierte en el plenario ni en el acervo probatorio allegado, la forma en la que los derechos fundamentales suyos se vean comprometidos.

En su lugar, de los documentos allegados, se advierte el uso mixto del suelo según el POT y no exclusivamente residencial como lo advierte el actor en su acción.

Con fundamento en lo anterior, es posible concluir que la controversia que se le plantea, implica a la comunidad en general ubicada en los alrededores del Mall Alpes Plaza y no solo al accionante. Asimismo, no es posible determinar que el ruido generado en la zona provenga exclusivamente de los establecimientos de comercio señalados, pues si bien de las actuaciones llevadas a cabo para el programa Vivamos la Noche se sancionó a “Cat Shot Latin Club” por incumplimiento de las normas, lo cierto es que nada se dijo respecto del mismo. En definitiva, el asunto planteado supera el plano individual, la cual requiere un escenario probatorio amplio y complejo, siendo la acción popular el mecanismo principal e idóneo a través del cual se debe examinar la cuestión planteada.

Tampoco se advierte certeza de la afectación al derecho fundamental, en razón a lo ya explicado. En palabras de la Corte Constitucional, el asunto carece de relevancia ius fundamental y en su lugar ni siquiera se advierte que los hechos denunciados tengan relación con la real afectación a un derecho fundamental. Se aclara, no se desconoce que el ruido generado sea problemático, lo que sucede es que en el asunto de la referencia no se ubica la relación del “bullicio nocturno” y la afectación a un derecho fundamental.

Las pretensiones esgrimidas sobrepasan las facultades constitucionales otorgadas y en ese sentido, el amparo debe ser negado.

Finalmente, se descarta la vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, en razón a que el actor no presenta reparo alguno con respecto a los trámites adelantados ante la Secretaría de Seguridad y Convivencia ni con la Inspección de Policía 16 A. Adicionalmente, tales entidades les han dado trámite a las quejas presentadas y en ese sentido, tampoco se evidencia afectación alguna a los derechos fundamentales del actor.

Corolario de lo expuesto, el amparo constitucional deprecado será negado, explicando que lo acá resuelto no es óbice para que el actor acuda al juez competente y su reclamo salga avante.

III. DECISIÓN

Por lo anterior, en mérito de lo expuesto, el **Juzgado Trece Civil Municipal de Oralidad de Medellín**, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. Negar por improcedente el amparo solicitado por **Gerlein Humberto Marín Duque**, en contra del **Municipio de Medellín- Secretaría de Seguridad y Convivencia, Secretaría de Gobierno, Inspección 16 A de Policía Urbana de Primera Categoría de Medellín, Mall Alpes Plaza, Luis Alfredo Granada Gutiérrez, Andrés Colorado Salas y Laura Milena Orrego Luján.**

Segundo. Si la presente providencia no es impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase inmediatamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PAULA ANDREA SIERRA CARO

JUEZ

5

Firmado Por:

PAULA ANDREA SIERRA CARO

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 013 CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**a35f36c1adc695e1022c572891e331fbf3b692afecfc26e0ada499cd6764
1fc5**

Documento generado en 03/05/2021 02:17:51 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>