

Sentencia T-103/17

DERECHO AL AGUA POTABLE-Doble connotación como derecho fundamental y como servicio público

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Obligaciones del Estado para garantizar disponibilidad, accesibilidad y calidad del servicio de agua

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR PROTECCION DEL DERECHO AL AGUA-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CUANDO UNA PERSONA DISFRUTA EL SERVICIO DE AGUA DE MANERA ILEGAL-Improcedencia

ACCION DE TUTELA CUANDO UNA PERSONA DISFRUTA EL SERVICIO DE AGUA DE MANERA ILEGAL-Improcedencia para ordenar la instalación de redes de acueducto en zonas o terrenos que según el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) constituyen espacio público

ACCION DE TUTELA CUANDO UNA PERSONA DISFRUTA EL SERVICIO DE AGUA DE MANERA ILEGAL-Improcedencia por cuanto la accionante reside en una zona de uso público, de ahí que su ocupación es ilegal

La actora ha captado de manera ilegal el servicio de agua, lo que ha ocasionado afectaciones ambientales y sociales en el sector, así como una vulneración a los derechos de los demás usuarios del servicio público de agua.

Referencia: Expediente T-5.811.357

Acción de tutela instaurada por Eldyn Marcy Mosquera contra la Alcaldía de Neiva y las Empresas Públicas de Neiva E.S.P.

Procedencia: Juzgado 4° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva.

Asunto: Improcedencia de la acción de tutela cuando una persona disfruta el servicio de agua de manera ilegal. Reiteración de jurisprudencia.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Aquiles Arrieta Gómez (e), Jorge Iván Palacio Palacio y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia de segunda instancia, dictada el 15 de junio de 2016 por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Neiva, que confirmó la decisión de primera instancia del 5 de mayo de 2016 por el Juzgado 3° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva, dentro de la acción de tutela promovida por Eldyn Marcy Mosquera contra la Alcaldía de Neiva y las Empresas Públicas de Neiva E.S.P.

El asunto llegó a la Corte Constitucional, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2°) de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 28 de octubre de 2016, la Sala número 10 de Selección de Tutelas de esta Corporación lo escogió para su revisión y lo asignó a la Magistrada ponente para su sustanciación.

I. ANTECEDENTES

La accionante presentó acción de tutela en contra de la Alcaldía de Neiva y las Empresas Públicas de dicho municipio, al considerar que la falta de instalación de la red de acueducto que permita el suministro de agua potable, vulnera sus derechos fundamentales y los de la comunidad de Las Granjas Productivas de la comuna 8 de Peñón Redondo, Neiva, a la vida digna, a la salud, al ambiente sano, al agua, a la igualdad, al mínimo vital y al “acceso a los servicios públicos domiciliarios”¹.

Hechos y pretensiones en tutela

La demandante manifestó que hace aproximadamente 10 años habita en la comunidad de Las Granjas Productivas de la comuna 8 de Peñón Redondo en Neiva. Enfatizó que en dicha comunidad viven 38 familias y la mayoría de sus pobladores son sujetos de especial protección constitucional, ya que hay niños, adultos mayores y personas en condición de discapacidad.

Sostuvo que la Junta de Acción Comunal presentó una solicitud ante las Empresas Públicas de Neiva E.S.P para que instalara el servicio de acueducto en el sector en el que habita, pero dicha empresa despachó desfavorablemente la solicitud presentada.

Destacó que el 29 de febrero de 2016, junto con 39 habitantes de la comunidad presentaron un oficio ante las Empresas Públicas de Neiva, y expusieron las condiciones de salubridad en las cuales se encuentran debido a la falta de suministro de agua. En este sentido, recalcaron que era fundamental la instalación de un acueducto que les permitiera obtener el abastecimiento de agua².

De otra parte, la accionante expuso que “(...) dentro del sector habita el señor Jaime Humberto Dussan Vargas, quien siempre ha contado con agua potable en la dirección carrera 28 No 1C-12, número de cuenta 195060700, no sabemos el motivo por el cual este señor cuenta con el servicio mientras los demás no; equivocadamente su recibo figura como si estuviera en el barrio la Acacias cuando realmente su predio está dentro del terreno Las Granjas Productivas”³.

En este orden de ideas, solicitó que tutelaran sus derechos fundamentales y los de los miembros de la comunidad de Las Granjas Productivas de la comuna 8 de Peñón Redondo a la vida digna, a la salud, al ambiente sano, al agua, a la igualdad, al mínimo vital y al “acceso a los servicios públicos domiciliarios”. En consecuencia, pidió que la Alcaldía de Neiva y las Empresas Públicas de dicho municipio suministraran a cada uno de los habitantes de la comunidad el servicio de agua potable.

I. ACTUACIONES PROCESALES

El Juzgado 3° Penal Municipal con Función de Control de Garantías, mediante auto del 25 de

abril de 2016, reconoció personería jurídica a Eldyn Marcy Mosquera para actuar en nombre propio, admitió la acción de tutela, vinculó a la Alcaldía Municipal de Neiva y ordenó correr traslado a las Empresas Públicas de Neiva para que se pronunciaran en relación con los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

2.1 CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Alcaldía Municipal de Neiva

El Jefe de la Oficina Jurídica manifestó que de acuerdo con la Ley 142 de 1994, las Empresas Públicas de Neiva son las encargadas de suministrar el servicio público de agua potable en el municipio.

Por otro lado, aseveró que la autoridad que representa“(…) ha venido celebrando convenios de transferencias de recursos para la construcción y mantenimiento de la red de alcantarillado en diferentes sectores de la ciudad, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Política (…)”⁴. En refuerzo de lo anterior, manifestó que el Plan de Desarrollo Municipal de Neiva “unidos para mejorar 2012-2015”, busca fortalecer las finanzas de las Empresas Públicas de Neiva E.S.P. para que cumplan con sus finalidades legales y constitucionales, y en especial, para que garanticen el acceso de la comunidad a los servicios públicos domiciliarios. Así las cosas, insistió en que la autoridad que representa, realizó las transferencias presupuestales para que las Empresas Públicas de Neiva E.S.P., puedan brindar los servicios demandados por la población.

De conformidad con lo expuesto, indicó que la Alcaldía Municipal no es competente para cumplir las pretensiones incoadas por la actora, puesto que son las Empresas Públicas las responsables. Así pues, solicitó que se desvinculara a la entidad que representa.

Empresas Públicas Domiciliarias de Neiva E.S.P.

La Gerente General de la empresa mencionada, indicó que en varias oportunidades respondió las peticiones relacionadas con la prestación del servicio de acueducto presentadas por los miembros de la comunidad “Granjas Productivas de Peñón Redondo”, y todas fueron negadas, bajo el fundamento de que los asentamientos establecidos en el barrio de Peñón Redondo son ilegales y ocupan el espacio público.

Adicionalmente, informó que desde el año 2010 la Secretaría de Gobierno y Convivencia Ciudadana de Neiva, adelantó diferentes procesos policivos de restitución del espacio público, con la finalidad de que las personas que habitan el barrio de Peñón Redondo abandonen dicho lugar.

Asimismo, precisó que en el año 2013, el Director del Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Neiva “(...) dio cuenta de que los terrenos corresponden a una cesión que un urbanizador hizo al municipio con destino a zonas verdes y zonas públicas complementarias, no susceptibles, por lo tanto de legalización ni titulación alguna y que existe el proyecto, ampliado con otro lote también cedido al Municipio, de construir un nuevo parque por lo cual la Oficina de Restitución del espacio público adelanta procesos para recuperar tales zonas”⁵.

Por otro lado, destacó que de acuerdo con la información suministrada por la Secretaría de Medio Ambiente del municipio de Neiva, algunos residentes del sector de Peñón Redondo utilizan conexiones rudimentarias e ilegales para obtener el servicio de acueducto, lo que genera “(...) afectaciones ambientales y sociales por manejo inadecuado de vertimientos residuales y captación ilegal de agua”⁶.

Por último, anotó que el alcalde de Neiva ordenó retirar a varias personas de dicho lugar y demoler todas las construcciones y cultivos que han invadido dicho lugar. Así pues, concluyó que la entidad que representa no vulneró los derechos fundamentales de la accionante y de los habitantes de Peñón Redondo.

2.2. SENTENCIA EN SEDE DE TUTELA

Sentencia de primera instancia

El Juzgado 3º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva, mediante sentencia del 5 de mayo de 2016, determinó que la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente, debido a que la ausencia del suministro de agua potable afecta los derechos fundamentales de la accionante y de los demás miembros de la comunidad del barrio las Granjas Productivas de Peñón Redondo.

No obstante, indicó que no era posible acceder a las pretensiones incoadas por la actora,

pues según el Plan de Ordenamiento Territorial el sector de las Granjas Productivas de Peñón Redondo se encuentra en una zona de espacio público. Al respecto, enfatizó que los habitantes de dicha zona no pueden acceder a la titularización de los predios, debido a que los mismos fueron cedidos al municipio para que llevara a cabo un proyecto denominado “programa de agricultura urbana de Peñón Redondo”.

En este sentido, enfatizó que “(...) los residentes del sector de Peñón redondo, con más precisión los de Las Granjas Productivas, al establecer sus viviendas en dicho lugar, han actuado en forma contraria a la ley y disposiciones legales señaladas para la ocupación del espacio público (...)”⁷. Incluso, precisó que la administración municipal inició los procesos policivos para recuperar el espacio público, de manera que los accionantes también podrían acudir a dicho procedimiento para elevar sus pretensiones. Así pues, decidió no tutelar los derechos fundamentales de la demandante y de los miembros de la comunidad de Peñón Redondo.

Impugnación

El 13 de mayo de 2016, la actora impugnó la decisión de primera instancia, al considerar que se desconoce su calidad de sujeto de especial protección constitucional por ser madre cabeza de familia.

Sentencia de segunda instancia

El Juzgado 4º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, mediante sentencia del 15 de junio de 2016, confirmó el fallo de primera instancia, bajo el argumento de que la demandante no probó la vulneración de sus derechos fundamentales y tampoco desestimó que la acción popular fuera ineficaz para proteger sus derechos. Asimismo, precisó que la accionante obró por fuera de la ley, ya que pretende “(...) de manera unilateral realizar labores de urbanismo y construcción sin tener licencia alguna (...)”⁸.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

1. La accionante sostuvo que desde hace más de 10 años vive en el barrio las Granjas Productivas en el sector de Peñón Redondo en la comuna 8 de la ciudad de Neiva. Indicó que las Empresas Públicas de Neiva E.S.P. y la Alcaldía de dicho municipio, vulneraron sus derechos fundamentales y los de los demás miembros que habitan dicho barrio, a la salud, a la vida en condiciones dignas, al agua y al ambiente sano, al no instalar la red de acueducto que suministre el servicio de agua potable.

La Alcaldía Municipal sostuvo que no era competente para construir el acueducto, como quiera que ello hacía parte de las funciones de las Empresas Públicas de Neiva. Por su parte, las Empresas Públicas de Neiva E.S.P. indicaron que no era posible prestar el servicio público de acueducto, ya que la accionante reside en un barrio de invasión que ocupa el espacio público y es objeto de un proceso policivo de restitución.

1. De conformidad con lo anterior, la situación fáctica exige resolver en primer lugar, si la acción de tutela es el mecanismo procedente para que la accionante y los habitantes del barrio las Granjas Productivas obtengan legalmente el suministro de agua potable a través de la red de acueducto.

En caso de ser procedente la acción de tutela, la Sala deberá resolver si las autoridades demandadas vulneraron los derechos fundamentales al agua, a la vida digna y a la salud de la actora y los habitantes del barrio las Granjas Productivas, al negarles la instalación de la red de acueducto que les suministre agua potable.

1. Para resolver los anteriores problemas jurídicos, es necesario analizar los siguientes

temas: (i) la procedencia de la acción de tutela para garantizar el derecho al agua. En caso de que dicho mecanismo sea procedente, la Sala estudiará: (ii) el alcance del derecho al agua; (ii) las obligaciones del Estado en la prestación del servicio público de agua; y (iii) el análisis del caso concreto.

Examen de procedencia de la acción de tutela

Legitimación en la causa por activa

1. El inciso primero del artículo 86 de la Constitución establece que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (negrilla fuera del texto original).

En concordancia con la anterior disposición, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, sostiene que se encuentran legitimados en la causa por activa: (i) la persona directamente afectada; (ii) el representante legal; (iii) el apoderado judicial; (iv) el agente oficioso; (v) el defensor del pueblo; o (vi) los personeros municipales⁹. Así pues, la acción de tutela permite que exista una mayor flexibilidad en su interposición, ya que contempla la posibilidad de que sea presentada por diferentes actores.

1. La acción constitucional fue presentada por la demandante a título personal y como agente oficioso de los habitantes del barrio las Granjas Productivas. Frente a esta doble actuación, la Sala precisa que para actuar como agente oficioso, deben concurrir dos elementos: (i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia¹⁰. En cuanto a esta última exigencia, la jurisprudencia ha dicho que “(...) su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en

casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales”¹¹.

De acuerdo con el texto de la tutela y las pruebas que reposan en el expediente, los requisitos para que la demandante actué como agente oficiosa no se cumplen, ya que: (i) los habitantes no expresaron su voluntad de ser representados por la accionante; y (ii) no hay certeza de las circunstancias de cada uno de los habitantes del barrio, es decir, se desconocen sus condiciones socioeconómicas, de salud y de posible vulnerabilidad. Para evidenciar el tipo de población que habita en el barrio, la accionante aporta un censo hecho por ellos mismos, sin que en ello demuestre las condiciones específicas de los pobladores¹².

1. Así pues, debido a que no se pueden verificar las condiciones de los residentes de las Granjas Productivas de la ciudad de Neiva, la Sala no accederá a que la demandante agencie los derechos de los pobladores de dicho barrio. No obstante, podrá actuar a título personal en procura de salvaguardar sus derechos fundamentales, razón por la cual la Sala procede a continuar con el análisis del problema jurídico planteado en precedencia.

Legitimación en la causa por pasiva

1. La legitimación por pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción de tutela y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada¹³. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares (artículo 42 del Decreto 2591 de 1991).

1. En el caso sub examine, la acción de tutela se presentó por la presunta omisión de la

Alcaldía de Neiva¹⁴ y las Empresas Públicas de dicho municipio¹⁵ de instalar la red de acueducto que suministre agua potable a los habitantes del barrio “Las Granjas Productivas” de Peñón Redondo de la comuna 8, entre los cuales se encuentra la accionante (artículo 42 del Decreto 2591 de 1991). En tal virtud, como la tutela se dirige contra una autoridad pública y un particular que presta servicios públicos, está acreditado en este asunto la legitimación por pasiva.

Requisito de subsidiariedad

1. La acción de tutela es un mecanismo de acceso a la justicia previsto en el artículo 86 de la Constitución, a través del cual toda persona puede solicitar el amparo de sus derechos fundamentales. Por la importancia de los derechos que protege, se tramita de manera preferente y sumaria, y sus reglas de procedimiento se guían por los principios de informalidad y prevalencia del derecho sustancial.

Sin embargo, la acción tiene naturaleza subsidiaria, lo que significa que sólo es procedente cuando no existan otras vías judiciales, adecuadas e idóneas para la protección del derecho fundamental, o cuando de existir una vía ordinaria es imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar un perjuicio iusfundamental irremediable¹⁷. La razón de ser de estas reglas radica en que todos los procesos judiciales deben concebirse como medios para lograr la eficacia de los derechos fundamentales y, en consecuencia, el amparo solo procede cuando el diseño de éstos no tiene la capacidad para cumplir con ese propósito en las circunstancias del caso concreto.

Las reglas procedimentales no son entonces formalidades, sino dispositivos para evitar que el juez constitucional invada órbitas propias de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, y asegurar que los asuntos que resuelve sean esencialmente relativos a derechos fundamentales.

1. En el caso de las controversias jurídicas entre particulares y el Estado, la vía principal de discusión prevista por el ordenamiento es la jurisdicción administrativa y no el amparo

constitucional. Sin embargo, la tutela procede excepcionalmente, si se demuestra que en las circunstancias del caso concreto y en atención a la naturaleza del problema jurídico, el mecanismo principal no es idóneo, eficaz o capaz de enfrentar la amenaza o vulneración de derechos.

El examen de idoneidad de los medios de defensa exige verificar la capacidad del mecanismo ordinario para solucionar el problema jurídico propuesto. La eficacia, debe revisar el potencial para proteger de manera oportuna e integral el derecho. Como puede verse, estos conceptos giran en torno al estudio de las pretensiones y circunstancias del caso concreto. En tal sentido, el juez tiene la obligación de analizar con especial cuidado las solicitudes de personas vulnerables o en condición de debilidad manifiesta, con el propósito de establecer si la exigencia de agotar los medios ordinarios es razonable o desproporcionada.

Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho al agua. Reiteración de jurisprudencia

1. Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el agua ha adquirido diversas connotaciones, de acuerdo con las múltiples aproximaciones que ofrecen la Constitución, la ley y la jurisprudencia.

1. De un lado, el agua ha sido catalogada como parte del derecho al medio ambiente sano, al considerar que es un recurso hídrico concebido como derecho colectivo susceptible de protección constitucional¹⁸. También ha sido entendida como un servicio público esencial a cargo del Estado¹⁹, y ha sido interpretada, además, como un derecho fundamental de naturaleza subjetiva, sobre el cual, se cimientan otros derechos del mismo rango constitucional (vgr., el derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas), cuando se trata en particular, del agua destinada al consumo humano²⁰.

1. En cuanto a la faceta que se refiere al servicio público de acueducto, ésta tiene sustento normativo en los artículos 78 y 365 a 370 de la Constitución, de acuerdo con los cuales la

prestación de los servicios públicos requiere una infraestructura especial, cuya definición debe ser discutida en el Congreso y administrada por los órganos administrativos competentes, bajo los principios de la función pública, junto con los de eficiencia, integralidad, continuidad y ampliación progresiva de su cobertura. De conformidad con el artículo 88 de la Constitución Política²¹ y la Ley 472 de 1998, las acciones relacionadas con la faceta colectiva del derecho al agua deben tramitarse, en principio, a través de la acción popular²².

1. De otra parte, la Corte Constitucional ha determinado que el derecho al agua tiene una faceta exigible mediante la acción de tutela, cuando está ligada al consumo humano y es un derecho fundamental. En el marco de dichos pronunciamientos, esta Corporación ha reconocido la naturaleza subjetiva²³ de ese derecho, al aceptar que es fuente de vida y presupuesto ineludible para la realización de otros derechos como la salud, la vivienda y el saneamiento ambiental, fundamentales para la dignidad humana²⁴.

1. No obstante, la Sala advierte que no es posible hacer una división tajante entre agua como servicio público relacionada con el acueducto, aislada del agua como derecho fundamental relacionado con el consumo humano mínimo, pero sin tener en cuenta el acueducto. Las dos facetas confluyen en ocasiones. Por ejemplo, en la sentencia T-980 de 2012 esta Corporación estudió si la suspensión del suministro de agua por parte de las empresas de servicios públicos, ocasionados por la mora del destinatario, afectaba sus derechos fundamentales. Concluyó que, en efecto, la conducta tenía incidencia en su derecho fundamental, pues, “la privación del servicio de agua potable conlleva una grave vulneración de las obligaciones que emanan del derecho fundamental al agua, específicamente las de disponibilidad y accesibilidad”.²⁸

Así, no existe una diferenciación radical entre la dimensión de servicio público y el derecho fundamental del agua, que impida que los jueces de tutela conozcan asuntos sobre funcionamiento de acueductos²⁹. Sin embargo, es indispensable analizar, a partir de las

pretensiones de la acción de amparo y las condiciones del accionante cuál es el mecanismo judicial al que debe acudir el peticionario.

1. En este orden de ideas, al ser el agua una necesidad básica y un elemento indispensable para la existencia del ser humano, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que este derecho fundamental, tiene un carácter: (i) universal, por cuanto todos y cada uno de los hombres y mujeres, sin discriminación alguna, requieren de este recurso para su subsistencia; (ii) inalterable, ya que en ningún momento puede reducirse o modificarse más allá de los topes biológicos; y (iii) objetiva, puesto que no tiene que ver con la percepción subjetiva del mundo o de subsistencia, sino que se instituye como una condición ineludible de subsistencia para cada una de las personas que integran el conglomerado social³⁰.

1. El sustento jurídico de este derecho, además reposa en varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos, dentro de los cuales se reconoce el derecho de cada ciudadano de que el Estado le proteja, respete y asegure una serie de garantías mínimas de agua para el consumo humano, de modo que sea posible satisfacer sus necesidades básicas domiciliarias, y además, se prevengan problemas de salud y sanitarios³¹.

Dentro de la Observación General No. 15 del 2002, proferida por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas³², se describen las facetas de este derecho:

i. La disponibilidad³³

ii. La calidad³⁴

(iii) La accesibilidad³⁵ (física³⁶, económica³⁷, igualitaria³⁸ y de información³⁹).

1. Sobre la procedencia de la acción de tutela para exigir la protección del derecho fundamental al agua, es preciso citar lo expuesto en la sentencia T-348 de 2013⁴⁰, la cual explicó que la característica para determinar la posibilidad de ejercer la acción de amparo depende de que la pretensión sea obtener agua para consumo humano:

“Para establecer la procedencia de la acción de tutela cuando su pretensión es la protección del derecho al agua, el juez debe verificar que esté destinada al consumo humano, pues ésta es la característica que define su carácter de fundamental, de lo contrario, se trataría del derecho colectivo al agua y en este caso se debe acudir a la acción popular, consagrada en la Ley 472 de 1998”.⁴¹

De lo dicho, es posible extraer dos reglas generales de procedencia. En principio, el agua como servicio público debe ser reclamada a través de la acción popular, y el agua como derecho fundamental, asociada al consumo mínimo humano, puede solicitarse a través de la tutela.

1. Sin embargo, la Corte ha establecido un conjunto de criterios en los que la acción de tutela no procede para reclamar el suministro de agua. De acuerdo con la sentencia T-418 de 2010⁴², la acción de tutela es improcedente en estos supuestos:

“(i) cuando la entidad encargada de prestar el servicio adopta la decisión de suspender el servicio de agua, dentro de las reglas establecidas y con el respeto debido a los derechos fundamentales de la persona y en especial a su mínimo vital, pues en tal caso no viola un derecho sino que cumple un deber; (ii) cuando el riesgo de las obras pendientes, inconclusas o deterioradas constituyen una amenaza que no representa un riesgo real para los derechos fundamentales de las personas; (iii) cuando se pretenda reclamaciones de carácter puramente económico, que pueden ser reclamadas por otros medios de defensa judicial, y no impliquen la afectación de derechos fundamentales; (iv) cuando no se constata que la calidad del agua a la que se accede no es adecuada para el consumo humano; (v) cuando una persona está disfrutando el servicio de agua, por medios ilícitos, reconectándose a la fuerza, y se encuentra disfrutando del goce efectivo de su derecho al agua, por ejemplo,

pierde la posibilidad de reclamar su protección mediante la acción de tutela. En este caso la persona no pierde sus derechos, pero sí la posibilidad de legitimar a posteriori sus actos de hecho mediante el procedimiento constitucional de la tutela⁴³; (vi) cuando una persona pretende acceder por sus propios medios al agua disponible, pero de una forma irregular, desconociendo los procedimientos y afectando el acceso de las demás personas de la comunidad que dependen de la misma fuente de agua; (vii) cuando la afectación a la salubridad pública, como obstrucción a tuberías de alcantarillado, no afecta el mínimo vital en dignidad de las personas; en tal caso, se trata de una afectación que puede ser reclamada judicialmente, pero que no es objeto de acción de tutela”. (Negrilla fuera del texto).

1. Nótese que, de acuerdo con la jurisprudencia, aún el componente subjetivo del derecho al agua no es susceptible de ser protegido a través de la tutela, si se pretende acceder al suministro por medios ilegales o sin el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales para disponer del recurso vital.

1. Por otra parte, la Corte Constitucional de manera reiterada⁴⁴, ha dicho que, de conformidad con el artículo 82 de la Constitución, el espacio público es un bien inembargable, inalienable e imprescriptible, que no puede ser destinado para uso particular, sino para el goce efectivo de la comunidad. En este sentido, las autoridades públicas tienen el deber de utilizar sus facultades constitucionales para procurar proteger, conservar y defender el espacio público de apropiaciones ilegítimas por parte de particulares.

1. En síntesis, la acción constitucional es improcedente cuando se presente alguna de las situaciones señaladas por la jurisprudencia, dentro de las cuales se encuentra que la persona disfrute el servicio de agua de manera ilícita, reconectándose a la fuerza. En estas circunstancias, como lo explicó la sentencia T-546 de 2009⁴⁵, la persona pierde legitimidad para presentar posteriormente la acción de tutela cuando utiliza las vías de hecho y de derecho al mismo tiempo.

1. Ahora bien, el Acuerdo 026 de 2009 “por medio del cual se revisa y ajusta el Acuerdo número 016 de 2000 que adopta el Plan de Ordenamiento Territorial de Neiva” en su artículo 97, inciso 3, califica a Peñón Redondo, como un “parque de escala local (...) destinado a la satisfacción de las necesidades de recreación activa y pasiva de un grupo de barrios”. La calificación otorgada por este instrumento al sector de Peñón Redondo, no se objetó, y por tanto, pasó a gozar de plena validez jurídica. De esta manera, es evidente que la accionante ocupa el espacio público de manera ilegal y pretende destinarlo para uso propio⁴⁶.

1. De igual manera, las pruebas que reposan en el expediente, demuestran que el barrio Peñón Redondo se encuentra en un sector que la administración municipal de Neiva pretende adecuar para zonas comunales y la construcción de un parque. De esta manera, el Director del Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Neiva, aclaró que dichos terrenos no pueden ser legalizados ni titularizados a particulares, pues incluso, son objeto de procesos policivos de restitución del espacio público⁴⁷.

1. Como consecuencia de lo anterior, el Secretario de Gobierno y Convivencia Ciudadana de Neiva le solicitó al Gerente de las Empresas Públicas de dicha ciudad, que se abstuviera de instalar una red de acueducto y alcantarillado en el barrio Peñón Redondo. Ante esa situación, la accionante decidió captar de manera ilegal el servicio de agua, lo que causó un impacto negativo en los habitantes del sector, pues hay afectaciones ambientales y sociales⁴⁸. Igualmente, la conducta desplegada por la accionante afectó los derechos de los demás usuarios que de manera legal y a través del pago de una tarifa obtienen el suministro del líquido.

1. De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que la acción de tutela es improcedente, puesto que: (i) la accionante se encuentran en un lugar que fue destinado por la administración municipal para la construcción de zonas verdes, comunales y de “equipamiento comunal público”⁴⁹, es decir, que son barrios de invasión que ocupan de manera ilegal el espacio público; (ii) los predios en los que se encuentran asentados los

habitantes del barrio “Peñón Redondo” no pueden ser legalizados ni titularizados, ya que la administración municipal inició procesos policivos de restitución del espacio público, con el objeto de recuperarlos y poderlos destinar a la construcción de zonas verdes y comunales⁵⁰; y (iii) la ocupación ilegal “está ocasionando afectaciones ambientales y sociales, por manejo inadecuado de vertimientos de aguas residuales al no contar con servicio de alcantarillado y captación ilegal de agua”⁵¹(negrilla fuera del texto).

En este orden de ideas, es evidente que la tutela interpuesta por la accionante pretende legalizar la captación ilegal de agua, situación que escapa de la órbita de la acción constitucional, pues no puede ampararse una situación de ilegalidad a través de un mecanismo que tiene como objetivo la protección de los derechos fundamentales de las personas. Así las cosas, las vías de hecho desplegadas por la accionante para obtener el suministro de agua, deslegitiman su actuación e impiden que el juez constitucional brinde una protección a sus derechos fundamentales. De esta manera, no puede aspirar a que las Empresas Públicas de Neiva E.S.P. brinden el servicio público de agua, pues de la ilicitud no se generan derechos ni surgen obligaciones.

1. En refuerzo de lo anterior, la Sala recuerda que de acuerdo con el principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución Política, se presume que los particulares actúan de manera honesta, leal y conforme a las acciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Este principio cobra mayor relevancia en la administración de justicia, pues no sólo se espera que “(...) los jueces presuman la buena fe y la actuación honrada de quienes comparecen ante sus estrados, sino que el sistema jurídico demanda de las partes e intervinientes en los procesos judiciales la exposición de sus pretensiones y el ejercicio de sus garantías y derechos con arreglo a una efectiva buena fe procesal, indispensable para que la normatividad alcance los fines a ella señalados por la Constitución, que se sintetizan en el logro de un orden justo” 52.

1. Por lo anterior, el particular que utiliza las herramientas judiciales que contempla el ordenamiento jurídico para obtener el reconocimiento de un derecho, debe hacerlo guiado por los parámetros constitucionales de honestidad, lealtad y buena fe, so pena de incurrir en

una conducta abusiva de sus derechos y contraria al deber de colaboración del buen funcionamiento de la administración de justicia, previsto en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución.

De acuerdo con lo anterior, la tutela no se encuentra excluida de esta conducta. “Por consiguiente, no puede ser un instrumento para actuar pretensiones ilegítimas ni para burlar las decisiones de las autoridades públicas y, mucho menos, para cohonestar los abusos del derecho”⁵³. De este modo, quien deliberadamente, sin tener razón y de mala fe instaure la acción de tutela, infringe principios del orden constitucional y procesal que afecta la administración de justicia⁵⁴.

1. Sin perjuicio de lo dicho hasta el momento, la Sala recuerda que aunque no se pueda acceder a la instalación de una red de acueducto que permita el suministro de agua potable, las autoridades municipales están obligadas a suministrar el líquido vital, aun cuando la peticionaria se encuentren en un asentamiento ilegal, pues su condición de sujeto de especial protección constitucional (madre cabeza de familia) exige una protección por parte de las autoridades.

1. Por último, la Sala hace un llamado a las autoridades municipales y de policía de Neiva para que los procedimientos policivos que se adelanten para recuperar el espacio público, se hagan ciñéndose al cumplimiento de los deberes constitucionales y a la protección de los derechos fundamentales de los habitantes del barrio Peñón Redondo, quienes han vivido por más de 10 años en dicho sector.

1. De conformidad con lo expuesto, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia proferida el 15 de junio de 2016 por el Juzgado 4° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, que confirmó la sentencia de primera instancia del 5 de mayo de 2016, emitida por el Juzgado 3° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de

Neiva, las cuales negaron el amparo solicitado por la señora Eldyn Nancy Mosquera. En su lugar, declarará improcedente la acción de tutela interpuesta por la accionante.

Conclusión

La Sala Quinta de Revisión colige que:

i. La accionante no se encuentra legitimada en la causa por activa para agenciar los derechos de los demás habitantes del barrio Peñón Redondo, toda vez que éstos no expresaron la voluntad de ser representados por la actora y no hay certeza de las condiciones de vulnerabilidad de cada uno de ellos. No obstante, la demandante sí está legitimada para interponer la acción constitucional para salvaguardar sus derechos fundamentales.

i. De conformidad con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la Alcaldía Municipal de Neiva y las Empresas Públicas de dicho municipio, están legitimadas en la causa por pasiva.

i. La acción de tutela es improcedente para ordenar la instalación de redes de acueducto en zonas o terrenos que según el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) constituyen espacio público.

i. La presente acción de tutela es improcedente, toda vez que la accionante reside en una zona de uso público, de ahí que su ocupación es ilegal. Además, la actora ha captado de manera ilegal el servicio de agua, lo que ha ocasionado afectaciones ambientales y sociales en el sector, así como una vulneración a los derechos de los demás usuarios del servicio público de agua.

i. Como consecuencia de lo anterior, la Sala no encuentra necesario pronunciarse en relación

con los demás problemas jurídicos planteados.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 15 de junio de 2016 por el Juzgado 4° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, que confirmó la sentencia de primera instancia del 5 de mayo de 2016, emitida por el Juzgado 3° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva, las cuales negaron el amparo solicitado por la señora Eldyn Nancy Mosquera. En su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por la accionante.

Segundo.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno 1. Folio 1. Acción de tutela.

2 Cuaderno 1. Folios 6 y 7. Oficio radicado el 29 de febrero de 2016 por miembros de la comunidad Granjas Productivas ante las Empresas Públicas de Neiva.

3 Cuaderno 1. Folio 2. Acción de tutela.

4 Cuaderno 1. Folio 51. Contestación de la acción de tutela hecha por el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Neiva el 27 de abril de 2016.

5 Cuaderno 1. Folio 62. Respuesta enviada el 28 de abril de 2016 por la gerente general de las Empresas Públicas de Neiva E.S.P.

6 Ibídem.

7 Cuaderno 1. Folio 89. Fallo de primera instancia.

8 Cuaderno 1. Folio 105. Fallo de segunda instancia.

9 Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

10 Sentencia T-029 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

11 Sentencia SU-055 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

12 Cuaderno 1. Folio 10 a 43. Censo realizado por los pobladores de Las Granjas Productivas-Comunidad 8 de Neiva.

13 Sentencia. T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

14 El municipio es una entidad territorial del sector público que goza de autonomía política, fiscal y administrativa.

15 Las Empresas Públicas de Neiva son una empresa industrial y comercial del Estado que en los términos del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 se encarga de prestar los servicios públicos domiciliarios.

16 Consideraciones tomadas de la sentencia T-245 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

17 De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable debe ser cierto, grave e impostergable. Ver sentencias T-239 de 2008, T-1291 de 2005 y T- 668 de 2007.

18 Artículo 79, Constitución Política de Colombia.

19 Artículo 366, Constitución Política de Colombia.

20 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata (Argentina), 1977; Observación General No. 15 de noviembre de 2002, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento, aprobadas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2006, entre otros.

21 El artículo 88 de la Carta Política señala: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre

competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”

22 Sentencia T-1104 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería. En esta ocasión, la Corte dijo que cuando se reclama el derecho al agua para usarla para la explotación agropecuaria no se está frente a una dimensión fundamental del derecho y por lo tanto, no es procedente la tutela.

23 Sentencia C-220 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub,

24 Sentencia T-1089 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

26 Art. 49 Constitución Política de Colombia.

27 Sentencia T- 312 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

28 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

29 La sentencia T-362 de 2014 señaló que “en tal sentido, podemos decir que cuando en un caso existe una estrecha relación entre derechos colectivos y derechos individuales considerados fundamentales, la acción de tutela es procedente dada la imposibilidad en la mayoría de los casos de separar los ámbitos de protección de los dos grupos de derechos”. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

30 Sentencia T-188 de 2012. M.P. Humberto Sierra Porto.

31 Observación General No. 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Dice al respecto: “6. El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse medios de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). Sin embargo, en la asignación del agua debe

concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos. También debe darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto.”

32 Observación General Nº 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Parágrafo número 12.

33La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. (...) La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS) . También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

34La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

35La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.

36El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

37El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

38El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. Esta fue la posición adoptada por la Corte al establecer que ninguna fuente de agua puede ser utilizada de manera que el líquido logre abastecer solo a algunas personas, y se deje sin provisión a otros.

39La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua

40 Sentencia T-348 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

41 Sentencia T-348 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

42 M.P. María Victoria Calle Correa.

43 En la sentencia T-432 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, la Corte estudió el caso de unos accionantes que interpusieron acción de tutela para que la empresa municipal de Ocaña les suministrara el servicio de agua potable, aun cuando la obtenían a través de una instalación ilegal. En dicha oportunidad, la Sala Sexta de Revisión sostuvo que una persona “no puede mejorar su condición con sus propios delitos, o lo hecho ilícitamente no impone obligaciones, o a quien mal usa de su poder, se le priva de él, resulta indudable lo siguiente: No se puede otorgar el servicio de acueducto transgrediendo los procedimientos preestablecidos para su obtención. Una acción ilícita como es la de hacer instalaciones a la tubería central de agua potable sin autorización, no obliga a que se consideren las aspiraciones de quién las realiza”.⁴³ Asimismo, enfatizó que este tipo de actuaciones no sólo irrespetan los derechos ajenos o de los otros usuarios que de manera legal obtienen el suministro de agua, sino también infringe la ley que reglamenta la manera de acceder al servicio público de acueducto. De conformidad con lo anterior, resolvió declarar improcedente la acción de tutela

44 Ver, entre otras las sentencias: T-508 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz, T-034 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-053 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-204 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos,

45 M.P. María Victoria Calle Correa.

46 El Acuerdo 026 de 2009 “por medio del cual se revisa y ajusta el Acuerdo número 016 de 2000 que adopta el plan de ordenamiento territorial de Neiva” en su artículo 97, inciso 3, califica a Peñón Redondo, como un “parque de escala local (...) destinado a la satisfacción de las necesidades de recreación activa y pasiva de un grupo de barrios”.

48 Cuaderno 1. Folio 77. Oficio elaborado el Secretario de Medio Ambiente de Neiva, German Darío Rodríguez el 30 de abril de 2014

49 Cuaderno 1. Folio 76. Oficio elaborado por el Director del Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Neiva.

50 Cuaderno 1. Folio 75. Oficio elaborado por el Director del Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Neiva.

51 Cuaderno 1. Folio 77. Oficio elaborado el Secretario de Medio Ambiente de Neiva, German Darío Rodríguez el 30 de abril de 2014.

52 Sentencia T-101 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

53 Sentencia T-222 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

54 Sentencia T-679 de 1996. Antonio Barrera Carbonell.