

ARCHIVO N° 8

CORTE CONSTITUCIONAL

TEMA: Concesión de aguas

Sentencia: T-523 del 25 de noviembre de 1994

Consejero ponente: José Alejandro Bonivento Fernández

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidós (22) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados doctores Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, profieren la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de tutela identificado con el número de radicación T-34561, adelantado por María de Jesús Medina Pérez y otros contra Álvaro Vásquez, propietario de un inmueble donde nace el agua que consume la comunidad de los Llanos de Cuivá.

I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

Por reparto le correspondió el presente negocio a esta Sala, y, superadas las irregularidades que motivaron una nulidad, se proferirá sentencia.

1. Solicitud

María de Jesús Medina Pérez presentó en el Juzgado Civil Municipal de Yarumal, el 19 de febrero de 1994, una solicitud de tutela firmada además por 195 personas, habitantes de los Llanos de Cuivá del municipio de Yarumal.

Piden todos ellos que se les proteja el derecho a la salud porque:

“La comunidad de los Llanos de Cuivá se encuentra afectada por una infección dermatológica, padecida en niños y adultos, y que se manifiesta en granos en la piel, que según concepto cualificado de un profesional en la salud se debe al uso de aguas contaminadas.

”Durante unos veinte años la comunidad de los Llanos de Cuivá venía haciendo uso normal de las aguas del acueducto local, hasta que el señor Álvaro Vásquez se dio al empeño de construir una porqueriza en las mediaciones del nacimiento de dichas aguas. Los desechos animales (excrementos) y el producto del aseo de estas porquerizas vierten directamente a las fuentes del agua, que consume la comunidad de los Llanos; con el consiguiente perjuicio para la salud ciudadana, ya antes mencionado.

No se descarta, tampoco, la posibilidad de que en este fenómeno infeccioso influya, también, la cercanía de un cultivo de papas, que al ser tratadas con algunos químicos (veneno) y ayudado con las aguas lluvias, viertan su acción contaminante en el mismo lecho que conduce las aguas del acueducto”.

Por tratarse de tutela contra particulares se notificó a Álvaro Vásquez, persona contra quien se dirigía la acción. Se opuso a lo pretendido porque el derecho alegado es general y no individual, porque la solicitud de vertimiento ante las autoridades sanitarias se encuentra en trámite, al igual que la licencia sanitaria y agrega que está “manejando un proyecto” para la construcción de un biodigestor y remata diciendo que va a convertir su finca en “granja experimental para la solución de problemas ecológicos”.

2. Prueba aportada inicialmente

a. Se practicó una inspección judicial por el Juzgado Civil Municipal de Yarumal a la finca El Buen Suceso de propiedad de Álvaro Vásquez y se constató:

“... La existencia de una porqueriza con unos 70 cerdos aproximadamente, el estiércol de esos animales vierte a un tanque o estercolero, el estiércol que se recoge en este es utilizado como abono para gran parte de la finca, en esta finca se hallan varios nacimientos de agua que son utilizados para surtir el acueducto de los Llanos de Cuivá; al llover el estiércol con que se ha abonado es llevado por las aguas lluvias a los diferentes nacimientos causando una gran contaminación.

”El despacho también pudo constatar que de acuerdo a la ubicación de la porqueriza, de los nacimientos de agua y a la topografía del terreno se hace imposible hacer un desagüe que no contamine los nacimientos de agua; así mismo se pudo observar que cerca de los nacimientos de agua habían [sic] unas zanjás que según el informe de comisión hecho por el Inderena se había ordenado por esta entidad su realización, pero que en la práctica no cumplen ninguna función dado lo húmedo del terreno y que no alcanza a absorber toda el agua que se recoge en dichas zanjás las cuales más tarde son vertidas a los nacimientos de agua”.

b. Declaraciones de José Gilberto Ruiz Restrepo y Francisco Eladio Peña Bedoya, solicitantes de la tutela y al mismo tiempo integrantes de la Junta de Acueducto de los Llanos de Cuivá. Relatan algunas diligencias adelantadas para solucionar el problema de la porqueriza en el nacimiento de las aguas usadas en los Llanos de Cuivá, entre ellas un acta de compromiso firmada conjuntamente con Álvaro Vásquez, pero que, según los testigos, este ha incumplido.

c. Se aportó el acta de compromiso, firmada por Vásquez, la junta directiva del Acueducto, el inspector de policía y el representante del Inderena, tiene fecha 8 de noviembre de 1993. Estas son sus cláusulas:

“Primera: que el señor Álvaro, se compromete a construir las zanjás perimetrales, en la finca, para recoger la esorrentía [sic]. Segunda: el plazo para las zanjás a veinte de enero del año 1994. Tercero: el biodigestor que se hará en coordinación con el S. S. A. y el Inderena, entidades que se definirá el tiempo, sistema de realización. Cuarta: el riego, mantener la zona de retiro de treinta metros, conservar los requerimientos del Inderena, propondrá el uso del abono químico por abono orgánico (biológico) puesto que este está tratado absolutamente contra la contaminación. Quinta: el S. S. de A. se comprometió a tomar muestras de agua, para medir la contaminación en los perímetros de cada propietario los cuales serán financiados por cada uno, resultados que definirán objetivamente el estado de contaminación de las aguas”.

d. El servicio seccional de salud de Antioquia remitió al juez de tutela los documentos sobre una visita practicada “a la finca El Buen Suceso, de propiedad del señor Álvaro Vásquez”.

Se resalta un informe de 20 de enero de 1994 que trae estas conclusiones y recomendaciones:

“Conclusiones: con la instalación de la cochera en la finca Nebraska, se crearon varios problemas sociales entre los habitantes del corregimiento de los Llanos de Cuivá y el propietario por la calidad de las aguas de consumo.

”El Sr. Álvaro Vásquez en el momento tramita el permiso de vertimiento de la porcícola con esta Sección.

”El Sr. Álvaro Vásquez no ha cumplido en su totalidad con los requerimientos y acuerdos con las instituciones para evitar la contaminación de las aguas del acueducto.

”Si las muestras del laboratorio fueron tomadas en un momento de lluvia, no podemos dejar de lado la alta pluviosidad de la zona.

”No toda la contaminación proviene del predio del Sr. Vásquez, adicionalmente se cultiva y se lava la papa en predios vecinos.

”Recomendaciones: «La mala calidad de las aguas para consumo de los Llanos de Cuivá ha generado un problema social de los habitantes y el Sr. Álvaro Vásquez, quien hasta el momento no ha cumplido con los compromisos y exigencias de las instituciones. Por lo anterior se recomienda no concederle el permiso de vertimiento a la porcícola Nebraska de propiedad del señor en mención.

”»Conminar con multa al Sr. Álvaro Vásquez para que se abstenga de contaminar las aguas que surten el acueducto del corregimiento de los Llanos de Cuivá con las actividades pecuarias en su propiedad y adicionalmente concederle un plazo de 60 días calendario para que cumpla con los siguientes requerimientos.

”»1. Pagará de su propio peculio los análisis de las aguas que discurren por su finca para poder cuantificar el grado de contaminación.

”»2. Construirá zanjas perimetrales a 10 metros de la fuente de agua.

”»3. Dejar un retiro de 10 metros a las fuentes de agua y reforestar estos retiros con especies nativas preferiblemente.

”»4. Se debe mantener en cobertura forestal permanente tanto los retiros de las fuentes de agua como los nacimientos.

”»Requerir al señor Guillermo Giraldo, propietario del predio Pramillo para que presente alternativa de solución a la problemática de contaminación de las aguas que surten el acueducto del corregimiento de los Llanos de Cuivá, con el cultivo y lavada de papa»”.

e. Aparecen 5 análisis de muestra de agua, en los cuales se indica que el agua es rechazada porque se encuentra contaminada con materia de origen fecal. Se tomaron las muestras en diferentes sitios. Es interesante anotar, por ejemplo, que una muestra tomada en el “nacimiento de agua núm. 2 tiene 96 coliformes fecales por 100 ml de muestra y al ser tomada en un grifo de la guesera “La Compañía” se detectaron 120 coliformes fecales por 100 ml de muestra.

El análisis microbiológico fue hecho por la sección de saneamiento ambiental del Hospital Regional de Yarumal del Servicio Seccional de Salud de Antioquia.

f. Hay una solicitud dirigida al Inderena, pidiéndose el visto bueno para una explotación porcícola. La firma el doctor Camilo Vásquez y se refiere a la granja denominada Nebraska.

g. El ingeniero Jaime León Moreno Quiroz del Inderena aclara que la finca Nebraska es la misma de Álvaro Vásquez, denominada el Buen Suceso y que “debe poseer” licencia sanitaria del Inderena. Indica que el predio de Vásquez no tiene licencia sanitaria para el funcionamiento de la porqueriza.

h. Figuran otras dos muestras de análisis microbiológico hechas por un tecnólogo de alimentos, una “satisfactoria” y la otra “rechazada”. En la rechazada se habla de una contaminación fecal de 15 CF/100 y en la satisfactoria de 2.2 CF/100, es decir “muy bajo contenido de coliformes”. No se dice el sitio preciso donde se tomó la muestra.

i. Hay otras muestras, aportadas por Álvaro Vásquez, practicadas por la profesora Auxilio Ramírez de la Universidad de Antioquia. Ella concluye que con 15 minutos de ebullición se elimina la contaminación del agua. Las muestras fueron tomadas en el inicio del recorrido de la fuente (0.0 materias fecales) y donde terminan la finca “El Buen Suceso” (8.0 materias fecales).

j. Una certificación del secretario de Planeación y Obras Públicas de Yarumal también aclara que la finca Nebraska antes se denominaba el Buen Suceso, y agrega:

“... ubicada en el corregimiento Llanos de Cuivá, zona rural del municipio y a 27 kilómetros de la cabecera municipal, se encuentra construida una porqueriza en lo alto de un cerro, cuyas aguas negras (marranaza) son utilizadas en el riego de los terrenos más cercanos; con dos (2) tanques de sedimentación destinados al tratamiento de dichos excrementos y se encuentra debidamente alimentada con acueducto de la misma finca; admitiéndose en su suelo todo tipo de uso agropecuario”.

k. También fueron agregadas al proceso unas ofertas técnicas y hay informe de que se piensa hacer un galpón para 200 cerdos gordos. Con estos elementos de juicio contó la juez de tutela para proferir su decisión.

3. Fallo del Juzgado Civil Municipal de Yarumal

El 18 de febrero de 1994, el juzgado de primera instancia tuteló el derecho fundamental consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política, lo hizo en forma transitoria mientras los solicitantes ejercen, dentro de los 4 meses siguientes, la demanda penal ante la unidad de Fiscalía de Yarumal. Entre tanto, le ordenó a Álvaro Vásquez “abstenerse de realizar los siguientes actos: a) el riego de la finca con los excrementos de los cerdos que cría en su porqueriza o con abonos químicos; b) hacer el derrame de los desechos de la porqueriza en un lugar diferente al área donde nacen las aguas que surten el acueducto”.

Para el juzgado:

“El señor Álvaro Vásquez, con la explotación de esa porqueriza, sin cumplir los requisitos sanitarios correspondientes, y con la utilización de los excrementos como abono en su finca está contaminando los nacimientos de las aguas que nacen en su finca y que surten el acueducto de los Llanos del Cuivá”.

Esta situación, según el *a quo*, autoriza la tutela, por mandato del artículo 6.3 del decreto 2591 de 1991.

4. Impugnación

Álvaro Vásquez presentó oportunamente la impugnación. Aunque en el escrito que la contiene se hable de apelación, ya la Corte Constitucional ha dicho en numerosas oportunidades que esta imprecisión no obstaculiza la formulación del recurso.

Su oposición al fallo radica en la insuficiencia de la prueba. Cree el impugnante que hubo apresuramiento en la decisión del *a quo*.

5. Tramitación dada a la impugnación

a. Por auto de 22 de febrero de 1994 se concede la impugnación y se ordena remitir el expediente a la Sala civil del Tribunal de Antioquia.

b. Se reparte el 25 de febrero de 1994 al magistrado Juan Diego Ocampo Ramírez.

6. Fallo de la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia

El Tribunal entra directamente a fallar el 7 de marzo de 1994, sin practicar las pruebas insinuadas ni otras que facilitarían una visión panorámica acertada. Simplemente, revocó la sentencia apelada y negó las pretensiones por tratarse de un interés colectivo y no estar la situación planteada dentro de los casos señalados en el artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

7. Auto de la Corte Constitucional

La tutela fue seleccionada y esta Sala de revisión mediante auto de 11 de mayo de 1994 declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del 22 de febrero de 1994 cuando el juzgado ordenó remitir el expediente al Tribunal de Antioquia, en vez de haberlo sido al juez civil del Circuito de Yarumal a quien le correspondía por competencia funcional.

8. Pruebas practicadas por el Juzgado Civil del Circuito de Yarumal

Asumiendo el conocimiento, el Juzgado Civil del Circuito de Yarumal, reforzó la prueba así:

a. Inspección judicial constatándose que si bien es cierto se han tomado algunas medidas, de todas formas el “nacimiento del agua que queda o está ubicada dentro de la misma propiedad y como de dijo anteriormente muy cerca de una de las zanjas perimetrales, que tiene la función específica de recoger los desagües cumpliendo una función de colador para evitar que estos caigan precisamente al agua que conduce a los tanques de distribución de agua para la comunidad; siguiendo con el recorrido se llegó hasta la bocatoma y donde se pudo constatar que a todo lo largo del agua del acueducto están completamente desprotegidas en el sentido de que no tienen ninguna cerca que impida el paso de animales o personas que por allí transitan. También se pudo constatar que a bordo de la carretera que delimita precisamente esta finca se encuentran unas zanjas por donde corren aguas lluvias y otro tipo de materiales y basuras arrojadas por los transeúntes. Como en esta diligencia se hicieron presentes algunos de los habitantes de los llanos de Cuivá entre ellos la señora María de Jesús Medina Pérez una de las firmantes de la presente acción se le hace saber, o mejor, el despacho le ordena la práctica de exámenes médicos a los accionantes que presentan enfermedades que según ellos mismos lo manifiestan es debido a la contaminación que presentan estas aguas, lo anterior con el objeto de establecer los efectos que en su salud puedan causar el hecho de su consumo”.

b. Se practicaron los exámenes médicos a los niños Carlos Palacios, Jorge Arcila, Oscar Arcila, Adriana Medina, Juan Arango, Epifanio Medina, Gloria Torres, Viviana Cano, Nelson Flórez, Sebastián Flórez, Ana Medina, Jesús Arango y todos tienen la piel afectada (dermatomicosis) y algunas infecciones estomacales. Esos niños viven en los llanos de Cuivá y forman parte de la comunidad a la cual se refiere la solicitud de tutela y muchos de estos nombres aparecen en las firmas de la solicitud, aunque es de suponer que corresponden a los progenitores de los niños afectados.

c. El jefe de la sección ambiental del Inderena, William Ramírez Vásquez, opina que “los resultados de los análisis de laboratorio están acordes con los criterios de calidad para consumo humano”. Es decir, según este funcionario, puede haber un límite aceptable de contaminación con materias fecales en el agua dulce que se bebe.

d. No comparte la anterior opinión, el Servicio Seccional de Salud de Antioquia. Le comunicó al juzgado: “Respecto de la calidad bacteriológica de las aguas destinadas al consumo humano y uso doméstico, el decreto 2105 de 1983, potabilidad del agua, del Ministerio de Salud, establece:

”Artículo 26.—Independientemente del método de análisis realizado, ninguna muestra de agua potable debe contener E-coli en 100 cm³ de agua.

”(…)

”Artículo 45.—El tratamiento a que debe someterse el agua para consumo humano, se realizará de acuerdo con la calidad de la fuente escogida, según estudio de alternativas y de conformidad con los siguientes criterios:

”1. Requieren solo desinfección, las aguas que cumplan con las normas de calidad fisicoquímicas establecidas en el presente decreto y no presenten un valor mayor de 100 organismos coliformes totales por 100 cm³.

”2. Requieren otros tratamientos, aquellas que no cumplen con las condiciones del numeral anterior. La decisión del tratamiento según la fuente escogida, quedará supeditada a ensayos de tratabilidad a escala de laboratorio o de planta piloto.

”Se concluye, por lo tanto, que para poder calificar un agua como potable, es decir, apta para consumo humano, es necesario que sus características físicas, químicas y bacteriológicas, cumplan con los parámetros establecidos en el decreto 2105 de 1983. No bastan los resultados bacteriológicos solamente.

”De cumplir con los parámetros fisicoquímicos, las aguas en cuestión deberán ser desinfectadas o hervidas, antes de consumirlas.

”De otro lado, el decreto 1594 de 1984, Usos del Agua y Vertimientos de residuos líquidos que alteren las características existentes en un cuerpo de agua que lo hacen apto para todos los usos señalados en este decreto (consumo humano y doméstico; preservación de flora y fauna; agrícola; pecuario; recreativo, industrial y transporte).

”(…)

”Artículo 49.—En los sitios en donde se asignen usos múltiples, los criterios de calidad para la destinación del recurso, corresponderán a los valores más restrictivos de cada referencia. (Los valores más restrictivos, están asignados a las aguas destinadas a consumo humano y doméstico).

”(…)

”Artículo 91.—No se admite ningún tipo de vertimiento.

”a) En las cabeceras de las fuentes de agua;

”b) En un sector arriba de las bocatomas para agua potable, en extensión que determinará, en cada caso, la EMAR conjuntamente con el Ministerio de Salud”.

e) El criterio del laboratorio de microbiología de la Universidad Nacional, Seccional Medellín, que examinó el agua es “contaminación con bacterias de origen fecal. Requiere tratamiento antes de darse al consumo”. Presentó tres informes todos con el mismo resultado. El primero se tomó en la bocatoma y se detectaron 70 gérmenes fecales (en el grupo “coliforme” y 7 gérmenes fecales en el grupo enterococos. El segundo informe se tomó en el lindero de la finca y se destacaron 16 gérmenes en el grupo coliforme y 4 en el grupo enterococos. Y, el tercero, en el nacimiento del agua constató 40 gérmenes fecales en el grupo coliforme y negativo en el grupo enterococos.

Los tres informes dicen que lo normal es que haya “0” de gérmenes fecales.

f) La perito María Isabel Henao dijo: “La contaminación de las aguas por microorganismos coliformes es leve y se debe básicamente al lavado por excurrentia de las tierras que se encuentran a lado y lado de todo el cauce del agua del acueducto. Los valores que se observan en los resultados están dentro de los límites permisibles para la destinación del recurso para consumo humano y doméstico, de acuerdo a los artículos 37 y 38 del decreto 1594 del Ministerio de Salud, e indican que para su potabilización se requiere solamente tratamiento convencional.

”Las afecciones de la piel de los usuarios del acueducto pueden deberse a contaminación por productos agroquímicos que se aplican a todo lo largo del cauce. Sin embargo, se requerirán análisis de esas sustancias para certificar dicha causa”.

Y el otro perito Juan Fernando Agudelo conceptuó: “En el caso de la primera zanja visitada, el mantenimiento debe ser periódico. Siempre y cuando utilice riesgos con materia orgánica. En el caso de la segunda zanja debe alejarse más del cauce del nacimiento entre los 5 a 10 metros de cauce”.

g) Contradiendo lo dicho por María Isabel Henao, el médico Guillermo León Garcés del Servicio Seccional de Antioquia, Yarumal, dijo: “De acuerdo a los análisis que me presenta el despacho me permito conceptuar que se encuentra un alto grado de contaminación bacteriana y de materias fecales en dicha muestra, y teniendo además presente los resultados de los exámenes médicos presentados por los médicos del hospital regional San Juan de Dios de Yarumal, considero que dichos pacientes sufren dichas enfermedades; dermatomicosis, parasitosis, psoriasis, la cual por la disminución de las defensas

del organismo la persona puede afectarse más fácilmente de cualquier tipo de micosis o cualquier tipo de hongos, como consecuencia directa del contacto con esta agua. Seguidamente el despacho interroga al médico Garcés Cano en el sentido de que se sirva explicar qué clase de tratamiento debe darse al agua antes de su consumo y él responde: “Debe recibir el tratamiento que se da a todo tipo de agua en planta para su potabilización”. Preguntado: O sea que los 15 minutos que recomiendan en los análisis realizados por la Universidad de Antioquia ¿considera Ud. que no son suficientes para eliminar este tipo de contaminación, luego de su ebullición? Respondió: no porque esta agua no es potable y no ha tenido ningún tipo de tratamiento. Preguntado: Tratándose de estas enfermedades de la piel ¿Ud. cree que esto pueda tener consecuencia irreversible? Respondió: Sí, siempre y cuando no se proceda a un tratamiento oportuno y si la persona no utiliza esta agua. Además mi recomendación personal es que en vista de la presencia de una fuente de agua contaminadora y que está produciendo diversas patologías a la comunidad la solución sería la eliminación del foco de contaminación”.

9. Sentencia de 1º de agosto de 1994, del Juzgado Civil del Circuito de Yarumal

La juez de segunda instancia hizo el siguiente análisis:

“Lo anterior significa que la actividad desplegada por el señor Álvaro Vásquez respecto a la forma como realiza el vertimiento de los desechos animales (excrementos) contribuyen altamente a la contaminación del ambiente y por ende a las fuentes de agua que pasan por su propiedad y que finalmente consume la comunidad de los Llanos de Cuivá; lo cual constituye entonces una clara e indudable amenaza a derechos fundamentales que se impone tutelar”.

Con base en ello determinó:

“Primero. Confirmar el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia del 18 de febrero de 1994, proferida por el Juzgado Civil Municipal de la localidad, modificándola en el sentido de que no será en forma transitoria sino que procede como mecanismo idóneo y por tanto directo.

”Segundo. Modificar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia del 18 de febrero de 1994, proferida por el Juzgado Civil Municipal de la localidad en el sentido de ordenar al señor Álvaro Vásquez Arroyave dar cumplimiento al art. 91 del decreto 1594 de 1984 que establece: No se admite ningún tipo de vertimiento; a) en las cabeceras de las fuentes de agua; b) en un sector arriba de las bocatomas para agua potable, en extensión que determinará, en cada caso la EMAR conjuntamente con el Ministerio de Salud.

”Tercero. Revocar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia del 18 de febrero de 1994, proferida por el Juzgado Municipal de la localidad, por las razones expuestas en esta sentencia.

”Cuarto. Revocar el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia del 18 de febrero de 1994, proferida por el Juzgado Civil Municipal de la localidad, como consecuencia del numeral anterior.

”Quinto. Oficiase al inspector departamental de policía de los Llanos de Cuivá, informándole que a él se confía la vigilancia, desde el punto de vista ambiental y de salud, la forma como el señor Álvaro Vásquez dará cumplimiento a esta sentencia”.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 3º y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala

correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento de esta corporación.

2. Serán motivo de especial análisis los siguientes aspectos:

A. Tutela contra particulares y pluralidad de solicitudes:

1.1 La solicitud de tutela puede ser presentada por un número plural de personas, sin que sea indispensable que el juzgado ponga la nota de presentación de todos y cada uno de los firmantes. El artículo 14 del decreto 2591 de 1991 lo permite al decir:

“La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado”.

No es justo exigir que cada solicitante presente por separado su tutela. Y si esto llegare a ocurrir (identidad de peticiones, fundamentos y persona contra quien se dirige la acción, pero diversidad de solicitudes), es prudente que todas se tramiten bajo una misma cuerda, sin necesidad de acudir a un incidente de acumulación de procesos, bien sea porque se repartan a un mismo juzgado o porque llegando las solicitudes a un solo despacho judicial se estime conveniente formar un solo proceso. Lo que no tiene sentido es perder el tiempo en trámites de acumulación porque esto atenta contra los principios de economía, celeridad y eficacia (decr. 2591 de 1991, art. 3°).

Además, el ritual de los incidentes no es un principio general del proceso.

1.2 La solicitud de tutela hecha por varias personas responde generalmente a la protección de un interés colectivo, esta circunstancia no excluye, por sí sola, el recurso de amparo.

La Corte Constitucional, al decidir sobre los numerales 1 y 2 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991 dictó la sentencia C-134 de 17 de marzo de 1994, que ilustra muchísimo¹.

En este fallo se precisó que puede haber tutela con pluralidad de solicitantes, y que cuando la tutela es contra particulares hay tres situaciones: la primera se refiere a la protección del interés colectivo:

“... 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”².

¹ Es interesante, recordar que tal sentencia, en su parte resolutive dice: “Primero: declarar exequible el numeral 1 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución, que se declara inexecutable. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental. Segundo: declarar exequible el numeral 2 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión para proteger los derechos a la vida, la intimidad, la igualdad y a la autonomía, que se declara inexecutable. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental. Tercero: declarar exequible el numeral 9 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión la vida o la integridad de”.

² Sent. C-134 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sería absurdo que si se le violan los derechos fundamentales a muchas personas la tutela no operara y que únicamente procedería si el menoscabo fuera solo para una de ellas.

En la sentencia en mención la Corte invocó esta jurisprudencia:

“Por otra parte, resulta pertinente señalar que la acción de tutela, como en reiteradas oportunidades lo ha reconocido esta Corporación, procede adicionalmente cuando se trate de la protección de los derechos fundamentales de una persona que se encuentra, a su vez, inmersa en una situación que afecta un interés o un derecho colectivo de personas indeterminadas, siempre y cuando el amparo del derecho fundamental se requiera con el fin de evitar un perjuicio irremediable”³.

Pero no solamente la protección del interés colectivo califica la viabilidad de la tutela contra particulares interpuesta por pluralidad de solicitantes, en efecto, el segundo caso en que cabe la tutela contra particulares es: el del servicio público:

“La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la llamada justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público —como de hecho lo autoriza el artículo 365 superior— o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material —con relevancia jurídica— frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial”⁴.

2.2 La tercera circunstancia se refiere al estado de indefensión o de subordinación:

“Por otra parte, la acción de tutela contra particulares procede en las situaciones en que el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación. Al igual que en el caso del servicio público, esta facultad tiene fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Por ello, el Estado debe acudir a su protección —en caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental—, la cual no es otra cosa que una compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato del derecho. Con todo, también debe advertirse que las situaciones de indefensión o de subordinación deben apreciarse en cada caso en concreto”.

Es decir, si se tramita la tutela aunque haya varios solicitantes y si es viable si ocurre alguno o algunos de los tres eventos expresados en el artículo 86 de la Carta Política: “La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

B. Derecho a gozar de un ambiente sano (agua potable)

1.1 Es aspiración del ser humano superar el subdesarrollo. Uno de los factores que apuntan a este anhelo es el de vivir en un ambiente sano. Los elementos constitutivos de ese propósito son generalmente derechos tutelables porque se refieren a la vida y la salud, por lo mismo no son renunciables ni negociables.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

Ya la Corte había establecido:

“Esta Constitución ecológica tiene entonces dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la nación (Const. Pol., art. 8º). De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales (*id.*, art. 79), tal y como lo estableció esta corporación en la sentencia C-67/93 en donde unificó los principios y criterios jurisprudenciales para la protección del derecho al medio ambiente sano. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares. Así, conforme al artículo 79 de la Constitución, el Estado deberá proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica.

Igualmente, el artículo 80 superior constitucionaliza uno de los conceptos más importantes del pensamiento ecológico moderno, a saber, la idea según la cual el desarrollo debe ser sostenible. En efecto, señala esta norma:

“Artículo 80.—El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”.

“El concepto de desarrollo sostenible es considerado por muchos expertos como una categoría síntesis que resume gran parte de las preocupaciones ecológicas. Esta concepción surgió inicialmente de la Declaración de Estocolmo del 16 de junio de 1972 efectuada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Fue ampliada posteriormente por el llamado «informe Bruntland» elaborado por una comisión independiente presidida por la señora Bruntland, primer ministro de Noruega, y a quien la resolución 38/161 de 1983 de la Asamblea General de las Naciones Unidas confió como mandato examinar los problemas del desarrollo y el medio ambiente y formular propuestas realistas en la materia. De allí surgió el informe «Nuestro futuro común» que especifica teóricamente el concepto de desarrollo sostenible, el cual fue posteriormente recogido por los documentos elaborados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el desarrollo de Río de Janeiro de 1992, en especial por la llamada Carta de la Tierra o Declaración sobre el desarrollo y el medio ambiente, el convenio sobre la biodiversidad biológica y la declaración sobre la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo. En Colombia, expresamente la Constitución (*id.*, art. 58) y la ley de creación del Ministerio del Medio Ambiente (ley 99 de 1993, art. 3º) han incorporado tal concepto”⁵.

Con mayor razón tiene operancia este derecho al ambiente sano tratándose de campesinos porque el artículo 64 de la Constitución fija como deber del Estado mejorar el ingreso y calidad de vida de los trabajadores del campo.

Para el ciudadano y para el campesino el ambiente sano está ligado entre otras cosas al hecho de consumir agua potable. El mantenimiento de la pureza en la fuente de nacimiento es una política nacional en relación con los recursos naturales renovables, esto asegura su aprovechamiento sostenible, como lo señala el artículo 5º de la ley 99 de 1993. Aprovechamiento que no solo es para esta generación sino también para las futuras.

Además, el artículo 366 de la Constitución Política indica que la finalidad social del Estado de lograr el bienestar social y el mejoramiento de la calidad de vida de la población implica la solución del problema del agua no potable.

2.1 El 4 de mayo de 1994, la Corte precisó, que si hay conexidad entre la vulneración del derecho fundamental a la salud y la causa que se señala como afectación al medio ambiente, la tutela debe prosperar. Esta es la jurisprudencia:

⁵ Sent. C-058 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

“Los peticionarios ejercitan la acción de tutela con el propósito de que se protejan sus derechos a gozar de aire puro, a consumir agua potable y a permanecer en sus viviendas. Aducen que el fétido olor y la contaminación de las aguas, producidos por la quema de vísceras animales para la fabricación de concentrados por la sociedad Indalpe Ltda., afecta a los habitantes de varias veredas cercanas a su planta, quienes infructuosamente se han dirigido a las diferentes autoridades, sin obtener solución efectiva a su problema. Agregan que el mal olor trae como consecuencia la pérdida de valor económico de sus propiedades.

”De la doctrina de la Corte se desprende que si se logra establecer en el proceso de tutela la conexidad entre la afectación del medio ambiente y la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, el juez deberá acceder a la petición de amparo solicitada, sin perjuicio de las acciones populares a que haya lugar”⁶.

En el caso concreto que motivó la sentencia recién transcrita (reclamación de unos vecinos de veredas de Facatativa contra una empresa particular —Indalpe—) la Corte consideró que la omisión administrativa en materia de vigilancia ambiental, conllevó la vulneración de derechos fundamentales y situó a los afectados en condición de indefensión, luego la defensa del ambiente sano debía ampararse aunque la acción se dirigiera contra particulares.

2.2 La tutela contra particulares prospera no solo por la indefensión en que están los afectados por falta de vigilancia ambiental, sino, además, por la conexidad que puede surgir en algunos casos entre la prestación de un servicio público y la afectación grave y directa de un interés colectivo. Si esa afectación tiene relevancia jurídica frente al usuario, son mayores las razones para que la tutela prospere.

En principio, el acceso al agua potable es algo a lo cual tiene derecho una comunidad. El hecho de que el servicio sea desarrollado por la misma comunidad no excluye la posibilidad de tutela contra un particular que afecte la prestación eficaz del servicio. En reciente jurisprudencia se dijo:

“En concordancia con estos postulados, el artículo 365 de la Constitución señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de este asegurar su prestación eficiente «a todos» los habitantes del territorio nacional.

”Los servicios públicos, por mandato del mismo precepto superior, están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y «podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares» (subraya la Corte).

”Queda claro, en todo caso, que el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

”De conformidad con el artículo 367 *eiusdem*, la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios —entre los cuales está el de acueducto, según la ley 142 de 1994—, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario que tendrá en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”⁷.

Es decir, el concepto de servicio público, prestado por quien fuere, incluye la prestación eficiente y cualquier circunstancia que atente contra esto no es solo atribuible a la entidad administradora de la infraestructura del servicio, sino, por extensión y excepcionalmente a toda aquella persona que en forma permanente impida la eficaz atención del servicio porque su colateral actitud queda revestida por el proceso de la prestación del servicio. Se conjugan con esta interpretación dos de los eventos en que según el artículo 86 de la Carta Política cabe la tutela contra los particulares: cuando estos están encargados de la prestación de un servicio público y cuando la conducta del particular afecte grave y directamente el interés colectivo. Es decir, el término prestación puede cobijar en circunstancias excepcionales el proceso de circulación de esa prestación.

⁶ Sent. T-219, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ T-463 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Entonces si, la pureza del agua que llega por acueducto es algo que debe estar ligado a la búsqueda de un ambiente sano, y si un particular deteriora la fuente de agua, se colige que los usuarios quedan en indefensión y que, además, al quedar afectado el interés colectivo en algo que tiene que ver con un servicio público, con mayor razón cabe la tutela.

C. Función ecológica de la propiedad (protección a los nacimientos de agua)

Se parte del siguiente presupuesto:

El agua dulce, apta para el consumo humano, tiene que ser pura en lo posible. Cuando es corriente, corre el peligro de contaminarse por los elementos extraños que le llegan desde el lugar del nacimiento al del consumo. Es deber de la comunidad evitar que el agua se torne impura y es deber del Estado vigilar el proceso de desplazamiento y emplear los correctivos necesarios para que el ser humano pueda beber el agua sin que ello ocasione problemas para su salud. Esta protección y este deber tiene que ser mayor cuando se trata de nacimientos de agua pura, el hombre no puede involucrar ingredientes extraños que la tornen impura desde su misma fuente, esto altera el equilibrio ecológico, el respeto a la naturaleza y, además, atenta contra la función ecológica de la propiedad⁸.

Las afirmaciones anteriores merecen este desarrollo:

1. 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 sin beber es imposible sobrevivir unos pocos días. En el cuerpo humano el 96 por ciento de la linfa es agua, hay el 80 por ciento 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.

Todas las culturas están íntimamente ligadas al concepto del agua. En la Muisca, Bachué surge en una de las ocho lagunas de Iguaque⁹, sobre los páramos, a más de tres mil metros de altitud, lagunas pequeñas, expresión del nacimiento de una raza. Más grandiosidad tiene el mito de Titikaka en los albores del imperio Inka [sic].

2.1 Pero no se trata solamente de lo mítico, es importante analizar lo jurídico, para desentrañar si puede haber o no propiedad sobre el agua dulce. Se puede hacer esta disquisición:

Antiguamente, antes de la Independencia de la Nueva Granada, agua y leña eran propiedad de los municipios. Pertenecían a la célula municipal, a los ejidos. Precisamente agua y leña conforma ban los propios de la municipalidad¹⁰.

Desde la Constitución de Cúcuta en 1821 se habla de la nación colombiana. En 1858 el concepto de nación se predicaba a la Confederación de los Estados de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander, y al señalarse cuáles serían los bienes de la confederación (art. 60) se habla de vertientes Saladas y no del agua dulce. En 1863, con un estado más, Tolima, los bienes pasaron a ser de los Estados Unidos de Colombia. Y, en la Constitución de 1886 se habló de que “El territorio, con los bienes públicos que de él forma parte, pertenece, únicamente a la nación”. Algunos consideraron que en bienes públicos están los bienes fiscales y de uso público. Es

⁸ La Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos, Argel 4 de julio de 1976, dice en su art. 16: “Todo pueblo tiene derecho a la conservación, la protección y el mejoramiento de su medio ambiente”.

⁹ Por descuido del hombre han muerto varias de esas lagunas.

¹⁰ En los poblados pequeños realmente no se palpaba problema realmente [sic] porque la mayoría de las casas tenían su “solar” con pequeñas “manas”. Y, no faltaba a la orilla de los caminos el “chorro de agua”, sin que a nadie se le ocurriera pensar siquiera que el agua para el uso doméstico pudiera pertenecer a persona alguna. Esta realidad se mantuvo hasta mediados del presente siglo.

decir, en forma imperceptible el dominio del agua dulce pasó a la nación, sin disposición constitucional que lo estableciera en aquel entonces.

Podrían existir problemas en cuanto a regadío y por eso en las escrituras públicas se insistía con frecuencia en la propiedad de las “tomas de agua” o “nacimientos de agua”, de ahí las servidumbres de agua, pero fundamentalmente se referían a la propiedad inmobiliaria rural y al aprovechamiento de agua para fines agrícolas. Sobre agua potable no había discusión.

Claro que según el Código Civil las aguas son de propiedad particular y de uso público.

El artículo 677 dice: “Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios.

”Exceptúase las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pagan con esto a los herederos y demás sucesores de los dueños”.

Con posterioridad a la expedición del Código Civil se dictaron leyes y decretos importantes.

Sobre el tema la propiedad del agua vale la pena resaltar la ley 113 de 1928, la ley 109 de 1936 y el decreto 1381 de 1940. Sin embargo, lo contenido en tales disposiciones pierde actualidad ante el Código de Recursos Naturales (decr. 2811 de 1974) y el decreto 1541 de 1978.

El mencionado Código se inspiró en principios como estos:

Lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de estos... (decr. 2811 de 1974, art. 2°).

El artículo 2° de la ley 23 dice concretamente:

“El medio ambiente es un patrimonio común: por lo tanto su mejoramiento y conservación son actividades de utilidad, en las que deberán participar el Estado y los particulares. Para efectos de la presente ley, se entenderá que el medio ambiente está constituido por la atmósfera y los «recursos naturales renovables».

”Y el artículo 3° del decreto 2811 ubica el agua dentro de los recursos naturales renovables”.

Luego, las aguas en su mayoría son de dominio público, y algunas muy escasas de dominio privado. El Estado es propietario de los cauces y de todo aquello que trata el artículo 83 del decreto 2811 de 1974 y también es dueño de aguas termales y minerales. Y, tratándose de agua dulce, esta, como recurso natural renovable que es, merece protección especialmente en su nacimiento que hoy más que nunca es factor de equilibrio ecológico.

La afirmación anterior tiene mayor fuerza cuando la Constitución del 91 estableció en su artículo 332 que el Estado es propietario de los recursos naturales no renovables y ya se dijo que el agua es uno de estos.

2.2 Ahora se analizará el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano. El artículo 366 expresamente dice:

“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

Vistos los derechos sobre el agua y la necesidad de mantener el equilibrio ecológico, queda por analizar cuáles serán los derechos, y también los deberes, de quien no teniendo ningún dominio sobre el agua es propietario de un fundo donde nacen aguas de uso público.

3.1 Es principio ambiental establecido en la ley 99 de 1993, artículo 1º, la protección especial de los nacimientos de agua. Esto repercute en el eficaz servicio público domiciliario de acueducto. La anterior protección legal tiene entre otros fundamentos el artículo 332 de la Constitución Política en la parte que dice:

“La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el ambiente, el interés social y el patrimonio cultural de la nación”.

Por esta misma razón se es muy exigente en el control de las actividades económicas que se desarrollan en sitios que por expresión natural son fuentes originales de agua.

El artículo 90 del decreto 1594 de 1984 establece:

“En ningún caso se permitirán vertimientos de residuos líquidos que alteren las características existentes en un cuerpo de agua que lo hacen apto para todos los usos señalados en el presente decreto”.

La perentoria orden la repite el artículo 91:

“No se admite ningún tipo de vertimiento:

”a. En las cabeceras de las fuentes de agua...”.

Tal exigencia busca impedir que factores extraños a la misma naturaleza afecten las calidades originales del agua.

Es obvio que bajo ningún aspecto pueda quedar por fuera de la prohibición el vertimiento de materias fecales. Sería inaudito que se permitiera la recepción de un porcentaje “aceptable” de materias fecales en los nacimientos de agua. La duda que puede surgir en relación con el artículo 38 del citado decreto 1594 de 1984, en cuanto fija en 2.000 microorganismos de coliformes fecales por 100 ml como cantidad que permite un tratamiento convencional para que la calidad de agua puede destinarse al consumo humano, es, como el decreto lo titula un “criterio de calidad” y nunca una patente de corso para que a sabiendas y permanentemente se contagie un nacimiento de agua con excrementos de cerdos. Si la naturaleza hace brotar agua pura no hay justificación alguna para que en la propia fuente y en el trayecto hasta la bocatoma del acueducto un ser humano la degrade con la disculpa de ser el dueño del inmueble donde el agua nace.

Si cerca a un nacimiento de agua se monta un proyecto agroindustrial, es indispensable, y así lo señala la ley, que previamente a su funcionamiento haya licencia sanitaria y permiso de vertimiento y por hoy licencia ecológica. Por vías de hecho no puede dejarse de lado el cumplimiento de estas exigencias que contribuyan a la salud de la comunidad y al respeto a la naturaleza. El artículo 58 de la Constitución Política habla precisamente de que:

“La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

Esta obligación de cumplir con la función ecológica de la propiedad no significa una carga desigual para el dueño del predio donde nacen aguas públicas sino la expresión de una de las formas de ver el principio de igualdad: la igualdad como diferenciación.

La Corte ha dicho al respecto:

“El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones:

”1. En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho;

”2. En segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad;

”3. En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales.

”4. En cuarto lugar, que el supuesto de hecho —esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga— sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna.

”Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

”Si concurren pues estas cinco circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima: en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución”¹¹.

Es interesante anotar que esta faceta de trato diferente ya era admitida en la recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias. Se estableció en un caso menos grave al de la afectación de nacimiento de agua:

“Porque las estancias de ganados vacunos, yaguas, puercos, y otros mayores y menores, hacen gran daño en los maizales de los indios, y especialmente el que anda apartado, y sin guarda: mandamos que no se den estancias ningunas en partes y lugares de donde puedan resultar daños, y no pudiéndose escusar, sean lejos de los pueblos de indios, y sus sementeras, pues para los ganados hay tierras apartadas y yerbas donde pastorear y pastar sin perjuicio, y las justicias hagan, que los dueños del ganado, e interesados en el bien público, pongan tantos pastores, y guardas, que basten a evitar daño, y en caso de que algo sucediere, le hagan satisfacer” (ley XII, tít. XII, lib. IV).

“Ordenamos. Que las estancias de ganado mayor no se puedan situar dentro de legua y media de las reducciones antiguas: y las de ganado menor media legua: y en las reducciones, que de nuevo se hicieren, haya de ser el término dos veces tanto, pena de pérdida de la estancia, y mitad del ganado, que en ella hubiere, y todos los dueños le tengan con buena guarda, pena de pagar daño, que hicieren: y los indios pueden matar el ganado que entrare en su tierra sin pena alguna...” (ley XX, tít. III, lib. VI).

El propietario de un predio donde brotan naturalmente aguas para el consumo de la comunidad no puede abusar de su propiedad en menoscabo de la pureza del agua y esta lógica restricción establece una diferencia con otros predios que no tengan tal característica, diferencia razonable, proporcionada, motivada por situaciones de hecho, que apunta a una finalidad social y que, en últimas, responde al principio de la equidad dentro de un proceso de desarrollo sostenible.

Esa función social de la propiedad también aparece expresada en la ley 142 de 1994 que en su artículo 11 dice:

“Para cumplir con la función social de la propiedad, las entidades que prestan servicios tienen las siguientes obligaciones:

”11.5 Cumplir con su función ecológica...”.

3.2 Se permite la intervención del Estado en los servicios públicos para garantizar la calidad del bien objeto del servicio público (ley 142 de 1994, art. 2º).

La intervención puede consistir no solo en la planeación y en la prestación del servicio, sino en su regulación, control y vigilancia (leyes 142 de 1994, tít. V, y 99 de 1993, tít. VIII).

Pero no solo es el Estado el que interviene en la búsqueda de un ambiente sano. El artículo 79 de la Constitución dice que “La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo” y el artículo 369, *ibidem*, establece los “comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios.

Hay varias oportunidades de participación ciudadana ya señaladas en la ley, por ejemplo:

— El artículo 49 de la ley 99 de 1993 establece la obligatoriedad de la licencia ambiental cuando se trata de obras que puedan producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente y el artículo 72, *ibidem* permite que antes del otorgamiento de esa licencia se efectúe una audiencia pública administrativa reglamentada por la misma norma. En la audiencia pueden intervenir todos los interesados.

¹¹ Corte Const., sent. C-530 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

— El artículo 62 de la ley 142 de 1994 organiza los comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios que elegirá un vocal de control cuyas funciones las establece el artículo 62 de tal ley.

Es la participación de la comunidad la mejor garantía para la eficacia de la prestación del servicio, lo cual no excluye el empleo de medidas coercitivas por parte de las autoridades cuando se contamina el agua destinada al consumo humano, es más, el Código Penal, artículo 205 tipifica esta acción como delito y establece un castigo de uno a cinco años de prisión.

Pero, si la contaminación afecta a las personas, el responsable deberá resarcir el perjuicio contribuyendo a la recuperación de la salud de los afectados.

Con todas estas medidas se neutraliza el riesgo que para la salud y los recursos naturales implica el contaminar los nacimientos de agua.

CASO CONCRETO

Los habitantes de los Llanos de Cuivá tienen un acueducto para su comunidad. El agua les llegaba pura hasta cuando Álvaro Vásquez construyó una porqueriza que vierte los excrementos de 70 cerdos en los nacimientos de agua.

Los usuarios del agua afirman que sufren grave perjuicio porque la contaminación afecta su salud, en especial la de los niños, efectivamente, doce menores de edad que el médico examinó resultaron todos ellos afectados por dermatomicosis.

Vásquez se había comprometido por escrito a instalar un biodigestor, lo cual no cumplió. Se aspiraba con ello evitar el vertimiento de elementos degradantes en los nacimientos de aguas públicas.

Nadie ha puesto en tela de juicio, ni podría hacerlo, que el agua quede contaminada por esas materias fecales.

Instaurada la tutela por dos centenares de personas que exigían la protección de su derecho a la salud, surgen dos posiciones dentro de quienes leen los numerosos exámenes de laboratorio que se le hicieron a las aguas (tanto en las fuentes como en su circulación hasta la bocatoma). Para la minoría (una profesora y una perito) la existencia de materias fecales en el agua examinada no tiene problema porque se trata de una cantidad aceptable que con quince minutos de hervor torna el agua en potable. Para la mayoría (el médico de la localidad, funcionarios del Servicio Seccional de Salud y del Inderena) el agua se califica como rechazada, no potable y se considera que es alto el porcentaje de materias fecales en el líquido. Curiosamente, la discrepancia de los técnicos radica en la cantidad de materias fecales que puede portar el agua para el consumo humano. Ninguno de ellos se plantea si es admisible que un agua que nace pura, puede ser contaminada en su misma fuente con excrementos de cerdo.

Los jueces de tutela, por el contrario, ponen de presente que no puede haber vertimientos en los nacimientos de agua. Y esto es apenas obvio, no solo porque lo diga la ley, sino, especialmente, porque no es equitativo afectar la pureza del agua dulce en el lugar de su nacimiento, ya que esto atenta gravemente contra la salud de quien la consume y constituye adicionalmente una acción depredadora que altera el equilibrio de lo que produce la naturaleza tanto para el uso de los actuales usuarios como para generaciones posteriores que tienen derecho a encontrar una política de protección a algo tan importante como es el consumo normal de agua pura.

La radicalidad de la norma que prohíbe el vertimiento no solo en los nacimientos sino en el trayecto hasta la bocatoma, antes de entrar al acueducto, hace suponer que no se le podía otorgar a Álvaro Vásquez permiso de vertimiento ya que este era un requisito indispensable para construir su porqueriza. En realidad, el permiso nunca se le dio. Pero él levantó la porqueriza y principió a funcionar en contra de los reglamentos y hay constancia en el expediente de que el proyecto es el de agrandar la porqueriza para doscientos cerdos.

Tampoco obtuvo licencia sanitaria, ni menos la licencia ambiental establecida en la ley 99 de 1993.

Si los excrementos de los animales llegan permanentemente por efectos de la lluvia y de la inclinación del terreno, es decir por leyes físicas, a los sitios donde nacen las aguas y al trayecto de la fuente a la bocatoma, es evidente que el agua recibe materias fecales. No es por caso fortuito que el agua se contamina, lo es porque el señor Vásquez antepone el lucro de su “cochera” al derecho que tienen los usuarios de consumir agua potable. Y si la comunidad ve que por esta razón no solamente tienen que tomar agua con excrementos de cerdo sino que sus pequeños hijos sufren afecciones en la piel y enfermedades gastrointestinales queda suficientemente claro que más que hacer cumplir un reglamento se trata es de proteger el derecho a la salud violado por un particular que tiene la obligación de respetar la manera natural y pura como el agua brota. El señor Vásquez debe entender que la propiedad tiene una función ecológica y que el interés de una comunidad a defender su salud está por encima del interés económico del dueño del predio.

¿Será de recibo la justificación de que si el agua se hierve por quince minutos desaparece la contaminación y por ende la posibilidad de instaurar la tutela como protección al derecho fundamental de la salud?

Es inhumano exigirles a los pequeños hijos de los campesinos que no tomen el agua hasta cuando sus mayores la hiervan y luego la dejen reposar. Y que esta exigencia a las amas de casa borre la posibilidad de invocar la defensa de un derecho fundamental. En primer lugar la ley no exige al usuario la carga de hervir el agua, en segundo lugar se parte del supuesto de que el agua entregada por un acueducto es potable, y, en tercer lugar, la contaminación no es producto de circunstancias accidentales, por el contrario, en el presente caso está más que probado que la porqueriza del señor Vásquez contamina las aguas que consume una comunidad, hoy gravemente afectada en su salud por esta arbitrariedad, luego cabe la tutela y la orden no puede ser diferente a la de erradicar la causa de la contaminación.

La porqueriza del señor Vásquez en ningún momento puede verter los excrementos de los cerdos en los nacimientos de agua que hay en sus predios.

La alternativa es clara: o pone barreras naturales y artificiales entre las fuentes de agua y sus instalaciones agroindustriales si quiere que estas últimas funcionen, o, mientras esto no ocurra no puede funcionar la porqueriza porque las aguas se contaminan y quienes usan las aguas ven perjudicada su salud.

Ante el antecedente de que se le permitiera a Vásquez pagar los derechos fiscales antes de otorgársele la licencia de sanidad y de que no hicieron nada las autoridades ante la violación del reglamento y ante el perjuicio que se ocasionó a una comunidad, se torna indispensable rodear de efectivos mecanismos legales la protección real al derecho a la salud de los habitantes de los Llanos de Cuivá.

En primer lugar, el cumplimiento de esta sentencia no se puede trasladar al inspector de policía como lo decidió el *ad quem*, será el mismo juez de tutela quien velará por su efectividad.

El inspector de policía y los demás funcionarios encargados de la protección del medio ambiente y de los servicios públicos domiciliarios cumplirán con las funciones que les corresponda, pero ello no obsta para que la Corte oficie al Ministerio del Medio Ambiente para que su presencia contribuya a la defensa de la naturaleza y a la defensa del usuario. Este mismo ministerio tomará las medidas adecuadas para que la comunidad sea suficientemente ilustrada de sus derechos constitucionales respecto a mecanismos de participación legalmente establecidos en la ley 99 de 1993 y en la ley 142 de 1994, entre ellos: la elección de vocal de control por el comité de desarrollo y control social con las importantes atribuciones de examinar todo lo que tenga que ver con el servicio público domiciliario y está la posibilidad de que se convoque a Audiencia Pública Administrativa previa a decisiones sobre licencia ambiental.

La Corte no puede obligar a que se empleen estos mecanismos porque ellos deben surgir del accionar de la comunidad, pero, teniendo en consideración que este problema de la degradación del agua en su propia fuente ocurre en muchas partes del país, a manera de llamamiento en prevención le dirá al Ministerio del Medio Ambiente que ponga en conocimiento de los habitantes de los Llanos de Cuivá y de todas las comunidades que estime conveniente la operatividad de estos instrumentos jurídicos inspirados en el espíritu de la Constitución de 1991.

Además, como ya lo había señalado la juez de Primera Instancia, la contaminación del agua destinada al consumo humano está tipificada como delito por el artículo 205 del Código Penal entonces deberá enviarse copia de esta sentencia a los instructores penales correspondientes para que se inicie la investigación a que hubiere lugar.

Y, comprobado que los doce niños examinados fueron afectados en su salud, le corresponderá al infractor Álvaro Vásquez sufragar la atención médica de los menores para que sean curados.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero. Confírmense las sentencias de los juzgados Civil Municipal y Civil del Circuito de Yarumal, proferidas en la presente acción en cuanto tutelaron el derecho a la salud de los solicitantes.

Segundo. Consecuencialmente, ordénase al ciudadano Álvaro Vásquez suspender, en el término de doce horas, si es que aún no lo ha hecho pese a los fallos de los jueces de tutela, el funcionamiento de la porqueriza que tiene en el predio donde se encuentran los nacimientos de agua que consumen los habitantes de los llanos de Cuivá, en Yarumal, y hasta tanto no ejecute las obras que realmente impidan la llegada de materias fecales a dichas fuentes y previo el lleno de las licencias sanitarias y ambientales correspondientes que garanticen la pureza del agua desde el nacimiento hasta la bocatoma.

Tercero. El Juzgado Civil Municipal de Yarumal velará por el estricto cumplimiento de esta sentencia.

Cuarto. Comuníquese al Ministerio del Medio Ambiente lo decidido en este fallo para que se tomen las medidas indicadas en la parte motiva de esta providencia, haciéndole conocer a la comunidad el derecho constitucional de participación expresado en mecanismos como el de Vocal de Control designado por el Comité de Desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios y el de realización de audiencia pública como trámite para licencia ambiental por estar de por medio el impacto al medio ambiente y a los recursos naturales renovables.

Quinto. Envíese copia de este fallo a la Fiscalía en Yarumal (Unidad de Investigación Previa) para que, si lo estima pertinente, se inicie la acción penal correspondiente por el delito de contaminación de aguas.

Sexto. El ciudadano Álvaro Vásquez cubrirá el servicio médico correspondiente de los menores afectados en su salud y cuyos nombres aparecen en este expediente.

Séptimo. Por secretaría, comuníquese al Juzgado Civil Municipal de Yarumal, para efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991 y al defensor del pueblo.

Notifíquese y cúmplase.