

Sentencia No. T-150/95

BIENES DE USO PUBLICO-Afectación

La afectación consiste en una manifestación de voluntad expresa del poder público, por medio del cual se incorpora un bien al uso o goce de la comunidad, ya sea directo o indirecto. Como se desprende de la anterior definición, para que el fenómeno de la afectación sea posible requiere de dos momentos claramente identificables: a) un aspecto material, esto es, la existencia de un bien apto para el uso público y b) el aspecto intencional o subjetivo, que consiste en la declaración de voluntad o en el accionar del órgano estatal que demuestra de manera directa e inequívoca el deseo de consagrar un bien al uso público. Entre nosotros, la afectación puede consistir en una manifestación de voluntad o en hechos de la administración, por cuanto existen bienes naturales en donde la sola presencia del bien implica la titularidad del dominio en cabeza del Estado, pues, hay normas genéricas que así lo disponen, (a manera de ejemplo los ríos son de uso público de acuerdo con lo perceptuado en el artículo 677 C.C.). Pero respecto de la afectación por hechos de la administración respecto de los bienes artificiales, nuestra legislación ha señalado que la naturaleza jurídica particular no se altera por el uso público.

BIENES DE USO PUBLICO-Desafectación

La Desafectación es el fenómeno jurídico por el cual un bien que ostenta la calidad de uso público deja de serlo, por cuanto cambia su calidad de bien de dominio público a la de un bien patrimonial ya sea del Estado o de los particulares. Es necesario aclarar que la desafectación no consiste en una extinción del dominio sino en una modificación del régimen jurídico que se le aplica. En nuestra legislación, existe normatividad expresa que niega la desafectación de ciertos bienes de uso público, así, el artículo 170 del Decreto 1333 de 1986 establece que “las vías, puentes y acueductos públicos no podrán enajenarse ni reducirse en ningún caso”.

El bien de uso público por la finalidad a que está destinado, otorga al Estado la facultad de detentar el derecho a la conservación de los mismos y por tanto la normatividad que los regula ordena velar por el mantenimiento, construcción y protección de esos bienes contra

ataques de terceros. La protección se realiza a través de dos alternativas: por un lado la administrativa, que se deriva del poder general de policía del Estado y se hace efectivo a través del poder de sus decisiones ejecutorias y ejecutivas. Por otro lado existe otra alternativa que permite la defensa de los bienes de uso público, que es la posibilidad que tienen los habitantes de recurrir a la vía judicial, a través de acciones posesorias, reinvindicatorias o la acción popular.

LIBERTAD DE CIRCULACION

El derecho fundamental de la libre circulación se encuentra consagrado en el artículo 24 de la C.P. y consiste en la posibilidad que tiene toda persona de desarrollarse dentro de un contexto donde puede desplazarse sin más restricción que la que razonablemente establezca la ley. El legítimo ejercicio del derecho a la circulación se constituye en un presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales, cuyo desarrollo supone el reconocimiento a un derecho de movimiento que garantiza la independencia física del individuo. La principal manifestación de este derecho se encuentra en la libertad de elección que el individuo tiene sobre lugares cuyo uso se encuentran a su disposición, puesto que en materia de uso de un lugar público, la costumbre de la gente no impide el ejercicio del derecho legítimo a la libertad de escogencia.

VIA PUBLICA-Cierre

La omisión de las autoridades de policía, consistente en tolerar el cierre de algo que evidentemente es una calle, viola el derecho a la libertad de circulación que tienen los residentes del sector y los usuarios de la calle, por cuanto es legítimo el derecho de todo ciudadano a elegir la vía de acceso que el Estado coloque a su disposición.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD/LIBERTAD DE LOCOMOCION/DERECHO DE ELECCION

Dentro de la esfera del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se encuentra el legítimo derecho del individuo a elegir su medio, forma y lugar de locomoción, siempre y cuando exista norma de circulación que lo permita. Por cuanto el hombre es conciencia y libertad; si una persona intuitivamente escoge una calle para transitar, las autoridades administrativas no pueden enderezarle su comportamiento con la disculpa de que otros

acostumbran circular por otras vías ya que ello significaría DETERMINISMO. Exigirle a alguien que transite por las calles o potreros usados por la mayoría, sería comparable al acto de obligar a un escritor a emplear el computadora, escondiendo su antigua máquina de escribir, lo justo es permitir la elección. Si se reprime el derecho de elección, se obstaculiza el compromiso a decidir y ello atenta contra la existencia auténtica, circunstancia que implica un perjuicio irremediable, porque la libertad se convierte en un compromiso de decisión.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Situación de trato sucesivo

Entendido el perjuicio irremediable como aquella situación que no se puede retrotraer ni recuperar por ningún medio, esta Sala de Revisión considera que, un factor preponderante dentro de esa calificación, se encuentra directamente ligado con el transcurrir del tiempo, puesto que es indiscutible que en ciertas circunstancias la oportunidad para ejercer la acción correspondiente, niega la posibilidad de obtener la reparación del daño. Por tanto la presencia de una situación de trato sucesivo que vulnera derechos fundamentales, origina un daño que puede tornarse irreparable e irreversible. Dentro del caso objeto de examen se evidencia que el carácter progresivo del daño origina un perjuicio irremediable, lo que se traduce en aserción a la vulneración del derecho a la libre circulación y al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto cercena el derecho de todo individuo a escoger entre alternativas permitidas.

REF: EXPEDIENTE T-54186

Peticionario: Enrique Arbeláez Mutis.

Procedencia: Juzgado Promiscuo Municipal de Villamaría (Caldas).

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Temas:

-Afectación y desafectación de bienes de uso público.

-Los derecho a la circulación y al libre desarrollo de la personalidad se vulneran cuando hay negación del derecho a escoger el transito por una vía pública, a una persona que la usa.

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En proceso de tutela identificado con el número de radicación T-54186, adelantado por Enrique Arbeláez Mutis en contra del Alcalde y el Concejo de Villamaría (Caldas), luego se vinculó procesalmente a la empresa VARTA S.A.

I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto No. 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

1. Solicitud.

El 21 de julio de 1994, Enrique Arbeláez Mutis presenta ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Villamaría, escrito contentivo de una acción de tutela, la cual se fundamenta en los siguientes hechos:

a) Por iniciativa del Alcalde de Villamaría, el Concejo de ese municipio, mediante Acuerdo 001 de marzo 8 de 1993, decidió desafectar del uso público un tramo de la vía situado en la calle 4a, comprendido entre las carreras 9a y 11 de tal municipio. El Concejo consideró pertinente la desafectación por cuanto encontró que la calle perdió notoriamente la condición de bien

de uso público al “estar siempre ocupada por vehículos de carga pesada lo que hace que ya no sea transitada habitualmente.”, más aún cuando la calle que se desafecta se encuentra subutilizada por el uso de calles adyacentes suficientes para el tráfico ágil y organizado.

b) El mencionado acuerdo autoriza al alcalde de dicha localidad para que celebre contrato de permuta con la sociedad Colombiana de Baterías -COBALTECO S.A., quien se compromete a canjear la vía pública (que tendría un valor de \$6.833.268=) por un lote de terreno situado en el Barrio “La Capilla” de Villamaría, con una extensión aproximada de 3400 metros cuadrados. En el mencionado terreno la Alcaldía busca construir el “Centro Integral Campesino”, que se organizará en una casa campesina, plaza de mercado y centro de Acopio.

c) En cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo 001 de 1993, el alcalde de Villamaría celebró contrato de permuta con la sociedad COBALTECO S.A. y lo protocolizó en la Notaría Única del Círculo de esa ciudad, mediante escritura pública número 1593 de julio 14 de 1993.

