

T-578-98

Sentencia T-578/98

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

La acción de tutela es una institución que consagró la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido la acción de tutela no es una institución procesal alternativa ni supletiva.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Presupuestos

PRESUNCION DE INDEFENSION DEL MENOR-Inexistencia por no probarse la identificación

JUEZ DE TUTELA-Determinación veracidad de hechos a través de pruebas

En el proceso de tutela no basta con la mera presunción para dar por cierto un supuesto de hecho que es trascendental en el mismo, al punto de que la ley lo prevé como necesario para que, excepcionalmente, una acción que en principio está diseñada para ser dirigida contra las autoridades públicas, sea procedente contra particulares; la actividad del juez constitucional en esta clase de actuaciones, como lo ha señalado esta Corporación, está sujeta a las mismas reglas que rigen la práctica, valoración y apreciación de las pruebas en los demás procesos.

El concepto de servicio público que tradicionalmente ha integrado a sus contenidos el derecho administrativo, es el que señala "...que se trata de una actividad de prestación y satisfacción de necesidades colectivas cuya titularidad, precisamente por esto, asume el Estado". Cuando esa noción se traslada y se activa al interior de una estructura como la que caracteriza el paradigma del Estado social de derecho, ella encuentra un singular y específico fundamento filosófico- político al cual esta Corporación se ha referido. Los servicios públicos se erigen como instrumentos que le permiten al Estado alcanzar el ideal de justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva, bien sea que los preste directa o indirectamente, o que autorice a los particulares para hacerlo, en todo caso siempre serán su

responsabilidad, la cual deberá cumplir de acuerdo con las disposiciones de la ley que rijan su prestación, tal como lo dispone el artículo 365 de la Constitución. Esa concepción y caracterización de los servicios públicos explica porque la acción de tutela, concebida y diseñada para la protección de los derechos fundamentales de las personas, es procedente contra particulares cuando éstos están encargados de su prestación, pues porque tales servicios, además de constituirse en instrumentos de realización de dichos derechos, dotan al particular que los presta del poder propio de una autoridad pública, por lo cual, como lo ha dicho esta Corporación, ellos "...asumen una posición de autoridad desde la cual pueden llegar a quebrantar el principio de igualdad que, por definición, impera entre los particulares."

AMPARO POLICIVO-Perturbación en el goce de servidumbre

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Presunta perturbación de servidumbre de aguas

DERECHO A LA VIDA-No afectación para el caso por suspensión parcial de servidumbre de aguas

FALLO DE TUTELA-Notificación por edicto

Referencia: Expediente T-170987

Peticionario: Oscar Arango Ospina y Otra

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., octubre dieciseis (16) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

La Sala Número Ocho (8) de Revisión de Tutelas, integrada por los H. Magistrados ALFREDO BELTRAN SIERRA, VLADIMIRO NARANJO MESA y FABIO MORON DIAZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre el proceso de tutela instaurado por OSCAR ARANGO OSPINA y LUZ HELENA VELEZ DE ARANGO contra CESAR RODRIGO ARCILA y TERESA ARCILA GUTIERREZ.

1. ANTECEDENTES

LA PRETENSION Y LOS HECHOS

Los esposos OSCAR ARANGO OSPINA y LUZ HELENA VELEZ DE ARANGO, propietarios de la finca denominada “Flandes”, ubicada en la vereda de San Miguel fracción del “Saladito” de la Carretera Cali Buenaventura, a kilómetro y medio en la vía que parte de la vuelta del cerezo y conduce al corregimiento de “La Elvira”, interpusieron acción de tutela contra el señor CESAR RODRIGO ARCILA y su hija TERESA ARCILA GUTIERREZ, a quienes señalan como propietarios de la finca denominada “Villa Paola”, ubicada carretera de por medio en frente de su propiedad, personas que según ellos, son las responsables de las acciones y omisiones a través de las cuales, en su concepto, les han sido violados a ellos y a sus trabajadores, éstos últimos padres de un menor de edad, sus derechos fundamentales a la vida y a la salud.

Manifiestan los demandantes, que desde 1959 quienes han sido propietarios de la finca que actualmente se denomina “Villa Paola”, les han otorgado y reconocido, a quienes han sido propietarios de la finca que hoy se llama “Flandes”, incluidos ellos, permiso para la construcción, funcionamiento y mantenimiento, en sus predios, de tanques de almacenamiento y tuberías de transporte de agua que proviene de la quebrada de San Pablo, y que así había quedado estipulado en las correspondientes escrituras públicas de compra-venta, en las cuales se hacía mención expresa de la existencia de esa servidumbre a título gratuito y a perpetuidad.

Durante treinta y ocho años, dicen, nunca se había presentado ningún problema con la mencionada servidumbre, sólo hasta que el demandado, a título de dación en pago, recibió de la señora Emile Bartelsman de Bongue la finca que actualmente se denomina “Villa Paola”, según consta en escritura pública No. 894 de 1995 otorgada en la Notaría 16 del Círculo de Cali, surgieron las discrepancias y diferencias, dada la reiterada negativa de dicho señor a reconocer los derechos adquiridos por los actores y la existencia de la servidumbre, actitud con la cual les ha impedido acceder al agua y en consecuencia ha vulnerado sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, incluidos los de un menor de edad que habita en sus predios.

Inexplicablemente, señalan, en la mencionada escritura se dice que el predio se vende libre de todo gravamen y servidumbre, lo que afirman es contrario a las normas legales, pues las partes que intervinieron en ese negocio no podían sin más desconocer ese derecho del que son titulares; de esa anotación, agregan, se ha valido el demandado para negarles el acceso al agua que es esencial para su subsistencia.

No obstante, ante su insistencia y argumentado la obligación que ellos tienen de darle buen mantenimiento a los elementos referidos, el demandado se dedicó a hacerles exigencias “suntuarias”, alegando que el deterioro de los tanques y de la tubería estaba afectando gravemente su propiedad. Para evitar problemas ellos procedieron a conseguir las correspondientes cotizaciones, pero sorpresivamente el demandado ordenó a sus empleados, no sólo que se suspendiera el servicio durante la noche, sino que se impidiera la entrada del personal que los actores habían destacado para hacer la limpieza y mantenimiento que aquel exigía.

Ante esa actitud los demandantes se dirigieron a la C.V.C, entidad que sugirió un acuerdo amistoso entre las partes, para lo cual solicitó que se levantara un plano topográfico con perfil de altura, trabajo que los actores contrataron con un topógrafo profesional, al cual el demandado también le impidió el acceso a su propiedad, por lo que no fue posible cumplir con ese requisito.

Llaman la atención los demandantes sobre el hecho de que si bien en la escritura de venta a través de la cual el accionado adquirió la finca, se hizo caso omiso de la servidumbre que afectaba el predio, en la escritura que según ellos él hizo a favor de su hija, con el único propósito de despojarlos de sus derechos, éste si reivindica y traspasa derechos inexistentes sobre tanques y uso de las aguas.

Aclaran, que ante la negativa del actor de permitir el paso del agua, para lo cual en una actitud claramente violatoria de las normas legales éste instaló llaves que desvían el curso del líquido a sus propios predios, ellos acudieron, primero a la inspección de policía del lugar, dependencia que no pudo resolverles el litigio y luego a la C.V.C, entidad pública encargada de regular el uso de las aguas públicas y de proteger los derechos de los usuarios y el medio ambiente, sin encontrar solución al problema, pues el actor se muestra dispuesto a conciliar delante de esas autoridades, pero luego impide que se adelanten las acciones necesarias,

todo lo cual los llevó a recurrir a la acción de tutela como mecanismo para que se les respeten los derechos fundamentales que a su entender han sido vulnerados.

Solicitan que el juez constitucional le ordene al actor reanudar inmediatamente el suministro del agua, eliminar las llaves que desvían el curso de la misma, permitir que se realice el mantenimiento y limpieza de los tanques y las tuberías y que anule las escrituras en las cuales se les desconoció el derecho a la servidumbre del cual han sido titulares desde hace más de treinta años.

LOS FALLOS QUE SE REVISAN

PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Primero Penal Municipal de Santiago de Cali, a través de Sentencia de fecha treinta (30) de marzo de 1998 y previa la recopilación de la pruebas que consideró pertinentes¹, decidió tutelar los derechos a la vida y a la salud de los accionantes, para lo cual ordenó a los demandados permitir, en el término perentorio de 48 horas, el ingreso de los actores para que realizaran el respectivo mantenimiento en los tanques y las tuberías y retirar las llaves de paso que habían instalado para desviar las aguas; así mismo, dispuso que se compulsaran copias del expediente a la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que dicho ente investigue el posible fraude procesal en el que incurrieron los demandados, al omitir en las escrituras de compraventa de la finca “Villa Paola”, la servidumbre de aguas a perpetuidad que desde 1959 y según consta en la escritura No. 1069 de ese año afecta dicho predio.

Fundamentó el a-quo su fallo en los argumentos que se resumen a continuación :

En primer lugar, señala el a-quo que la acción de tutela en el caso de la referencia era procedente, no obstante haberse instaurado contra particulares, pues según él se configuran los presupuestos que consagran los numerales 2 y 9 del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, situaciones excepcionales en las que esa acción es procedente, pues se solicita protección para los derechos a la vida y a la salud de un menor de edad, cuyo estado de indefensión según lo dispone esa norma se presume, y en segundo lugar porque el particular accionado, en su criterio, suspendió la prestación de un servicio público a cargo del Estado, como lo es el suministro de agua potable, lo que sólo podía hacer si mediara una orden

judicial, de donde se colige que la acción estaba dirigida contra éste y en consecuencia lo compromete.

Anota el a-quo, que es claro para el Despacho a su cargo que “...existen otras formas de poder obtener por medio de las instancias judiciales la solución a este problema...pero no puede el señor CESAR RODRIGO ARCILA tomar la ley por su cuenta y determinar si las personas aledañas al sector tienen derecho o no al agua que pasa por su propiedad y determinar cerrar o cortar el abastecimiento de agua de un tanque que fue construido en su propiedad,...desconociendo los derechos obtenidos por servidumbre de aguas desde hace cuarenta años ;...si no está de acuerdo con la servidumbre, para eso existen las leyes...”

Reconoce el despacho de primera instancia que las tuberías y los tanques, cuyo mantenimiento es responsabilidad de los demandantes, se encuentran en estado de grave deterioro, no obstante, señala que también se comprobó que el accionado no ha permitido que los actores realicen esas labores, pues siempre ha negado el permiso para que ingresen a su propiedad las personas destacadas por aquellos para el efecto.

LA APELACION DEL FALLO DEL A-QUO

El 3 de abril de 1998 uno de los demandados, el señor CESAR RODRIGO ARCILA, a través de apoderado, apeló la sentencia del a-quo con base en los argumentos que se sintetizan a continuación, los cuales consignó en escrito recibido en el despacho del ad-quem el 29 de abril de 1998.

Manifiesta el apelante, que no obstante que la acción de tutela fue interpuesta no sólo contra su poderdante, el señor CESAR RODRIGO ARCILA, sino también contra la señora TERESA ARCILA GUTIERREZ, ésta última propietaria y poseedora actual del inmueble sobre el que se alega la existencia de una servidumbre de aguas, ella no fue vinculada al proceso mediante la notificación que ordena la ley, razón por la cual no fue oída a pesar de haber sido accionada por los actores y en cambio si fue condenada en la sentencia que se impugna, todo lo cual implica una flagrante violación de su derecho a la defensa.

Anota, que dicho predio fue adquirido por el señor CESAR RODRIGO ARCILA, quien celebró el correspondiente contrato de compraventa, el cual elevó a escritura pública, la No. 894 de 30 de junio de 1995 de la Notaría Cuarta de Cali, documento en el cual consta que lo adquirió

saneado, esto es libre de embargos, pignoraciones, limitaciones de dominio y servidumbres, y que de la misma manera lo transfirió a título de venta a la señora TERESA ARCILA GUTIERREZ, según consta en la escritura pública No. 878 de 1997 de la misma Notaría, lo que indica que su representado, en el momento en el que se interpuso la tutela, no ejercía dominio sobre el inmueble del que surge la controversia, hecho que le impedía a la juez constitucional de primera instancia vincularlo a la acción de la referencia.

De otra parte, señala el apelante que el a-quo sabía, porque así lo manifestó en la parte motiva de su providencia, que los hechos materia de la acción constituían problemas entre particulares debatibles en otras instancias judiciales, lo que se corrobora con la acción de extinción de servidumbre que la dueña actual del predio adelanta ante la justicia ordinaria, específicamente ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la ciudad de Cali.²

No obstante lo anterior, en opinión del apoderado del demandado, vale resaltar algunos puntos que sirven para determinar la improcedencia de la acción de tutela que injustificadamente prosperó ante el a-quo, quien se negó a considerarlos; entre ellos los siguientes :

- Los actores de la tutela, anota, estaban obligados a darle un adecuado mantenimiento a las tuberías y a los tanques de abastecimiento, compromiso que sistemáticamente han incumplido, no obstante las solicitudes escritas que sobre el particular les hizo el demandado, de las cuales se allegaron al proceso las correspondientes copias, ocasionando con su actitud negligente graves problemas al accionado, pues el deterioro de su casa por las filtraciones de agua es evidente y los arreglos le han costado más de ciento cuarenta millones de pesos, circunstancias que lo motivaron a impedir el uso de la servidumbre durante las noches, para lo cual instaló unas llaves que desvían el curso del líquido a su propiedad.

- De otra parte, afirma que los demandantes no son dueños ni de los tanques ni de las tuberías, como pretenden en su demanda, pues tales elementos fueron construidos por anteriores dueños del predio, quienes constituyeron de mutuo acuerdo un permiso de servidumbre que quedó consignado en la escritura pública No. 1069 de 1959 de la Notaría Cuarta de la ciudad de Cali, el cual sin embargo nunca fue renovado, pues no aparece registrado en la Oficina de instrumentos públicos de esa ciudad, ni en las sucesivas escrituras

a través de las cuales se ha afectado el inmueble.

- Pero además los señores Arango, sostiene el apoderado del demandado, tienen otras fuentes de abastecimiento de agua, distintas a la que pasa por la finca de los accionados, tal como pudo verificarlo el a-quo en la diligencia de inspección que practicó sobre el predio, por lo que en ningún momento se puede alegar que se hayan puesto en peligro sus derechos fundamentales a la vida y a la salud.

- De otra parte, a pesar de que el a-quo sostiene que la acción de tutela es procedente en el caso de la referencia, por tratarse de una solicitud de protección efectuada a nombre de un menor de edad del cual se presume el estado de indefensión, tal hecho nunca fue probado durante el proceso, pues en la diligencia de inspección que practicó el juzgado de primera instancia no se verificó que un menor de edad habitara la propiedad de los señores Arango, ni se allegó documento alguno que así lo certificara, ni siquiera se mencionó su nombre o el de sus padres.

- También, anota el apoderado del accionado, es equivocada la afirmación del a-quo en el sentido de que la acción de tutela en este caso es procedente por tratarse de un particular que presta un servicio público, "...pues el señor Arcila no tiene servicio de acueducto ni representa al Estado en dicha labor, ni menos cobra valor alguno por el agua..."

- Por qué razón, se pregunta el apoderado del demandado, el a-quo admitió una tutela que no viola derechos fundamentales y cuyo diferendo puede ser resuelto por las instancias de la justicia civil, tal como ella misma lo reconoció en su providencia ?

- Además, por qué desconoce los resultados de la diligencia de inspección ocular que realizó la señora Inspectora de Policía de la región del "Saladito", cuya copia anexa, en la cual "...la citada funcionaria, acompañada de un inspector de la C.V.C. y de la delegada de la Defensoría del Pueblo y de los señores Oscar Arango, Nils Gunnar Bongue y Edgar Astorquiza, los dos últimos amigos del accionante, se estableció con toda claridad el estado de deterioro y erosión del terreno, y el abandono por parte de Arango tanto del tanque como del conducto de agua y los daños causados al inmueble y al predio en general de Villa Paola...[motivo por el cual] la señora inspectora se abstuvo de ordenar la restauración del agua, máxime cuando

el señor Arango disponía de otros conductos de abastecimiento....” ?

SEGUNDA INSTANCIA

De la impugnación del fallo del a-quo le correspondió conocer al Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de la ciudad de Cali, el cual, a través de Sentencia proferida el 19 de mayo de 1998, resolvió revocar el fallo del juez constitucional de primera instancia y negar por improcedente la acción de tutela de la referencia. Los argumentos que sustentaron la decisión del ad-quem son en resumen los siguientes :

La tutela es un mecanismo creado por la Constitución Nacional en su artículo 86, con el objeto de que cualquier persona pueda reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, protección inmediata para sus derechos fundamentales.

Ella sólo procede contra particulares cuando éstos se encuentren incurso en una de las situaciones que establece de manera expresa el artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, esto es, cuando el particular esté encargado de la prestación de un servicio público, cuando con su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o cuando respecto del mismo el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Señala el ad-quem, que los argumentos que sirvieron de base a la decisión de la juez constitucional de primera instancia para admitir la procedencia de la acción, no obstante estar dirigida contra particulares, se desvirtúan al examinar el expediente, pues de una parte no aparece prueba alguna que acredite la existencia del menor cuyo estado de indefensión según la ley se presume, al cual el a-quo pretendió brindar protección a través de este mecanismo excepcional, y de otra tampoco puede aceptarse el argumento de que los particulares accionados están encargados de la prestación de un servicio público, pues ellos simplemente son usuarios, “...que al parecer han desconocido pactos privados y ante los perjuicios que han sufrido decidieron obviar la intervención de las autoridades y ejercer la justicia por mano propia...”, todo lo cual puede debatirse en instancias diferentes a la jurisdicción constitucional.

La tutela, aclara, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos de rango legal, para cuya protección existen otros medios de defensa judicial, o para lograr el cumplimiento de

leyes, decretos, acuerdos, ordenanzas, reglamentos o normas de inferior categoría, tampoco para dirimir conflictos personales cuando los interesados se niegan a recurrir a las autoridades correspondientes.

Con base en esos presupuestos, concluye el ad-quem, el conflicto que plantean las partes en el caso que se revisa, "...dispone de otros medios legales para debatirlo y reclamar cada quien sus derechos..." y de una entidad como la C.V.C, "...con autonomía legal para hacerse cargo de los conflictos que se presentan en relación con el uso y la distribución del agua, sobre todo cuando sean situaciones que afectan el medio ambiente, como en el caso que nos ocupa..." Además, pueden los peticionarios, como en efecto lo hizo una de las demandadas, dirigirse a la jurisdicción civil, la cual tiene potestad para decidir sobre estos asuntos.

3. LA COMPETENCIA DE LA SALA

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto-Ley 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar las sentencias de la referencia. Su examen se hace en virtud de la selección que de las sentencias de tutela practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se efectuó de conformidad con el reglamento de esta Corporación.

4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. De la improcedencia de la acción de tutela en el caso concreto que se revisa.

En el caso que se revisa, la decisión de la Juez Constitucional de primera instancia fue revocada por el ad-quem, quien estableció que ninguno de los presupuestos del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, a los que alude el a-quo para justificar su decisión de aceptar como procedente la acción de tutela, no obstante estar ésta dirigida contra particulares, en el caso concreto se cumple. Esa conclusión la comparte plenamente la Sala por las siguientes razones:

La acción de tutela es una institución que consagró la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede

sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido la acción de tutela no es una institución procesal alternativa ni supletiva.

Ahora bien, la procedencia de la acción de tutela contra particulares está supeditada, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política, a la existencia de uno de los siguientes presupuestos:

- a. Que el particular esté encargado de un servicio público ;
- b. Que el particular afecte gravemente el interés colectivo ;
- c. Que el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

En esos tres eventos, tal como lo precisó esta Corporación, se puede presentar la vulneración de cualquier derecho fundamental de una persona por parte de un particular. Dijo la Corte :

“La institución de la tutela, tal como quedó plasmada en nuestro ordenamiento constitucional, implica un notable avance en relación con similares instituciones en otros ordenamientos. En efecto, el Constituyente de 1991 contempló la posibilidad de que la tutela procediera también contra particulares, lo cual no está previsto en otras legislaciones. Posiblemente se debe ello a que, en principio, se ha considerado erróneamente, que es el Estado, a través de las autoridades públicas, quien viola por acción u omisión, los derechos fundamentales de las personas, cuando la realidad demuestra que éstos también son vulnerados, en forma quizás más reiterativa y a menudo más grave, por los mismos particulares. (Corte Constitucional, Sentencia C-134 de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

En el proceso que se revisa, el a-quo sostiene que dos de esos presupuestos, los correspondientes a los literales a. y c. se configuran en el caso analizado, por lo que determina, que no obstante estar dirigida contra particulares, la acción de tutela era procedente, lo que sirvió de fundamento a su decisión de admitirla y de tutelar los derechos que los actores alegaban vulnerados.

Procederá a continuación la Sala a desvirtuar la existencia de esos supuestos de hecho.

a. En el caso que se revisa, la acción de tutela que los actores instauraron contra particulares era improcedente, pues el argumento que sirvió de base al a-quo para admitir la demanda, en el sentido de que uno de los afectados era un menor de edad del que se presume su situación de indefensión frente a los accionados, se desvirtúa al verificar que dicho menor no sólo no fue identificado, sino que nunca se vinculó efectivamente al proceso, ni se probó su existencia o la de sus padres.

Sustentar la procedencia de la acción de tutela, en el hecho de que uno de los afectados con las conductas y omisiones de los demandados, que presuntamente acarrearón la violación de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los actores, era un menor de edad de quien se presume el estado de indefensión al que se refiere el numeral noveno del citado artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, exigía, por lo menos, que la existencia e identidad de ese menor quedará plenamente probada en el proceso, lo mismo que su condición de habitante del predio afectado con la restricción de agua que originó la acción, lo que no sucedió en el caso que se revisa.

En efecto, salvo la mención que en su escrito de demanda hacen los actores sobre la existencia de un menor, a lo largo del proceso no se le identifica ni a él ni a sus padres, tampoco se aclara la relación de éstos con los actores, y mucho menos se establece si ellos efectivamente habitan en el predio al que los demandados le han restringido el uso de una servidumbre de aguas; es más, durante las diligencias de inspección que se realizaron en el lugar, incluida la que hizo la juez de primera instancia, tales circunstancias no fueron corroboradas o verificadas.

En el proceso de tutela no basta con la mera presunción para dar por cierto un supuesto de hecho que es trascendental en el mismo, al punto de que la ley lo prevé como necesario para que, excepcionalmente, una acción que en principio está diseñada para ser dirigida contra las autoridades públicas, sea procedente contra particulares; la actividad del juez constitucional en esta clase de actuaciones, como lo ha señalado esta Corporación, está sujeta a las mismas reglas que rigen la práctica, valoración y apreciación de las pruebas en los demás procesos:

“... por la brevedad del término que se concede para fallar, como por el informalismo procesal que caracteriza a la acción de tutela, algunos jueces han considerado que están

dispensados de cumplir ciertas actividades necesarias dentro de toda clase de procesos, destinadas a determinar la veracidad de los hechos, como es la práctica de pruebas, o dicho en otras palabras, que pueden fallar con carencia absoluta de prueba que conduzca al convencimiento pleno de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental.

“ (...)

“El juez de tutela, como cualquier otro juez de la República, está sujeto a las mismas reglas que rigen la práctica, valoración y apreciación de las pruebas en los demás procesos, Lo que ocurre es que en los procesos de tutela, no está sujeto a los estrictos y precisos límites fijados en la ley para cada uno de ellos, como al cumplimiento de las exigencias formales allí establecidas, de manera que una vez obtenidos todos los elementos de juicio que considere suficientes para definir el caso, sin recurrir a averiguaciones innecesarias, impertinentes e inconducentes, puede proceder a tutelar el derecho o a denegar la petición, sin exceder los límites temporales fijados por la Constitución y la ley. (Corte Constitucional, Sentencia T-321 de 1993, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz)

En el caso sub-examine, el a-quo se conformó con una manifestación tangencial de los actores, en el sentido de que un menor de edad estaba siendo afectado por las acciones y omisiones de los demandados que en su criterio originaban la violación de sus derechos fundamentales, pues ellos ni siquiera pretendieron vincularlo como parte del proceso, fue la juez constitucional de primera instancia la que erigió como presupuesto de hecho básico para determinar la procedencia de la acción esa afirmación, sin someterla, como era su deber, a la actividad probatoria necesaria para verificar su real existencia.

Lo anterior es suficiente para desvirtuar que, como lo afirma el a-quo, en el caso que se analiza la acción de tutela era procedente por configurarse la situación de indefensión de un menor de edad, descrita en el numeral noveno del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991.

b. Los particulares contra los cuales se interpuso la acción de tutela en el caso que se revisa, no estaban encargados de la prestación de un servicio público.

El segundo de los argumentos que sirvió de base a la decisión del a-quo, de aceptar la procedencia de la acción de tutela en el caso sub-examine, no obstante haber sido

interpuesta contra particulares, es que éstos estaban encargados de la prestación de un servicio público, presupuesto de procedibilidad de la acción que consagra el numeral 2o. del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Le corresponde entonces a la Sala de Revisión verificar, si en efecto los particulares demandados están encargados de la prestación de un servicio público.

El concepto de servicio público que tradicionalmente ha integrado a sus contenidos el derecho administrativo, es el que señala "...que se trata de una actividad de prestación y satisfacción de necesidades colectivas cuya titularidad, precisamente por esto, asume el Estado." 3

Ahora bien, cuando esa noción se traslada y se activa al interior de una estructura como la que caracteriza el paradigma del Estado social de derecho, ella encuentra un singular y específico fundamento filosófico- político al cual esta Corporación se ha referido en los siguientes términos :

"El contenido filosófico-político de la noción de servicio público trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona.

"Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (C.N. art.2o.). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros." (Corte Constitucional, Sentencia T-540 de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Es decir, que los servicios públicos se erigen como instrumentos que le permiten al Estado alcanzar el ideal de justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva, bien sea que los preste directa o indirectamente, o que autorice a los particulares para hacerlo, en todo caso siempre serán su responsabilidad, la cual deberá cumplir de acuerdo con las disposiciones de la ley que rija su prestación, tal como lo dispone el artículo 365 de la

Constitución :

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio Nacional.

“Los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. ...”

Esa concepción y caracterización de los servicios públicos explica porque la acción de tutela, concebida y diseñada para la protección de los derechos fundamentales de las personas, es procedente contra particulares cuando éstos están encargados de su prestación, pues porque tales servicios, además de constituirse en instrumentos de realización de dichos derechos, dotan al particular que los presta del poder propio de una autoridad pública, por lo cual, como lo ha dicho esta Corporación, ellos “...asumen una posición de autoridad desde la cual pueden llegar a quebrantar el principio de igualdad que, por definición, impera entre los particulares.”⁴

Bajo los anteriores presupuestos, es claro que los accionados en el caso sub-examine, no constituyen una empresa de servicios públicos privada, ni hacen parte de una mixta, y que no están encargados de suministrar a sus vecinos agua potable; es decir que no están encargados de la prestación de ningún servicio público, como equivocadamente lo entendió el a-quo, ellos simplemente fueron o son dueños de un predio presuntamente afectado por una servidumbre, figura que define el artículo 879 del Código Civil, como “...el gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”, lo que es suficiente para desvirtuar la existencia del presupuesto que sirvió de base a la decisión del a-quo, de aceptar como procedente la acción de tutela en el caso que se revisa, no obstante estar dirigida contra particulares, por configurarse, según él, la situación descrita en el numeral 2o. del artículo 42 del decreto Ley 2591 de 1991.

Segunda. En el caso que se revisa la acción de tutela era improcedente, además, porque existían otros medios de defensa judicial idóneos para la defensa de los intereses de las

partes.

La controversia que originó la acción de tutela en el caso que se revisa se refiere, en síntesis y según los actores, a la perturbación que los demandados ocasionaron sobre el uso de una servidumbre de aguas, que a título de derecho real disfrutaban desde 1959 quienes, como ellos, han sido propietarios del predio que actualmente se denomina “Flandes”. Por el contrario, sostiene el apoderado del demandado, tal servidumbre no existe, pues el acuerdo al que llegaron para constituirla quienes eran dueños de los predios hace treinta y ocho años, nunca se registró en la respectiva oficina de instrumentos públicos; además, anota, el incumplimiento por parte de los actores de las obligaciones de mantenimiento de los tanques y de las tuberías a través de las cuales se transporta el agua, a pesar de los reiterados requerimientos que por escrito les hizo el demandado, ha generado graves perjuicios a la que fuera su propiedad y en general a los terrenos de la finca que por lo demás actualmente presentan erosión, pues, anota, es preciso aclarar que la propiedad fue vendida por su poderdante a un tercero, lo que reafirma la improcedencia de la acción dado que se dirigió contra un particular que no ejerce dominio sobre el predio que se cuestiona.

Tal conflicto encuentra instancias judiciales específicas para su solución transitoria y definitiva. Para una solución transitoria en las autoridades de policía⁵ y para una solución definitiva en la jurisdicción civil, lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y en el numeral 1o. del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, hacía improcedente la acción de tutela en el caso que se revisa.

En primer lugar, el Código Nacional de Policía prevé la intervención de ésta “...como mecanismo preventivo dirigido a restablecer el poder de hecho que el poseedor o tenedor ejerce sobre un bien inmueble o mueble, o específicamente en una servidumbre (arts. 125 y 128), sin que importe en cada caso concreto la valoración jurídica relativa al derecho real o personal que el actor pudiera tener (propiedad, uso, usufructo, servidumbre, arrendamiento, etc.)”⁶ Sobre tal intervención ha dicho esta Corporación :

“En el “amparo policivo” no se discute ni se decide por tanto, sobre la fuente del derecho que protege al actor o a sus contradictores (art.126), por lo que el debate se limita exclusivamente a preservar o restablecer la situación de hecho al estado anterior (statu quo) a la perturbación o a la pérdida de la posesión o tenencia del demandante sobre el bien. Ese

es el sentido con que se regula por el artículo 125 del Código de Policía la figura del amparo. Así se expresa esta norma :

“La policía sólo puede intervenir para evitar que se perturbe el derecho de posesión o mera tenencia que alguien tenga sobre un bien, y en el caso de que se haya violado ese derecho, para restablecer y preservar la situación que existía en el momento en que se produjo la perturbación.”

“En ese orden de ideas, el amparo policivo cubija sin distinción todas las especies de servidumbres (continuas, discontinuas, aparentes e inaparentes), sin excluir aquellas que solamente pueden adquirirse por medio de un título -discontinuas y continuas inaparentes- porque la necesidad o exigencia de la protección no la constituye el virtual derecho real existente sobre el inmueble, sino su ejercicio como simple expresión material de manifestación o efecto externo ; por lo tanto, en el caso de usurpación, negación o perturbación en el goce de una servidumbre es procedente el amparo policivo con la finalidad de restablecer la situación o las cosas al estado en que se hallaban antes del despojo o perturbación por la actividad de un tercero. Es por ello que el artículo 128 del Código de Policía al referirse a la circunstancia de amparar el ejercicio de la servidumbre”, no advierte nada sobre la protección del derecho real que ella eventualmente conlleva

Es claro entonces, que una controversia como la propuesta en el caso sub-examine, pudo ser dirimida, por lo menos de manera transitoria, por las autoridades de policía de la localidad, las cuales de hecho intervinieron, como se constata en el expediente⁷, a petición de los actores, para lo cual se programó y realizó una inspección ocular sobre los predios comprometidos en el conflicto; de esas diligencias la inspectora de policía del “Saladito” concluyó, que no era procedente ordenar a los demandados restablecer la servidumbre de aguas, dado el grave deterioro tanto de los tanques como de las tuberías, el cual evidentemente había perjudicado no sólo la estructura del inmueble de propiedad de aquellos, sino las condiciones mismas del terreno que por entonces ya presentaba erosión, y porque constató, además, que esa no era la única fuente de agua con la que contaban los actores. Los convocó a la conciliación y acordaron solicitar concepto técnico a la C.V.C.⁸

Esa intervención de las autoridades de policía, desde luego no excluye la posibilidad que tienen quienes se consideran afectados por la presunta perturbación de la servidumbre, de

acudir a la jurisdicción ordinaria para resolver definitivamente la controversia, y así se desprende del texto del artículo 127 del Código Nacional de Policía, norma que establece lo siguiente :

“Artículo 127. Las medidas de policía para proteger la posesión y tenencia de bienes se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa.”

Es decir, que los actores no sólo contaban con ese medio de defensa que podía brindarles una solución de carácter transitorio, sino que también podían y pueden aún acudir a la jurisdicción ordinaria, específicamente al juez civil, para, a través de un proceso abreviado, reivindicar su presunta calidad de titulares de derechos reales; por su parte los demandados pueden ante la misma jurisdicción impugnar la legitimidad del derecho real de servidumbre que alegan aquellos, como en efecto lo hizo uno de ellos.

Por consiguiente, es claro que la controversia respecto a la existencia y legitimidad de la servidumbre de aguas, sobre la que discuten actores y demandados en el caso que se revisa, debe ser dirimida de manera definitiva por la jurisdicción ordinaria y no a través de la acción de tutela, la cual únicamente sería procedente, y con efectos transitorios, si se verificara la existencia o posibilidad de un perjuicio irremediable para los demandantes, aspecto que se analizará en la siguiente consideración.

Tercera. En el caso que se revisa, no se comprueba que los actores hayan sufrido o afronten la expectativa de un perjuicio irremediable, lo que descarta la posibilidad de que la tutela fuera procedente como mecanismo transitorio de protección.

El inciso tercero del artículo 86 de la C.P. establece, que la tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre el particular ha precisado esta Corporación, que para determinar como presupuesto de improcedibilidad de una acción de tutela la existencia de otro medio de defensa judicial, no basta con verificar que el ordenamiento jurídico contemple la posibilidad legal de acción, el juez constitucional debe también verificar que la acción legal alternativa sea capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados.

El perjuicio irremediable ha sido definido de manera reiterada por esta Corporación, como aquel perjuicio INMINENTE, que reclama medidas URGENTES, y en consecuencia la acción IMPOSTERGABLE del juez constitucional para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.⁹

En el caso que se revisa, los actores alegan la vulneración y amenaza de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, dada la negativa de los demandados a permitirles el uso de una servidumbre de aguas que desde hace más de treinta años afecta el predio del cual son propietarios, derechos que el a-quo protegió, no obstante la existencia de otros medios de defensa judicial, dado el peligro, según se desprende del texto de su providencia, a que éstos quedaban sometidos al negárseles el acceso a un elemento vital para su subsistencia, es decir, y aunque no lo manifiesta, dada la verificación de amenaza de un perjuicio irremediable.

Indudablemente, como lo afirma el a-quo, el agua es un líquido esencial para la vida de los seres humanos y la falta de ella, aún durante cortos períodos de tiempo, pone en serio peligro la subsistencia de los mismos. Ahora bien, en el caso que se revisa, no hay prueba alguna que permita concluir que las acciones y omisiones que los actores le atribuyen a los demandados, (instalar llaves par desviar el curso del agua, impedir el acceso del personal que aquellos designan para efectuar el mantenimiento de los tanques y tuberías, suspender el flujo durante las noches, etc.), impliquen que ellos definitiva y categóricamente no tengan acceso a dicho líquido, lo que de hecho constituiría un peligro inminente para sus vidas, al contrario, durante las diligencias de inspección que practicaron tanto las autoridades de policía, los funcionarios de la C.V.C. y la juez constitucional de primera instancia, se comprobó, primero que esa no era la única fuente de abastecimiento de agua con la que contaban los predios de los actores, y segundo que la suspensión del fluido que ordenó el demandado, dado el deterioro de los tanques y la tubería, era solamente durante la noche, circunstancias que éstos últimos nunca negaron o contradijeron.¹⁰

Tampoco existe evidencia alguna de amenaza o menoscabo efectivo de la salud de los actores o de sus condiciones de vida, por las medidas que le imputan a los demandados en relación con la servidumbre de aguas que reivindican como su derecho, es decir, que no se acredita la existencia y ni siquiera la posibilidad de daño del bien jurídico para el que solicitan protección, la vida, pues no fue viable establecer que de continuar los supuestos de hecho en

los que los demandantes fundan su petición, necesariamente se produzca una lesión a su salud que en consecuencia ponga en peligro su vida, circunstancia que de haber sido comprobada reclamaría la acción inmediata del juez de tutela, cuya responsabilidad, ante la expectativa o presencia de un perjuicio irremediable, es precisamente la protección del bien jurídico para el que se reclama protección.

El fin que se propuso el Constituyente al introducir la figura del perjuicio irremediable como supuesto excepcional de procedibilidad de la acción de tutela, aún en los casos en los que exista otro medio de defensa judicial, fue precisamente la "... protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas.". 11

En el caso sub-examine no se comprobó la existencia de ninguno de los elementos constitutivos del perjuicio irremediable, por lo que tampoco era posible sostener la procedibilidad de la acción de tutela no obstante la existencia de otros medios de defensa judicial, al menos como mecanismo transitorio de protección y mientras el juez ordinario competente dirime definitivamente la controversia planteada, pues como lo ha señalado esta Corporación:

"Cuando la tutela se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el dato legal, esto es la existencia de un medio judicial ordinario no es óbice para que la persona pueda instaurarla. Por el contrario el supuesto de procedibilidad de esta acción es precisamente la existencia de un medio judicial de defensa, que, sin embargo, no impide que la persona pueda apelar transitoriamente a la acción de tutela justamente para evitar un perjuicio irremediable." (Corte Constitucional, Sentencia C-531 de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Cuarta. Durante el proceso de tutela que se revisa, los demandados fueron debidamente notificados de la acción, por lo que no se configura ninguna causal de nulidad, como lo insinúa el apoderado de uno de ellos.

El apoderado del señor Cesar Rodrigo Arcila, uno de los demandados el proceso de tutela que se revisa, precisamente el que intervino activamente durante el mismo, no obstante considerar que no debió ser vinculado dado que en el momento en que se interpuso la acción

ya no era propietario del predio, sostiene que el a-quo violó el derecho a la defensa a la señora Teresa Arcila Gutiérrez, también accionada en el caso de la referencia, pues ella no fue notificada de la demanda y por lo tanto no fue oída en el proceso, circunstancia que de verificarse habría originado una causal de nulidad.

Sin embargo, previa la revisión correspondiente, la Sala verificó que la mencionada señora no sólo si fue notificada de la acción, sino que fue citada a declarar, diligencia a la que no compareció, y que posteriormente, dada su renuencia a presentarse al despacho, fue notificada por edicto de la sentencia. En efecto, en el expediente se constató lo siguiente:

2 Que el día 16 de marzo de 1998, en cumplimiento del mencionado auto, el despacho expidió la correspondiente citación. (Folio 27 del expediente).

3. Que el día 26 de marzo de 1998, la Secretaria del Despacho del a-quo le informó a éste que la demandada no había comparecido a la citación que se le había hecho para rendir declaración dentro del proceso. (Folio 78 del expediente)

4. Que según constancia de fecha 2 de abril de 1998, la demandada no atendió los llamados efectuados por la Secretaria del despacho del a-quo, para que se notificará de la sentencia que éste había proferido en el proceso de tutela de la referencia.(Folio 109 del expediente).

5. Que en consecuencia dicha providencia le fue notificada por Edicto No. 12 de 14 de abril de 1998. (Folio 118 del expediente)

No hay pues elemento alguno que respalde lo afirmado por el apoderado del actor, sobre la presunta violación del derecho de defensa de una de las demandadas.

Por las anteriores consideraciones la Sala confirmará la decisión del ad-quem, de revocar el fallo de primera instancia y en su lugar negar por improcedente la acción de tutela que se revisa.

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el fallo proferido el 19 de mayo de 1998 por el JUZGADO DIECISIETE PENAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD DE SANTIAGO DE CALI, a través del cual dicho despacho REVOCO la decisión del JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL de la misma ciudad, que mediante sentencia fechada el 30 de marzo de 1998 había concedido la tutela interpuesta por los señores OSCAR ARANGO OSPINA y LUZ ELENA VELEZ DE ARANGO y en su lugar negarla por improcedente.

Segundo. LIBRAR por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ

Ponente

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El Juzgado solicitó de los actores la ampliación de la demanda, llamo a declarar al accionado y algunos de sus vecinos, ordenó la realización de una inspección judicial a los predios involucrados y nombró un topógrafo perito para que conceptuara sobre el problema.

2 Copia de la demanda de extinción de servidumbre reposa a los folios 188 a 199 del expediente, la misma fue presentada en abril de 1998, esto es un mes después de que se

interpusiera la acción de tutela que se revisa.

3 Garrido Falla, Fernando. Introducción general en el modelo económico en la Constitución Española, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1991.

4 Corte Constitucional. Sentencia T-107 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 La Corte Constitucional ha señalado de manera expresa, "...que los amparos policivos han sido asimilados a controversias de naturaleza jurisdiccional, hasta el punto que la providencia que culmina la actuación tiene idéntica naturaleza (Art. 82 C.C.A.). Esta asignación especial de atribuciones jurisdiccionales a las autoridades de policía se aviene con el precepto constitucional del artículo 116, inc. 3o., según el cual, "excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas." (Corte Constitucional, Sentencia T-048 de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell)

6 Corte Constitucional, Sentencia T-048 de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

7 Los actores de la tutela, antes de interponer dicha acción, le solicitaron a la Inspectora de Policía del lugar, a través de comunicación fechada el 26 de enero de 1998, cuya copia reposa en el expediente al folio 30, que se realizara una visita a los predios del demandado y se le ordenara restablecer el suministro de agua; la inspectora procedió, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 133 del Código Nacional de Policía a realizar dicha inspección con presencia de peritos de la C.V.C., la cual tuvo lugar el 28 de enero de 1998, tal como consta en el documento que reposa al folio 33 del expediente.

8 En efecto, el 28 de enero de 1998 un inspector de la C.V.C. en compañía de la Inspectora de Policía del Saladito y de dos funcionarios de la Personería, practicó una visita ocular a los predios que originaron el conflicto ; el acta correspondiente reposa al folio 88 del expediente.

9 Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-225 de 1993, M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa ; T-208 de 1995, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero y T-015 de 1995, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

10 Este aspecto se verifica en las actas de las visitas realizadas tanto por la Inspectora de

Policía, como por el a-quo y los inspectores de la C.V.C., folios 60, 88 y 147 del expediente.

11 Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Mesa Naranjo.