

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

STP2043-2020

Radicación n.º. 109008

Acta n.º 41

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Procede la Corte a decidir la impugnación interpuesta por Berta Fanny Osorio Salazar, frente al fallo proferido el 6 de diciembre de 2019, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, que declaró improcedente el amparo deprecado contra la Corporación Autónoma Regional de los Rios Negro – Nare (Cornanre), Municipio de Guarne, Inspección de 2º de Policía y Secretaría de Planeación del citado municipio, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la dignidad humana, a la integridad física, a la propiedad privada y al medio ambiente.

Al diligenciamiento fueron vinculados la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Defensoría del Pueblo. Asimismo, a los particulares Condominio Balcones y Molinos de Covadonga Ltda., Parque Industrial Hipódromo S.A.S., Consuncivil, Parque Empresarial Los Comuneros S.A.S., y Mario Betancurt, en calidad de alcalde electo del municipio de Guarne.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional fueron reseñados por la primera instancia de la siguiente forma:

«La señora BERTA FANNY OSORIO SALAZAR indicó que el 22 de junio de 2019, por derecho de petición, informó al MUNICIPIO DE GUARNE y a CORNARE, con copia a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, y a la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, que con ocasión a la construcción del PARQUE INDUSTRIAL HIPODROMO, se estaban causando graves daños a su propiedad, que repercutían en un peligro para su vida, salud, integridad personal y dignidad humana.

Sin embargo, la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, el MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, y CORNARE, no le respondieron, ni han realizado gestiones para solucionar los problemas ambientales, ni proteger sus derechos fundamentales; solo la DEFENSORÍA actuó, pues le ordenó a CORNARE hacer seguimiento, y aportarle todos los documentos relacionados con su caso.

Hay problemas ambientales porque donde antes era un cañón con flora, fauna, y nacimientos de agua, entre noviembre de 2018, y enero de 2019, se tapó con tierra movida hasta un tope aproximado de 15 o 20 metros, que incluso sobrepasa su lindero. Indicó que es el barranco de su lindero (chamba), el que sostiene toda esa tierra, pues no se dejó el margen suficiente y se talaron los árboles (acá hay una contradicción, en un aparte dice que fue sin permiso de CORNARE, pero en otro, que fue con su autorización, lo cual reprocha). Es por ello que esa tierra, que está encima de su propiedad, a futuro, se puede desprender, pues por ahí transita maquinaria pesada, y se construyen bodegas, lo cual pone en riesgo la vida de su familia, y la suya.

El municipio de GUARNE, por medio de su INSPECCIÓN 2a DE POLICÍA y su SECRETARÍA DE PLANEACIÓN, le respondió que no había violaciones de normas y licencias urbanística, y que su vida no corría peligro, pero ella no está de acuerdo, pues se han presentado

deslizamientos al frente de su propiedad; la obra se lleva a cabo por fuera de las licencias, y como se taponaron con tierra las fuentes hídricas, soslayando la autorización de construcción, esas aguas descienden a su propiedad, pasan por debajo de su inmueble, allí salen a una quebrada, y generan grietas e inundaciones, concretamente un lago (aunque admite que el constructor instaló unos tubos de gran proporción para la salida de agua, y esa agua la toma un vecino con una motobomba).

Además, en la proximidad de su lindero se hará una bodega, y hay maquinaria pesada sobre ese relleno. Le reclamó por esto último a CORNARE, pero le contestaron que era competencia de la inspección de policía, interpuso recursos, pero se los rechazaron.

Indicó que desde el año 2007, CONDOMINIO BALCONES Y MOLINOS DE COVADONGA LTDA., cuenta con licencias para construir viviendas, pero fue en 2018, cuando cambió de razón social a PARQUE INDUSTRIAL HIPODROMO S.A.S., que hizo obras significativas, pero bodegas, que son las que la afectan. Indica que esas licencias, prorrogas (sic) y modificaciones (incluso para la remoción de tierras) están viciadas de nulidad, por afectación del debido proceso, pues no hubo participación de los vecinos.

Indicó que CORNARE y el MUNICIPIO DE GUARNE tienen responsabilidad en los daños, pues debieron ordenar que las aguas fluyeran como estaban, es decir, a la vista, y no taponarlas con tierra, además no vigilan el cumplimiento estricto de las licencias, ni el respeto por el medio ambiente.

Se puso de presente las filtraciones a la constructora, y a pesar que la ingeniera encargada de la obra lo admite, porque además se hizo una inspección por la SECRETARÍA DE PLANEACIÓN Y LA INSPECCIÓN DE POLICÍA DE GUARNE, no hay una solución concreta, sino que responden con evasivas. Aunque se admite que la constructora se comprometió a hacer unas perforaciones para drenado, por recomendación de CONSULCIVIL.

Se dijo que el 10 de julio de 2019, mediante un procedimiento administrativo sancionatorio,

CORNARÉ, le impuso una multa a PARQUE INDUSTRIAL HIPÓDROMO, por el daño ambiental causado, y le ordenó dejar el terreno como estaba; es decir, quitar el relleno de tierra, para que las aguas transiten a la vista, pero no han cumplido.»

Como pretensiones de la demanda, la interesada solicita se amparen sus derechos fundamentales y en consecuencia, se ordene a las accionadas emitir los actos administrativos a que hay lugar a fin de que se finalicen los daños ambientales causados con las obras del Parque Empresarial Los Comuneros S.A.S.

Asimismo, se ordene a los administradores de la entidad territorial accionada «volver el lugar en la misma forma en que estaba», esto es, destapar fuentes hídricas y dejarlas a la vista para que descendan de manera natural, y reparar las afectaciones ocasionadas en el lindero de su propiedad.

Finalmente, depreca que se revisen los actos administrativos que otorgaron las licencias ambientales, a fin de verificar la posible violación del debido proceso.

DEL FALLO RECURRIDO

El A quo declaró improcedente el amparo, en fallo del 6 de diciembre de 2019, por falta de acreditación del requisito genérico de subsidiariedad, toda vez que para salvaguardar las garantías alegadas existen otros mecanismos que resultan idóneos y eficaces, por lo que la tutela no resulta viable.

En ese orden, sostuvo que frente a la presunta vulneración del derecho al debido proceso ocasionado con la expedición de las licencias de construcción y de aprovechamiento forestal por parte de Cornare, la actora podía acudir a la vía contenciosa administrativa, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, donde incluso estaba facultada para solicitar medidas cautelares.

De otra parte, arguyó que de cara a la probable trasgresión de sus prerrogativas fundamentales producida por el Parque Industrial Hipódromo S.A.S., al rellenar un terreno cercano a su propiedad, ésta podía iniciar procesos policivos por comportamientos contrarios a la posesión y mera tenencia de bienes (art. 77 y 213 de la Ley 1801 de 2016).

Seguidamente, sustentó que respecto a la violación de los derechos ambientales, estaba facultada la interesada para asistir ante Coarne, a fin de que se iniciara un proceso sancionatorio, o impetrar la acción popular instituida para tales fines. Adicionalmente, señaló que en lo concerniente con las pretensiones resarcitorias, era dable que Osorio Salazar presentara demanda de reparación directa.

Finalmente, advirtió que en el presente caso no se acreditaba la existencia de un perjuicio irremediable que tornada procedente la acción, ni siquiera bajo un carácter transitorio.

DE LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por la parte demandante, quien sustentó el disenso sobre el mismo recuento fáctico expuesto en la acción tuitiva; y reiteró sus argumentos con la finalidad de lograr la protección de las prerrogativas superiores que estima vulneradas.

CONSIDERACIONES

Conforme lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente la Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la sentencia de tutela adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

En el caso sub examine, el problema jurídico a resolver se contrae en determinar si la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia acertó o no, al declarar improcedente el amparo deprecado por Berta Fanny Osorio Salazar, al estimar que no se acreditó el requisito genérico de subsidiariedad, ante la existencia otros mecanismos idóneos y eficaces para la

protección de los derechos fundamentales.

De esta manera, la Sala deberá establecer si en la presente oportunidad la acción se torna procedente en aras de impartir la orden deprecada, verificando la concurrencia del presupuesto de subsidiariedad, necesario a fin estudiar el fondo de la cuestión.

Así las cosas, se tiene que la jurisprudencia constitucional y de esta Corporación en diversas oportunidades ha reiterado que en atención al requisito de subsidiariedad de la acción de amparo, los conflictos de orden jurídico relacionados con derechos fundamentales deben ser, en principio, definidos por las vías ordinarias y extraordinarias – administrativas o jurisdiccionales – y sólo ante la ausencia de dichos senderos o cuando éstos no son idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable resulta admisible acudir a la tutela.

En efecto, el carácter residual del mecanismo tutelar impone al interesado desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los recursos de defensa ofrecidos por el ordenamiento jurídico, en aras de obtener la protección de sus garantías constitucionales.

Tal imperativo pone de relieve que, para acudir a esta institución, el libelista debe haber obrado con diligencia en los referidos procedimientos y procesos, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los litigios legales deviene en la improcedencia del instrumento establecido en el artículo 86 Superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el suplicante deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de lograr la guarda de un derecho elemental (CC T-1054-2010, CC T-480-2011).

En estas circunstancias, el reclamo constitucional no puede hacerse valer, ni siquiera como mecanismo transitorio de salvaguardia, pues, tal modalidad procesal se encuentra

subordinada al ejercicio de herramientas administrativas o judiciales, en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno de los mismos.

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que en términos generales, la accionante sostiene que con ocasión a la construcción del Parque Empresarial Hipodromo S.A.S. en el municipio de Guarne y la remoción de terreno que ha implicado afectar distintas especies de flora y fauna, se han causado graves daños a su propiedad, así como también, lesionado los derechos fundamentales invocados en el actual diligenciamiento.

A partir de tal suceso, solicita que, a través del presente medio constitucional, se emitan órdenes a diferentes autoridades públicas y personas de derecho privado, tendientes a salvaguardar las garantías que considera conculcadas.

No obstante, atendiendo los requisitos genéricos de procedencia de la acción, encuentra la Sala que el quebranto a las garantías superiores no puede ser estudiado en el presente caso, comoquiera que no se acreditó el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza este medio constitucional. Esto, por cuanto, la demandante cuenta con distintos mecanismos de defensa, los cuales no demostró haber activado como se expone a continuación.

Sobre dicho tópico, se halla que la accionante pretende que sean revisados los actos administrativos expedidos por la Corporación Autónoma Regional de los Ríos Negro – Nare (Cornanre), y el Municipio de Guarne, donde se autoriza, entre otros, la tala de árboles al Parque Empresarial Hipodromo S.A.S. y distintas actividades de modificación del terreno para la construcción del proyecto inmobiliario. Igualmente, que se conmine a las citadas autoridades a que cumplan las funciones de vigilancia a fin de que el particular no genere daños de carácter irremediable.

Así, se advierte la Sala que la acción popular consagrada en el artículo 88, numeral primero, de la Constitución Política y desarrollado en la Ley 472 de 1998, se constituye en una

herramienta constitucional idónea a fin de lograr la protección de los derechos de orden colectivo (medio ambiente) e incluso fundamentales, presuntamente vulnerados por las accionadas. Esto pues, su finalidad no es solamente preventiva, sino también restitutoria, en la medida en que puede emplearse para restablecer las cosas a su estado anterior al momento de vulneración y en caso de no proceder la restitución, es factible ordenar la indemnización por el daño ocasionado.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-596 de 2017, señaló la naturaleza de la acción Popular, de la forma que sigue:

“La Ley 472 de 1998, establece en su artículo 2 que el objeto de la acción popular consiste en evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, cuando ello fuere posible. Conforme a lo anterior, su finalidad consiste en la protección de un tipo especial de derechos e intereses. Según la Corte, corresponden “a derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas”[180]. En esa dirección, al tratarse de intereses “supraindividuales e indivisibles (...) exigen una conceptualización y un tratamiento procesal unitario y común, pues la indivisibilidad del objeto implica que la solución de un eventual litigio sea idéntica para todos”[181].

167. La acción popular a pesar de que su objeto, según lo define el artículo 88 de la Carta y la Ley 472 de 1998, consiste en la protección de derechos colectivos tiene, además, cuando estén relacionados estrechamente con aquellos, la aptitud de amparar posiciones iusfundamentales. Es precisamente por ello que un instrumento como la acción de tutela ha sido reconocido, en hipótesis excepcionales, como un medio de protección de derechos

colectivos al paso que en el curso de las acciones populares han terminado por ampararse también derechos fundamentales.”

Se recalca, además, que de acuerdo con lo fijado en el inciso 3º del artículo 17, como en los cánones 25 y 26 de la ley 472 de 1998, en la citada acción el juez está facultado para adoptar medidas de carácter previo desde el mismo momento en que cuente con los elementos de juicio necesarios para fundamentar la amenaza o una afectación a los derechos que pretenden salvaguardarse. Esto incluye, sin lugar a dudas, la inaplicación total o parcial, la suspensión de efectos, o la interpretación condicionada de actos administrativos, entre tanto se supera la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos cuyo amparo se invoca.

En adición, la ley prevé la celebración de pactos de cumplimiento que tienen por finalidad fijar la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior. Igualmente, establece el agotamiento de una fase probatoria en el que se podrán practicar pruebas conducentes, “incluyendo estadísticas de fuentes confiables, conceptos de las entidades públicas a manera de peritos y con la posibilidad de practicar personalmente las pruebas, sin perjuicio de su facultad de comisionar” (CC-T-596-2017).

Conforme a ello, se concluye que al tratarse entonces de un mecanismo de estatus constitucional, que otorga amplias facultades al juzgador, la misma se convierte en una herramienta de protección eficaz frente a afectaciones que involucran la acción y/o omisión de distintas entidades de orden público o particular, como en el caso estudiado.

De otro lado, en cuanto a la solicitud de revisión de la legalidad de los actos administrativos en lo que se otorgaron licencias ambientales y de construcción, es claro que la libelista está facultada para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, en aras de lograr su nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según sea el caso. Lo mismo se predica

de la solicitud resarcitoria pretendida de parte del ente territorial, derivada de la presunta omisión de las labores de vigilancia y control, pues en dicha jurisdicción se establece el medio de control de reparación directa que tiene tal naturaleza.

Finalmente, tal y como lo expuso el Tribunal a quo, la demandante también cuenta con la posibilidad de incoar procesos policivos por comportamientos contrarios a la posesión y mera tenencia de bienes inmuebles, contra el particular que presuntamente perturbó su derecho a la propiedad, según lo estipulado en el artículo 771 del Código de Policía.

En forma similar, por actuaciones que afectan la integridad urbanística, tal y como lo dispone el canon 1352 de la citada codificación.

Lo expuesto, permite colegir que el presente diligenciamiento constitucional resulta improcedente, por cuanto la accionante no acreditó haber ejercitado las acciones de protección señaladas en precedencia, en aras de procurar el resguardo de sus derechos.

Sobre el particular deber recordarse, que la acción de tutela no tiene connotación alternativa o supletoria, es decir, que su ejercicio no puede darse en forma paralela a los medios de defensa judiciales comunes, ni tampoco se instituyó como último recurso al cual se pueda acudir cuando aquellos no se ejercitan, o habiéndolo hecho, resultan desfavorables al interesado.

Finalmente, se recalca que en el presente evento no se acreditó existencia de un perjuicio irremediable con las características de urgencia y gravedad, que ameriten la intervención excepcional del juez constitucional. Toda vez que, como se expuso en precedencia, la actora cuenta con herramientas apropiadas, que incluso, permiten la adopción de medidas tempranas para conjurar los presuntos daños o evitar la ocurrencia de otros, pero dentro de un trámite dotado de amplias facultades procesales.

Corolario de lo expuesto, se sostiene que no es posible conceder el amparo deprecado por

la ciudadana Berta Fanny Osorio Salazar, porque incumplió la condición de procedibilidad de la demanda de tutela. Razón que conducen a confirmar la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado, por las razones expuestas en éste proveído.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 ARTÍCULO 77. COMPORTAMIENTOS CONTRARIOS A LA POSESIÓN Y MERA TENENCIA DE BIENES INMUEBLES. Son aquellos contrarios a la posesión, la mera tenencia de los bienes inmuebles de particulares, bienes fiscales, bienes de uso público, bienes de utilidad pública o social, bienes destinados a prestación de servicios públicos. Estos son los siguientes:

1. Perturbar, alterar o interrumpir la posesión o mera tenencia de un bien

inmueble ocupándolo ilegalmente.

2. Perturbar la posesión o mera tenencia de un inmueble o mueble por causa de daños materiales o hechos que la alteren, o por no reparar las averías o daños en el propio inmueble que pongan en peligro, perjudiquen o molesten a los vecinos.
3. Instalar servicios públicos en inmuebles que hayan sido ocupados ilegalmente.
4. Omitir el cerramiento y mantenimiento de lotes y fachadas de edificaciones.
5. Impedir el ingreso, uso y disfrute de la posesión o tenencia de inmueble al titular de este derecho.

2 ARTÍCULO 135. COMPORTAMIENTOS CONTRARIOS A LA INTEGRIDAD

URBANÍSTICA. <Artículo corregido por el artículo 10 del Decreto 555 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Los siguientes comportamientos, relacionados con bienes inmuebles de particulares, bienes fiscales, bienes de uso público y el espacio público, son contrarios a la convivencia pues afectan la integridad urbanística y por lo tanto no deben realizarse, según la modalidad señalada:

A) Parcelar, urbanizar, demoler, intervenir o construir:

1. En áreas protegidas o afectadas por el plan vial o de infraestructura de servicios públicos domiciliarios, y las destinadas a equipamientos públicos.
2. Con desconocimiento a lo preceptuado en la licencia.
3. En bienes de uso público y terrenos afectados al espacio público.

4. En terrenos aptos para estas actuaciones, sin licencia o cuando esta hubiere caducado.

B) Actuaciones en los inmuebles declarados de conservación e interés cultural, histórico, urbanístico, paisajístico y arquitectónico:

5. Demoler sin previa autorización o licencia.

6. Intervenir o modificar sin la licencia.

7. Incumplir las obligaciones para su adecuada conservación.

8. Realizar acciones que puedan generar impactos negativos en el bien de interés cultural, tales como intervenciones estructurales, arquitectónicas, adecuaciones funcionales, intervenciones en las zonas de influencia y/o en los contextos del inmueble que puedan afectar las características y los valores culturales por los cuales los inmuebles se declararon como bien de interés cultural.

C) Usar o destinar un inmueble a:

9. Uso diferente al señalado en la licencia de construcción.

10. Ubicación diferente a la señalada en la licencia de construcción.

11. Contravenir los usos específicos del suelo.

12. Facilitar, en cualquier clase de inmueble, el desarrollo de usos o destinaciones del suelo no autorizados en licencia de construcción o con desconocimiento de las normas urbanísticas sobre usos específicos.

D) Incumplir cualquiera de las siguientes obligaciones:

13. Destinar un lugar al interior de la construcción para guardar materiales, maquinaria, escombros o residuos y no ocupar con ellos, ni siquiera de manera temporal, el andén, las vías o espacios públicos circundantes.
14. Proveer de unidades sanitarias provisionales para el personal que labora y visita la obra y adoptar las medidas requeridas para mantenerlas aseadas, salvo que exista una solución viable, cómoda e higiénica en el área.
15. Instalar protecciones o elementos especiales en los frentes y costados de la obra y señalización, semáforos o luces nocturnas para la seguridad de quienes se movilizan por el lugar y evitar accidentes o incomodidades.
16. Limpiar las llantas de los vehículos que salen de la obra para evitar que se arroje barro o cemento en el espacio público.
17. Limpiar el material, cemento y los residuos de la obra, de manera inmediata, cuando caigan en el espacio público.
18. Retirar los andamios, barreras, escombros y residuos de cualquier clase una vez terminada la obra, cuando esta se suspenda por más de dos (2) meses, o cuando sea necesario por seguridad de la misma.
19. Exigir a quienes trabajan y visitan la obra, el uso de cascos e implementos de seguridad industrial y contar con el equipo necesario para prevenir y controlar incendios o atender emergencias de acuerdo con esta ley.
20. Tomar las medidas necesarias para evitar la emisión de partículas en suspensión, provenientes de materiales de construcción, demolición o desecho, de conformidad con las leyes vigentes.

21. Aislar completamente las obras de construcción que se desarrollen aledañas a canales o fuentes de agua, para evitar la contaminación del agua con materiales e implementar las acciones de prevención y mitigación que disponga la autoridad ambiental respectiva.
22. Reparar los daños o averías que en razón de la obra se realicen en el andén, las vías, espacios y redes de servicios públicos.
23. Reparar los daños, averías o perjuicios causados a bienes colindantes o cercanos.
24. Demoler, construir o reparar obras en el horario comprendido entre las 6 de la tarde y las 8 de la mañana, como también los días festivos, en zonas residenciales.