Es necesario anotar que la sociedad COBALTECO S.A. cambió su nombre el 26 de abril de 1994, por el de VARTA S.A., según certificado de existencia y representación 6708766 de la Cámara de Comercio de Bogotá.

d) Como consecuencia de la firma del contrato de permuta, la sociedad VARTA S.A. cerró el espacio de la vía pública que canjeó.

e) Cabe añadir que el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Villamaría se negó a inscribir el contrato de permuta de la vía pública, por “falta de título de tradición” de la misma, lo cual quedó plenamente demostrado en el expediente

f) De acuerdo con lo expresado por ENRIQUE ARBELAEZ MUTIS, él transitaba por la calle objeto de desafectación, como parte de su recorrido para desplazarse de las instituciones educativas donde asisten sus menores sobrinos, al domicilio de los niños, a quienes acompaña en su ruta debido al afecto que guarda por los menores. (adjuntó partidas para demostrar el parentesco, certificados de estudios de sus sobrinos para probar el sitio donde reciben clases y escritura pública de la casa de su hermano).

Por la conducta de las entidades demandadas en la presente acción de tutela, el peticionario considera violados los derechos a un ambiente sano y a disfrutar del espacio público, por la cual le solicita a esta Corporación el rescate del bien “patrimonial público”.

2. Actuación Judicial

2.1. En el Juzgado Promiscuo Municipal de Villamaría.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Villamaría al resolver en primera instancia la acción de tutela de la referencia, mediante Sentencia de agosto 4 de 1994, decidió tutelar el derecho “al espacio público y de libre locomoción de los habitantes”, en consecuencia dispone la restitución de la vía canjeada. Ordena la inaplicación del acuerdo y el contrato de permuta que originaron la presente tutela. Además, previene al alcalde y al Concejo de Villamaría para que en el futuro se abstengan de incurrir en actos violatorios de los derechos fundamentales de los habitantes. El Juzgado fundamenta su decisión con base en:

- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 674 del Código Civil las vías públicas son bienes de uso público y como tales se caracterizan por ser parte del espacio público, que por disposición constitucional son imprescriptibles e inalienables. El derecho al espacio público es de aquellos que ostentan el carácter colectivo y se encuentra garantizado constitucionalmente en el artículo 82 de la Carta cuando dispone el deber para el Estado de velar por la protección del espacio público que debe prevalecer sobre el interés particular, aspecto que -según afirma el juzgado- no se tuvo en cuenta en la negociación que permuta el tramo de la vía pública.
- El derecho a la locomoción de los habitantes del municipio de Villamaría, tanto vehicular como peatonal se vulneró por actuaciones de la autoridad municipal que autorizan a particulares ejercer actos de dominio sobre la calle.
- A pesar de que la jurisdicción competente para definir la legalidad de los actos administrativos es la contencioso administrativa, el artículo 86 de la Carta autoriza al juez de tutela para que si lo estima pertinente suspenda la aplicación de las actuaciones administrativas “cuando es urgente la protección del derecho fundamental que se reclama.”. Por lo tanto mientras la jurisdicción competente no estudie la legalidad del acto administrativo que originó la presente tutela, se inaplicará dicho acuerdo.

2.2. Nulidad de la Sentencia

El representante legal de la Sociedad VARTA S.A., mediante escrito de fecha agosto 12 de 1994 solicita la nulidad de toda la actuación surtida ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Villamaría a partir del auto que admite la demanda. Afirma el solicitante que la empresa que representa no fue notificada del auto admisorio de la solicitud de tutela, por consiguiente se le vulneró el derecho al debido proceso que debe regir toda actuación administrativa y judicial. Además, considera el interveniente, la falta de notificación del mencionado auto origina vicio de nulidad que no es susceptible de saneamiento por el paso del tiempo, de acuerdo con las causales señaladas en el Código de Procedimiento Civil.

2.3. Decisión del Juzgado Promiscuo Municipal de Villamaría

En cumplimiento a lo ordenado por el Ad-quem, el Juzgado Promiscuo Municipal de Villamaría notificó de la admisión de la solicitud al representante legal de VARTA S.A. y mediante Sentencia de septiembre 13 de 1994, mantuvo su decisión de tutelar los derechos al espacio público y a la libre locomoción de los habitantes de su municipio, con base en los mismos argumentos ya expuestos en la providencia anulada, pero agrega lo siguiente:

- En el presente asunto salta a la vista la existencia de otros medios de defensa judicial que permitan proteger la integridad del bien de uso público, pero ante la violación de los derechos a la libre locomoción y al espacio público, y la poca efectividad de los mecanismos de protección, el juez de tutela debe prestar protección inmediata y específica de los derechos vulnerados.

3. La Impugnación

La apoderada de la Sociedad VARTA S.A. y el Alcalde de Villamaría JAIRO ALBERTO LLANO GOMEZ, interpusieron recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado Promiscuo Municipal de Villamaría, con base en los siguientes argumentos:

- Consideran los demandados que el accionante dispone de medios de defensa judicial que excluyen la acción de tutela, entre los cuales se encuentra la acción de nulidad contra el Acuerdo 001 de 1993, la cual debe interponerse ante la jurisdicción contencioso administrativa, o la acción de restitución de bienes de uso público prevista en el Decreto 640

de 1937, o la “Resolución de Restitución”, acción policial prevista en el Código Nacional de Policía o las vías contempladas en la Ley 9a de 1989 que impiden la perturbación y ocupación de bienes de uso público.

- El peticionario obra en defensa del interés colectivo ya que nunca demostró su propio perjuicio, ni la violación a su derecho individual, lo que conlleva a demostrar que la acción popular es la vía pertinente.
- Arguyen los impugnantes que la acción de tutela tampoco es procedente como mecanismo transitorio, por cuanto la definición de perjuicio irremediable que contiene el decreto 306 de 1992 se refiere a aquel que “solo puede ser íntegramente indemnizable”
- Afirman que el artículo 313 de la Constitución Política otorga facultades a los Concejos municipales para reglamentar el uso del suelo. Y el artículo 6º de la Ley 9º de 1989 autoriza a los Concejos para ejercer la función de variar el destino de los bienes de uso público, por lo tanto la validez del acuerdo 001 de 1993 se presume y hasta tanto la autoridad competente no diga lo contrario, el acto administrativo debe surtir todos sus efectos.
- Opinan los demandados que el tramo de vía pública que se canjea “carece y ha carecido siempre de la prueba legal y única del dominio en cabeza de la entidad municipal”, por el contrario esa franja es de propiedad de VARTA S.A.. El hecho que la administración haya construido una calle no cambia la titularidad ni la calidad jurídica al bien.

4. Actuación en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales luego de aceptar el impedimento manifestado por el Juez Cuarto Civil del Circuito, mediante Sentencia de octubre 31 de 1994 resuelve en segunda instancia la acción de tutela de la referencia. El Ad-quem decide revocar el fallo que revisa y en consecuencia se abstiene de tutelar los derechos invocados por el peticionario. A pesar de lo anterior el juzgado Primero resuelve prevenir al señor Alcalde de Villamaría para que garantice el uso permanente de la vía objeto de discusión como primera autoridad de policía de esa localidad y libra oficio a la Procuraduría General de la Nación para que investigue la conducta del alcalde Llano Gómez. El Juzgado fundamenta su decisión con base en los siguientes argumentos:

-La acción de tutela no es la vía pertinente para atacar un acto administrativo, ni tampoco para lograr una suspensión provisional del mismo, ya que esta actuación le corresponde únicamente al juez contencioso administrativo.

- La inaplicación del acuerdo 001 de 1993 se puede efectuar solamente si existe un perjuicio irremediable, esto es un perjuicio valorable pecuniariamente, que de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente nunca se probó. Menos aún puede hablarse de inaplicación de una escritura pública, por cuanto esa figura no ampara “actos realizados por vía de negociaciones”.

- Ahora, el dominio sobre el bien no se encuentra radicado en cabeza de la sociedad VARTA S.A., por cuanto el tramo de la vía objeto de estudio nunca fue registrado como bien particular, requisito indispensable para ostentar la titularidad de un bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 756 del Código Civil, la tradición de la propiedad de bienes raíces se efectuará por la inscripción del título en la respectiva oficina. Este aspecto que no se tuvo en cuenta cuando la mencionada empresa colocó “puertas en mallas” para cerrar la calle y obstruyó el flujo peatonal y vehicular de un bien de dominio público, sin que el Alcalde como primera autoridad de policía haya tomado medidas al respecto.

- Arguye el juzgado que, según lo ordenado por el artículo 5º de la Ley 9º de 1989 el espacio público de las ciudades se encuentra constituido -entre otras- por las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular, de tal suerte que la vía de la carrera 4a. entre calles 9º a 11, efectivamente corresponde al espacio público del municipio de Villamaría. Espacio que ha sido violado por la actuación de VARTA S.A., sin que el alcalde haya impedido tal situación. Por estas razones el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales ordena al Alcalde de Villamaría garantizar el uso permanente de la vía y libra comunicación a la Procuraduría General de la Nación para que investigue la conducta omisiva de esa autoridad.

5. Aspecto Probatorio en la Corte Constitucional

La Sala Séptima de Revisión de esta Corporación, mediante auto de febrero 22 del año en curso, decretó la práctica de una inspección judicial en la calle 4a. entre carreras 9a y 11 de Villamaría, con el fin de observar la “incidencia directa sobre el goce de los derechos fundamentales del peticionario de la presente tutela”. En dicha inspección se pudo constatar

lo siguiente:

- La utilización del tramo de la vía objeto de discusión se encuentra limitada al parqueo de vehículos de Varta, que realizan labores de cargue y descargue de la mercancía, eventualmente existe uso peatonal. Las personas no utilizan la zona porque hay cierto grado de restricción al paso.
- En el sector existe una calle paralela a la vía objeto de discusión, la calle 3era, que puede considerarse arteria para el transporte de la zona y sobretodo para el acceso de la escuela Kennedy al Barrio "La Pradera", lugar donde habita un hermano del peticionario de la presente tutela. Además en el sector se encuentran las instalaciones de otra institución educativa que moviliza gran cantidad de alumnos, el colegio Gerardo Arias Ramírez, siendo la costumbre de los alumnos transitar por campo abierto y no por la calle 4a, según lo confirma la versión de las estudiantes CAROLINA HURTADO, GLORIA MILENA RAMIREZ Y FRANCIA ELENA ECHEVERRY, menores que inadvertidamente fueron invitadas a declarar sobre los interrogantes planteados en la diligencia de inspección.
- Se pudo constatar que el padre y una hermana del peticionario residen en un sector cuyo acceso directo no requiere del uso de la calle objeto de inspección. Pero que el peticionario la considera importante para su desplazamiento y el de sus sobrinos menores que estudian en los Colegios Kennedy y Arias hacia el domicilio de su otro hermano que se encuentra situado en el Barrio "La Pradera".
- Respecto de la situación planteada por el cierre de la vía, dijo Enrique Arbeláez Mutis :
"no he sentido un peligro inminente en cuanto a que este impedimento de transcurrir por la calle pueda ocasionar algún accidente pero si hay una observación muy lógica de que la carrera novena y las casas adyacentes a la cuarta, pues no cuentan con andenes o seguridad peatonal y se trata es de prevenir y no solamente para mí sino para todo un conglomerado de estudiantes que se desplazan por este sector...."
- Agrega el actor que encuentra su ruta de acceso mas conveniente por la calle 4a, por cuanto la utilización vehicular de esa vía era muy reducida al encontrarse ocupada por automotores de Varta S.A, lo que otorgaba mayor seguridad para él y sus sobrinos. Sobretodo porque el uso que él daba de la vía responde al derecho que el transeúnte tiene

de escoger libremente entre las diferentes alternativas que se presenten; para el actor la utilización de la vía desafectada responde a una costumbre de él, que no necesariamente coincide con el uso común.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Competencia.

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir Sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto No. 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dichas acciones practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

Temas Jurídicos a Tratar

1. Un problema sometido a consideración de esta Sala consiste, básicamente, en determinar si la situación planteada por la desafectación de un bien de uso público y por la autorización de su venta a un particular que sin haberse efectuado la tradición realizó actos de propietario, vulneró derechos constitucionales fundamentales del actor. Por lo tanto, se entrará en primer término a estudiar lo referente a tutela contra particulares y el aspecto relativo a la desafectación de los bienes de uso público. De otro lado se analizará si la acción de tutela es procedente para evitar la desafectación de bienes de uso público o si existen otros medios jurídicos. Además, en relación con la Sentencia que se revisa, esta Sala analizará el deber constitucional y legal de toda autoridad de policía de velar por el correcto uso de los bienes de uso público.

En segundo lugar se estudiará la relación de causalidad entre el cierre de la vía y el presunto daño causado a los derechos fundamentales del peticionario. Para lo cual se resolverá esta inquietud: ¿constituye una actitud legítima del actor utilizar una vía (la calle 4) que el común de la población no la emplea pero que para el peticionario es una vía que representa el ejercicio del derecho a escoger?. Por lo tanto se estudiará el derecho a la libre circulación del peticionario, su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Y, la otra inquietud: podía VARTA S.A., sin ocurrir la tradición del inmueble, cerrar la calle 4a. con “puertas en mallas”?.

Tutela Contra particulares en el caso materia de esta acción.

2. El inciso 5º del artículo 86 de la Constitución Nacional, dispone la procedencia de la acción de tutela contra particulares cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, sin que ello implique una exclusión a la acción popular. Entonces, hizo bien el Juzgado Civil del Circuito de Manizales cuando ordenó notificar a la empresa VARTA S.A. de la iniciación de esta acción, teniéndola como parte dentro del proceso.

Posteriormente se indicará en esta Sentencia que el interés para interponer la presente tutela no queda excluido de la posibilidad de instaurar la acción popular.

Dominio Público.

3. La legislación civil y constitucional distingue con claridad dos clases de dominio, lo que comporta la aplicación de dos regímenes jurídicos diferentes. Por un lado, el dominio privado que regula relaciones de coordinación, por lo tanto se encuentran sometidas al régimen que regula las relaciones entre particulares. Este dominio puede ser individual (artículo 58 de la Constitución) o colectivo, éste con algunas limitaciones para el comercio, el artículo 329 de la Carta la recoge como “no enajenable”, el artículo 55 transitorio como enajenable “en los términos que señale la ley”. Por otro lado se encuentra el dominio público definido como el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que lo utiliza para servir a la sociedad (artículos 63, 82, 102, 332 de la Carta)¹. Dentro de esta última categoría se diferencian dos clases:

4. Bienes del Estado cuyo régimen es igual al de los particulares, también se denominan bienes fiscales. Se definen en el artículo 674 del Código Civil como aquellos bienes “cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes...”. Son bienes patrimoniales del Estado o de sus entes territoriales destinados a la prestación de servicios públicos que la administración utiliza en forma inmediata.

Dentro de esta especie se encuentran también los bienes fiscales adjudicables, que son aquellos por los cuales el Estado asume la titularidad en la medida que se traslade el uso y explotación a manos particulares, en principio a cambio de una contraprestación económica

para el Estado, ejemplo: las minas, los bienes baldíos.

5. Bienes afectados al Uso Público. Se encuentran en cabeza del Estado u otros entes estatales y se caracterizan por ser bienes usados por la comunidad, la cual los puede aprovechar en forma directa, libre, gratuita, impersonal, individual o colectivamente, generalmente tienen que ver con los intereses vitales de la comunidad.

Estos bienes no son res nullius, pero respecto de su titularidad existen dos teorías que vale la pena destacar. Para algunos teóricos, el propietario de los bienes de uso público es el Estado, quien ejerce sobre ellos una reglamentación de uso. Esta posición es la que acoge el artículo 674 del Código Civil, los define como aquellos bienes cuyo “dominio pertenece a la República” y el “uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos...”. Este listado meramente enunciativo se complementa con varias normas, entre las cuales se encuentra la disposición contenida en el artículo 116 del Decreto 2324 de 1984 donde define como bienes de uso público las playas, terrenos de baja mar y las aguas marinas.

La segunda teoría es acogida por varios doctrinantes (entre los cuales se destaca Bielsa, Marienhoff, José J. Gómez) quienes consideran que el titular de estos bienes es la colectividad o el pueblo, de suerte que el Estado ejerce únicamente la administración a través de su poder administrativo regulador y reglamentario.

El derecho al aprovechamiento de los bienes de uso público encuentra su regulación legal en disposiciones que son el resultado de la obligación constitucional de velar por la protección del espacio público, que comprende los bienes de uso público. Así el Decreto 2811 de 1974 o Código de Recursos Naturales consagra los “modos de adquirir el derecho a usar los recursos naturales renovables de dominio público”, el Código Nacional y los Códigos departamentales de Policía señalan a las autoridades de policía, conductas a seguir para la preservación de los bienes de uso público.

6. El artículo 63 de la Constitución Nacional otorga a los bienes de uso público como efecto jurídico el carácter de imprescriptibles, porque son bienes no susceptibles de usucapión. De inalienables, esto es, son bienes que se encuentran fuera del comercio ya que no pueden ser materia de actos jurídicos que impliquen tradición o pérdida de la finalidad del bien. Debe aclararse que a este concepto no se opone la posibilidad que tiene el Estado de regular y

permitir formas de utilización de estos bienes, por cuanto existen usos “especiales” o “diferenciales”², pero no preferentes que son otorgados bajo la forma de concesión o permiso a determinado grupo de personas, cuya utilización no puede desvirtuar el carácter de público de esta clase de bienes, a manera de ejemplo podemos citar las casetas de dulces que se instalan temporalmente dentro de un parque. Y son inembargables puesto que la Constitución explícitamente impide embargos, secuestros o cualquier medida de ejecución judicial tendiente a restringir el uso directo e indirecto del bien. Sobre este punto esta Sala de Revisión se ha pronunciado así:

“Esto muestra entonces que la teoría de la comercialidad de los bienes se rompe cuando se trata de bienes de uso público. No es válido entonces exigir matrícula inmobiliaria de tales bienes para determinar si son de uso público, puesto que tales bienes, por sus especiales características, están sometidos a un régimen jurídico especial, el cual tiene rango directamente constitucional. Por ello, durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema de Justicia había dicho que “el dominio del Estado sobre los bienes de uso público, es un dominio sui generis”. Y la Corte Constitucional también ha diferenciado con nitidez, en anteriores decisiones, el dominio público y la propiedad privada. Así, según la Corte, los bienes de dominio público se distinguen “por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CP art. 1º), relacionadas con la riqueza cultural nacional, el uso público y el espacio público.” En particular, sobre los bienes de uso público, la Corte señaló en esa misma Sentencia que éstos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, ...”³

La doctrina⁴ clasifica este tipo de bienes según el origen o formación de la cosa, división que tiene importancia desde el punto de vista jurídico dentro de la teoría del dominio público, en:

- Bienes de uso Público Naturales, es decir, bienes que se encuentran en el estado en que la naturaleza los ofrece. La Constitución en el artículo 63 se refiere a los parques naturales que son de este tipo de bienes.
- Bienes de uso público artificiales, son los que el legislador declaró públicos y cuya creación depende de hechos humanos, en nuestra legislación están contenidos, entre otros, en el artículo 674 de la legislación civil.

La Afectación al uso público.

Como primera medida es importante aclarar que esta Sala de Revisión avocará el estudio teórico de la desafectación y afectación de los bienes de uso público que el tema plantea, pero no se referirá a la conveniencia o impertinencia del acto administrativo que origina la presente tutela, por cuanto es a la justicia contencioso administrativa a quien le corresponde el estudio concreto.

7. Ahora bien, la afectación consiste en una manifestación de voluntad expresa del poder público, por medio del cual se incorpora un bien al uso o goce de la comunidad, ya sea directo o indirecto. Como se desprende de la anterior definición, para que el fenómeno de la afectación sea posible requiere de dos momentos claramente identificables: a) un aspecto material, esto es, la existencia de un bien apto para el uso público y b) el aspecto intencional o subjetivo, que consiste en la declaración de voluntad o en el accionar del órgano estatal que demuestra de manera directa e inequívoca el deseo de consagrar un bien al uso público.

Entre nosotros, la afectación puede consistir en una manifestación de voluntad o en hechos de la administración, por cuanto existen bienes naturales en donde la sola presencia del bien implica la titularidad del dominio en cabeza del Estado, pues, hay normas genéricas que así lo disponen, (a manera de ejemplo los ríos son de uso público de acuerdo con lo perceptuado en el artículo 677 C.C.). Pero respecto de la afectación por hechos de la administración respecto de los bienes artificiales, nuestra legislación ha señalado que la naturaleza jurídica particular no se altera por el uso público. Así lo establece el artículo 674 del Código Civil cuando dispone que:

“Los puentes y caminos construidos a expensas de personas particulares, en tierras que les pertenecen, no son bienes de la unión, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos los habitantes del territorio.”

Al respecto la Corte Suprema de Justicia explica el punto cuando aclara que “los actos de mera facultad no confieren posesión ni dan lugar a prescripción alguna.”⁵

En conclusión, nuestra legislación recoge como formas de afectación la manifestación de voluntad de la administración, el suceso de hechos de la naturaleza, por supuesto en bienes naturales, pero no los hechos que incorporen un bien artificial particular al uso público.

Requisitos para la afectación de un bien al uso público

8. Esta Sala de Revisión se referirá a las reglas básicas para que la afectación al uso público de un bien surta efectos jurídicos.

a) La existencia de una manifestación de voluntad o de actitudes de la administración que permita asegurar que el uso de un bien se encuentra a disposición del público. Dentro de la primera opción (manifestación de voluntad) se encuentra la facultad de que dispone el ente estatal de obtener un bien (Capítulo III de la Ley 9a. de 1989, el artículo 17 del Decreto 855 de 1994, adquisición de inmuebles por negociación directa) y destinarla al uso público, o la posibilidad de expropiar un bien cuyo uso sea menester ofrecerlo al público (el artículo 58 constitucional faculta al Estado para expropiar bienes por motivos de utilidad pública o de interés social que el legislador defina). Dentro de la segunda opción, o sea, las actitudes de la administración, se cita a guisa de ejemplo la inauguración de una obra que se abre al público o presentar abierta una calle para su uso.

b) Existencia de un título de dominio. Esta formalidad se presenta en forma diversa de acuerdo con el tipo de afectación que se realiza, entonces, si se adquiere un bien, en este caso, se requiere un título traslático de dominio que lo respalde, si se expropia es necesaria la Sentencia judicial o el acto administrativo que lo decrete. Pero también existen bienes que se afectan por ministerio de la ley, por cuanto el título puede consistir en una ley que faculta al Estado para detentar el derecho real de manera directa. (ejemplo: el Código Civil dispone que las calles son de uso público).

c) La afectación debe ser real y efectiva, esto es, que la cosa sea apta para el destino público y que tenga el carácter de ser idónea para el uso público. En palabras de la Ley 9a. de 1989, artículo 5º, se requiere que el bien presente un interés público manifiesto y conveniente.

Desafectación de los Bienes de Uso Público

9. La Desafectación es el fenómeno jurídico por el cual un bien que ostenta la calidad de uso público deja de serlo, por cuanto cambia su calidad de bien de dominio público a la de un bien patrimonial ya sea del Estado o de los particulares. Es necesario aclarar que la desafectación no consiste en una extinción del dominio sino en una modificación del régimen

jurídico que se le aplica.

10. Con relación a la teoría de la desafectación en el derecho colombiano existen dos teorías que se expondrán a continuación, pero que por la relevancia constitucional que revisten, esta Sala de revisión considera que no es procedente para el caso tomar posición respecto de alguna de ellas debido a que esa decisión le corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional, en el eventual estudio de constitucionalidad que sobre el tema se plantee. Al respecto esta Sala tan solo esbozará las dos tesis planteadas.

La primera teoría: hace referencia a la negación de desafectación respecto de bienes de uso público, de los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación, por cuanto el artículo 63 de la Carta Política, otorga a esos bienes el carácter de inalienables. Además se considera que la titularidad de los bienes de uso público se encuentra en cabeza de la comunidad, por lo cual el Estado no tiene el poder de disposición respecto de ellos.

Por otro lado la segunda tesis⁶ se esboza en consideración con los siguientes argumentos:

En el derecho, la norma general de conducta predica que las cosas se deshacen como se hacen. Entonces la forma como se realiza la desafectación de un bien es la forma como se afecta, por tanto, la desafectación debe sucederse a través de un acto que demuestre una manifestación de voluntad clara e inequívoca del deseo de sustraer del dominio público un bien, que debe acompañarse de hechos fácticos. Pero solo en situaciones excepcionalísimas es la ley quien señala cómo se efectuará la desafectación a través de hechos de la naturaleza, es el caso consagrado en el artículo 719 del Código Civil, cuando dispone que el aumento que recibe la ribera de un río o de un lago por el lento e imprescriptible retiro de las aguas, pueden dar origen a la adquisición de ese terreno (es la figura del aluvión).

Dentro de esta tesis, se sostiene que respecto de hechos del hombre, la desafectación no produce efecto alguno, por cuanto existe norma constitucional que dispone la obligación para el Estado de preservar y garantizar el espacio público, dentro del cual se encuentra el uso público. (artículos 82 y 88 de la Carta).⁷

Para los doctrinantes que defienden esta tesis, los requisitos para que la desafectación de bienes de uso público sea posible es menester:

- a) Que el bien encargado de prestar un uso público haya perdido su propósito, no por actos negligentes u omisiones de las autoridades encargadas de preservarlos, esto es, que la pérdida de utilidad pública de un bien no se debe al incumplimiento de la ley.
- b) Que exista el asentimiento de la autoridad competente directo e inequívoco de desafectar un bien de uso público o un hecho de la naturaleza que así lo demuestre. Entonces, la falta de uso de un bien no es el único factor determinante dentro de la teoría de la desafectación, por cuanto de no existir una manifestación clara de autoridad competente o ley que lo autorice sería aplicar la prescripción extintiva del dominio a este tipo de bienes, aspecto que está prohibido expresamente por la Constitución. (artículo 63).
- c) Para desafectar un bien de uso público situado en áreas urbanas y suburbanas, el artículo 6º de la Ley 9a. de 1989, establece la necesidad de “canjear” un bien por otro de características equivalentes, esto es, por otro bien que sea capaz de prestar el mismo uso común, con la salvedad de que no se trate de vías públicas (dentro de la cual se encuentran las calles, puentes, etc.), por las razones que se expondrán a continuación.

Hasta aquí la presentación de las dos tesis sobre desafectación.

11. Ahora bien, es pertinente hacer referencia a que en nuestra legislación, independientemente de la teoría que se acoja, existe normatividad expresa que niega la desafectación de ciertos bienes de uso público, así, el artículo 170 del Decreto 1333 de 1986 establece que “las vías, puentes y acueductos públicos no podrán enajenarse ni reducirse en ningún caso”.

En relación con el retiro del servicio de vías públicas, el artículo 6º de la Ley 9a, establece:

“las calles nunca podrán ser encerradas en forma que priven a la ciudadanía de uso, goce, disfrute visual y libre tránsito. Toda ocupación permanente que se haga de estos objetos es atentatoria a los derechos del común, y los que en ello tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables.”.

Es deber de las Autoridades la Preservación del Uso Público.

12. El bien de uso público por la finalidad a que está destinado, otorga al Estado la facultad

de detentar el derecho a la conservación de los mismos y por tanto la normatividad que los regula ordena velar por el mantenimiento, construcción y protección de esos bienes contra ataques de terceros. La protección se realiza a través de dos alternativas: por un lado la administrativa, que se deriva del poder general de policía del Estado y se hace efectivo a través del poder de sus decisiones ejecutorias y ejecutivas. Para el caso el artículo 124 del Decreto 1355 de 1970 o Código Nacional de Policía, dispone que “a la policía le corresponde de manera especial prevenir los atentados contra la integridad de los bienes de uso público.”

En el mismo sentido y respecto del caso de esta tutela, el artículo 297 de la Ordenanza 018 de 1971 o Código de Policía de Caldas dispone que “la policía garantizará el uso permanente de las vías públicas, atendiendo el normal y correcto desarrollo del tránsito y evitando todo acto que pueda perturbarlo.”

El alcalde como primera autoridad de policía de la localidad (artículo 84 de la Ley 136 de 1994), tiene el deber jurídico de ordenar la vigilancia y protección del bien de uso público en defensa de los intereses de la comunidad, por lo tanto en su cabeza se encuentra la atribución de resolver la acción de restitución de bienes de uso público tales como vías públicas urbanas o rurales, zona de paso de rieles del tren, según lo dispuesto en el artículo 132 del Código de Policía.

Además, el Personero municipal en defensa del interés público puede “demandar de las autoridades competentes las medidas de policía necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales y de uso público.”(artículo 139 numeral 7º del Decreto 1333 de 1986).

13. Por otro lado existe otra alternativa que permite la defensa de los bienes de uso público, que es la posibilidad que tienen los habitantes de recurrir a la vía judicial, a través de acciones posesorias, reinvindicatorias o la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil. Si no es legítima o es muy discutible la legitimidad de la alteración del carácter de uso público de un bien, y, además hay la vulneración de derechos fundamentales, es probable que se pueda ejercer la acción de tutela contra la Entidad territorial y, si además esa violación la realiza con hechos un particular que aún no tiene el dominio, con mayor razón cabe la tutela como mecanismo transitorio.

Derecho a la Libertad de Circulación

14. El derecho fundamental de la libre circulación se encuentra consagrado en el artículo 24 de la Carta Política y consiste en la posibilidad que tiene toda persona de desarrollarse dentro de un contexto donde puede desplazarse sin más restricción que la que razonablemente establezca la ley.

El legítimo ejercicio del derecho a la circulación se constituye en un presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales, cuyo desarrollo supone el reconocimiento a un derecho de movimiento que garantiza la independencia física del individuo.

La principal manifestación de este derecho se encuentra en la libertad de elección que el individuo tiene sobre lugares cuyo uso se encuentran a su disposición, puesto que en materia de uso de un lugar público, la costumbre de la gente no impide el ejercicio del derecho legítimo a la libertad de escogencia, así lo dispone también el artículo 1º del Decreto 1344 de 1970 o Código Nacional de Tránsito Terrestre, cuando reza: el “transito terrestre de personas, animales y vehículos por las vías de uso público es libre, pero está sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades, para garantía de la seguridad y comodidad de los habitantes.”, (negrillas fuera del texto).

Incluso, el inciso 1º del artículo 22 del Pacto de San José de Costa Rica señala que:

“1. toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales...

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido, sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas, o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede así mismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.”

Al respecto la Sala Tercera de Revisión de tutelas tuvo oportunidad de pronunciarse señalando:

La libertad de locomoción, a la cual alude el artículo 24 de la Carta, implica que toda persona, salvo las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por

el territorio.

Según se infiere de la norma y de las disposiciones consagradas en convenios y pactos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), únicamente la ley puede introducir restricciones, generalmente vinculadas con razones de seguridad, orden público, salud pública o aplicación de decisiones judiciales, todas las cuales se encuadran dentro de los criterios a cuyo amparo el derecho mencionado no es absoluto y está supeditado al interés general reconocido por el legislador.”⁸

15. Por lo anterior y en consideración al estudio del caso concreto, esta Sala de Revisión examina que la omisión de las autoridades de policía, consistente en tolerar el cierre de algo que evidentemente es una calle, viola el derecho a la libertad de circulación que tienen los residentes del sector y los usuarios de la calle, por cuanto es legítimo el derecho de todo ciudadano a elegir la vía de acceso que el Estado coloque a su disposición.

Derecho al Libre desarrollo de la Personalidad

16. Con relación a este derecho fundamental la Corte Constitucional se ha pronunciado así:

“El libre desarrollo de la personalidad se traduce en la libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, siempre que no se alteren, como la misma norma lo establece, los derechos de los demás y el orden jurídico. El ejercicio concreto de este derecho exige un presupuesto básico: que la persona tenga la capacidad síquica para autodeterminarse. De lo contrario el derecho debe ser asegurado en su núcleo esencial mediante un debido tratamiento y curación, que le permita a la persona finalmente gozar a plenitud del mismo.”⁹

Y concreta el contenido del derecho en este sentido:

“La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la

limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.”¹⁰

Por lo transrito se concluye que dentro de la esfera del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se encuentra el legítimo derecho del individuo a elegir su medio, forma y lugar de locomoción, siempre y cuando exista norma de circulación que lo permita. Por cuanto el hombre es conciencia y libertad; si una persona intuitivamente escoge una calle para transitar, las autoridades administrativas no pueden enderezarle su comportamiento con la disculpa de que otros acostumbran circular por otras vías ya que ello significaría DETERMINISMO. Exigirle a alguien que transite por las calles o potreros usados por la mayoría, sería comparable al acto de obligar a un escritor a emplear el computadora, escondiendo su antigua máquina de escribir, lo justo es permitir la elección. Si se reprime el derecho de elección, se obstaculiza el compromiso a decidir y ello atenta contra la existencia auténtica, circunstancia que implica un perjuicio irremediable, porque la libertad se convierte en un compromiso de decisión.

Irreparabilidad del perjuicio por el paso del tiempo.

17. Es necesario destacar que tanto en el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política como en el Decreto 2591 de 1991, se estatuye la acción de tutela con un carácter de medio de defensa subsidiario, cuyo ejercicio se encuentra condicionado a la existencia concreta y específica de una amenaza o vulneración de derechos fundamentales, y por tanto se constituye en una vía de defensa de los derechos en la medida que no subsistan otros medios de defensa judiciales aplicables al caso o que se presenten los medios pero no sean suficientes para evitar un perjuicio irremediable.

En el mismo sentido las distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional, se han pronunciado aclarando y reafirmando la necesidad de la prueba de un perjuicio irremediable que permita la utilización de la acción de tutela cuando existan otros medios de defensa judicial aplicables al caso. Así se ha definido el perjuicio irreparable:

“Se entiende por irremediable el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho. El legislador abandonó la teoría del daño no resarcible económicamente, que en oportunidades se ha sostenido, en especial para considerar algunos elementos del perjuicio moral. Se ha considerado, por intérpretes de la

norma, que su redacción adolece de defecto al afirmar que el dicho perjuicio irremediable sería aquél no reparable en su integridad, mediante indemnización, interpretación equivocada porque abandona la manifestación expresa y literal de la ley. Se trata de daños como la pérdida de la vida, o la integridad personal, que pudiendo ser indemnizados totalmente en sus efectos materiales y morales, no puede recuperarse por ningún medio."¹¹ (subrayas fuera del texto).

En estas condiciones y entendido el perjuicio irremediable como aquella situación que no se puede retrotraer ni recuperar por ningún medio, esta Sala de Revisión considera que, un factor preponderante dentro de esa calificación, se encuentra directamente ligado con el transcurrir del tiempo, puesto que es indiscutible que en ciertas circunstancias la oportunidad para ejercer la acción correspondiente, niega la posibilidad de obtener la reparación del daño. Por tanto la presencia de una situación de trato sucesivo que vulnera derechos fundamentales, origina un daño que puede tornarse irreparable e irreversible.

Lo anterior no quiere decir que toda situación en donde se presente un perjuicio, se torne irremediable, pues, toda actividad humana se da en el tiempo y se encuentra condicionada al mismo, ya que el tiempo es un elemento integrante e indispensable para el hombre. Es así como los distintos sistemas jurídicos rigen conductas ubicadas en determinado tiempo y espacio, donde se encuentran, que a la vez se hallan en un proceso de transformación. Lo que se quiere demostrar es que, existen ciertas circunstancias de factum, en donde se puede afirmar que el daño puede considerarse de trato sucesivo irreparable, por cuanto el transcurso del tiempo torna insalvable e insustituible la situación que ya se consumó.

Con relación a la importancia del tiempo para ejercer una acción procesal, la Sala Plena de la Corte Constitucional dijo:

"Cuando los juristas romanos manifestaron que el tiempo rige el acto jurídico, *tempus regit actum*, señalaron el sentido de la oportunidad de ejercer la acción, pues el tiempo determina el adecuado ejercicio de ésta, con el fin de que el derecho siempre sea no sólo lo justo y equitativo, sino lo proporcionado con la realidad, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

La oportunidad es una condición de viabilidad del ejercicio del derecho y de la eficacia de la acción. Lo justo jamás puede ser inoportuno. El concepto de oportunidad se refiere, ante

todo, a la necesidad o conveniencia determinadas por el tiempo o por el espacio, las dos dimensiones ineludibles de toda conveniencia humana, por ser realidades evidentes.

En el nacimiento, vida y extinción de las relaciones jurídicas, el tiempo es factor que cabe ponderar en plano relevante. Al transponerse el umbral de la mayoría de edad, cesan las incapacidades que la minoría engendraba; la creación intelectual que la Carta Magna protege con énfasis, atribuye sus prerrogativas por el término que acuerde la ley.

Si bien en solitarias ocasiones, el tiempo es capaz de producir consecuencias jurídicas sin la necesidad de que se le sumen otras circunstancias (así en el plazo), la mayoría de las veces requiere de ellas para provocar modificaciones jurídicas.

El transcurso de cierto lapso, unido a otros elementos de factum, puede llevar a presumir el fallecimiento de una persona, por vía de la institución de la ausencia. La mora, base misma del edificio obligacional, es otro ejemplo singular. La prescripción utiliza al tiempo para producir sus consecuencias, pero le agrega otros ingredientes que denotan sus particularidades.

La oportunidad, dice el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, es la conveniencia de tiempo y de lugar. Por tanto, el tiempo determina si la acción es conveniente o inconveniente; en otras palabras, si la acción es adecuada o inadecuada. El criterio preponderante es el de conveniencia”¹²

Tutela Transitoria

18. Una vez agotado el estudio sobre el aspecto sustancial del presente caso, entra la Sala a estudiar el aspecto procedimental de la misma, por cuanto dentro del análisis que el juez de tutela debe realizar, las dos premisas son aspectos fundamentales para la decisión a tomar.

Al respecto se pregunta: ¿que medios judiciales podrían aplicarse al caso objeto de examen?

Para el caso concreto el actor podría emplear los siguientes medios: a) como la actuación que origina la presente tutela se deriva de la expedición del Acuerdo 005 de 1993 que profirió el Concejo de Villamaría, por medio del cual se desafecta un bien de uso público y como todo acto administrativo, es susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo

contencioso administrativa, de acuerdo con lo perceptuado en los artículo 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo, entonces es procedente solicitar a través de la acción de nulidad (artículo 84 C.C.A.) la anulación de ese acto perturbador de derechos constitucionales fundamentales.

b) Además, puede ejercitarse la acción policiva prevista en el artículo 124 del Código de Policía y que esta Sala hizo referencia en el acápite 12.

c) El artículo 1005 del Código Civil establece

“La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

“Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.”

En desarrollo de esta norma, el artículo 8º de la Ley 9a. de 1989 dispone que dicha acción podrá ejercitarse contra cualquier persona pública o privada “para la defensa e integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual” de los bienes constitutivos del espacio público. En el mismo sentido se orientan los artículos 5º y 6º del Decreto 2400 de 1989.

En conclusión, de la lectura de las normas podemos afirmar que existe normatividad expresa referente a la acción popular que permite la defensa de las vías públicas como bienes de uso público.

19. Cabe añadir que la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha sido clara en señalar que la acción popular y la acción de tutela, presentan puntos de coincidencia y polos donde se excluyen, por cuanto si existe prueba fehaciente en donde se llegue a la necesaria conclusión de la presencia de un perjuicio subjetivado o la concretización de un perjuicio, la acción de tutela es procedente, pero no lo es cuando no hay para el solicitante la inmediatez ni el perjuicio irremediable. Al respecto la Sala Plena de esta Corporación en Sentencia de

unificación de jurisprudencia expresó:

“Fundamental advertencia sobre este punto es aquella que señala de modo indubitable que este derecho constitucional colectivo puede vincularse con la violación de otro derecho constitucional de rango o naturaleza fundamental como la salud, la vida o la integridad física entre otros, para obtener, por vía de la tutela que establece el artículo 86 de la Constitución Nacional, el amparo de uno y otro derechos de origen constitucional, pues en estos casos prevalece la protección del derecho constitucional fundamental y es deber del juez remover todos los obstáculos, ofensas y amenazas que atenten contra éste. En estos casos, como se ha dicho, el Juez al analizar la situación concreta que adquiera las señaladas características de violación de un derecho constitucional fundamental, deberá ordenar la tutela efectiva que se reclama.

7. Por tanto, para que fuera procedente la acción de la referencia, el peticionario, si no estaba impedido para actuar como se verá más adelante, debió intentar una Acción Popular con fines concretos o ejercer la Acción de Tutela basando su petición en el amparo judicial específico de un derecho constitucional fundamental. Por estas razones, que son las mismas del juez cuya Sentencia se revisa, se confirmará la denegación de la tutela pedida”.¹³

Estudio del Caso Concreto

Esta Sala entrará a analizar la vulneración de los derechos a la libre circulación y al libre desarrollo de la personalidad en el caso sub-iudice.

Considera esta Sala que la situación que se plantea en el caso sub- examine con relación a la inclusión de VARTA S.A. como sujeto pasivo de la acción de tutela, obedece a que con su actuación, afectó el derecho de la comunidad y del peticionario de acceder a la vía pública que cerró, por ende su conducta no es legítima.

Dentro del expediente se encuentra comprobado que el señor Enrique Arbeláez era usuario de la vía objeto de desafectación, aunque su circulación por la zona se ve alternada con la utilización de las vías paralelas a la calle 4a., esto es, por las calles 3era y la vía peatonal a través de un potrero que antes fue un campo de fútbol, sin que ello represente algún tipo de carga adicional para el peticionario de esta tutela, por la no utilización de la calle 4a.

Es claro entonces, que respecto de la situación concreta, la decisión de impedir el traslado de una persona por una vía que conserva el carácter de pública, se constituye en una omisión que en forma continua y sucesiva viola el derecho fundamental de elegir alternativas legalmente constituidas y amparadas en los artículos 16 y 24 de la Constitución.

Entonces, bajo los lineamientos que la Corte Constitucional ha señalado, dentro del caso objeto de examen se evidencia que el carácter progresivo del daño origina un perjuicio irremediable, lo que se traduce en aserción a la vulneración del derecho a la libre circulación y al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto cercena el derecho de todo individuo a escoger entre alternativas permitidas.

Con relación al derecho a la libre circulación, esta Sala encuentra que la conducta de ARBELAEZ MUTIS, es legítima en la medida que existe libertad de locomoción, derecho que puede ser limitado por el justo derecho de los demás, lo cual no ocurre en el presente caso porque VARTA S.A. no ha logrado la tradición del tramo de vía pública, también puede ser limitado por el orden jurídico, pero no hay norma alguna que impida en este caso concreto al peticionario, transitar por la calle 4a, y las limitaciones señaladas en el inciso 3º del artículo 22 del Pacto de San José, no se presentan en el caso objeto de esta tutela.

Una vez aclarado el punto, la Sala de Revisión se referirá a los dos destinatarios de la tutela en forma autónoma. En primer lugar, la conducta del alcalde como primera autoridad administrativa, por cuanto es a quien le corresponde velar por los intereses de la comunidad y por ende custodiar los bienes de uso general, es reprochable, puesto que no desplegó las medidas conducentes que evitaran el cierre de una vía que todavía no había salido del patrimonio estatal.

También es importante referirse a la investigación disciplinaria contra el exalcalde de Villamaría, JAIRO LLANO GOMEZ, que el juzgado 1º Civil del Circuito de Manizales solicitó se iniciara. Esta Sala no evaluará la orden de dicha autoridad, que se supone ya ha iniciado su trámite, pero respetará la decisión del a quo de solicitar a la Procuraduría General de la Nación una investigación disciplinaria que aclare asuntos que el juzgado no consideró correctos, puesto que, por disposición legal es un deber de todo ciudadano denunciar las conductas que considere violatorias de la ley y la Constitución, por lo tanto se confirmará el punto de la Sentencia que se revisa, referente a la solicitud de investigación disciplinaria

elevada contra el exalcalde de Villamaría.

En segundo lugar, la acción de tutela objeto de estudio se dirigió contra la Sociedad Varta S.A., por su comportamiento respecto del cierre de una vía cuya tradición no se había efectuado. Al respecto esta Sala hace referencia al artículo 756 del Código Civil cuyo tenor sería suficiente para demostrar el ejercicio arbitrario del cierre de una vía por parte de un particular que está colocando al peticionario frente a un estado de indefensión respecto de tal situación. La disposición en comento en su primer inciso dispone:

“Tradición de inmuebles

Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos.”

La compraventa de bienes inmuebles se somete a la correspondiente inscripción del título y hasta tanto no se realice dicha acción, el bien no sale del patrimonio del vendedor y por ende el comprador no puede ejercer plenos actos de dominio sobre el bien. Por lo tanto la Sociedad Varta S.A., cerró la vía pública sin autoridad para ello, por lo que esta Sala de Revisión ordenará que se garantice el uso de la Calle 4ta mientras se realiza la correspondiente tradición de la vía.

Por otro lado y en respuesta a la tesis que sostiene el señor representante legal de la empresa demandada VARTA S.A., sobre la no existencia de prueba del dominio de la calle en cabeza de la entidad municipal, esta Sala de Revisión considera que la ley presume que un bien que tiene características propias de bien de uso público (una calle, un puente), está afectado al uso de la comunidad y por tanto si ese bien es de dominio privado, los propietarios deben demostrar su titularidad a través del correspondiente folio de matrícula inmobiliaria.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de octubre 31 de 1994, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales y REVOCAR los numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Sentencia de septiembre 13 de 1994, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villamaría.

SEGUNDO: TUTELAR TRANSITORIAMENTE los derechos fundamentales a la libre circulación y al libre desarrollo de la personalidad de ENRIQUE ARBELAEZ MUTIS y ORDENAR a las autoridades municipales de Villamaría el despliegue de las medidas pertinentes que garanticen al peticionario de esta tutela, el uso de la calle 4ta, entre carreras 9º y 11, según las consideraciones realizadas en este fallo.

TERCERO: ORDENAR al Representante legal de la SOCIEDAD VARTA S.A., sucursal Villamaría, remover los obstáculos que obstruyen el paso del señor ENRIQUE ARBELAEZ MUTIS por la calle 4ta de la ciudad de Villamaría (Caldas), hasta tanto no se efectúe la tradición del bien objeto de discusión, según lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COMUNICAR a través de la Secretaría General de la Corte Constitucional el contenido completo de la Sentencia al doctor Jairo Alberto Llano González exalcalde de Villamaría (Caldas), al señor Alcalde electo de ese municipio, al Presidente del Concejo de Villamaría, al Director de la Policía de Villamaría, al representante legal de la Sociedad VARTA S.A, con domicilio en Villamaría. y al peticionario de la presente tutela.

QUINTO: Por Secretaría General de la Corte Constitucional, ENVÍESE copia del presente fallo al Defensor del Pueblo.

SEXTO: DEVOLVER el expediente al Juzgado Promiscuo Municipal de Villamaría (Caldas), a efectos de cumplir con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia T-566/92 distinguió tres clases de propiedad, la privada, estatal (cuyo titular es el Estado) y pública (se predica de la nación), aquí enmarcamos el dominio en dos grandes grupos, el privado y el público en sentido genérico.

2 Así los denomina el tratadista Miguel Marienhoff en su libro Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1988. Pgna 169 s.s. Esta denominación la acoge el Código de Recursos Naturales.

3 Sentencia T-572/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

4 Al respecto puede verse Parada Ramón, Marienhoff, Escola Jorge, Dromi Roberto, Vidal Perdomo Jaime.

5 Puede verse la Sentencia de 21 de abril de 1953, proferida por la Sala de Negocios de la Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial LXXIV. Pgna 798.

6 La esencia de esta teoría se encuentra esbozada en decisión de octubre 10 de 1973 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. M.P. Alberto Moreno Gómez. Revista Justicia Administrativa. Volumen I No. 5 1975.

7 Al respecto puede verse las Sentencias T-502/92, T-508/92 entre otras.

8 Corte Constitucional. Sentencia T-550/92. M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo.

9 Corte Constitucional. Sentencia C-176/93. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

10 Corte Constitucional. Sentencia T-594/93. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

12 Corte Constitucional. Sentencia C-072/94. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

13 Corte Constitucional. Sentencia SU-067/93 M.P. Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz.