

T-266-18

Sentencia T-266/18

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Facetas

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 PARA SOLICITAR PROTECCION DEL DERECHO AL AGUA-Improcedencia por cuanto accionante ocupa un asentamiento de forma ilegal

Referencia: Expedientes 6.564.880.

Acción de tutela presentada por Celmira García de Aldana contra el Municipio de Neiva y Las Ceibas – Empresas Públicas de Neiva ESP-.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido en única instancia por el Juzgado 4° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Neiva –Huila- el 10 de octubre de 2016, respecto de la acción de tutela presentada por Celmira García de Aldana contra el Municipio

de Neiva y Las Ceibas – Empresas Públicas de Neiva ESP-.

I. ANTECEDENTES

El 25 de septiembre de 2017,[1] obrando en nombre propio, la señora Celmira García de Aldana presentó acción de tutela contra el Municipio de Neiva y Las Ceibas – Empresas Públicas de Neiva ESP-, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana y al saneamiento básico, al no contar con un suministro de agua potable en condiciones de regularidad y salubridad.

1.1. Hechos relevantes

a) La accionante, de 64 años[2], desde 2011 reside en un asentamiento irregular denominado “Alto Mirador- Loma de San Pedro” en la comuna 9 del municipio de Neiva, junto a su familia. Narra que su hogar está conformado por el señor José Abel Aldana, su esposo, quien cuenta con 66 años[3] y sufre una hipoacusia sensorial bilateral moderada a severa[4]. Igualmente, su grupo familiar lo componen sus dos hijos. La mayor, Rosalía Aldana García quien tiene 37 años de edad y se encuentra en situación de discapacidad laboral como consecuencia de un diagnóstico por “esquizofrenia y retardo mental”[5] y, el menor, Elber Salazar Piso, quien es su “hijo de crianza” y cuenta con 12 años.

b) El 6 de noviembre de 2013, la Sociedad Neiva Futura S.A.S., propietaria del predio donde se encuentra el mencionado asentamiento, presentó querrela policiva a título de lanzamiento por ocupación de hecho contra las personas habitantes de la denominada “Loma de San Pedro”. Mediante auto del 10 de diciembre de 2013, esta petición fue admitida por la Inspección Quinta de Policía Urbana de Neiva –Huila-. En dicha providencia, la inspección ordenó el desalojo de que trata el artículo 6 del Decreto 992 de 1930[6].

c) Con motivo de una acción de tutela presentada por una de las habitantes del asentamiento irregular, aquella orden de lanzamiento fue suspendida. El Juzgado Tercero Administrativo Oral de Neiva, mediante sentencia del 5 de agosto de 2014, resolvió amparar el derecho fundamental a la vivienda de todos aquellos que tuviesen la condición de personas desplazadas por la violencia y se hubiesen asentado en dicho predio con anterioridad a la querrela policiva. En ese entendido, ordenó la suspensión del lanzamiento hasta tanto el municipio de Neiva en compañía de la Unidad para la Reparación y Atención

de las Víctimas, (i) adelantaran un censo de caracterización a toda la población allí asentada y (ii) se les garantizara un albergue provisional con miras a incluirlos en todos los planes y programas de atención y estabilización socioeconómica, particularmente en aquellos que implicaran una solución definitiva de vivienda. Igualmente, aclaró que la protección también debía otorgarse a quienes no hicieran parte de la población desplazada, en el sentido de no dejarlos desprovistos de un lugar de habitación digna, mientras se lograba algún tipo de auxilio formal a través de la articulación de políticas públicas en materia de vivienda. Finalmente, el juez ordenó a la Alcaldía de Neiva la adopción de toda clase de medidas encaminadas a impedir que el asentamiento se extendiera o se intensificara con la llegada de nuevos colonos. Con algunas modificaciones menores, esta decisión fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Huila mediante providencia del 17 de septiembre de 2014.

d) La peticionaria explica que ni ella, ni su familia cuentan con suministro de agua potable y que si bien varios de los líderes comunitarios del asentamiento han solicitado a las autoridades municipales la prestación del servicio, estas “(...) no han tomado las medidas necesarias para una solución definitiva”. Manifiesta que durante estos años solo han tenido acceso a agua a través de “(...) aljibes y quebradas, los cuales se [han ido agotando], poniendo en riesgo [su] salud y vida y que, actualmente y de manera ocasional (cada mes o cada dos meses) [acceden] al agua través de una conexión irregular, la que, [a su juicio] no tiene la frecuencia y presión necesaria (...)”.

e) Igualmente, la señora García de Aldana señala que el agua potable es un “(...) recurso vital para cocinar [sus] alimentos [y los de su familia], [así como para] limpiar y desinfectar su hogar”, y ante la ausencia de mismo, se han visto enfrentados a “(...) epidemias de infecciones intestinales, dengue y leishmaniosis.”

1.2. Solicitud

De conformidad con su situación, la peticionaria solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana y al saneamiento básico frente a la conducta omisiva de las autoridades para suministrar un mínimo de agua potable. En ese orden de ideas, requirió al juez constitucional para que ordenara, tanto al Municipio de Neiva como a Las Ceibas – Empresas Públicas de Neiva ESP-, “(...) tomar la medidas

necesarias para brindar de manera continua y permanente el líquido vital a su hogar”.

1.3. Respuesta a la acción de tutela

1.3.1. Alcaldía de Neiva[7]

1.3.2. Empresas Públicas de Neiva E.S.P.- Las Ceibas-[8]

Mediante respuesta del 29 de septiembre de 2018, el Gerente General de las Empresas Públicas de Neiva solicitó la declaración de improcedencia de la acción, como quiera que su representada no contaba con legitimación por pasiva. Explicó que el ámbito de operación de la entidad estaba circunscrito a las “(...) áreas definidas como suelo urbano” por el Acuerdo No. 026 de 2009 del Concejo Municipal de Neiva. En ese sentido, asegurando que el predio habitado por la peticionaria hacía parte de una categoría rural, expresó que los requerimientos planteados por los ocupantes de dichos asentamientos irregulares, no solo a nivel de suministro de agua, sino a todos los niveles de asistencia en servicios públicos, eran responsabilidad de la Dirección de Desarrollo Rural Integral de la Alcaldía de Neiva -DDRI- y no de las Empresas Públicas del Municipio. Finalmente, recordó la existencia del pleito policivo existente sobre el inmueble, resaltando que ya cursaba una orden de desalojo del lugar por parte de la Inspección Quinta Urbana de Policía de Neiva.

1.4. Decisión objeto de Revisión

1.4.1. Sentencia de única instancia[9]

1.4.1.1. Mediante sentencia del 10 de octubre de 2017[10], el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Neiva -Huila- declaró improcedente la acción de tutela con fundamento en dos razones. Por un lado, recordó que la jurisprudencia constitucional había sido enfática en señalar que el suministro de agua a través de conexiones irregulares constituía un acto defraudatorio y que ante dichas hipótesis los jueces constitucionales no podían menos que rechazar abiertamente la ilegalidad. Así pues, la tutela no podía convertirse en un amparo para la peticionaria, quien había manifestado el uso de “conexiones irregulares” para abastecerse de agua. Por otro lado, el despacho judicial advirtió que la accionante no había logrado acreditar circunstancia alguna que le impidiera acudir a la acción popular, siendo esta última la vía judicial natural que el

legislador había previsto para la protección de los derechos al agua y al saneamiento básico.

2. Documentos e información allegada en sede de revisión[11]

2.1. De acuerdo con documentación oportunamente allegada y registrada en la Secretaría General de esta Corporación, el despacho judicial del magistrado sustanciador tuvo oportunidad de ampliar la información sobre (i) el estado del proceso policivo que ordenó el desalojo de los pobladores del asentamiento irregular denominado “Alto Mirador- Loma de San Pedro”, así como sobre (ii) los efectos de los fallos de tutela que suspendieron dicho lanzamiento y los avances en el cumplimiento de las órdenes dadas al Municipio de Neiva y a la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas en dichas providencias.

2.1.1. En relación con el proceso policivo iniciado por la Sociedad Neiva Futura S.A.S. contra personas indeterminadas, se tuvo conocimiento de que el mismo continúa y que, recientemente, se presentó un incidente de nulidad por parte de los querellados. En efecto, mediante oficio del 4 de abril de 2018 y a través de apoderado judicial, alegaron que su derecho al debido proceso constitucional había sido vulnerado, por dos razones principales[12]: (i) por un lado, porque el poder judicial otorgado por la sociedad querellante autorizaba el inicio de una querella por perturbación a la posesión y no una queja por ocupación de hecho, que fue el fundamento de la declaración del inspector en el auto admisorio y la razón para ordenar el lanzamiento; y (ii) por otro, porque debido a la naturaleza rural que tenía el predio objeto del litigio al momento de presentación de la querella,[13] el Inspector Quinto de Policía Urbana de Neiva -Huila- no era el competente para conocer del proceso.

Igualmente, a partir de la misma información allegada, el despacho advirtió que si bien el proceso policivo continúa su trámite, la orden de lanzamiento, dada mediante auto admisorio del 10 de diciembre de 2013, se mantiene suspendida en virtud de las providencias de tutela dictadas el 5 de agosto de 2014 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Neiva, en primera instancia, y el 17 de septiembre del mismo año por el Tribunal Administrativo del Huila, en sede de impugnación.[14]

2.1.2. Frente a estas últimas decisiones en sede de tutela, el despacho tuvo conocimiento que la accionante interesada en aquella oportunidad había presentado un incidente de

cumplimiento ante el juez de primera instancia el 28 de octubre de 2016. Con motivo del mismo, el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Neiva se pronunció definitivamente el 27 de abril de 2018.

Durante dicho trámite judicial, que tuvo una duración aproximada de 18 meses, el Juez Tercero Administrativo Oral de Neiva llegó a la conclusión de que no había lugar a sancionar por desacato a los funcionarios encargados de cumplir las órdenes contenidas en la sentencia del 17 de septiembre de 2014 que había confirmado en segunda instancia su decisión. Esto, en la medida que, si bien se verificaban incumplimientos objetivos, los responsables no habían actuado con culpa o dolo y, en muchos casos, habían existido relevos institucionales que no permitían imputar responsabilidad alguna a los funcionarios vinculados al actual incidente de cumplimiento.

Particularmente, la información contenida en la reciente providencia de desacato evidenció una completa perspectiva sobre el cumplimiento de aquellas decisiones de tutela, así como sobre sus efectos materiales. Al respecto, se observó:[15] (i) tanto la Alcaldía de Neiva como el Inspector Quinto de Policía de Control Urbano se han abstenido de realizar cualquier diligencia de desalojo o lanzamiento a los ocupantes del predio en litigio pese a que, a juicio del juez de primera instancia, se habían cumplido todos los condicionantes para el inicio de la misma, puesto que ya se había adelantado el censo a la población sujeto de amparo en 2014 y se habían ofrecido las capacitaciones y socializaciones encaminadas a que los pobladores del predio pudiesen acceder a los planes y programas de estabilización de vivienda, así como a los subsidios en la misma materia para población desplazada y no desplazada; (ii) en todo caso, también se puso de presente que el cumplimiento de dichas órdenes se efectuó en el marco de la oferta e infraestructura institucional existente, es decir, de conformidad con las limitaciones presupuestales de los programas públicos de vivienda para población tanto en condiciones de desplazamiento, como para quienes no lo estuvieran; y finalmente, el Juez Tercero Administrativo Oral de Neiva precisó que (iii) el Municipio de Neiva, pese a sus labores administrativas y judiciales, no había logrado garantizarle a la sociedad propietaria del predio el mantenimiento del “estado de cosas”, permitiendo con ello la extensión del asentamiento y el levantamiento de más construcciones, al punto que en 2014 se realizó el censo ordenado por la sentencia de amparo que arrojó 214 familias sujeto de protección pasando a ser más de 1000 familias para el año 2016, según un segundo censo con carácter puramente informativo. No

obstante no haber impuesto la sanción, el juez del cumplimiento sí exhortó tanto al Municipio de Neiva, como a la Unidad para las Víctimas con el fin de que “(...) [realizaran] todas las gestiones necesarias para el cabal cumplimiento de las órdenes de tutela.”

2.1.3. De acuerdo con una consulta en la Base de Datos del Sistema Integral de Información de la Protección Social- Registro Único de Afiliados RUAF- del Ministerio de Salud con corte a 30 de abril del presente año, tanto la accionante como su esposo e hija mayor de edad, fueron beneficiarios de un Subsidio de Vivienda Rural el 23 de abril de 2008 en el municipio de Iquira- Huila-. Igualmente, se advirtió que los tres pertenecen al Régimen Subsidiado en Salud y ostentan un estado activo de afiliación en MEDIMAS EPS y en la Caja de Compensación Familiar de Huila -Comfamiliar Huila- EPS.[16]

II. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política.

2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución.

2.1. La accionante, en compañía de su núcleo familiar, habita un asentamiento irregular en la zona urbana del Municipio de Neiva desde el 2011. El 10 de diciembre de 2013, con motivo de una querrela policiva presentada por la sociedad propietaria del predio donde se ubica aquél asentamiento, el Inspector Quinto de Policía Urbana de Neiva emitió una orden de desalojo contra los ocupantes indeterminados. Esta orden fue suspendida a raíz de un proceso de tutela que culminó con providencia del 17 de septiembre de 2014, en la que se precisó que los pobladores no podrían ser lanzados del inmueble mientras no se cumpliera una serie de condiciones. Esencialmente, el juez constitucional ordenó al Municipio de Neiva y a la Unidad para las Víctimas que adelantaran un censo de caracterización a toda la población allí asentada y se les garantizara un albergue provisional con miras a incluirlos en todos los planes y programas de atención y estabilización socioeconómica, particularmente aquellos que implicaran una solución definitiva de vivienda. Igualmente, la protección se otorgó a quienes no hicieran parte de la población desplazada, en el sentido de no dejarlos

desprovistos de un lugar de habitación digna, mientras se lograba algún tipo de auxilio formal a través de la articulación de políticas públicas en materia de vivienda.

En los años posteriores, el asentamiento creció de 214 a más de 1000 familias, fenómeno que ha dificultado el desalojo de los ocupantes irregulares. No obstante, desde el punto de vista judicial ya no parece haber impedimentos. Recientemente, el Juez Tercero Administrativo Oral de Neiva asumió el conocimiento de un incidente de cumplimiento en relación con la decisión del 17 de septiembre de 2014. Mediante providencia del 27 de abril de 2018, el juez de cumplimiento de la decisión, si bien no encontró responsables por desacato, precisó que tanto la Alcaldía de Neiva como la Unidad para las Víctimas ya habían cumplido con las órdenes dadas en la providencia en el marco de sus posibilidades institucionales, razón por la que no existían condicionamientos para adelantar el desalojo en la actualidad. En todo caso, el proceso policivo aún no ha culminado y existen cuestiones por resolver, como la nulidad presentada por los querellados por presunta violación al debido proceso.

Es en dicho escenario procesal y material que la peticionaria presenta la acción constitucional, solicitando tanto al Municipio de Neiva como a Las Ceibas – Empresas Públicas de Neiva ESP-, tomar las medidas necesarias para que ella y su familia puedan acceder de manera continua y permanente al servicio de agua. Explica que si bien varios de sus líderes comunitarios han solicitado a las autoridades municipales la prestación del servicio, estas no han ofrecido una solución definitiva para quienes, como ella, habitan el asentamiento irregular, viéndose obligados a obtener el líquido de aljibes y quebradas e inclusive a través de conexiones irregulares que ponen en riesgo la salubridad de las personas, pues por la ausencia de potabilidad del agua la comunidad se está exponiendo a enfermedades y epidemias.

2.2. En atención al planteamiento hecho, cabría analizar si las accionadas han vulnerado los derechos al agua y al saneamiento básico de la peticionaria y de su familia en tanto no han garantizado de forma continua y permanente el suministro de agua en el asentamiento irregular “Alto Mirador- Loma de San Pedro”, en donde el municipio y las Empresas Públicas del mismo ejercen su competencia. Sin embargo, dicho problema jurídico no puede ser resuelto sin antes estudiar la procedencia del caso a través de acción de tutela de cara a dos circunstancias que han sido relevantes para la jurisprudencia constitucional en este tipo

de casos: (i) la existencia de la acción popular como un medio idóneo y eficaz para tramitar este tipo de pretensiones y (ii) la consideración de que la accionante solicita la prestación de un servicio público al que ha accedido en condiciones de irregularidad en el pasado y para un predio que ha habitado en circunstancias igualmente subnormales.

2.3. En orden a abordar tal asunto de procedencia, la Sala circunscribirá su análisis a los aspectos de legitimación procesal, para luego examinar el tema de la subsidiariedad en el caso concreto. Solo si este punto es superado, se pasará al estudio de la inmediatez y finalmente a las consideraciones relativas al fondo del asunto.

3. Procedibilidad de la acción de tutela

3.1. Legitimación en la causa por activa o titularidad para promover la acción y legitimación por pasiva.

3.1.1. Tanto el mandato 86 constitucional, como el Decreto 2591 de 1991 han concebido la acción de tutela como un mecanismo subsidiario de defensa judicial, de carácter preferente, breve y sumario, al que puede acudir cualquier persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando advierta que los mismos han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o incluso por los particulares.

3.1.2. Aun cuando la acción de tutela responde a una estructura informal, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el ejercicio de este mecanismo está condicionado a unos elementos mínimos de procedibilidad, que emanan directamente de su naturaleza jurídica.

3.1.2.1. Entre tales presupuestos, se encuentra la legitimación en la causa por activa, o titularidad para promover la acción. Éste “(...) busca garantizar que la persona que acude a la acción de tutela tenga un interés directo y particular respecto de la solicitud de amparo que eleva ante el juez constitucional, de manera que pueda establecerse sin dificultad, que lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro.”[17]

3.1.3. Por otro lado, debe recordarse que el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, establece

que la tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. De manera que quien sea señalado como presunto titular de alguna de dichas conductas, sería pasible de la acción constitucional. Este es otro presupuesto de procedibilidad y se conoce como legitimación por pasiva.

Examen de legitimación por activa y pasiva en el caso concreto. En esta oportunidad, la accionante actúa directamente en defensa de sus derechos constitucionales fundamentales, alegando que la ausencia de medidas adoptadas por las accionadas en relación con el suministro continuado y regular de agua ha redundado en afectaciones claras a sus intereses y al mantenimiento del saneamiento básico, salud e integridad de su entorno. En ese sentido, es claro que se encuentra legitimada para actuar como demandante. Igualmente, en relación con la legitimación por pasiva, la Sala encuentra que ambas entidades demandadas -Municipio de Neiva y las Empresas Públicas de Neiva -Las Ceibas E.S.P.- son pasibles de la acción de tutela como quiera que son los sujetos a los que se les endilga la presunta vulneración ius fundamental, y ello resulta coherente con el señalamiento de algunas de sus competencias constitucionales y legales en materia de servicios públicos. Así, se entiende que existe una correcta identificación de los demandados en el escenario constitucional.

3.2. Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho al agua. Subsidiariedad.

3.2.1. Los artículos 86 de la Carta y 6 del Decreto 2591 de 1991 establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado esta Colegiatura, puede ser empleada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: (i) que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, (ii) que aun existiendo otras acciones, estas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho (protección definitiva), o, (iii) que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable (protección transitoria).

3.2.1.1. Protección Definitiva. Esta Corporación ha sido clara en manifestar que el derecho al agua tiene, al menos, dos dimensiones a la luz del ordenamiento constitucional y legal, y

es a partir de allí que debe definirse si su garantía debe ser tramitada de manera definitiva vía acción popular o vía acción de tutela, de acuerdo con las características de idoneidad y eficacia propias de cada acción.

Una primera aproximación, derivada de los artículos 78, 79, 88[18] así como del 366 de la Constitución Política, sugiere que el agua, como recurso hídrico, hace parte del derecho al medio ambiente sano y como tal tiene una configuración colectiva, susceptible de protección constitucional, a través de la acción popular. Inclusive, en conjunto con otras disposiciones contenidas en el Capítulo V constitucional relacionado con “(...) la finalidad social del Estado y (...) los servicios públicos”, aquella articulación como derecho colectivo también viene acompañada de un entendimiento como servicio público esencial a cargo del Estado.

Con regularidad, esta última visión del agua como servicio público hace que se refuerce aún más su categoría como derecho colectivo amparable por el juez popular. En efecto, se trata de un bien jurídico de carácter gremial, cuya prestación se adelanta bajo un estándar de operatividad generalizada y de ampliación progresiva de su cobertura, lo que sin duda redundará en un interés marcadamente compartido por un grupo social. En ese sentido, la acción popular cobra protagonismo, y ejemplo de ello lo ofrece la Ley 472 de 1998[19], cuando señala que uno de las defensas que se propone dicha acción está relacionada con “(...) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna”.

Con todo, tal como se mencionó, la jurisprudencia constitucional también ha elaborado otra visión del agua como derecho fundamental y, por tanto, exigible directamente a través de la acción de tutela. Esta dimensión se ha reconocido cuando el requerimiento constitucional del derecho está ligado estrictamente con el agua para consumo humano. La Corte ha advertido que bajo esta faceta es necesario acreditar procesalmente que la ausencia del recurso hídrico compromete las propias condiciones materiales de existencia del peticionario o los peticionarios, o que es presupuesto ineludible y de realización de otros derechos como la salud, la integridad física o la alimentación digna y saludable.[20]

Cabe sin embargo, hacer dos precisiones importantes frente a aquellas dimensiones o facetas del derecho al agua que ha planteado esta Corporación. De un lado, no se trata de una categorización vertical y por tanto de una especie de purismo en la manera como se

aborda el estudio de los casos. En otras palabras, podría ocurrir y, de hecho, es constante en la jurisprudencia, que se estudie y se proteja, a través de la acción de tutela, el derecho al agua como derecho fundamental mediante órdenes que comprometen la prestación del servicio público, por ejemplo, de acueducto y alcantarillado.[21] No se trata en estos casos de sustituir al juez popular. En estas oportunidades, lo que la Corte ha advertido es la necesidad de proteger un derecho subjetivo y singularizable, que más que hacer parte de un reclamo colectivo, deviene de la necesidad particular, humana e impostergable de quien requiere el suministro de agua en condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad; [22] y aquí, este tribunal ha encontrado que, en determinados casos, el mejor método para ello es el empleo de la misma infraestructura de los servicios públicos.

En todo caso, y esta sería la segunda precisión, la Corte ha advertido que en la definición del mecanismo idóneo y eficaz, es indispensable prestar especial atención (i) al tipo de pretensiones alegadas en la acción de tutela y (ii) a las condiciones del accionante o los accionantes. Esto, porque, así como en cualquier otro asunto que involucre derechos colectivos, estos presupuestos de análisis permiten entender el alcance de lo pedido, la naturaleza misma de la protección y, con ello, si se trata de un verdadero derecho fundamental o si, por el contrario, su vocación como bien social de acuerdo con las condiciones del caso exige el pronunciamiento del juez popular.

3.2.1.1.1. La Corte entonces ha conjurado la amenaza o la vulneración del derecho al agua por vía de acción de tutela, cuando se trate de su dimensión subjetiva y por tanto fundamental, ligada al consumo humano y a la realización efectiva de otros derechos de la misma naturaleza. No obstante, la jurisprudencia constitucional también ha explorado un conjunto de criterios en los que, pese a configurarse aquella dimensión subjetiva y fundamental del derecho, la acción de tutela no procede para reclamar el suministro de agua.

Construidos a partir de diversos pronunciamientos, pero inventariados en la Sentencia T-418 de 2010[23] y reiterados posteriormente por la Sentencia T-103 de 2017[24], la Corte ha definido que en las siguientes hipótesis existe un límite a la posibilidad de exigir mediante acción de tutela la protección del derecho al agua:

“(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 tutela;[25] (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”.[26]

Para el caso que debe resolver la Corte en esta oportunidad, llama la atención la hipótesis relacionada con el disfrute irregular del derecho como servicio (supra v), como quiera que esta no solo hace referencia a las dificultades que tendrá un peticionario para legitimar a futuro sus pretensiones ante el juez constitucional debido a su conducta contra la ley, sino además a la imposibilidad que tiene el mismo funcionario de convenir con hechos o comportamientos que validen alguna circunstancia de naturaleza que puede configurarse como ilegal.

Justamente, en la última providencia mencionada, la sentencia T-103 de 2017, esta Corporación debió estudiar el caso de una accionante que solicitaba el suministro de agua para los habitantes de una comunidad en el Municipio de Neiva que, además de captar de manera ilegal el servicio, se encontraban asentados irregularmente en una zona definida como espacio público según el Plan de Ordenamiento Territorial. En consideración a dichos elementos, este tribunal declaró que la exigibilidad de la pretensiones vía tutela estaba

limitada por la ilegalidad no solo de la conexión, sino de la misma ocupación. Precisamente, se logró comprobar que el asentamiento comunitario para el cual la peticionaria reclamaba el suministro de agua, se trataba de una invasión ilegal al espacio público, en contra de la cual ya existían varios procesos policivos de restitución. Las pretensiones para el suministro de agua en estas condiciones fueron entendidas por la Corte como inviables constitucionalmente, en tanto de ser estimadas, el juez de tutela estaría avalando “una situación de ilegalidad (...) [cuando] de la ilicitud no se generan derechos ni surgen obligaciones”. Y entre otras cosas, expuso los riesgos materiales de legitimar actuaciones como una ocupación ilegal, que en el caso concreto estaban “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”.

En conclusión, como cualquier norma con estructura de principio, la protección del agua como derecho subjetivo y fundamental mediante acción de tutela no es absoluta y también tiene límites constitucionales. Uno de estos límites es la ilegalidad. El suministro de agua no es susceptible de protegerse vía amparo constitucional cuando se ha accedido por medios ilegales -conexiones irregulares- o sin el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales para disponer del recurso vital -ocupación ilegal de predios sin servicio-. En este punto, cabe precisar que el interesado no solo pierde legitimidad en su reclamo, sino que además al juez de tutela le está vedado cohonestar con tales conductas, en la medida que la ilicitud no puede ser fuente de derechos ni obligaciones. Particularmente, en lo que hace a las ocupaciones ilegales de predios, el juez constitucional debe ser aún más cuidadoso, pues una medida de protección definitiva en materia de servicios públicos en estos casos, no solo generaría una suerte de confianza legítima judicial para quienes ocupan ilegalmente un predio en detrimento del erario público o de particulares, sino que además podría generar mayores afectaciones a nivel social y ambiental, comprometiendo derechos de los mismos pobladores.

3.2.1.2. Protección transitoria. Desde luego, así como la acción puede declararse procedente de manera definitiva y preferente a la acción popular, la acción de amparo constitucional también procede como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.[27]

3.2.3. Examen de procedencia definitiva o transitoria de la acción de tutela – subsidiariedad- en el caso concreto

3.2.3.1. En primer lugar, la Sala establecerá si la acción de tutela presentada por la señora García de Aldana satisface el presupuesto de subsidiariedad de cara a la existencia de la acción popular como medio idóneo y eficaz para tramitar la pretensión de la demandante, relativo al suministro “continuo y permanente” de agua en su hogar.

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 472 de 1998, las acciones populares “se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”. Igualmente, el artículo 4 del mismo estatuto, menciona “el acceso a los servicios públicos y (...) su prestación (...) eficiente y oportuna”, como derecho e interés colectivo.

Un estudio atento de la acción de tutela presentada por la señora García de Aldana permite concluir que la pretensión de la accionante remite necesariamente a la dimensión colectiva del derecho al agua, faceta que debe ser protegida, no mediante la acción de tutela, sino mediante la acción popular. Para la Sala es claro que las características de “continuidad y permanencia” en las que enmarca su pretensión, así como los requerimientos hechos al municipio a través de sus líderes comunitarios en aras de lograr la prestación del servicio para todo el asentamiento sin tener aun “(...) una solución definitiva”, implican una categoría no simplemente subjetiva del derecho. Por el contrario, la peticionaria pretende el suministro de agua como un derecho colectivo ligado a su formalización como servicio público y, por consiguiente, amparable por el juez popular.

Esta conclusión se refuerza si además se lee de forma más coherente todo el contexto del asentamiento irregular que habita la peticionaria. Ninguna de las personas que allí vive goza de servicio público de acueducto y alcantarillado, y precisamente, como interés marcadamente compartido por dicho grupo social se requieren ya no soluciones temporales, sino “una solución definitiva”, tal y como la misma señora García de Aldana lo afirma. Lo que se está buscando entonces, es que la prestación del suministro de agua se adelante bajo un estándar de operatividad generalizada y de ampliación progresiva de su cobertura, y, en esta medida, se está buscando la garantía colectiva de “(...) acceder a [un]

servicio público y a que su prestación sea eficiente y oportuna”.

En conjunto con lo anterior, también existe un elemento de contraste que resulta sintomático para la Sala y es que, si bien la peticionaria solicita una protección subjetiva a su derecho, nunca lo ha hecho manifiesto ante la Alcaldía de Neiva. En contraste con las peticiones de los líderes comunitarios, quienes sí lo han hecho y a título colectivo. Justamente, esto refleja que la accionante ha canalizado históricamente sus intereses vía demandas colectivas, porque se ha buscado la garantía para toda la comunidad y no simplemente para uno de los hogares, entre otras cosas, porque logística y estructuralmente carecería de todo sentido hacer un montaje completo para la prestación del servicio público de acueducto en dicho asentamiento, con el único fin de habilitar solo el punto domiciliario de conexión de la señora García de Aldana. Esto además, sin contar con las dificultades en materia de derecho a la igualdad formal y material que se generarían.

En ese sentido, el estudio integral e idóneo de la pretensión de la señora García de Aldana debe ser sometido a la esfera funcional del juez popular, siendo este el funcionario que tiene no solo la competencia, sino además las herramientas para articular una solución en materia de agua en el caso del asentamiento “Alto Mirador- Loma de San Pedro” y dialogar de forma más comprensiva con las autoridades en materia administrativa, policiva y judicial, que ya han adoptado decisiones en relación con el derecho a la vivienda de los cientos de familias que allí se encuentran.

3.2.3.2. En todo caso, si en gracia de discusión se argumentara que la petición de la señora García de Aldana tiene como propósito obtener la protección de su derecho fundamental al agua, desde una perspectiva estrictamente subjetiva y fundamentada únicamente en el consumo humano individual, la Sala tampoco resolvería declarar la procedencia de la acción de tutela.

De una parte, porque además de que la propia accionante ha reconocido acceder al recurso hídrico dentro del predio a través de “conexiones irregulares”, su asentamiento allí ha configurado una ocupación que se muestra como ilegal. El predio “Alto Mirador- Loma de San Pedro”, donde se encuentran asentada la accionante y más de mil familias, pertenece a la Sociedad Neiva Futura S.A.S. y desde el 10 de diciembre de 2013, sus pobladores son sujeto de una orden de desalojo por la Inspección Quinta de Policía Urbana de Neiva –Huila-.

Si bien esta orden fue suspendida el 17 de septiembre de 2014 por decisión del Tribunal Administrativo del Huila en sede de tutela, recientemente, se expresaron como cumplidos los condicionamientos que mantenían la orden de lanzamiento suspendida.

En providencia del 27 de abril de 2018, el juez de cumplimiento de aquella decisión de tutela, aunque no encontró responsables por desacato, precisó que tanto la Alcaldía de Neiva como la Unidad para las Víctimas ya habían cumplido con las órdenes dadas en la providencia, en el marco de sus posibilidades institucionales, razón por la que no existían condicionamientos para adelantar el desalojo en la actualidad.

3.2.3.3. Finalmente, cabe analizar si la acción procede de manera transitoria como miras a evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En relación con este frente de análisis, la Corte tampoco encuentra que la presente demanda de tutela tenga una vocación de prosperidad si quiera transitoria. La Sala reconoce que tanto el esposo de la demandante como su hija mayor se encuentran en condiciones de discapacidad y que también tiene a cargo a un menor como hijo de crianza. Sin embargo, de cara a ciertas circunstancias temporales y socio-económicas, para la Corte no es claro que exista el riesgo inminente de un perjuicio irremediable.

De un lado, la tesis del perjuicio irremediable es inconsistente con las declaraciones de la peticionaria cuando afirma que habita el predio con su familia desde el año 2011 y solo 7 años después reclama el suministro de agua sin acreditar riesgos específicos y manifiestos. En particular, más allá de mencionar problemáticas en materia de saneamiento, la accionante alega no tener “(...) una solución definitiva” de parte de las demandadas, sin plantear perjuicios claros que justifiquen la necesidad de un amparo constitucional urgente e impostergable.

Por otra parte, la Sala tiene conocimiento de que la peticionaria, en compañía de su familia, habita un asentamiento irregular con todas las problemáticas en materia de vivienda digna y servicios públicos que ello implica, cuando desde el año 2008 es beneficiaria activa de un Subsidio de Vivienda Rural en el municipio de Iquira- Huila-, subsidio que, de ser utilizado, permitiría la satisfacción de la faceta individual del derecho al agua. En este escenario, no comprende la Corte cómo podría configurarse un perjuicio irremediable cuando la accionante tiene precisamente una opción de ocupación legal, en la que no estaría

expuesta, ni ella ni su familia, a las dificultades sociales y ambientales propias del asentamiento subnormal “Alto Mirador-Loma de San Pedro”.

En ese orden de ideas, la Sala declarará la improcedencia de la acción y confirmará la decisión de única instancia, bajo las consideraciones desarrolladas en esta providencia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión de única instancia proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Neiva- Huila- el 10 de octubre de 2017, que DECLARÓ IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales invocados, dentro del trámite de la acción de tutela presentada por Celmira García de Aldana contra el Municipio de Neiva y las Empresas Públicas de Neiva E.S.P. -Las Ceibas-.

SEGUNDO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se libren las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Acta Individual de Reparto. Folio 1 del cuaderno principal del respectivo expediente.

[2] De acuerdo con la copia de su cédula de ciudadanía, la señora García de Aldana nació el 8 de septiembre de 1953. Folio 5 del cuaderno principal.

[3] De acuerdo con la copia de su cédula de ciudadanía, el señor Aldana nació el 21 de junio de 1951. Folio 6 del cuaderno principal.

[4] Historia Clínica del señor José Abel Aldana. Folios 9 a 14 del cuaderno principal.

[5] Certificación de Discapacidad Laboral Permanente expedida por el Hospital Universitario de Neiva. Folio 15 del cuaderno principal.

[6] “Artículo 6º-Cumplidas dichas formalidades, el alcalde municipal dictará inmediatamente la orden de lanzamiento contra los ocupantes, y lo hará saber en seguida a éstos personalmente o por medio de avisos fijados en la entrada de la finca de que se trate, si aquéllos se ocultaren o no fueren encontrados. En dichos avisos, que deben firmarse por el alcalde y su secretario, se expresarán el día y la hora señalados para efectuar el lanzamiento, que será dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la de la admisión del escrito de queja. De todas las diligencias que se practiquen a este respecto se dejará especialmente constancia en el expediente. //Para el cómputo de horas se tendrá en cuenta lo prevenido en los artículos 60 y 62 del Código Político y Municipal y en el artículo 2º de la Ley 77 de 1926.”

[7] Folios 18 al 33 del cuaderno principal.

[8] Folios 37 al 71 del cuaderno principal.

[9] Folios 72 a 75 del cuaderno principal.

[10] Existe un error de digitación en la fecha de la sentencia de única instancia en comentario. A folio 72 es posible ver que la providencia fue calendada como del “(10) de octubre de dos mil quince (2015)”. Sin embargo, es claro que el año de la misma es “2017”, y que esta

imprecisión se debió solo a un error involuntario del Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Neiva- Huila-. En efecto, no hay dudas en relación con la verdadera fecha de la sentencia, puesto que de los demás elementos del expediente, tales como la fecha de presentación de la acción de tutela y otras notificaciones judiciales, se desprende que la emisión de la sentencia fue en 2017 y no en 2015.

[11] Folios 22 al 63 del cuaderno de revisión.

[12] Folios 24 al 35 del cuaderno de revisión.

[13] Los querellados señalan que la querella fue admitida el 10 de diciembre de 2013 y el predio solo que declaró con categoría urbana hasta el 9 de febrero de 2015, mediante Acuerdo Municipal 003 del Concejo de Neiva.

[14] Folio 48 del cuaderno de revisión. Incidente de cumplimiento.

[15] Folios 35 al 57 del cuaderno de revisión.

[16] Folios 59 al 61 del cuaderno de revisión.

[17] Sentencia T-176 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[18] 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.”

[19] “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.”

[21] La sentencia T-362 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) 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”.

[22] Observación General Nº 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Parágrafo número 12. “La 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.// La 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. // La 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. // El 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.// El 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. // El 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.”

[23] M.P. María Victoria Calle Correa.

[24] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[25] 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”. 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.

[26] Sentencia T-103 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[27] Sobre las características del perjuicio irremediable observar la sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). Allí sostuvo la Corte que: “Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente: A) El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. (...) B) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...) C) No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea

grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. (...) D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)”