



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 2

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

STP20852-2017

Radicación n.º 95638

Acta n.º 425

Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS

La Sala desata la impugnación interpuesta por el señor NELSON HELI HERRERA HERRERA, accionante, contra el fallo dictado el 30 de octubre del año en curso por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio del cual negó, por improcedente, el amparo solicitado contra las siguientes entidades: Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Alcaldía Mayor de Bogotá, Policía Nacional, Ministerios de Transporte y de Defensa, Fiscalía General de la Nación, Fiscalía Local de Chía y Cajicá (Cundinamarca).

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Mediante escrito radicado el 17 de octubre del presente año, el Señor NELSON HELI HERRERA HERRERA instauró acción de tutela contra el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Alcaldía Mayor de Bogotá, Policía Nacional, Ministerios de Transporte y de Defensa, Fiscalía General de la Nación, Fiscalía Local de Chía y de Cajicá (Cundinamarca), por la vulneración a sus derechos fundamentales a la vida, seguridad e integridad personal, igualdad, mínimo vital, trabajo, libre escogencia de profesión u oficio y dignidad humana, por los siguientes hechos:

Es una persona de 44 años, cabeza de familia y padre de un menor de edad que optó por comprar un vehículo automotor y vincularlo a la plataforma UBER.

El 28 de junio del presente año, en Cajicá, sobre las 2:30 a.m., cuando desarrollaba su oficio, fue atacado por varios taxistas que lo golpearon, dañaron su automotor y lo despojaron de su celular y llaves del automotor.

Cuando finalmente intervino la Policía, le fueron devueltas las llaves, pero no así el celular. Por estos hechos formuló la correspondiente denuncia.

A su juicio las autoridades accionadas le han conculcado los derechos fundamentales incoados tanto por acción como por omisión, toda vez que no existe regulación para su actividad, se han negado a adoptar planes y acciones para evitar agresiones como la que soportó, que se han convertido en hechos reiterados para quienes desempeñan su oficio. Por tanto, además de impedirle la libre elección de una profesión, se le afectó en su vida e integridad personal y lo cierto es que *“(...) no cuento con ningún recurso ordinario o extraordinario para presentar mi causa ante la justicia (...)”*.

Por consiguiente, sus pretensiones son que, como consecuencia del amparo de sus derechos fundamentales, se ordene a las autoridades demandadas adoptar:

(...) todas las medidas, acciones, correctivos, protocolos, políticas y/o gestiones necesarias, adecuadas y tendientes para protegerme de cualquier hostigamiento, hechos o actos de violencia, tanto de parte de terceros como de autoridades y funcionarios públicos, cuando desarrollo mi profesión u oficio a través de mi vehículo y por conducto de plataformas tecnológicas y/o aplicaciones móviles.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

1. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá avocó el conocimiento de la acción el 18 de octubre del presente año, y dispuso lo pertinente para la debida integración del contradictorio y el cumplimiento del principio de publicidad.

2. El Ministerio de Transporte allegó respuesta indicando que de los hechos narrados por el accionante no tienen nada que ver con actuaciones realizadas por esta entidad, que las empresas de transporte deben estar legalmente habilitadas, que UBER no es una empresa formalmente establecida por lo que no puede operar en Colombia, y que *“las plataformas tecnológicas, deben ser entendidas como las herramientas o sistemas que facilitan que un usuario pueda acceder a un servicio de transporte, el cual siempre estará a cargo de las empresas de transporte legalmente constituidas y habilitadas”*. Adicional a ello, afirmó que el interés general prima sobre el particular y que referente a las agresiones por parte de los taxistas, la entidad encargada de estos temas de seguridad pública es la Policía Nacional,

3. La Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos Dirección Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, a su vez, argumentó que la institución tampoco ha incurrido en una falta dirigida a vulnerar los derechos del accionante. Acudió a la cita del Decreto 1079 de 2015 para aclarar lo reglamentado en cuanto al transporte público, indicando que hay un nivel básico y otro de lujo, pero que todos ellos deben estar ajustados a las normas existentes. También afirmó que es el competente para pronunciarse de fondo ante la acción instaurada.

4. Por su parte, la Directora de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico de la Secretaría Jurídica Distrital argumentó que por la Alcaldía Mayor de Bogotá tampoco se vulneraron derechos fundamentales del accionante, toda vez que sus funciones están dirigidas al distrito capital, no a los municipios vecinos de éste.

5. La Directora de Asuntos Legales de la Secretaría de Movilidad, también adujo que su dependencia tampoco tuvo que ver con los hechos propuestos dentro de la acción de tutela, pues los daños que se generaron al señor HERRERA fueron producidos por un tercero y para este tipo de casos existe la Fiscalía General de la Nación.

6. A su vez, la Fiscalía Local de Chía indicó que en la actualidad está adelantando investigación por los delitos de lesiones personales y daño en bien ajeno, pero esta no ha prosperado porque el hoy accionante no ha asistido a las audiencias de conciliación para indicar si ya realizó la reclamación ante la compañía aseguradora, siendo este un requisito de procedibilidad.

7. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Ministerio de Defensa no se pronunciaron.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó, por improcedente, la acción de tutela con fundamento en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que señala: *“la acción de tutela solamente procede cuando no exista otros recurso o medios de defensa judicial...”*.

El Tribunal también hizo énfasis en que la denuncia se encuentra en trámite en la Fiscalía Tercera Local de Chía (Cundinamarca) y es necesario que el señor HERRERA realice la respectiva reclamación ante la aseguradora para realizar la conciliación, pues este es un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal.

Por último, anotó que la situación fáctica no puede atribuirse a ninguna de las entidades accionadas, y que en cuanto a posibles futuras agresiones, la entidad del Estado a cargo de llevar dichas investigaciones es la Fiscalía General de la Nación.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante cuestiona el fallo indicando que no hubo pronunciamiento de fondo por parte del tribunal, ya que no abordó en su totalidad el tema propuesto. La sentencia se proyectó de manera limitada y precaria, con cuatro errores en su desarrollo:

1. Es “*absolutamente precaria*”, sin análisis de los hechos. El tribunal, por tanto, desconoció sus deberes como juez constitucional. No motivó la decisión.

2. Omitió la lectura de la totalidad de la demanda. Por tanto, no advirtió que la acción se empleó para evitar un perjuicio irremediable. El tribunal se limitó a reconocer que había una denuncia ante la Fiscalía Tercera de Chía y, que solo ante ella podía acudir en futuras ocasiones. Por tanto, es evidente que no se preocupó por analizar su escrito detalladamente.

3. El Tribunal no consideró los reiterados ataques que sufren las personas que trabajan con la plataforma UBER. Estos tienen una relación directa con lo que le sucedió, ya que el Estado, al no emitir un pronunciamiento, incentiva a los taxistas a ser violentos.

4. No empujó el tribunal le reconoció la calidad de víctima de estos actos vandálicos, no le concedió la tutela ni ordenó la adopción de ninguna medida ni llamado de atención en contra de los entes accionados.

En ese orden de ideas, pide la revocatoria de lo decidido en primera instancia y que se le conceda el amparo invocado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada por el accionante, de conformidad con lo establecido por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por cuanto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es el superior funcional de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, que estatuye:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo 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. (...).

Con fundamento en el inciso tercero del precepto transcrito se ha insistido en que la acción de tutela no es un medio alternativo ni paralelo de defensa y, por tanto, no

puede coexistir con otros procedimientos ordinarios estatuidos legalmente.

En el presente evento, carece de sustento la aseveración efectuada por el demandante en el sentido que “(...) *no cuento con ningún recurso ordinario o extraordinario para presentar mi causa ante la justicia (...)*”, como pasa a evidenciarse a continuación.

En primer lugar, es claro que frente a los hechos de que fue víctima el 28 de junio del año en curso la tutela no tiene vocación de prosperidad, por carencia actual de objeto, ante la existencia de un daño consumado, pues las lesiones a su persona y los daños a su rodante ya fueron ocasionados y el amparo no puede devolver esa situación a su estado anterior. En tal sentido la Corte Constitucional ha precisado:

La acción de tutela tiene, por regla general, carácter primordialmente restitutorio y no resarcitorio o de indemnización, de manera que cuando el daño ya no pueda precaverse y evitarse y solamente puede recibir como remedio una compensación del perjuicio, ella no es pertinente”. (CC. T-578A/11).

Pero frente a ese resultado dañoso dispone de dos mecanismos de defensa judicial diferentes:

(i) El proceso penal contra los taxistas que lo agredieron y le dañaron su automotor. Esa actuación está en curso en la Fiscalía Tercera Local de Chía y es el medio apropiado no

sólo para obtener la sanción de los penalmente responsables sino para que éstos lo indemnicen, previo el adelantamiento del incidente de reparación integral (artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004).

Sin embargo, es el hoy accionante quien no ha puesto de su parte para que ese mecanismo ordinario de defensa judicial prospere, como lo puso de presente la citada dependencia del órgano de persecución penal. Por ende, en este punto lo que está alegando es su propia incuria.

(ii) Si a juicio del señor NELSON HELÍ HERRERA los hechos del 28 de junio de esta anualidad configuran un daño antijurídico atribuible al Estado (artículo 90 de la Constitución Política), puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio de la acción de reparación directa, prevista por el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. (...).

Por otra parte, el incumplimiento de las autoridades estatales del deber de reglamentar la actividad de transporte de pasajeros mediante vehículos que emplean la plataforma UBER puede ser reclamado a través de la acción de

cumplimiento, consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política:

Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo.

El accionante también se refiere a los demás miembros de su gremio, a quienes no representa, así como a la imposibilidad de elegir libremente el ejercicio de determinada profesión u oficio.

Por el primer aspecto sus reclamos puede encausarlos a través de una acción popular para la protección de la libre competencia económica (artículo 88 de la Constitución Política).

El segundo aspecto no tiene respaldo constitucional, por tratarse de una actividad que implica un riesgo social: *“Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social”* (artículo 26 de la Carta). Tal aspecto claramente se desprende del contenido de las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996.

De otro lado, el accionante expone sus temores de que se produzcan nuevos hechos dañosos, los que no reúnen las condiciones de inminencia que demanda una protección urgente como la que brinda la acción de tutela:

(...) la acción de tutela no se ha establecido para precaver futuros, eventuales o inciertos riesgos de violación de los derechos fundamentales, sino con el fin de interrumpir que prosiga una violación en curso, actual y concreta, o de impedir que se produzca, siendo inminente. (CC. T-175/97).

De allí que, en aquellos casos en los que se instaura acción de tutela de manera preventiva, para evitar la ocurrencia de unos hechos que no se configuran de manera cierta y probada, el juez deba negarla por carencia actual de objeto. (CC. T-424/11).

En estas condiciones, es evidente la improcedencia del amparo incoado, que con acierto declaró el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, mediante providencia que no tenía que tener la misma extensión de la demanda, pues de forma sintética comprendió y respondió conjuntamente los planteamientos del accionante.

En conclusión, por las razones que anteceden, se confirmará el fallo materia de impugnación.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sala Segunda de Tutelas**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. **Confirmar** el fallo impugnado, por los motivos plasmados en precedencia.

2. **Notifíquese** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. **Remítase** el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria