

Sentencia T-064/19

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR EL SUMINISTRO DE AGUA NO POTABLE-Caso en el que comunidad indígena solicita el suministro de agua no potable con fines agrícolas para destinarla al consumo humano

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA DE COMUNIDAD INDIGENA-Reglas

Frente a la legitimación por activa para la presentación de acciones de tutela por parte de comunidades indígenas, y sus miembros, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido tres reglas, según, (i) se trate de la defensa de derechos fundamentales que puedan predicarse de la comunidad, (ii) cuando se trate de la defensa de derechos subjetivos de sus miembros y (iii) cuando esté de por medio la defensa de los derechos de los niños. En el primer caso, es decir, cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles, o la acción verse sobre aquellos derechos que solo pueden ser entendidos en función del grupo, tales como los derechos a la consulta previa, a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural, el derecho al territorio colectivo, a la propiedad colectiva sobre sus territorios, entre otros, la acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier miembro de la comunidad, por sus autoridades, las personerías municipales, o las entidades creadas para la defensa de los pueblos indígenas. En el segundo evento, la acción puede ser interpuesta por los interesados, o por las autoridades indígenas, siempre que exista aquiescencia de los primeros; en este caso, el juez de tutela tiene el deber de corroborar si existe o no ratificación. Finalmente, ante la defensa de los derechos de los niños indígenas, cualquier persona puede interponerla

DERECHO AL AGUA POTABLE-No se satisface mediante la garantía de acceso a fuentes de agua no potables

Referencia: Expediente T-6938193

Acción de tutela presentada por José Albeiro Mejía Arias, en nombre de la comunidad indígena Embera Chamí Daidrua, contra el Comité de Cafeteros del Quindío.

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Carlos Bernal Pulido, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241.9 de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela de segunda instancia, proferido el 14 de junio de 2018 por el Juzgado Civil Laboral del Circuito de Calarcá, Quindío, mediante el cual se confirmó la providencia del 11 de mayo de 2018, dictada por el Juzgado Primero Civil Municipal de Calarcá, Quindío, que negó por improcedente la acción de tutela promovida por José Albeiro Mejía Arias, obrando como Gobernador de la comunidad indígena Embera Chamí Daidrua, de la Vereda Potosí, Finca el Tesorito, Asentamiento del Municipio de Calarcá, Quindío, en contra del Comité de Cafeteros del Quindío.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión mediante auto del 17 de septiembre de 2018, proferido por la Sala de Selección Número Nueve (9)[1].

I. ANTECEDENTES

1. Hechos probados

2. El Tesoro cuenta con “once hectáreas seis mil ochocientos noventa y dos metros”[4]. En dicha Finca, La Comunidad vive en “cinco viviendas, de las cuales 2 están ubicadas en la parte superior del predio y las tres restantes en la parte más céntrica del mismo”. Las viviendas “están construidas con sistemas estructurales convencionales de acuerdo a las normas de sismo resistencia y en materiales convencionales (estructura metálica, ladrillos aporticados y prefabricados), cada vivienda cuenta con una distribución básica para su habitabilidad”[5]. Según indica el accionante, La Comunidad se integra por 20 familias, que

en total corresponden a 72 personas, de las cuales 24 son niños[6].

3. Para el momento en que la Comunidad recibió La Finca poseía “un área significativa cultivada en plátano y unos 50 frutales y aguacates, que garantizan los alimentos básicos para la comunidad y generarían los empleos necesarios para los ingresos económicos”[7]. Además, dichos cultivos se han transformado por parte de La Comunidad, con el fin de “garantizar su soberanía alimentaria”[8], integrándose cultivos de pancoger, cítricos[9], café, yuca, frijoles y maíz[10].

4. La Finca cuenta con 3 fuentes de agua para suplir, en general, sus necesidades hídricas: “un cuerpo de agua de aproximadamente un metro de ancho, el cual aparentemente no es apto para el consumo humano, [...] [un] afloramiento de agua [que] se encuentra ubicado a un (1) kilómetro de distancia de la vivienda de la comunidad hacia la parte de arriba, y [...] en la parte más baja del predio pasa un cuerpo de agua que está ubicado a unos doscientos (200) metros aproximadamente de las viviendas”[11].

5. Además de aquellas fuentes, desde antes de 1999[12], es decir, antes de la entrega de La Finca a La Comunidad, los propietarios de aquella época tenían contratado el suministro de “agua para uso agrícola” que suministraba el Comité Nacional de Cafeteros. Se trataba de “un servicio de Suministro de AGUA CRUDA en el sector rural, para uso agrícola dado que la misma NO ES TRATADA, NO ES APTA PARA EL CONSUMO HUMANO NI ANIMAL”[13]. Este era dependiente de la concesión de aguas superficiales y subterráneas que le había otorgado la Corporación Autónoma Regional del Quindío al Comité, y cuya última prórroga se autorizó por medio de la Resolución 2399 del 20 de septiembre de 2017[14], para captación directa de agua cruda, sin que correspondiera a un sistema de tratamiento o potabilización[15]. Dada la caracterización del suministro, según se indica en la parte motiva de la resolución citada:

“Toda solicitud de agua para uso agrícola de este Comité, [...], debe contener el formato con código IV-SAA-11 (Solicitud de conexión al servicio de suministro de agua para uso agrícola) y la carta de aceptación características del agua. [...] en cuanto a la carta de aceptación debe precisar el solicitante que acepta tener conocimiento que el agua suministrada por el Comité no es tratada y que por lo tanto no es apta para el consumo humano ni animal. Es preciso anotar que el Comité de Cafeteros del Quindío, sólo continúa

el proceso de aprobación para aquellas personas que solicitan el agua para uso agrícola y aceptan que no le darán otro uso”[16].

6. La relación de consumos mensuales y su costo, en la finca El Tesoro, a partir del momento del asentamiento de La Comunidad (25 de abril de 2017) es el siguiente[17]:

Periodo

Meses deuda

Lectura periodo anterior

Lectura periodo actual

Consumo

Valor consumo

may-17

1

22

189

167

210.364

jun-17

1

189

429

240

328.040

2

429

558

129

149.108

ago-17

1

558

665

107

113.644

2

665

794

129

149.108

oct-17

3

794

944

150

182.960

nov-17

1

1.042

98

100.194

dic-17

2

1.042

1.214

172

218.424

ene-18

1.214

1.872

658

1.041.442

feb-18

4

1.872

2.026

154

197.162

mar-18

5

2.026

2.076

50

50.200

abr-18

6

2.076

2.088

12

11.364

may-18

7

2.088

2.088

0

0

jun-18

8

2.088

2.088

0

0

jul-18

9

2.088

2.088

0

0

ago-18

10

2.088

2.088

7. En atención a la falta de pago[18], al consumo excesivo[19] y a la falta de arreglos para solucionar fugas internas[20] el Comité de Cafeteros del Quindío suspendió el suministro de agua no potable para fines agrícolas en el mes de abril de 2018[21]. Esta fue el resultado de un procedimiento que constó de visitas al lugar, como la efectuada el 28 de julio de 2017 y 10 de abril de 2018, momento para el cual ya se había interrumpido el servicio[22]. En la primera, se reportó la existencia de “fuga visible de 1 litro en 48 segundos”, además se encontró “4 sanitarios con sobrellenado” y se recomendó “cambiar árboles de entrada y tuberías eléctricas por pre [sic] y como prioridad instalar la válvula reguladora de presión”[23]; y en la segunda, se informó que no se evidenciaba la realización de las reparaciones sugeridas[24].

8. En la actualidad, la continuidad del suministro está supeditada a que La Comunidad realice las adecuaciones en las redes internas del Predio y al pago de la deuda por consumos anteriores, que asciende a la suma de \$1'823.300. Dada esta restricción, la necesidad de acceso al agua no potable la satisface a la Comunidad, principalmente, del cuerpo de agua que se encuentra a doscientos (200) metros de las casas donde habitan, en la parte baja del predio[25].

9. Finalmente, se refiere en la acción de tutela que el 22 de enero del 2018, el Gobernador del Cabildo remitió una petición a la Alcaldía del municipio de Calarcá y otra a la Gobernación del departamento de Quindío, en las que solicitó el suministro de agua potable a la finca El Tesoro, en la medida en que la que proveída por el Comité de Cafeteros del Quindío no era apta para el consumo “ya que llega muy contaminada y sucia, debido a lo cual la comunidad se ha visto afectada con enfermedades intestinales”[26].

10. El 27 de abril de 2018, José Albeiro Mejía Arias, obrando como Gobernador de Cabildo[27], y en nombre de La Comunidad, presentó acción de tutela en contra del Comité de Cafeteros del Quindío, con la pretensión de que se amparara el derecho fundamental al agua de la referida Comunidad, dada su calidad de sujeto de especial protección

constitucional, en conexidad con el derecho a la vida.

11. En consecuencia, solicitó que se ordenara al Comité de Cafeteros del Quindío la reconexión inmediata del suministro de agua no potable y que, con cargo a dicho Comité, se suministrara el mínimo establecido para consumo humano. Así mismo, solicitó que se revisaran los valores facturados, con el fin de ajustarlos a la realidad del consumo, y que se permitiera una financiación especial del servicio, teniendo en cuenta plazos especiales, y un costo que se acomodara a la escasa capacidad de pago de La Comunidad.

12. Respecto de su pretensión, aseguró que ante el aumento desmesurado del precio del suministro se desestabilizó la capacidad de pago de La Comunidad, y se acumuló una deuda impagable. Así mismo, refirió que el Comité suspendió el suministro “sin escuchar las súplicas de nosotros como comunidad indígena, poniendo en riesgo la salud, el bienestar y la vida de nuestras familias, haciendo más gravosa nuestra situación toda vez que debemos acudir a las fuentes aledañas generando traumatismos y demasiado peligro para nuestra salud”[28].

13. Señala que, en la actualidad, “se encuentran personas enfermas en nuestra comunidad por el consumo de aguas sin tratamiento adecuado y sin poder brindarles asistencia en materia de higiene personal adecuada”[29].

14. Finalmente, refirió que se han “elevado peticiones a la Gobernación del Quindío y a la Alcaldía del municipio de Calarcá, sin obtener una solución satisfactoria a nuestra necesidad”[30].

3. Respuesta de la parte accionada e interesados

15. En el auto admisorio de la acción de tutela, del 30 de abril de 2018[31], se ordenó notificar de la solicitud de amparo al Comité de Cafeteros del Quindío.

16. El Comité Departamental de Cafeteros del Quindío, de la Federación Nacional de Cafeteros, rindió el informe respectivo[32]. Señaló que el servicio que suministraba no podía entenderse como un servicio público de agua potable, ni como un servicio de acueducto, ya que se suministraba agua no apta para el consumo humano, situación por la que no le era aplicable la regulación de la Ley 142 de 1994 y sus disposiciones reglamentarias. Como

consecuencia de lo anterior, señaló que la suspensión del suministro de agua no potable era inane para vulnerar el derecho fundamental de acceso al agua potable de La Comunidad, en los términos de la jurisprudencia constitucional.

17. Así mismo, refirió que el incremento en el precio del consumo se había debido al “alto consumo, generado por fugas e inadecuado mantenimiento en las redes internas, situación que fue reportada en las actas de visita técnica No. 7738 del 28 de julio de 20017 y No. 8993 del 10 de abril de 2018”[33].

4. Decisiones objeto de revisión

18. El Juzgado Primero Civil Municipal de Calarcá, Quindío, en sentencia del 11 de mayo de 2018, decidió “DECLARAR Improcedente la acción de tutela impetrada por José Albeiro Mejía Arias, en nombre de la comunidad Indígena Embera Chamí Daidrua contra el Comité de Cafeteros del Quindío”[34]. Fundamentó su decisión en el siguiente razonamiento:

“la acción de tutela procede cuando esta se trata del suministro de agua potable destinada al consumo humano, caso en el cual llega a desplazar la acción popular cuando hay pluralidad de personas naturales afectadas; pero no cuando se trata de agua no potable destinada a otros menesteres. Por ello es innegable que ahora resulta improcedente la acción de tutela para proteger el derecho no fundamental al suministro de agua para uso agrícola y pecuario; caso en el cual, la acción pertinente para la defensa de la garantía de ese derecho, será la acción popular o la de grupo”[35].

19. El accionante interpuso recurso de impugnación. Alegó que si bien el Comité de Cafeteros del Quindío suministraba agua no potable, esta se trataba de “la única fuente de suministro de agua y en consecuencia, independientemente de su aptitud o no para el consumo humano, ésta es la única forma de acueducto que poseemos, y es utilizada para nuestro consumo, aseo personal y demás necesidades de supervivencia”[36]. Resaltó, además, que dicho suministro no era complementario a uno de acueducto (o de suministro de agua potable), y que por tal razón las consideraciones de la sentencia desconocían el carácter fundamental del acceso al agua, y al servicio de acueducto. Finalmente, transcribió algunos apartes jurisprudenciales en los que sustentó la posibilidad de utilizar la acción de tutela pese a existir otros medios de defensa, ya sea porque estos no fuesen idóneos o porque ampararan en forma transitoria los derechos fundamentales, para evitar un perjuicio

irremediable.

20. El Juzgado Civil Laboral del Circuito de Calarcá, Quindío, en sentencia del 14 de junio confirmó la decisión de instancia, porque “la finalidad del agua cuyo suministro fue suspendido, es para uso distinto al consumo humano, por lo que el derecho al agua se convierte en un derecho colectivo cuyo amparo debe deprecarse mediante la Acción Popular”[37].

5. Actuaciones en sede de revisión

21. Mediante auto del 25 de octubre de 2018[38], el Magistrado Ponente ordenó que, por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, se oficiara al Gobernador de la comunidad indígena accionante[39] y al Director Ejecutivo del Comité Departamental de Cafeteros del Quindío, en representación del accionando[40], con el fin de que absolvieran unos cuestionamientos sobre algunos hechos relevantes. Asimismo, ordenó oficiar al Personero del municipio de Calarcá, para que efectuara una visita a la finca El Tesoro, con el fin de que informara, principalmente, sobre las condiciones del predio donde habitaba La Comunidad.

22. Como resultado del referido auto, el Personero Municipal realizó la visita requerida el día 1 de noviembre de 2018, en compañía de personal de la Secretaría de Servicios Sociales y de Salud del municipio de Calarcá, de la Secretaría de Planeación municipal, de la Corporación Autónoma Regional del Quindío y del Comité de Cafeteros del Quindío. Informó, entre otras cosas, las características del Predio y de las construcciones en las que habitaba La Comunidad, las fuentes de agua existentes y el lugar de donde aquella se tomaba, desde el momento de la suspensión del suministro por parte del Comité de Cafeteros[41].

23. Así mismo, el Comité de Cafeteros del Quindío allegó oficio fechado el 8 de noviembre de 2018, en el que rindió el informe solicitado. Hizo referencia, entre otras cosas, al monto actual de la deuda de La Finca, las condiciones contractuales que rigen el suministro de agua para fines agrícolas y el historial de consumos y pagos[42].

24. Dado que el Gobernador del Cabildo no dio respuesta al requerimiento, el Despacho Sustanciador se comunicó con él, de manera telefónica, para que absolviera las preguntas formuladas en el auto citado[43]. El Gobernador del Cabildo informó sobre algunas

condiciones del predio en el que habitaba La Comunidad, los cultivos que había, que no contaban con servicio de acueducto, el uso que se le daba al agua suministrada por el Comité de Cafeteros, y la forma como accedían al líquido después de la suspensión.

25. Finalmente, mediante auto del 16 de noviembre de 2018 se puso a disposición de las partes y de los terceros con interés el material probatorio recaudado, con el fin de que pudieran manifestarse sobre el mismo. Lo anterior, de conformidad con el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

26. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedencia de la acción

27. Antes de resolver los problemas jurídicos de fondo que plantea esta tutela, debe la Sala resolver si se cumplen con los requisitos de procedencia de la acción.

2.1. Legitimación en la causa

28. Frente a la legitimación por activa para la presentación de acciones de tutela por parte de comunidades indígenas, y sus miembros, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido tres reglas, según, (i) se trate de la defensa de derechos fundamentales que puedan predicarse de la comunidad, (ii) cuando se trate de la defensa de derechos subjetivos de sus miembros y (iii) cuando esté de por medio la defensa de los derechos de los niños. En el primer caso, es decir, cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles[44], o la acción verse sobre aquellos derechos que solo pueden ser entendidos en función del grupo, tales como los derechos a la consulta previa, a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural[45], el derecho al territorio colectivo, a la propiedad colectiva sobre sus territorios[46], entre otros, la acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier miembro de la comunidad, por sus autoridades, las personerías municipales, o las entidades creadas

para la defensa de los pueblos indígenas. En el segundo evento, la acción puede ser interpuesta por los interesados, o por las autoridades indígenas, siempre que exista aquiescencia de los primeros[47]; en este caso, el juez de tutela tiene el deber de corroborar si existe o no ratificación[48]. Finalmente, ante la defensa de los derechos de los niños indígenas, cualquier persona puede interponerla[49].

29. En el presente asunto, la acción de tutela fue interpuesta por el Gobernador de la Comunidad Indígena Embera Chamí Daidrua, de la Vereda Potosí, Finca el Tesorito, asentamiento del municipio de Calarcá, Quindío, en nombre de esta comunidad. Para la Sala, confluyen las reglas (i) y (iii); por lo que se considera acreditada la legitimación en la causa por activa. El acceso al agua puede considerarse como una garantía asociada al establecimiento del resguardo[50], y, por tanto, a la supervivencia de la comunidad, pues su ausencia puede suponer la necesidad de su desplazamiento a otras áreas en las que esta se pueda satisfacer. Esta circunstancia no solo afecta a los 24 niños que integran La Comunidad[51], sino a la totalidad de esta.

30. Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, lo primero que se constata es que la acción se dirige contra un particular, ya que el Comité Departamental de Cafeteros del Quindío es una asociación privada que hace parte de la Federación Nacional de Cafeteros, entidad de carácter gremial. La jurisprudencia ha reiterado el carácter privado de la Federación, entre otras, en el Auto A-230 de 2007, que resolvió un conflicto de competencias, y en las sentencias T-497 de 2000 y C-353 de 2017. Teniendo en cuenta lo anterior, la legitimación por pasiva debe evaluarse conforme a las reglas previstas para la presentación de tutelas contra particulares.

31. Según el artículo 86 de la Constitución, en concordancia con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, y las sentencias C-134 de 1994 y C-378 de 2010, la acción de tutela contra particulares resulta procedente si se interpone (i) contra un particular que presta un servicio público, cualquiera que sea dicho servicio, y si con sus actuaciones en torno a la prestación de este amenaza o vulnera un derecho fundamental; o (ii) si se evidencia que el accionante se encuentra en una situación de subordinación o indefensión respecto del accionado, y con sus actuaciones amenaza o lesiona derechos fundamentales. En ambos casos es no solo necesario evidenciar si la actuación del accionado es capaz de lesionar derechos fundamentales, sino, además, si aquella se presenta en el contexto de la

prestación de un servicio público o en un supuesto de indefensión o subordinación.

32. En este caso, la Sala encuentra que uno de los elementos centrales del litigio corresponde a uno de los aspectos que prima facie define la procedibilidad o no de la acción, esto es, si el suministro de agua no potable para fines agrícolas es idóneo para satisfacer el derecho fundamental social de acceso al agua para consumo humano[52] y, por ende, si su suspensión por la entidad accionada es una acción capaz de vulnerar un derecho fundamental. En efecto, en el expediente no existen suficientes elementos de convicción que permitan inferir a la Sala que el uso dado por la comunidad al agua suministrada por el Comité sea privativamente humano. En lugar de ello, el nivel de consumo (supra fundamento jurídico 6) permite inferir razonablemente que el uso dado era mixto, en la medida en que dicho predio tiene una importante actividad agrícola (supra fundamento jurídico 3) y, a su vez, un número considerable de personas asentadas. En razón de esto, para efectos de la legitimación por pasiva, la Sala toma como suficiente para proceder al estudio de fondo, el hecho de que el Comité de Cafeteros del Quindío sea el que suministre el servicio del cual se discute su aptitud para satisfacer o no el derecho fundamental de acceso al agua para consumo humano. Esta tesis se refuerza si se considera que, con independencia de que el suministro se dé o no en una relación de servicio público, entre el Comité y La Comunidad se presenta una relación de indefensión. En efecto, entre ambos existe una situación de asimetría manifiesta en torno a las decisiones que se refieren a la continuidad del suministro de agua no potable, que corresponden, de manera unilateral, a la entidad accionada.

2.2. Inmediatez

33. La Sala encuentra satisfecho el requisito de inmediatez en la presentación de la acción, toda vez que fue interpuesta dentro del mes siguiente a la suspensión del suministro de agua por parte del Comité de Cafeteros del Quindío[53]. Asimismo, encuentra acreditada que la presunta vulneración a los derechos alegados por la parte accionante es actual, en la medida en que el suministro está suspendido[54].

2.3. Subsidiariedad

35. Se satisface el requisito de subsidiariedad de la acción por la falta de eficacia del medio ordinario, y no por las razones expuestas por los jueces de instancia, como se procede a

explicar.

36. En primer lugar, para la Sala no resulta correcta la afirmación de los jueces de instancia, según la cual, la acción popular sería un medio procedente para reclamar el suministro de agua no potable para fines agrícolas, pues para que esto fuera acertado, debiera asumirse que esa prestación corresponde a la de un servicio público, protegido por el literal j) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998[56]. El suministro de agua no potable para uso agrícola no ha sido catalogado como un servicio público, y, por tanto, no es posible su exigibilidad por medio de la acción popular.

37. Del artículo 365 de la Constitución es posible derivar 3 exigencias para que una determinada actividad pueda considerarse un servicio público[57]: (i) su conexidad con la realización de una determinada finalidad social del Estado, (ii) su calificación legislativa o publicatio, y (iii) el deber del Legislador de regular el régimen jurídico de prestación. Es la segunda de estas condiciones la que dota de certeza la calificación de una cierta actividad como servicio público, que, a su vez, permite derivar deberes específicos del Estado y de los prestadores, así como su exigibilidad judicial en el caso de la acción de tutela[58].

38. El suministro de agua no potable, entre otros, para usos agrícolas, no ha sido calificado ni regulado por Legislador como un servicio público. Si bien, dicha asistencia es relevante en contextos rurales, de ello no se deriva su carácter de servicio público. La publicatio de la actividad es necesaria para que una determinada finalidad social –eo ipso, la de satisfacer una determinada necesidad básica– o necesidad colectiva pueda considerarse un servicio público. El plexo de necesidades a satisfacer que pudiera adscribirse a un deber del Estado Social de Derecho es tan amplio que no es posible su publicación por su sola conexidad, sin una valoración legislativa previa acerca de los medios y formas necesarias para su garantía.

39. En consecuencia, dado que el suministro de agua no potable, entre otros, para uso agrícola, no puede considerarse un servicio público, no es posible su protección por medio de la acción popular, como lo consideraron los jueces de instancia, pues no es posible adscribirlo a una pretensión amparable en los términos del literal j) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998. En consecuencia, se hace necesario evaluar si existe o no otro medio de defensa, en relación con las pretensiones del accionante relacionadas con la garantía de

suministro de agua no potable, con el fin de evaluar si se cumple o no el requisito de subsidiariedad.

40. De conformidad con el ordenamiento procesal, el medio de defensa que resultaría procedente en este caso sería el proceso verbal sumario, conforme a los artículos 390 y siguientes del Código General del Proceso, puesto que el objeto del litigio correspondería a una pretensión de mínima cuantía, entre particulares, dirigida a declarar la existencia del derecho al suministro de una cantidad mínima de agua no potable, no sujeta a pago, y a cargo de otro particular. El hecho de que la pretensión que deba plantearse implique la posible inaplicación de reglas civiles con el fin de dar aplicación directa a los derechos fundamentales no es un argumento válido para descalificar la idoneidad de la jurisdicción ordinaria, pues, contrario a ello, todos los jueces tienen el deber de garantizar la supremacía constitucional en sus respectivas jurisdicciones. Así, el proceso verbal sumario también sería un medio adecuado, y en el que potencialmente se podría hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4 de la Constitución y de la eficacia directa de los derechos fundamentales, en los términos de su artículo 85.

41. Ahora bien, dada la existencia formal de un medio de defensa judicial disponible para garantizar la pretensión propuesta, es necesario determinar su eficacia en concreto. Esta, en los términos del apartado final del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, se debe determinar “atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”. Para tales efectos, es necesario realizar una ponderación entre la posible situación de vulnerabilidad de la parte accionante y sus condiciones de resiliencia, de tal forma que pueda determinarse, en concreto, si le es exigible o no el deber de acudir al trámite ordinario antes referido.

42. En primer lugar, se constata que el accionante es un grupo de especial protección constitucional, ubicado en un contexto rural, sin instrucción académica formal y generalizada[59]. Tales condiciones, sumadas a la naturaleza misma de la pretensión (la de contar con una fuente de agua) hace que se cumpla con el requisito de existencia de condiciones de vulnerabilidad, primer elemento que flexibiliza el deber de acudir al medio ordinario para este caso en concreto.

43. En forma correlativa a tales circunstancias de vulnerabilidad, no se evidencia la

existencia de condiciones positivas, que permitan concluir que La Comunidad tenga la capacidad de agotar el medio ordinario de defensa. En este caso especial, el elemento que releva del deber de acudir al procedimiento ordinario es la necesidad de decidir, en forma pronta, si el acceso al suministro que presta el Comité Nacional de Cafeteros resulta una forma de satisfacer su derecho fundamental de acceso al agua para consumo humano. Por lo anterior, la Sala concluye que en esta oportunidad el medio ordinario no resulta eficaz, y por tal razón se supera el requisito de subsidiariedad de la acción.

3. Problema jurídico sustancial

44. Superados todos los elementos de procedibilidad de la acción, la Sala debe resolver si a la comunidad accionante le asiste el derecho fundamental de acceder al suministro de agua no potable, que le presta el Comité de Cafeteros del Quindío, con el fin de destinarlo al consumo humano. Para lo anterior, debe evaluar si el acceso a agua no potable para fines agrícolas, que le suministra el Comité, es una forma de satisfacer el derecho fundamental de acceso al agua para consumo humano.

45. Ante la inexistencia de una fuente formal expresa, de carácter constitucional, que reconozca el derecho al agua como una garantía fundamental, la jurisprudencia ha derivado este carácter, primordialmente, por dos vías: la primera, a partir de lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución y según la interpretación que de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (relativos a los derechos “a un nivel de vida adecuado” y al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”) realizó el Comité del Pacto en la Observación General 15 de 2002. La segunda, a partir de lo dispuesto por el artículo 94 constitucional, según el cual el catálogo de garantías no puede ser interpretado en detrimento de derechos “inherentes a la persona humana”; es decir, en la medida en que el agua es una “necesidad inherente a la vida”, la jurisprudencia constitucional ha derivado su carácter de derecho innominado, como consecuencia de su conexión con la dignidad humana.

46. Al revisar la jurisprudencia que ha declarado el acceso al agua como un derecho fundamental, se encuentra como característica común que se trata del acceso a agua potable y, por tanto, apta para el consumo humano, que se presta por medio del servicio público domiciliario de acueducto, que regula la Ley 142 de 1994[60]. Una de las

dimensiones del acceso al agua como derecho fundamental es, justamente, en los términos de la jurisprudencia constitucional, la exigencia de calidad, según la cual “el agua disponible no debe contener micro organismos o sustancias químicas o de otra naturaleza que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas”[61]. En tal sentido, prima facie, es contradictorio solicitar el acceso al suministro de agua no potable, como una forma de satisfacer el derecho fundamental de acceso al agua apta para consumo humano. Esta contradicción se maximiza por la forma en la que este derecho ha sido reconocido como fundamental en la jurisprudencia constitucional.

47. Si el derecho al acceso al agua para consumo humano solo puede explicarse a partir de su “inherencia” a la persona humana y su conexión con la dignidad, la petición de agua no potable se encuentra por fuera de la órbita amparable, pues dicha pretensión no resulta un medio adecuado para materializar dicha existencia. Por tanto, tal pretensión, prima facie, no es apta para ser amparada en sede de tutela.

48. De otra parte, si bien es cierto, en algunos contextos la Corte Constitucional ha tutelado el acceso a fuentes de agua cruda, como ríos, quebradas o aljibes que pudieran utilizarse, luego de su tratamiento, para consumo humano[62], dichos eventos han supuesto contextos especiales de escasez del líquido. Ello justifica que en tales contextos la Corte Constitucional hubiere emitido órdenes tendientes a la preservación del cauce de las fuentes hídricas, el acceso a las mismas, o que se evitara su contaminación o menoscabo para dar prioridad al consumo humano, pues en tales casos el acceso al agua sin potabilizar resultaba indispensable, ya que, al fin y al cabo, esta podía ser tratada, in situ, por los propios destinatarios, posteriormente, para satisfacer sus necesidades.

49. El caso concreto no resulta análogo a dichos eventos, en la medida en que La Comunidad sí cuenta con acceso a otras fuentes de agua para su posterior tratamiento, potabilización y consumo. Como quedó demostrado en el expediente, La Comunidad cuenta con tres cuerpos de agua superficial y, en concreto, con uno que se encuentra ubicado a 200 metros aproximadamente, del lugar en el que habitan sus integrantes. Justamente, la existencia de fuentes alternativas de agua sin tratar, al alcance de la comunidad, deriva en que no resulte proporcional imponer a un particular el deber de suministrar, por su cuenta, una fuente de agua, igualmente, no potable, para satisfacer el acceso al líquido, como si se tratara de un supuesto análogo a aquellos desarrollados por la jurisprudencia, relativos a

la imposibilidad de disponer del recurso.

50. La Sala resalta que ello no quiere decir que La Comunidad carezca de acciones para buscar el acceso al agua potable, solo que estas deben dirigirse frente a las autoridades públicas con la obligación constitucional de salvaguardar tal derecho fundamental, y no frente al particular demandado, pues, en general, los particulares no tienen el deber constitucional de soportar las obligaciones económicas que implica satisfacer, en concreto, los derechos fundamentales sociales de los demás. En cambio, quien sí tiene ese deber es el Estado, representado, en concreto y de manera concurrente y subsidiaria, por los municipios, departamentos y Nación, en los términos de los artículos 288, 311 y 298 de la Constitución, 3 de la Ley 1176 de 2007, 189 de la Ley 1753 de 2015, y 5.1, 6, 7.2, 8.4 y 8.6 de la Ley 142 de 1994.

51. Respecto de lo anterior, la Sala estima que en este caso particular la intervención de la Personería del municipio de Calarcá, Quindío, resulta fundamental para orientar a la respectiva comunidad sobre (i) el diálogo institucional que debe entablar con las autoridades públicas, con la finalidad de perseguir el acceso a agua potable, ponderando las alternativas que resulten técnica y financieramente posibles, y los deberes de la respectiva comunidad como actores diligentes en la satisfacción de sus propias necesidades, en atención a sus circunstancias; así como en (ii) las acciones disponibles para dicho fin.

52. Lo anterior, en la medida en que dicho diálogo institucional puede suponer múltiples alternativas de abastecimiento de agua potable. Asimismo, implica que se deban evaluar las posibilidades presupuestales del Municipio, como actor principal; o del Departamento y la Nación como actores concurrentes; al igual que el papel activo que debe jugar la comunidad en la satisfacción de sus propias necesidades. Lo anterior, en la medida en que el deber del Estado de ofrecer auxilio a las personas en la satisfacción de sus necesidades ocurre cuando aquella es incapaz de ayudarse a sí misma o no cuenta con la ayuda de su entorno[63].

53. Se resalta que lo anterior no implica una actuación extraordinaria de la Personería del municipio de Calarcá, sino que se traduce en el cumplimiento de una de sus funciones, conforme lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 1551 de 2012, que sustituyó el numeral 15 del artículo 178 de la Ley 136 de 1994, según el cual el Personero debe “orientar e

instruir a los habitantes del municipio en el ejercicio de sus derechos ante las autoridades públicas o privadas competentes”; al tiempo que el artículo 178 de la Ley 136, le atribuye la labor de “2. Defender los intereses de la sociedad” y “3. Vigilar el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales”; en especial, cuando la comunidad resulta ser un sujeto de especial protección constitucional.

54. Por tanto, la Sala exhortará a la Personería del municipio de Calarcá para que ejerza sus competencias de orientación cualificada a la referida comunidad indígena, en la medida que esta lo solicite, o el Personero estime necesaria una actuación oficiosa, con el fin de que se inicie un diálogo institucional con las entidades territoriales responsables de garantizar el acceso al agua potable, y que considere las posibilidades técnicas y financieras de ellas.

55. Finalmente, teniendo en cuenta que el suministro que le garantizaba el Comité de Cafeteros del Quindío a La Comunidad no satisfacía ningún derecho fundamental, y que no existe ningún elemento que haga dudar sobre la veracidad de las mediciones del consumo y la forma de cobro, la Sala no encuentra ningún motivo para revisar el monto de la deuda y el supuesto crecimiento desmedido que la parte accionante censura en la tutela. Esto no obsta, claro está, para que las partes de dicha relación contractual (Comité de Cafeteros y La Comunidad, representada por el Gobernador del Cabildo), en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puedan acordar alguna forma de pago, por el monto adeudado. Y que, en ejercicio de aquella, acuerden que la forma de pago se adecue a la capacidad de generación de ingresos de La Comunidad, y a la necesidad del Comité de contar con un flujo de caja que le permita continuar con el suministro para aquella y para las demás personas naturales y jurídicas con las que se ha obligado a suministrar agua no potable para fines agrícolas, en los términos de la autorización con que cuenta, para captación directa de agua cruda, otorgada por la Corporación Autónoma Regional del Quindío.

4. Conclusión

56. En la medida en que (i) el derecho fundamental de acceso al agua apta para consumo humano, en los términos de la jurisprudencia constitucional, no se satisface mediante la garantía de acceso a fuentes de agua no potables, (ii) que La Comunidad no se encuentra desprovista de la posibilidad de disponer de otras fuentes de agua de la misma naturaleza a la reclamada para su posterior tratamiento, y (iii) que los particulares no son destinatarios

de las cargas, entre otras pecuniarias, que impone el deber de satisfacer los derechos fundamentales sociales, encuentra la Sala que no le asiste razón a La Comunidad accionante en su pretensión de acceder a una cantidad mínima diaria de agua por cada integrante de esta, y a cargo del Comité Departamental de Cafeteros del Quindío.

III. DECISIÓN

Primero. REVOCAR la sentencia del Juzgado Civil Laboral del Circuito de Calarcá, Quindío, proferida el 14 de junio de 2018, que confirmó la del Juzgado Primero Civil Municipal de Calarcá, Quindío, del 11 de mayo de 2018, que declaró improcedente la acción de tutela promovida por José Albeiro Mejía Arias, obrando como Gobernador del Cabildo y en nombre de la comunidad indígena Embera Chamí Daidrua, de la Vereda Potosí, Finca el Tesorito, asentamiento del municipio de Calarcá, Quindío, en contra del Comité Departamental de Cafeteros del Quindío. En su lugar, DENEGAR el amparo solicitado por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

Segundo. EXHORTAR a la Personería del municipio de Calarcá, Quindío, para que ejerza sus competencias de orientación cualificada a la comunidad indígena Embera Chamí Daidrua, de la Vereda Potosí, Finca el Tesorito, asentamiento del municipio de Calarcá, Quindío, con el fin de que se inicie un diálogo institucional con las entidades territoriales responsables de garantizar el acceso al agua potable, y que considere las posibilidades técnicas y financieras de ellas, conforme lo dicho en la parte motiva. Lo anterior, en la medida en que la Comunidad Indígena lo solicite, o el Personero estime necesaria una actuación oficiosa.

Tercero. Por Secretaría General, EXPEDIR la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-064/19

Referencia: Expediente T-6.938.193

Acción de tutela presentada por José Albeiro Mejía Arias, en nombre de la comunidad indígena Embera Chamí Daidrua, contra el Comité de Cafeteros del Quindío.

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

“El juez de tutela, guardián de derechos, no de formalismos: castigados por no saber pedir”[64]

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento salvamento de voto. La Sala de Revisión decidió negar la protección invocada, con base en (i) la inexistencia de un derecho fundamental “al agua no potable” y (ii) la imposibilidad de imponer a un particular la obligación de garantizar dicho servicio. Si bien no disiento de esas afirmaciones en abstracto, considero que su aplicación al caso concreto es equivocada y lamentable. En mi criterio, había elementos suficientes para adoptar un enfoque de análisis diferente, sensible a los derechos en juego, que con la aplicación de los precedentes jurisprudenciales relevantes, hubiera llevado a acceder a la protección del derecho

fundamental al agua invocado por la comunidad indígena accionante.

2. Discrepo de la Sentencia por dos razones principales. Primero, porque el problema jurídico abordado por la Sala Primera de Revisión desconoce el rol del juez constitucional en un Estado Social de Derecho, como el adoptado por nuestra Constitución.[65] Como explicaré en seguida, ello pone en riesgo el valor de la acción de tutela como mecanismo de protección y, en consecuencia, los derechos de los ciudadanos, en especial, de las comunidades indígenas en tanto sujetos de especial protección. Y, segundo, porque omitió aplicar precedentes relevantes que hubieran llevado a una decisión opuesta, teniendo en cuenta que los accionantes invocaron la protección del derecho al agua en conexidad con la vida digna, por lo que le correspondía a la Sala analizar el caso a la luz de ese derecho invocado. Y, el deber oficioso que tiene el juez de tutela de vincular a las entidades territoriales competentes para garantizar el derecho fundamental vulnerado. En seguida, desarrollo cada una de estas ideas.

I. El rol del juez constitucional en un Estado Social de Derecho y el valor de la acción de tutela

3. Desde mi punto de vista, el problema jurídico analizado por la Sala Primera de Revisión desconoció el rol del juez constitucional en un Estado Social de Derecho, al que se “le confía la guarda de la integridad y supremacía” de la misma al momento de revisar las acciones de tutela proferidas por los jueces de instancia (Art. 241-9 C.P.). Ello se evidencia desde su formulación para la que únicamente se tuvo en cuenta la segunda pretensión de los accionantes, desatendiendo que ellos solicitaron “tutelar el [d]erecho fundamental al agua, en conexidad al [d]erecho a la vida en condiciones dignas, con prelación, por ser comunidad de especial protección constitucional.”.[66] No desconozco que también pidieron la reconexión al servicio que les abastecía de agua no potable; no obstante, disiento del análisis que llevó a afirmar que la petición era contradictoria. Al respecto se dijo:

“prima facie, es contradictorio solicitar el acceso al suministro de agua no potable, como una forma de satisfacer el derecho fundamental de acceso al agua apta para consumo humano. Esta contradicción se maximiza por la forma en la que este derecho ha sido reconocido como fundamental en la jurisprudencia constitucional.”

4. Desde mi perspectiva, lo contradictorio es que un juez constitucional haya formulado un

problema jurídico que llevó a realizar un estudio parcial de un caso complejo, en el que están en juego los derechos de una comunidad que es en sí sujeto colectivo de especial protección constitucional. Estimo que el análisis propuesto es equivocado, porque se realizó con base en un derecho que no fue invocado por los accionantes, esto es el “derecho al agua no potable”. Se solicitó la protección del derecho fundamental al agua en conexidad con la vida digna; es decir, la protección del derecho fundamental al agua apta para consumo humano. Adoptar una postura como la expuesta en la Sentencia, desdibuja lo que la jurisprudencia, a lo largo de estos años, ha definido sobre el rol que tiene el juez constitucional en el Estado colombiano; y, en consecuencia, desconoce el carácter informal de la acción de tutela e impone a los ciudadanos cargas que no fueron establecidas en la Constitución de 1991.

5. Es cruel decirle a una comunidad que no se les garantiza el derecho al agua potable porque pedían “agua no potable”. La jurisprudencia ha restringido el derecho al agua potable, para asegurar el consumo humano de agua, y no, por ejemplo, para proteger el trabajo agrícola industrial. Este tipo de actividad debe ser protegido, pero no por el juez de tutela. En todo caso, en el presente asunto es claro que la comunidad requería agua para el consumo humano. Que pidieran agua no potable, era por creer que merecían menos de lo que constitucionalmente se les debe garantizar, no porque no fuera para asegurar el goce efectivo de su derecho al agua, a la salud y a la dignidad. En otras palabras, el juez, en lugar de asegurar el derecho constitucional ante la evidencia de su violación, lo desprotegió porque supuso que el ámbito protegido era menor y no se reclamó como se debía. En un proceso informal como la tutela, la sustancia y la materia de los derechos, no se puede dejar por tecnicismos y cuestiones de forma procesal, propios de otros mecanismos judiciales.

6. Aún si, en gracia de discusión, se aceptara la existencia de la supuesta contradicción en la solicitud presentada por la comunidad, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el juez de tutela tiene el deber de considerar la petición real que se busca y cuenta con la posibilidad de “fallar un asunto de manera diferente a lo pedido.”[67] Así, por ejemplo, la Sentencia T-310 de 1995 dijo:

“(…) la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a

garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales. En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra petita. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2o superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho.”[68]

Esta posición fue reiterada en la Sentencia SU-195 de 2012, en la que se revisó un fallo en el que el juez de tutela de segunda instancia profirió un fallo “ultra petita”. Al respecto, sostuvo que:

“[E]sta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales.”[69]

7. Es entonces evidente que la Sala contaba con los elementos necesarios para plantear un enfoque de análisis más acorde con los mandatos del Estado Social de Derecho y con el rol que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, debe cumplir el juez constitucional. Como la manifesté desde un primer momento, se desatendió la demanda sustancial de amparo promovida por la comunidad indígena. Lo relevante no es que haya pedido la continuación en la prestación del servicio de agua no potable o que la entidad accionada no pueda ser obligada a proporcionar el servicio del mismo, sino que un grupo étnicamente diferenciado, compuesto por 72 personas de las cuales 24 son niños, no dispone de la provisión mínima del líquido apta para su consumo, por lo cual se ha visto

obligado a consumir el agua no potable suministrada por el Comité de Cafeteros. Esa es la razón que la llevó a interponer la acción contra esta entidad. Para que, al menos, les dieran agua no potable.

8. Se insiste, se desconoció el carácter informal de la acción de tutela y su finalidad. Por un lado, el juez constitucional cuenta con los elementos para entender el carácter iusfundamental de la petición y, en consecuencia, dotar de sentido las pretensiones de los accionantes.[70] Y, por otro lado, en cualquier caso el objetivo de la acción de tutela es brindar “la protección inmediata” de los derechos fundamentales vulnerados, garantizar su goce efectivo. Se debió haber formulado un problema jurídico en torno a la vulneración del derecho al agua apta para consumo humano y le correspondía a la Sala estudiar si éste estaba siendo desconocido. En caso afirmativo, establecer el remedio para que dicha situación cesara. Contrario a este espíritu, como acabo de demostrarlo, la Sentencia T-064 de 2019 supuso que la comunidad indígena accionante debía plantear una pretensión en la que determinara “correctamente” la solución a la violación de los derechos invocados.

II. Un análisis alternativo para un juez constitucional sensible a los derechos

9. Como lo reconoce la Sentencia, el agua para consumo humano es una garantía fundamental, autónoma y tiene sustento en normas constitucionales. Es ese el derecho que invocaron los accionantes y que les estaba siendo desconocido, aún cuando en una de sus pretensiones hayan pedido la reconexión de un servicio que les preveía agua no potable. Así, una lectura integral del escrito de tutela con las pruebas obrantes en el expediente, llevaba a concluir que era ese el derecho que debía protegerse. Lo anterior teniendo en cuenta que:

i. Se invocó la protección del derecho al agua en conexidad con la vida digna.

ii. La comunidad indígena carece del suministro de agua apta para consumo humano. Esta situación, fue descrita en el escrito de tutela en los siguientes términos: “actualmente se encuentran personas enfermas en nuestra comunidad por el consumo de aguas sin tratamiento adecuado y sin poder brindarles asistencia en materia de higiene personal adecuada, debido a la falta de agua”.

iii. La carencia de agua apta para consumo humano era suplida con el agua no potable que le brindaba el particular accionado.

iv. Si bien existen tres recursos hídricos cercanos, ninguno de ellos cumple con las condiciones para afirmar que su derecho fundamental al agua para consumo humano esta garantizado.

v. El 22 de enero de 2018, elevaron peticiones a la Gobernación del Quindío y a la Alcaldía de Calarcá, “sin obtener una solución satisfactoria a nuestra necesidad”.

vi. Además, con base en las pruebas decretadas, la Personería de Calarcá informó que “la comunidad ha presentado problemas de salud tales como vómito, brotes en el cuerpo, dolores de estómago, fiebre y aparentemente a una de las mujeres de la comunidad el hecho de bañarse con agua de la quebrada le produjo la pérdida de un bebe que se desarrollaba en su vientre, tuvo un pa[r]to prematuro y nació muerto el bebé, todo esto a raíz del consumo del agua de la quebrada de la cual se abastece la comunidad.”

Con base en la información anterior, resulta inexplicable que la Sala de Revisión haya analizado la vulneración del derecho al “agua no potable”, a pesar de saber que se reclamaba para el consumo humano y, por tanto, era en realidad agua potable la que pedían los accionantes.

10. Es cierto que una de las pretensiones planteadas fue darle una orden al Comité de Cafeteros del Quindío, parte accionada en el proceso de la referencia. Evidentemente, éste no tiene la obligación de garantizar el derecho al agua apta para consumo humano. Sin embargo, la Sala de Revisión sí estaba en capacidad de identificar la autoridad responsable de garantizar el derecho fundamental vulnerado. Debió cumplir con el deber oficioso que tiene, en tanto juez de tutela, de vincular a este trámite a los entes territoriales involucrados; es decir, conformar debidamente el contradictorio. Esta obligación fue reiterada, recientemente, por la Sala Plena, en la Sentencia SU-116 de 2018,[71] en la que afirmó, con base en el Auto 065 de 2010,[72] que:

“(…) el juez constitucional, como director del proceso, está obligado a -entre otras cargas- integrar debidamente el contradictorio, vinculando al trámite a aquellas personas naturales o jurídicas que puedan estar comprometidas en la afectación iusfundamental y en el

cumplimiento de una eventual orden de amparo, para que en ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 29 superior, puedan intervenir en el trámite, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes, y en fin, hacer uso del arsenal defensivo que ofrece el ordenamiento jurídico.”

Considero que en este caso se cumplen las condiciones establecidas para haber cumplido con este deber, teniendo en cuenta que (i) además de invocarse, era evidente la vulneración del derecho de la comunidad indígena al agua para consumo humano y su estrecha relación con el derecho a la dignidad humana; y (ii) se trata de una comunidad indígena sujeto de especial protección constitucional de la que forma parte una población considerable de niños, en relación con los cuales, a su vez, existe una segunda protección reforzada, pues el Constitución prevé que sus derechos prevalecen sobre los de los demás.

11. Así, al vincular a las entidades territoriales correspondientes, la Sala de Revisión tenía la posibilidad de determinar las órdenes más adecuadas para garantizar progresivamente el derecho al agua apta para consumo humano y, de manera inmediata, el acceso al mínimo de este líquido, con el fin de evitar que se siguiera prolongando en el tiempo la vulneración de dicha garantía fundamental a la comunidad indígena.[73] Por ejemplo, en la Sentencia T-790 de 2014, la Corte conoció el caso de una familia en una vereda del municipio de San Martín que se abastecía de agua en un aljibe, pero que, al no ser tratada, no era apta para el consumo humano y les estaba causando brotes e infecciones diarreicas, especialmente a los niños. Si bien la Sala de Revisión reconoció que dadas las circunstancias no era viable la prestación del servicio, indicó que existía una solución técnica para suministrar agua potable a la vivienda, consistente en construir una estación de bombeo. Teniendo en cuenta que en ese momento el Municipio no contaba con la disposición presupuestal para hacerlo, la Corte le ordenó ejecutar la orden dada, en un término no superior a seis (6) meses. Esto, con la finalidad de que se pudiera prestar de manera efectiva el servicio público de agua potable a la vivienda del demandante y al resto de la comunidad de dicho sector rural.[74]

12. No estoy sugiriendo que en el caso concreto la Sala de Revisión debía ordenar a la entidad territorial la realización inmediata de un gasto presupuestal para financiar la potabilización del agua o para construir un acueducto. En todo caso, sí se debió disponer un

remedio constitucional para conjurar la situación de los accionantes. Primero, si la Corte había tomado una decisión similar en la Sentencia T-790 de 2014, con mucha mayor razón, en este caso debía concluirse que la comunidad se encontraba en una posición jurídica fundamental que la habilitaba para hacer justiciable el derecho invocado y que, correlativamente, existe una obligación para el Estado de actuar. En otras palabras, debido a que se trata de indígenas y niños, en condiciones de vulnerabilidad, era indudable que la violación de los derechos sociales implicaba la obligación estatal de detener, frenar o hacer cesar la violación. Segundo, la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de medidas que comienzan por garantizar lo mínimo a los afectados para detener la causación de perjuicios irremediables y que, luego, imponen deberes progresivos a las entidades públicas, con la finalidad de que el derecho se vea finalmente reestablecido de manera plena y efectiva.[75] Esto, me parece, es lo que debió decidirse en el presente asunto.

13. Si se hubiera planteado el problema jurídico correcto, este hubiera girado en torno a la vulneración del derecho fundamental al agua apta para consumo humano. En este escenario, se habría llegado a las siguientes conclusiones: (i) era procedente conceder el amparo invocado, teniendo en cuenta la información expuesta en el considerando 9; (ii) era un deber de la Sala de Revisión vincular a los entes territoriales involucrados, en cumplimiento de la obligación que tiene el juez de tutela de configurar debidamente el contradictorio; (iii) era viable determinar un remedio judicial tendiente a cesar la situación de vulneración del derecho invocado, para lo que se hubiera podido tener en cuenta, por ejemplo, la Sentencia T-790 de 2014.

14. Por dejar desprotegido a un grupo de población muy vulnerable al no resolver el problema jurídico que se derivaba de los derechos invocados y de la situación descrita por la comunidad, así como por haberlo evadido artificiosamente, a pesar de haber podido solucionarlo o dar órdenes de protección en ese sentido es que me aparto de la Sentencia T-064 de 2019.

En los anteriores términos, dejo consignado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

Diana Fajardo Rivera

Magistrada

[1] La Sala de Selección Número Nueve (9) estuvo integrada por los magistrados Luis Guillermo Guerrero y Cristina Pardo Schlesinger (folios 3 a 11, Cdno. 3).

[2] “Acta de entrega y recibo material del predio denominado Tesoro 1, ubicado en la Vereda Potosí, Municipio de Calarcá Departamento del Quindío Adquirido por la Agencia Nacional de Tierras”, fl. 7, Cuaderno 1.

[3] Constancia de llamada para práctica de prueba, fl.105, cuaderno 3.

[4] Ibídem.

[5] Informe rendido por el Personero Municipal de Calarcá, fls. 74-75, Cuaderno 3.

[6] Listado de la comunidad aportado por el accionante, fls. 11-13, Cuaderno 1.

[7] “Acta de entrega y recibo material del predio denominado Tesoro 1, ubicado en la Vereda Potosí, Municipio de Calarcá Departamento del Quindío Adquirido por la Agencia Nacional de Tierras”, fl. 8, cuaderno 1.

[9] Informe rendido por el Personero Municipal de Calarcá, fl. 75, Cuaderno 3.

[10] Constancia de llamada para práctica de prueba, fl. 105, cuaderno 3.

[11] Informe rendido por el Personero Municipal de Calarcá, fl. 74, Cuaderno 3.

[12] Informe rendido por el Comité de Cafeteros del Quindío, fl. 108, Cuaderno 3. Allí se refiere que “No se tiene una fecha exacta en la que se pueda determinar el inicio del suministro de agua para uso agrícola en el predio El Tesoro, debido a la pérdida total del archivo físico en el año 1999, con ocasión de un evento sísmico”

[13] Artículo primero del Reglamento Interno del Suministro de Agua para Uso Agrícola, fl. 117, Cuaderno 3.

[14] Resolución 2399 del 20 de septiembre de 2017 “por medio de la cual se prorroga una concesión de aguas superficiales y subterráneas, se modifica la Resolución 1487 de 2010 y

se toman otras disposiciones, a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia – Comité Departamental de Cafeteros del Quindío – Expediente 2086”, obra a fls. 51-95, Cuaderno 1.

[15] Informe rendido por el Comité de Cafeteros del Quindío, fl. 108, Cuaderno 3.

[16] Parte considerativa de la Resolución 2399 del 20 de septiembre de 2017 “por medio de la cual se prorroga una concesión de aguas superficiales y subterráneas, se modifica la Resolución 1487 de 2010 y se toman otras disposiciones, a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia – Comité Departamental de Cafeteros del Quindío – Expediente 2086”, fls. 56-57, Cuaderno 1.

[17] Datos extraídos de los reportes de consumo suministrados por el Comité de Cafeteros del Quindío, fls. 112-115, Cuaderno 3.

[18] Acta de Visita, del 10-04-2018, fl. 97, cuaderno 1.

[19] Acta de Visita del 28-07-2017, fl. 96, cuaderno 1

[20] Acta de Visita, del 10-04-2018, fl. 97, cuaderno 1

[21] Respuesta “c)”, del informe rendido por el Comité de Cafeteros, fl. 108, cuaderno 3.

[22] Actas de visitas obrantes a folios 96 y 97 del cuaderno 1.

[23] Acta de Visita del 28-07-2017, fl. 96, cuaderno 1. Al respecto, debe precisarse que de conformidad con el artículo 23° del Reglamento Interno del Suministro de Agua para Uso Agrícola, por un lado, “El Comité se responsabiliza del mantenimiento y operación de las bocatomas, cámaras despedradoras, desarenadores, tuberías de conducción, tanques de almacenamiento y reguladores de presión, ventosas, válvulas y en general de todas las instalaciones y obras necesarias para transportar el agua hasta la derivación de donde parte la acometida”. Por su parte, “La acometida y la red interna son de propiedad del titular [esto es, de La Comunidad] y es de su responsabilidad el mantenimiento, conservación y operación en buen estado de las mismas. [...] Cuando el titular lo solicite, el Comité podrá hacer una revisión de las redes internas a fin de establecer si hay deterioro en ella, y hará las sugerencias que considere oportunas para su reparación y/o renovación” (fl.

125, Cuaderno 3).

[24] Acta de Visita, del 10-04-2018, fl. 97, cuaderno 1.

[25] Informe rendido por el Personero Municipal de Calarcá, fl. 74, Cuaderno 3.

[26] Derechos de petición elevados por el accionante al municipio de Calarcá y al departamento de Quindío, obrantes a fls. 3 y 4, Cuaderno 1.

[27] Para demostrar tal calidad, aportó copia de la Resolución 000203 de marzo 12 de 2018 “por medio de la cual se reconoce el nombramiento del cabildo indígena Embera Chamí Daidrua Vereda Potosí Finca el Tesorito Asentamiento del Municipio de Calarcá – Quindío” (fl. 5, Cuaderno 1).

[28] Acción de tutela, fl. 1, Cuaderno 1.

[29] Acción de tutela, fl. 1, Cuaderno 1.

[30] Derechos de petición elevados por el accionante al municipio de Calarcá y al departamento de Quindío, obrantes a fls. 3 y 4, Cuaderno 1.

[31] Fl. 16, Cuaderno 1.

[32] La intervención y sus anexos reposan en los fls. 21 a 97 del Cuaderno 1.

[33] Fl. 21, Cuaderno 1.

[34] Fl. 107, Cuaderno 1.

[35] Fl. 107, Cuaderno 1.

[36] Fl. 111, Cuaderno 1.

[37] Fl. 10, Cuaderno 2.

[38] Fls. 14-16, cuaderno 3.

[39] Al accionante se le requirió con el fin de que absolviera siete interrogantes, relativos al

lugar donde habitaba La Comunidad, el uso que se le daba al agua suministrada por el Comité de Cafeteros del Quindío, a las actividades agropecuarias que realizaban en el Predio, y a la forma en que La Comunidad satisfacía la necesidad de acceso al agua, a partir del momento de la suspensión del suministro por parte del Comité.

[40] Al accionado se le requirió para que informara sobre el destino y uso del agua suministrada a la finca el Tesoro; la historia y el marco contractual de la relación de suministro de agua no apta para el consumo humano, el monto y estado de la deuda, las condiciones contractuales que regulaban el suministro, las razones por las cuales el agua suministrada se consideraba como no apta para el consumo humano, y la existencia de fuentes alternativas de agua no potable en el Predio de La Comunidad.

[41] Fls. 72-104 Cuaderno 3.

[42] Fls. 107-131, Cuaderno 3.

[44] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-766 de 2015, reiterada en la sentencia T-011 de 2018.

[45] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-379 de 2011, reiterada en la sentencia T-213 de 2016.

[46] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-661 de 2015.

[47] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003.

[48] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010.

[49] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2018.

[50] En reciente sentencia T-415 de 2018, la Corte Constitucional asumió una postura similar.

[51] Dato extraído del listado de los miembros de la Comunidad, aportado por el accionante, fls.11-13, Cuaderno 1.

[52] Cfr., en el sentido de este derecho fundamental, las sentencias T-318 de 2018, T-218

de 2017, T-100 de 2017, T-034 de 2016, T-093 de 2015, T-790 de 2014, T-712 de 2014, T-199 de 2014, T-163 de 2014, T-028 de 2014, T-016 de 2014, T-573 de 2013, T-424 de 2013, T-348 de 2013, T-242 de 2013, T-179 de 2013, T-749 de 2012, T-740 de 2011, T-717 de 2010, T-546 de 2009, T-381 de 2009 y T-270 de 2007.

[53] Si bien no se tiene constancia del día exacto de la suspensión del servicio, se sabe que aquella ocurrió en el mes de abril de 2018 (fl. 108, Cuaderno 3). Por su parte, la acción fue radicada el 27 de abril de 2018 (fl. 2, cuaderno 1).

[54] Informe rendido por el Comité de Cafeteros del Quindío, fl. 108, Cuaderno 3.

[55] Informe rendido por el Comité de Cafeteros del Quindío, fl. 107, Cuaderno 3.

[56] Esa disposición establece que “El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna” es un derecho colectivo.

[57] El citado artículo, en lo pertinente, dispone: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado [...] estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”.

[58] Al respecto, en sentencia C-263 de 2013, se efectuó un estudio sobre lo que se denominó la “Reserva de ley en la regulación de los servicios públicos”, en la que precisó que “En el caso de los servicios públicos, la reserva de ley se explica por su importancia en los ámbitos económico y social, así como por su relevancia para que [sic] la realización efectiva de los derechos humanos”.

[59] Según el listado de la comunidad entregado por el Gobernador del Cabildo, en general, a los miembros a quienes se les refiere haber realizado estudios, solo cuentan con estudios primarios, fls. 11-13, Cuaderno 1.

[60] Cfr., en tal sentido, el siguiente conjunto de sentencias referidas con anterioridad: T-318 de 2018, T-218 de 2017, T-100 de 2017, T-034 de 2016, T-093 de 2015, T-790 de 2014, T-712 de 2014, T-199 de 2014, T-163 de 2014, T-028 de 2014, T-016 de 2014, T-573 de 2013, T-424 de 2013, T-348 de 2013, T-242 de 2013, T-179 de 2013, T-749 de 2012,

T-740 de 2011, T-717 de 2010, T-546 de 2009, T-381 de 2009 y T-270 de 2007.

[61] Corte Constitucional, Sentencia T-790 de 2014. En Colombia, los requisitos físicos, químicos y microbiológicos para que el agua pueda considerarse potable están reglamentados en el Decreto 1575 de 2007, expedido por el Gobierno Nacional, “Por el cual se establece el Sistema para la Protección y Control de la Calidad del Agua para Consumo Humano”.

[62] Al respecto confrontar, entre otras, las sentencias T-232 de 1993, T-244 de 1994, T-375 de 1996, T-309 de 1999 y T-584 de 2012.

[63] Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-533 de 1992. En esta providencia, en un apartado que constituye, obiter dictum, se señala: “Cuando una persona demuestra la circunstancia de debilidad manifiesta en que se encuentra, debido a su condición económica, física o mental (CP art. 13), sin que ella misma o su familia puedan responder, excepcionalmente se genera para el Estado una obligación de proteger especialmente a la persona colocada en dicha situación”.

[64] Poner título a los salvamentos y aclaraciones de voto es una práctica instaurada por el Magistrado Ciro Angarita Barón.

[65] De manera previa, presenté Salvamento de Voto a la Sentencia T-027 de 2018, en el que también sustenté mi discrepancia debido al enfoque metodológico adoptado en esa decisión, análogo al acogido en esta oportunidad.

[66] El problema jurídico que abordó la Sentencia fue planteado en los siguientes términos: “si a la comunidad accionante le asiste el derecho fundamental de acceder al suministro de agua no potable, que le presta el Comité de Cafeteros del Quindío, con el fin de destinarlo al consumo humano.” Y, en la segunda pretensión, la parte accionante planteó lo siguiente: “Como consecuencia de lo anterior [esto es, de la protección del derecho fundamental al agua en conexidad con la vida digna], solicito comedidamente se le ordene a[1] COMITÉ DE CAFETEROS DEL QUINDÍO Nit. 860.007.538-2 a reconectar de manera inmediata, el servicio de acueducto y suministrar el mínimo establecido para el consumo humano teniendo en cuenta que somos una comunidad de protección constitucional especial.”

[67] Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schelinger. En esta decisión, la Sala de Revisión tuteló transitoriamente los derechos fundamentales al debido proceso, a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social del accionante, quien solicitaba el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

[68] Corte Constitucional, Sentencia T-310 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En esta decisión, se tuteló el derecho fundamental de petición, dado que el accionante había pedido en reiteradas ocasiones a la Alcaldía Municipal de Neiva y, “si bien fueron respondidas jamás fueron resueltas en los términos que dispone el artículo 23 de la Constitución Política.” En este mismo sentido, de manera previa, la Sentencia T-028 de 1993 al revisar un escrito de tutela con deficiencias en su formulación, “confusión argumental” y “desorden conceptual”, afirmó: “deben los jueces de tutela y esta Corte en funciones de revisión de los fallos correspondientes, adentrarse en el examen y en la interpretación de los hechos del caso, con el fin de encontrar la esencia y la verdadera naturaleza de la situación jurídica puesta en conocimiento de la jurisdicción constitucional de los derechos fundamentales, para efectos de asegurar la más cabal protección judicial de los mismos y la vigencia de la Carta en todos los eventos en los que se reclame su amparo por virtud del ejercicio de la Acción de tutela (...) por tanto, en casos como el que revisa, en los que no es claro el sentido externo con el cual se pretende presentar la formulación del reclamo de tutela y en los que se presentan confusiones como las advertidas y otras que se destacarán más adelante, es deber del juez de tutela examinar los planteamientos del peticionario en procura de su comprensión sistemática y coherente frente a los postulados ideocráticos de la Carta, a sus valores y principio y ante sus normas directamente aplicables, lo mismo que ante los predicados de la jurisprudencia constitucional que corresponden a la naturaleza de aquella codificación superior, típicamente abierta, programática y pluralista” Corte Constitucional, Sentencia T-028 de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz.

[69] Corte Constitucional, Sentencia SU-195 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta ocasión, la Sala Plena negó el amparo solicitado mediante una tutela contra la providencia judicial en la que una excongresista cuestionó la sentencia penal impuesta por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con la cual fue condenada a setenta y cuatro (74) meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por noventa (90) meses, al encontrarla responsable del delito de falsedad ideológica en documento público agravada por el uso cometido en concurso

homogéneo (art. 286, Código Penal). Un pronunciamiento similar de la Sala Plena sobre este mismo punto se encuentra en la Sentencia SU-484 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería. En esta última, se estudiaron 23 expedientes acumulados, cuyos accionantes fueron trabajadores del Hospital Materno Infantil o del Hospital San Juan de Dios y su pretensión se encontraba encaminada a que por medio de la acción de tutela se protegieran sus derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas y justas, al mínimo vital y a la seguridad social; y, que se ordenara a la entidad o entidades que corresponda el pago de salarios y prestaciones adeudadas. Lo anterior, por cuanto la cesación en el pago de salarios y demás prestaciones, los había colocado, al igual que a sus familias en unas condiciones críticas de subsistencia. Luego de analizar el caso, la Sala Plena concluyó que la parte accionada había vulnerado los derechos invocados; razón por la cual, concluyó que: “el derecho al salario y a las prestaciones sociales deb[ía] ser protegido y salvaguardado.”

[70] En este sentido se puede consultar, por ejemplo, la Sentencia T-533 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes. En esta, un señor en condición de indigencia acudió ante un Juez de la República y, oralmente, solicitó una operación de ojos que le permitiera volver a trabajar, sin especificar contra quien dirigía la tutela, quién era el obligado, cuál era el derecho fundamental menoscabado ni los hechos que la motivaban. En sede de revisión, esta Corte completó el escenario fáctico y fue capaz de entender la naturaleza iusfundamental detrás su petición, para así conceder un amparo acorde con las particularidades del caso.

[71] Corte Constitucional, Sentencia SU-116 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Diana Fajardo Rivera. En esta decisión, la Sala Plena declaró la improcedencia de la acción de tutela en la que se cuestionaba el trámite de la Sentencia SU-813 de 2007, proferida por la Sala Plena de esta Corporación. El accionante expuso que dicha providencia había vulnerado sus derechos al debido proceso y a la vivienda, por no haberlo vinculado al asunto resuelto en calidad de tercero interesado.

[73] La Sentencia T-302 de 2017 (M.P. (e) Aquiles Arrieta Gómez) estudió el caso de una comunidad indígena de La Guajira que carecía de suministro de agua apta para consumo humano. En dicha decisión, se declaró el estado de cosas inconstitucionales debido a (i) la vulneración generalizada de los derechos de la comunidad, además del agua se concluyó la violación de otros derechos, y a (ii) las fallas institucionales en los niveles nacional y territorial, sin enfoque étnico.

[74] Corte Constitucional, Sentencia T-790 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[75] Sobre el particular, por ejemplo, pueden consultarse las siguientes sentencias, en las que se han previsto diferentes medidas para dar respuestas a la vulneración del derecho al agua: T-103 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, AV. Alejandro Linares Cantillo; T-302 de 2017. M.P. (e) Aquiles Arrieta Gómez; T-325 de 2017. M.P. (e) Aquiles Arrieta Gómez; T-012 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schelinger, entre otras.