

T-379-95

Sentencia No. T-379/95

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Suministro de agua potable/DERECHO A LA VIDA/DERECHO A LA SALUD

Siendo el agua un elemento esencial del ambiente, su preservación, conservación, uso y manejo está vinculado con el derecho que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano; aparte de que la conservación de la calidad de las aguas, su aptitud, disponibilidad y suficiencia para el consumo humano, se consideran esenciales para asegurar el goce y vigencia de los derechos fundamentales a la salud y a la vida y los demás que se derivan de estos.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Sujeto colectivo/ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Pluralidad de personas afectadas

La tutela igualmente constituye un mecanismo de protección contra las actuaciones arbitrarias de los particulares cuando, con ocasión de su acción o su omisión, vulneren o amenacen los derechos fundamentales de las personas, en las siguientes eventualidades: cuando el particular esté encargado de la prestación de un servicio público, o cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, y cuando, respecto de tales particulares, el solicitante se halle en condiciones de subordinación o indefensión. Cuando la actividad privada afecta grave y directamente el interés colectivo y pone en peligro los derechos de un número plural aunque determinado de personas, la respectiva conducta se hace más perniciosa y repudiable, porque el daño es potencialmente más nocivo en cuanto afecta o puede comprometer a un mayor número de víctimas, casi todas ajenas a los motivos que mueven al infractor, quien muchas veces obra por motivos innobles o fútiles. La Sala considera necesario precisar, además, que la pluralidad de personas, por sí misma, no identifica necesariamente un sujeto colectivo, de manera que la protección de los derechos fundamentales de aquéllas, mediante la tutela, resulta jurídicamente procedente en razón de que, si bien se considera un sujeto múltiple, no se valora como un sujeto indeterminado, al cual potencialmente se refiere el artículo 88 de la C.P.

DERECHOS COLECTIVOS

No obstante pertenecer el derecho agraviado a algunos de los previstos en el art. 88 puede ampararse por medio de la tutela, cuando la situación que origina su amenaza o violación se refiere especialmente a un grupo de personas identificadas concretamente y no, a un número indeterminado de ellas. Esta concepción responde a una razón superior de justicia, pues de no ser así el derecho de los afectados quedaría huérfano de protección, al no poderse encuadrar la situación dentro del objeto de defensa propio de las llamadas acciones populares. Si bien la tutela no procede para proteger derechos colectivos, ello no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos fundamentales amenazados o violados en concreto, en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos o, cuando se trate de impedir un perjuicio irremediable.

CONCESION DE AGUAS-Uso abusivo/INDEFENSION/AGUAS DE USO PUBLICO/ABUSO DEL DERECHO

Los peticionarios están colocados en un estado de indefensión, si se tiene en cuenta que el demandado, como propietario de uno de los inmuebles atravesados por el mencionado canal, disfruta de las aguas de uso público a su antojo y haciendo uso irregular de las potestades que el Estado le otorgó en su condición de concesionario. Cuando el concesionario, como sucede en el presente caso, hace un uso inadecuado o arbitrario de la concesión y, por consiguiente, abusa de sus derechos, sin que la administración se lo impida y más bien se muestre tolerante, dada su conducta omisiva y negligente, frente a tales excesos, aquél ejerce poderes de hecho que lo colocan en una situación de supremacía frente a los demás usuarios, quienes no obstante tener derecho al aprovechamiento del recurso, como concesionarios o por ministerio de la ley, se han visto excluidos de su ejercicio y colocados en un estado de evidente indefensión. La tutela es procedente contra el mencionado particular, en atención a que su conducta es violatoria de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los peticionarios e igualmente de los demás concesionarios y usuarios de las aguas. Es decir, dicha conducta no sólo amenaza lesionar derechos fundamentales individuales, sino que igualmente afecta de manera directa y en forma grave un interés colectivo.

REFERENCIA:

Expediente T- 61500

PETICIONARIO:

Pedro Rojas León y otros

PROCEDENCIA:

Juzgado Único Penal del Circuito.

de Ciénaga.

TEMA:

La tutela como instrumento excepcional de protección de los derechos a la salud y a la vida, cuando son amenazados por el uso abusivo de una concesión de aguas.

MAGISTRADO PONENTE:

ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Los demandantes son residentes en el conjunto los Alcatraces, situado en el K. 17 de la carretera que conduce de Santa Marta a Ciénaga.

Desde hace más de veinte años los copropietarios de dicho conjunto habitacional y las personas que habitan en las residencias y edificios de la zona conocida como Piedra Hincada, localizado entre la quebrada del Doctor y el hotel Decamerón, al sur del Rodadero, se surten de las aguas del canal Nirvana, provenientes del río Toribio.

Las aguas conducidas por el mencionado canal, atraviesan los predios de los herederos del señor Manuel de Vengoechea de Mier, luego entran a los terrenos de la Compañía Drummond y finalmente alimentan el “ojo de agua” del acueducto Inverhincada. Dicho acueducto suministra el agua a las residencias de los peticionarios y demás ubicadas en el sector.

Actualmente (diciembre 16 de 1994) las referidas residencias no disponen de agua, porque “el ojo de agua” del acueducto Inverhincada ha bajado su nivel ostensiblemente, en razón de que no están recibiendo los caudales del río Toribio que le llegaban a través de dicho canal, porque éste ha sido obstruido por acciones imputables al señor Francisco Próspero de Vengoechea Fleury.

2. Pretensiones.

Pedro Nel Rojas León y Gustavo de Jesús Duque Pineda promovieron acción de tutela contra Francisco Próspero de Vengoechea Fleury y demás herederos del señor Manuel de Vengoechea de Mier, propietario de la antigua hacienda Papare, hoy fincas la Bocatoma, los Toribios y la Bonga, situadas sobre la margen derecha del río Toribio al lado de la Carretera Troncal del Caribe que de Ciénaga conduce a Santa Marta, con el fin de obtener la protección del derecho fundamental a la vida y, para ello, demandan, en lo pertinente, lo siguiente:

Que se destapone el mencionado canal “de tal forma que por lo menos fluyan 60 lts/seg. hacia los terrenos de la Drummond y de allí hacia el acueducto Inverhincada, para que la comunidad humana de la zona pueda contar con el preciado líquido y que se obligue al señor Francisco Próspero de Vengoechea Fleury y demás herederos del señor Manuel de Vengoechea de Mier no volver a obstruirlos, taponarlos o impedir el paso de agua”.

3. Peticiones de tutela acumuladas.

El 20 de diciembre de 1994 presentaron peticiones de tutela para amparar el derecho fundamental a la vida, que fueron acumuladas a las anteriores, Edgardo Gutiérrez de Piñeres y Clemencia de Cadena.

II. LOS FALLOS DE INSTANCIA.

Primera instancia.

Correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal de Ciénaga el conocimiento del proceso en primera instancia. Dicho despacho vinculó al proceso en debida forma al demandado Francisco Próspero de Vengoechea Fleury, no así “a los demás herederos del señor Manuel de Vengoechea de Mier”, personas indeterminadas, cuyas identidades no se establecieron, razón por la cual tampoco fueron vinculadas a la actuación procesal. En tal virtud, debe

considerarse que la parte demandada únicamente está conformada por el citado de Vengoechea Fleury, como lo entendió el juzgado.

Mediante auto del 23 de diciembre de 1994 el mencionado juzgado ordenó con fundamento en el art. 7o. del decreto 2591 de 1991, la siguiente medida provisional:

“Con el fin de evitar los daños ocasionados a la comunidad de usuarios del Canal Nirvana y para proteger el derecho fundamental cuya tutela se solicita, se dispone el destaponamiento total que sobre éste ocasiona la tranca denominada el concreto ubicada en los predios de la antigua hacienda Papare....”

Posteriormente, el aludido juzgado mediante sentencia del 29 de diciembre de 1994 concedió la tutela invocada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

- El Canal Nirvana a través del cual se conducen las aguas que se utilizan en el conjunto residencial donde habitan los demandantes es de propiedad privada, como se establece de lo consignado en la resolución 684 del 3 de julio de 1993, de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena -CORPAMAG- mediante la cual se otorgó una concesión que tiene relación con el predio “ojo de agua”.

- Las aguas captadas del río Toribio y que corren por el referido canal, son aguas de uso público. Por lo tanto, su utilización tiene que ser controlada por el Estado, “de ahí que las resoluciones remitidas por la Corporación Autónoma Regional del Magdalena mediante las cuales se otorgan concesiones, se resuelve lo pertinente a los porcentajes del caudal representados en litros por segundo a que tienen derecho los diferentes usuarios incluidos en los predios de los señores De Vengoechea que discurren por el Canal Nirvana”.

- “En el presente caso -agrega la sentencia- estamos en presencia de usuarios de aguas públicas captadas del “ojo de agua” alimentado por el canal tantas veces mencionado y que se han visto privado de ella (sic) por el comportamiento del demandado, quien no obstante su carácter de concesionario de esas aguas ha incumplido las obligaciones de que nos trata el Código de Recursos Naturales en su artículo 133, referentes a la no utilización de una mayor cantidad de agua que la otorgada, ya que se pudo constatar en la práctica de la inspección judicial que en el aforo a la bocatoma procedían del río Toribio 223 litros por segundo, y al llegar al tramo del canal que abandona los predios de De Vengoechea y que

entran a los de la DRUMMOND, sólo circulaban y debido a filtración un hilillo de agua que no permitiría, según los peritos, practicar aforo alguno. Igualmente desconoció su obligación consagrada en la citada disposición, de evitar que las aguas se saliesen o derramasen de las obras que las deben contener, ya que en la misma inspección fueron detectadas una gran cantidad de vertederos, talanqueras que obstruían el normal decurso de las aguas y otras en tal mal estado que permitían cuantiosas filtraciones, y qué decir de aquéllas en donde se pudo apreciar que le fueron quitadas la gran mayoría de las tablas respectivas con fugas cercanas a los 160 litros, en fin, era la utilización total, en un ciento por ciento del caudal de las aguas por parte de un usuario e igualmente el taponamiento con bolsas de arena, majagua y barro en la denominada tranca el concreto” .

- Concluye la sentencia señalando que “con el fin de evitar los daños ocasionados a la comunidad de usuarios del canal Nirvana o Marinca, deberá el señor Francisco Próspero de Vengoechea Fleury, no sólo abstenerse de ocasionar obstrucciones al canal, sino dar inmediato cumplimiento, en su carácter de concesionario de las aguas de uso público derivadas del río Toribio, dándole un aprovechamiento de manera eficiente y económica, la no utilización de mayor cantidad de agua que la otorgada, evitar que las aguas se derramen o salgan del cauce que las contiene, realizando las obras de reparación necesarias a su cargo, para lo cual dispondrá de un término de treinta días”.

Segunda instancia.

El Juzgado Unico Penal del Circuito de Ciénaga, mediante sentencia del 23 de enero de 1995, revocó la sentencia de primera instancia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

La acción de tutela es procedente cuando el actor no dispone de otro medio alternativo de defensa, de manera que por definición es un instrumento esencialmente subsidiario “y por lo mismo, es errónea mirarla como una herramienta más de rango complementario, para proseguir lo que de otra manera no se consiguió o no se intentó conseguir. Esa es la regla general, excepcionalmente se le ofrece como mecanismo transitoria y alterno de otra vía judicial, entrando entonces a operar como un linaje eminentemente transitorio tratando de impedir un perjuicio que sea catalogado como irremediable”.

En tal virtud, el juzgado encuentra acciones ordinarias viables que podían instaurar los

interesados, tales como la penal de usurpación de aguas a que alude el artículo 366 del Código respectivo, la civil “que establece a su favor una servidumbre de acueducto con respecto del predio donde circula el agua”, y la administrativa frente a las autoridades que “están obligadas a los controles y a las prohibiciones a las actividades humanas que propicia su deterioro o impiden su disfrute y la remoción, incluso, si ello es posible a las causas naturales que concurren a desmejorarla”.

- Advierte finalmente que aunque el artículo 88 de la Carta reconoce las llamadas acciones populares en caso de daño subjetivo pero plural -acciones de grupo o de clase- por donde podría enfocarse en el presente caso la defensa de los intereses de las comunidades afectadas, es viable aun así la tutela si media una relación de causa a efecto entre la violación del derecho constitucional colectivo a gozar un medio ambiente sano y el derecho constitucional fundamental a la salud, situación que no se da en el presente caso.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia.

En atención a lo dispuesto por los artículo 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33 a 35 del decreto-ley 2591 de 1991, la Sala es competente para conocer de la revisión de las sentencias dictadas en el proceso de tutela.

2. Pruebas incorporadas al proceso.

2.1. Obran dentro del proceso las siguientes pruebas, allegadas y practicadas durante la primera instancia.

a) Comunicaciones de fecha 13 de febrero de 1994, dirigidas a la Procuraduría Agraria del Magdalena y al señor Alcalde de Ciénaga por la presidenta de la Fundación de Usuarios y Consumidores de Bienes y Servicios de Uso Público – UCOSER, entidad sin ánimo de lucro, con personería jurídica, constituida con la finalidad de velar por la adecuada prestación de los servicios en la zona residencial y turística de Piedra Hincada, conformada por los condominios, urbanizaciones y hoteles Decamerón, Puesta del Sol, Los Alcatraces, Villa Tanga, Piedra Hincada, San Tropel y Cabo Antibes, en las cuales ponen en conocimiento la cesación del suministro de agua a las referidas propiedades, debido a la obstrucción por el

señor Francisco de Vengoechea del canal que nutre de agua al “acueducto del señor Edgardo Gutiérrez de Piñeres”.

b) Oficio No. 18 del 25 de febrero de 1994, suscrito por el señor Secretario General de CORPAMAG y dirigido a la señora Presidenta de UCOSER, en el cual le manifiesta que dicha entidad “ha tomado las medidas pertinentes en relación con la obstrucción del libre discurrir de las aguas del río Toribio, a través del Canal Marinca o Nirvana, en predios de los señores DE VENGOECHEA, por lo que mediante Resolución No. 151 de febrero 14 del presente año, se ordenó la regulación de los caudales de las corrientes que discurren en este departamento, durante todo el período de estiaje, comisionándose, mediante auto de fecha 15 de febrero, a funcionarios competentes para realizar los aforos y medidas respectivas, con el fin de realizar la regulación y reparto equitativo del caudal existente entre sus usuarios, así como el destaponamiento de canales, retiro de trinchos y demás obstrucciones que se encuentren”

Alude igualmente el referido oficio a un “Acta Compromisoria” de fecha 23 de febrero de 1994, que recoge lo acordado entre las partes involucradas en el problema del uso de las aguas del mencionado canal, como son: Francisco de Vengoechea Fleury, la Sociedad DRUMMOND LTDA. y UCOSER.

c) Constancia del 15 de diciembre de 1994, de la queja presentada ante CORPAMAG por el señor Edgardo Víctor Gutiérrez de Piñeres contra el señor Francisco de Vengoechea Fleury, relacionada “con el impedimento y manipuleo de las aguas”, de las cuales se provee la comunidad que habita en la zona antes mencionada.

d) Plano de la Hacienda Papare, levantado en el año de 1962, de propiedad de Manuel de Vengoechea de Mier.

e) Oficio 293 del 21 de diciembre de 1994, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica de CORPAMAG, con el cual se envían varios documentos relativos a actuaciones cumplidas por esta entidad, en relación con el uso de las aguas del canal Nirvana. El contenido de dichos documentos se refiere a los siguientes aspectos:

1. Otorgamiento por el Inderena y CORPAMAG, de concesiones a Manuel de Vengoechea, a Helena de Vengoechea, Francisco de Vengoechea, Juan Miguel de Vengoechea, a la Sociedad DRUMMOND LTDA., C.I PRODECO S.A y A.P.C.I., para el uso de aguas de los ríos Córdoba y

Toribio. (Memorando 011 de febrero 10 de 1994).

2. Concesión de 40 lts. de agua a la FUNDACION DE USUARIOS DE LOS BIENES Y SERVICIOS PUBLICOS DE SANTA MARTA, "UCOSER", proveniente del canal Nirvana, para el servicio de las "construcciones, urbanizaciones y complejos turísticos de Piedra Hincada. (Resolución 168 de febrero 17 de 1994).

3. Otorgamientos de permisos y renovación de traspaso de aguas en relación con los predios el Nogal, Ojo de Agua, Los Manglares y Santa Clara, ubicados en el municipio de Ciénaga de propiedad de la sociedad Drummond Ltda. (Resolución 684 de junio 3 de 1993).

4. La práctica de una visita ocular al canal Nirvana, en el sector comprendido entre el "ojo de agua" y los diferentes predios de las personas que poseen concesiones, e igualmente aforos hechos en diferentes oportunidades en las referidas corrientes de agua, que permitieron establecer el deficiente mantenimiento del canal, la ausencia de obras para controlar la utilización de los caudales asignados e igualmente, la presencia de obstáculos o trinchos, presumiblemente colocados por orden del señor Francisco de Vengoechea y de sus hermanos, quienes alegan la propiedad del canal y "manipulan el caudal a su antojo mediante las siete o más derivaciones que existen a todo lo largo del canal, adicionándole las múltiples derivaciones que sólo los beneficia a ellos" (informes de comisión S.A. 044-visita ocular río Toribio febrero 17 de 1994, 11 de marzo de 1994, abril 11 de 1994, abril 19 de 1994, 2 de mayo de 1994, mayo 4 de 1994, septiembre 26 de 1994, 16 de diciembre de 1994, 17 de diciembre de 1994, memorando 043 de junio 20 de 1994, oficio 770 agosto 2 de 1994.)

f) Inspección judicial con intervención de peritos, practicada el 29 de diciembre de 1994 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ciénaga, sobre el canal Nirvana a partir del río Toribio, mediante la cual se pudo establecer la situación de abandono en que se encuentra dicho canal, la presencia de cantidades considerables de vertederos y fugas que propician la reducción de los caudales de las aguas y de una serie de trinchos y obstáculos en algunos sectores, que impiden que éstas corran libremente.

En la misma diligencia de inspección se recibieron los testimonios de Edith Sofía Urieles Hernández y de Miguel Antonio Castillo Cantillo, quienes dan cuenta de la grave situación que atraviesan las gentes de la región por la falta de agua y asignan la responsabilidad de la

situación al señor De Vengoechea Fleury.

Dice el primero de los nombrados:

“...aquí nunca tuvimos problemas con las aguas, aquí éstas se derramaban hacia la playa, pero da la circunstancia de seis años para acá hemos tenido problemas con las aguas que nos la pone día de por medio no todas las veces, mientras que en el sector de Papare la votan, uno aquí la necesita para el sostenimiento de su hogar ya que el agua es una necesidad, cuando no hay agua uno tiene que venir dos y tres veces exponiendo la vida al pasar la carretera con los niños, yo le pido al señor Francisco de Vengoechea encarecidamente que nos ponga este servicio porque lo estamos necesitando mientras que él la vota”.

Del interrogatorio del testigo Miguel Antonio Castillo y de sus respuestas se extrae lo siguiente:

2.2. Según lo dispuesto en el auto del 17 de mayo de 1995 de esta Sala, se allegaron al proceso los siguientes documentos:

a) Informe de Metroagua S.A. (junio 6 de 1995) sobre las obras llevadas a cabo por esta entidad y el Distrito de Santa Marta, consistente en la exploración y explotación de aguas subterráneas y su conducción y suministro mediante la construcción de la correspondiente infraestructura, “para dar solución al problema de suministro de agua potable en el sector turístico comprendido entre Pozos Colorados y la quebrada del Doctor”, En el informe se señala el hecho de que el suministro de agua al mencionado sector entró a operar desde el 30 de diciembre de 1994.

b) Informe de CORPAMAG, en el cual se deja constancia que la Fundación UCOSER no ha dado cumplimiento a las obligaciones impuestas en la resolución 168 de febrero 17 de 1994, necesarias para hacer uso de la concesión de aguas que le fue otorgada, entre otras, “la legalización de la servidumbre de aguas”, pues viene utilizando la infraestructura del señor Edgardo Gutiérrez de Piñeres habilitada como acueducto, y advierte que declarará la caducidad de dicha concesión.

Igualmente el informe de dicha Corporación, da cuenta que las referidas comunidades e

industrias se abastecen “de las aguas provenientes del Río Toribio que circulan por predios del señor FRANCISCO DE VENGOECHEA FLEURY y hoy también de propiedad de DRUMMOND LTDA, por el llamado Canal Nirvana que van a dar al denominado “Ojo de Agua” mediante la infraestructura de propiedad del señor EDGARDO GUTIERREZ DE PIÑERES”.

c) Igualmente, conforme a lo ordenado por los autos de esta Sala de fechas 28 de junio y 21 de julio de 1995, CORPAMAG envió los siguientes documentos:

- Copia de la resolución 2160 del 30 de junio de 1995, originaria de dicha Corporación, en la cual se amonestó al demandado “por obstaculizar el libre discurrir de las aguas del río Toribio que circulan por el Canal Nirvana, que atraviesa predios de su propiedad y de las cuales se abastecen comunidades asentadas en la parte baja de éste, para uso doméstico y comercial”, se le impuso sanción pecuniaria consistente en multa por valor equivalente a un salario mínimo mensual y se le previno que en caso de comprobarse nuevos hechos constitutivos de violación de las normas legales pertinentes “CORPAMAG, procederá a efectuar la demolición de todas las obras que se hayan construido sobre el canal para impedir el libre discurrir de las aguas, a costas del infractor”.

- Escritura pública 4271 de diciembre 27 de 1990 de la Notaría Segunda del Circulo de Santa Marta (División material de la Hacienda Papare o Hacienda Santa Cruz de Papare) y folios de matrícula inmobiliaria relacionados con dicho inmueble.

3. El derecho al suministro de agua potable, como condición para preservar y asegurar los derechos fundamentales a la salud y a la vida.

El agua en cualquiera de sus estados es un recurso natural que forma parte del llamado ambiente natural o entorno, el cual resulta insustituible para el mantenimiento de la salud y para asegurar la vida del ser humano, aparte de que es un elemento necesario para la realización de un sinnúmero de actividades útiles al hombre.

Sobre este particular resultan significativas las valoraciones que en su oportunidad hizo la exposición de motivos al proyecto de ley de aguas española de 1985 (ley 29)¹, en donde se expresó:

“El agua está presente en toda la actividad humana, por ello resulta lógico que a lo largo de

la historia el hombre haya invertido gran parte de su tiempo en la búsqueda de soluciones para su aprovechamiento. El agua no sólo es indispensable para la vida, sino que también condiciona el desarrollo de los pueblos por ser necesaria en la mayoría de las actividades económicas. Es un recurso natural, escaso, limitado, aunque se renueve a través del ciclo hidrológico. No es ampliable y ha de ser considerado como un bien estimable cuya obtención y utilización debe ser optimizada y puesta al servicio de la comunidad. El agua debe ser un bien público”

De igual modo, la Corte caracterizó el valor esencial del agua en su sentencia T-523 de 19942, cuando manifestó:

“El agua siempre ha estado en el corazón de los hombres y en la base de las civilizaciones. Se puede pasar varios días sin comer, pero no sin beber es posible sobrevivir unos pocos. En el cuerpo humano el 96% de la linfa es agua, hay el 80% en la sangre, las dos terceras partes de los tejidos también contienen agua. Un proverbio usbeko enseña: que no es rico quien posee tierra sino quien tiene agua”.

El manejo del agua tiene, por lo demás, una indudable connotación ética, porque su aprovechamiento para diversos fines útiles refleja la conducta que asume el hombre frente a los demás y los valores sociales que motivan su comportamiento. El despilfarro del agua, por ejemplo, desconoce el valor social del recurso y de hecho constituye la negación de los fines superiores que mueven al Estado cuando otorga una concesión, al punto que tal conducta significa la consagración del abuso del derecho y una mezquina concepción de la solidaridad humana.

Siendo el agua, como se ha dicho, un elemento esencial del ambiente, su preservación, conservación, uso y manejo está vinculado con el derecho que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano; aparte de que la conservación de la calidad de las aguas, su aptitud, disponibilidad y suficiencia para el consumo humano, se consideran esenciales para asegurar el goce y vigencia de los derechos fundamentales a la salud y a la vida y los demás que se derivan de estos.

Todo ello hace que el Estado le otorgue una especial atención al manejo del recurso y le asigne, por lo mismo, especiales competencias y responsabilidades a las autoridades a cuyo cargo se encuentra su administración, que encuentran sustento en diferentes preceptos de la

Constitución (arts. 2, 5, 6, 8, 58 inciso 2, 63, 79, 80, 121, 123 inciso 2 y 209, entre otros), y las autorizan para adelantar una serie de acciones positivas destinadas a garantizar, la preservación, mantenimiento, calidad y disponibilidad de las aguas y la correcta realización de los usos permitidos por la ley.

El Código Nacional de los recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (decreto 2811 de 1974) y su decreto reglamentario (1541 de 1978), contienen una serie de reglas y principios referidos al dominio de las aguas, de los cauces y las riberas, a los modos de adquirir el derecho al uso y aprovechamiento de estos bienes, al régimen jurídico de las concesiones, las declaraciones de reserva y agotamiento, las limitaciones a su uso a la constitución de servidumbres en interés público y en interés privado y a la utilización de ciertas categorías especiales de aguas (lluvias y subterráneas), etc., que conforman en el derecho nacional un sistema jurídico relacionado con el manejo y aprovechamiento de las aguas públicas y privadas, que consulta los más novedosos criterios formulados en la legislación y la doctrina modernas.

La filosofía que inspiró al Código de 1974 fue la de recoger y someter a crítica toda la legislación de aguas vigente hasta entonces, actualizarla y complementarla, de modo que guardara armonía con su concepción ambientalista moderna que propugna la regulación normativa integral sobre los recursos naturales y la protección al ambiente, dado que aquéllos constituyen un elemento esencial de éste.

El principio general, según los textos en referencia, es que las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles, “sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley”. Del mismo principio participan los cauces y lechos que las contienen.

Por excepción, son aguas de dominio privado, las que nacen y mueren en una misma heredad, es decir, aquellas que brotan naturalmente a la superficie de un predio y se evaporan o desaparecen bajo el suelo del mismo. Se da por entendido, bajo el criterio señalado, que son de dominio público y no privado, las aguas que nacen en un predio pero desembocan en otra corriente que fluye a través de diversos predios, como también las que derivadas de una corriente de uso público discurren por canales o acequias artificiales de propiedad de particulares.

- a) Aprovechar las aguas con eficiencia y economía, en el lugar y para el objeto previsto en la concesión, empleando sistemas técnicos de aprovechamiento.
- b) No utilizar mayor cantidad de agua que la otorgada.
- c) Construir y mantener instalaciones y obras hidráulicas en condiciones adecuadas.
- d) Evitar que las aguas que deriven de una corriente o depósito se derramen o salgan de las obras que las deben contener.
- e) Contribuir proporcionalmente a la conservación de las estructuras hidráulicas, caminos de vigilancia y demás obras e instalaciones comunes.
- f) Permitir la vigilancia e inspección y suministrar los datos sobre los usos de las aguas (Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente, art. 133).

A la autoridad administrativa se la ha dotado por la ley de amplias atribuciones que le permiten ejercer la administración y control del uso de las aguas, de modo integral, con el fin de lograr su aprovechamiento racional y técnico, su preservación y permanente disponibilidad (art. 155 ibídem).

Dentro de las referidas atribuciones la administración cuenta, entre otras, con las facultades de controlar el aprovechamiento de las aguas y la ocupación y explotación de los cauces; reservar las aguas de una o varias corrientes cuando fuere necesario, redistribuir los caudales en época de estiaje, o para asegurar las prioridades en su uso, aunque medien concesiones y, ejercer inclusive, el control sobre el uso de las aguas privadas para evitar el deterioro ambiental o cuando medien razones de utilidad pública e interés social (arts.134, 135, 137 a 145 ibídem).

4. La tutela contra particulares cuya conducta afecta un interés colectivo y al mismo tiempo los derechos fundamentales de personas determinadas.

La acción de tutela como instrumento de protección de los derechos fundamentales de las personas tiende esencialmente a evitar y conjurar los abusos de poder de las autoridades públicas, pues éstas son las que ordinaria y frecuentemente infringen los referidos derechos.

No obstante, los particulares muestran también cierta proclividad a desconocer y quebrantar los referidos derechos, pese a lo cual no se habían institucionalizado, hasta la Constitución de 1991, los remedios normativos capaces de contener o superar tales atentados y violaciones. Es así como la tutela igualmente constituye un mecanismo de protección contra las actuaciones arbitrarias de los particulares cuando, con ocasión de su acción o su omisión, vulneren o amenacen los derechos fundamentales de las personas, en las siguientes eventualidades: cuando el particular esté encargado de la prestación de un servicio público, o cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, y cuando, respecto de tales particulares, el solicitante se halle en condiciones de subordinación o indefensión.

La constante que justifica la tutela en las circunstancias descritas es el quebrantamiento del principio del tratamiento igualitario que rigen en las relaciones entre particulares, en las cuales normalmente no se presenta una situación de supremacía con respecto a la otra. En tal virtud, cuando en razón de la actividad que desarrolla el particular o del otorgamiento de facultades excepcionales de las cuales actúa revestido en un momento dado, se coloca en una situación de dominio o superioridad frente a otras personas, opera la tutela como dispositivo de defensa frente a la amenaza o a la violación de los derechos fundamentales.

Cuando la actividad privada afecta grave y directamente el interés colectivo y pone en peligro los derechos de un número plural aunque determinado de personas, la respectiva conducta se hace más perniciosa y repudiable, porque el daño es potencialmente más nocivo en cuanto afecta o puede comprometer a un mayor número de víctimas, casi todas ajenas a los motivos que mueven al infractor, quien muchas veces obra por motivos innobles o fútiles.

La Sala considera necesario precisar, además, que la pluralidad de personas, por sí misma, no identifica necesariamente un sujeto colectivo, de manera que la protección de los derechos fundamentales de aquéllas, mediante la tutela, resulta jurídicamente procedente en razón de que, si bien se considera un sujeto múltiple, no se valora como un sujeto indeterminado, al cual potencialmente se refiere el artículo 88 de la C.P.

En este sentido se pronunció la Corte en pasada ocasión, así:

Significa lo anterior, que no obstante pertenecer el derecho agraviado a algunos de los previstos en el art. 88 puede ampararse por medio de la tutela, cuando la situación que origina su amenaza o violación se refiere especialmente a un grupo de personas identificadas concretamente y no, como se dijo antes, a un número indeterminado de ellas. Esta concepción responde a una razón superior de justicia, pues de no ser así el derecho de los afectados quedaría huérfano de protección, al no poderse encuadrar la situación dentro del objeto de defensa propio de las llamadas acciones populares.

En atención a las apreciaciones anteriores la Corte pudo concluir en pasada ocasión en estos términos:⁴

“Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a concluir que no es posible afirmar que los instrumentos jurídicos para el amparo del interés colectivo -como es el caso de las acciones populares o acciones de clase- resulten aplicables por el simple hecho de que se afecte a un número plural de personas, o porque se trate de derechos enumerados en el artículo 88 de la Carta Política o en alguna otra disposición constitucional o legal”.

Conforme a lo expuesto, se tiene que si bien la tutela no procede para proteger derechos colectivos, ello no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos fundamentales amenazados o violados en concreto, en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos o, cuando se trate de impedir un perjuicio irremediable. (Decreto 2551/91 art. 6 numeral 3).

Sobre la idea de indefensión como condición de la tutela contra un particular la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse repetidas veces, en el sentido de que es la ausencia de un medio físico o jurídico idóneo para superar o evitar el ataque de los derechos fundamentales de una persona por un tercero, pero advirtiendo que la ponderación de los hechos para deducir dicha indefensión es potestad del juez de tutela.

5. El asunto que se debate.

Los hechos que dieron origen al presente proceso dan cuenta de la actitud asumida por el señor Francisco Próspero de Vengoechea Fleury, propietario del predio La Bonga, que hizo parte de la hacienda Papare y por donde cruza el canal Marinca o Nirvana, que se desprende del río Toribio y surte de agua a un acueducto particular en el sitio denominado el “ojo de

agua”, con la cual se beneficia no sólo la comunidad que habita en la zona turística de Piedra Hincada, sino la que se dedica a menesteres diversos.

El manejo y protección de las aguas públicas en el sector del conflicto, es responsabilidad de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena y la Sierra Nevada de Santa Marta, CORPAMAG, creada por la ley 28 de 1988, y organizada como un ente corporativo de carácter público, vinculado al Ministerio del Medio Ambiente, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio (ley 99 de 1993).

Está acreditado en el proceso que el demandado utiliza la concesión de aguas que le fue otorgada con absoluto desconocimiento de la ley y por fuera de toda racionalidad. En efecto, no realiza el aprovechamiento de las aguas con eficiencia y economía sino con evidente despilfarro; las utiliza excediendo los aforos otorgados en la concesión, y ha obstruido por distintos medios el cauce del canal, hasta el punto de dejar sin acceso al recurso al resto de los usuarios y concesionarios.

Con su conducta, en la práctica, el demandado ha sustituido a la entidad administradora del recurso en el ejercicio propio de los poderes de disposición y regulación que tiene sobre éste, en razón de la negligencia de ésta en utilizar las facultades de que ha sido investida para asegurar su aprovechamiento en debida forma, según los mandatos legales.

Estima la Sala, en consecuencia, que los peticionarios están colocados en un estado de indefensión, si se tiene en cuenta que el demandado Francisco de Vengoechea, como propietario de uno de los inmuebles atravesados por el mencionado canal, disfruta de las aguas de uso público a su antojo y haciendo uso irregular de las potestades que el Estado le otorgó en su condición de concesionario, para llevar a cabo su aprovechamiento, a ciencia y paciencia y hasta si se quiere con la complacencia de la entidad administradora del recurso, la cual tardíamente a través de la resolución 2160 del 30 de julio de 1995 le impuso unas tímidas sanciones tendentes a impedir el uso abusivo de la concesión.

Cuando el concesionario, como sucede en el presente caso, hace un uso inadecuado o arbitrario de la concesión y, por consiguiente, abusa de sus derechos, sin que la administración se lo impida y más bien se muestre tolerante, dada su conducta omisiva y negligente, frente a tales excesos, aquél ejerce poderes de hecho que lo colocan en una situación de supremacía frente a los demás usuarios, quienes no obstante tener derecho al

aprovechamiento del recurso, como concesionarios o por ministerio de la ley, se han visto excluidos de su ejercicio y colocados en un estado de evidente indefensión.

No cabe duda que el uso abusivo de una concesión de agua, como ocurre en el presente caso, tiende a degenerar en una situación de hecho, pues caracteriza una evidente usurpación de competencias de las autoridades públicas y por ende una sustitución del poder estatal.

Según los planteamientos que se han hecho la Sala considera que la tutela es procedente contra el mencionado particular, en atención a que su conducta es violatoria de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los peticionarios e igualmente de los demás concesionarios y usuarios de las aguas. Es decir, dicha conducta no sólo amenaza lesionar derechos fundamentales individuales, sino que igualmente afecta de manera directa y en forma grave un interés colectivo.

Se reitera, en consecuencia, el criterio jurisprudencial de la Corte señalado en la sentencia C-134 del 17 de marzo de 19945 , que en lo esencial advirtió:

“la acción de tutela procede contra particulares cuando se trata de proteger un interés colectivo, esto es, un interés que abarca a un número plural de personas que se ven afectadas respecto de la conducta desplegada por un particular. Por lo demás, de acuerdo con los parámetros establecidos por el inciso del artículo 86 superior, en el caso en comento se requiere de la presencia concomitante de dos elementos: que se afecte grave y directamente el interés colectivo. Es decir, que la situación bajo la cual procede la acción de tutela contra el particular atente en forma personal e inmediata el interés de los perjudicados”.

La Sala debe precisar, además, que aún admitiendo la propiedad del demandado sobre todo o parte del canal Nirvana, no le asiste ningún derecho para hacer uso de la concesión en forma arbitraria e ilegal, ni para interrumpir u obstaculizar el curso de las aguas, porque estas siguen siendo de uso público. La concesión simplemente le otorga a aquél el derecho al aprovechamiento limitado de las aguas, pero nunca el dominio sobre éstas. Por consiguiente, aun cuando la administración haya autorizado la concesión, sin embargo, conserva las potestades propias que le confiere la ley para garantizar el correcto ejercicio de ésta, así como la utilización eficiente del recurso, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento

de acuerdo con las prioridades que aquélla consagra.

En resumen, la tutela se concede en el presente caso para proteger los aludidos derechos a los peticionarios, frente al estado de indefensión en que se encuentran con respecto al demandado, en consideración a la forma negligente como ha actuado la Corporación Autónoma Regional del Magdalena -CORPAMAG, la cual ha permitido que éste abuse de los poderes que le otorga la concesión en perjuicio de los demás usuarios de las aguas, pues como lo dijo esta misma Sala⁶ :

“...en términos generales puede aceptarse, que se integra el núcleo esencial de cualquier derecho constitucional cuya efectividad se demanda, la pretensión de exigibilidad del ejercicio positivo y diligente de las competencias legales atribuidas a las autoridades administrativas, cuando su situación se juzga indispensable para proteger el bien jurídico que tutela el derecho, cuya omisión es susceptible de generar riesgos y peligros inminentes que la norma configuradora del derecho ha querido precisamente prevenir o evitar”.

Por lo demás los demandantes no disponen de un medio alternativo de defensa judicial idóneo y eficaz. En efecto, la acción penal a que alude el art. 366, no contribuye a remediar la grave situación que afrontan los demandantes, pues ella se dirigiría exclusivamente a determinar la responsabilidad penal del infractor y a lograr la indemnización de perjuicios; tampoco la acción a que alude el art, 993 del Código Civil tiene las propiedades anotadas por las siguientes razones:

La disposición dejó de tener aplicación jurídica plena, frente a la legislación existente en materia ambiental que le atribuyen a la autoridad administradora de las aguas la facultad de velar por su preservación, calidad y racional aprovechamiento, dado los intereses colectivos involucrados en su utilización. La norma aludida, simplemente regula la solución procesal para un conflicto exclusivo entre partes identificadas, sin trascendencia alguna en el interés de grupo o colectivo, y no fue diseñada para la protección de derechos constitucionales fundamentales. Además no se revela como idónea para impedir no sólo la violación o amenaza de transgresión de dichos derechos, porque la decisión del juez tiene límites concretos referidos exclusivamente al demandado en cuanto a que debe cesar en su conducta pero no se le puede imponer obligaciones adicionales para impedir que continúe con los actos constitutivos de violación de los referidos derechos ni mucho menos se le

pueden trazar líneas de conducta a la administración como se hará en el presente caso.

Aclara finalmente la Sala que la tutela se ha considerado procedente en el presente caso de manera excepcional, en razón de la palmaria inactividad de CORPAMAG en dar solución al problema de aguas de que dan cuenta los hechos, originado por la conducta abusiva del demandado, lo cual determinó que quedaran en absoluta desprotección los derechos de los demandantes. Ello es así, si se tiene en cuenta que los conflictos relativos a aguas tienen como mecanismos de solución tanto la vía administrativa como la judicial.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, se revocará la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Unico Penal del Circuito de Ciénaga y, en su lugar, se confirmará la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ciénaga, con la adición de prevenir al demandado de que en lo sucesivo se abstenga de ejecutar cualquier acto que implique menoscabo del derecho de los demandantes a realizar el aprovechamiento de las mencionadas aguas, e igualmente y con fundamento en el art. 23 del decreto 2591 de 1991 ordenará a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena - CORPAMAG que con el fin de prevenir situaciones como las analizadas en el presente caso proceda a expedir una reglamentación general actualizada sobre el aprovechamiento de las aguas del río Toribio, del Canal Nirvana y del llamado ojo de agua del Acueducto Inverhincada, la cual comprenderá la revisión de las concesiones o mercedes de aguas que se encuentran vigentes.

IV. DECISION.

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Unico Penal del Circuito de Ciénaga, Magdalena, del 23 de Noviembre de 1994, (sic), notificada personalmente al demandante el 23 de enero de 1995 y a los demandantes por edicto que se fijó el 26 de enero del mismo año, y en su lugar, confirmar la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ciénaga de fecha 29 de diciembre de 1994 en cuanto concedió la tutela impetrada, con la modificación de que los derechos tutelados son los de la

vida y la salud y las adiciones que más adelante se señalan.

SEGUNDO. PREVENIR al demandado de que en lo sucesivo se abstenga de ejecutar cualquier acto que implique menoscabo del derecho de los demandantes a realizar el aprovechamiento de las mencionadas aguas.

TERCERO. ORDENAR a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena -CORPAMAG que en el término de seis (6) meses proceda a expedir una reglamentación general actualizada sobre el aprovechamiento de las aguas del río Toribio, del Canal Nirvana y del llamado ojo de agua del Acueducto Inverhincada, la cual comprenderá la revisión de las concesiones o mercedes de aguas que se encuentran vigentes.

ENVIESE copia de esta sentencia a la referida Corporación.

CUARTO. Por Secretaría General háganse las comunicaciones de que trata el art. 36 del decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE, COPIESE, PUBLIQUESE, INSERTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y CUMPLASE.

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 Sentencia T-028/94, Sala Novena Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

4 Ibidem.

5 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

6 Sentencia T-112/94 .