Cartagena de Indias D.T. y C., quince (15) de Mayo de dos mil dieciocho (2018)

Acción	**ACCIÓN DE TUTELA**
Radicado	**13-001-33-33-004-2018-00047-00**
Demandante	**VEEDURÍA CIUDADANA PASACABALLO – OJO PELAO**
Demandado	**LADRILLERA LA CLAY – CARDIQUE – DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – MINISTERIO DE MINAS Y OTROS**
Magistrado	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	*Legitimación en la causa por activa – tutela como mecanismo para demandar el derecho a la salud y al ambiente sano.*

I.- PRONUNCIAMIENTO

Corresponde a la Sala resolver en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 5 de abril de 2018, mediante la cual el Juzgado Cuarto del Circuito de Cartagena, negó por improcedente la acción.

II.- DEMANDANTE.

La presente acción constitucional fue instaurada, por la VEEDURÍA CIUDADANA DE PASACABALLO – OJO PELAO.

III. DEMANDADO.

La acción está dirigida en contra del MINISTERIO DEL INTERIOR, LADRILLERA LA CLAY, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE - CARDIQUE, DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍAS.

IV.- ANTECEDENTES

4.1 Pretensiones[1].

Por medio de la presente acción, la demandante pretende lo siguiente:

- Solicita que se ordene la suspensión inmediata de la acción perturbadora, revocatoria de todos los actos administrativos, y la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, al

[1] Folio 17-18

desarrollo cultural, al uso de la tierra y la protección de los recursos naturales y del ambiente, derecho al trabajo, al ambiente sano y al debido proceso.

4.2. Hechos[2].

Sostiene la tutelante que, se están vulnerando los derechos fundamentales a la consulta previa, al desarrollo cultural, al uso de la tierra y la protección de los recursos naturales y del ambiente, derecho al trabajo, al ambiente sano y al debido proceso, de las comunidades BENKOS BIOJÓ, CIUDADELA 7 DE AGOSTO, MESA VALDEZ UNO, MESA VALDEZ DOS, JORGE ELIECER GAITAN, EL PROGRESO, NUEVO PORVENIR, LOS DOS CAMINOS, ALTOS DE LA PAZ, ubicados en el corregimiento de Pasacaballos, al permitirse, por parte de las autoridades administrativas de la ciudad, el funcionamiento de una ladrillera en medio de la población civil, ocasionándoles perjuicios a su salud.

Afirma, que es preocupante que en la actualidad esté funcionando una ladrillera en un lugar muy cercano a la población civil, que impacta la salud y el medio ambiente de dicha comunidad; y, en donde solamente se siguen por un plan de manejo que concentra únicamente las actividades a desarrollar por la ladrillera, sin tener en cuenta la influencia que dicha actividad genera en la salud y el ecosistema humano.

Agrega, que CARDIQUE, autorizó y continua renovando la licencia que contiene el plan de manejo ambiental de la ladrillera LA CLAY, en la que se evalúan fuentes como la temperatura de salida de los gases, presión biométrica, presión estática, velocidad promedio de gas, pero no tiene en cuenta que dichos gases contaminan el ambiente en el que se encuentra la población civil.

Agrega, que BENKOS BIOJÓ, CIUDADELA 7 DE AGOSTO, MESA VALDEZ UNO, MESA VALDEZ DOS, JORGE ELIECER GAITAN, EL PROGRESO, NUEVO PORVENIR, LOS DOS CAMINOS, ALTOS DE LA PAZ, ubicados en el corregimiento de Pasacaballos, son comunidades afrodescendientes, que conviven con el ecosistema de la zona, siendo el aire, una parte esencial para su salud.

Argumenta que, muy a pesar de que la normativa ordena que deben ser consultados para la autorización de cualquier proyecto en la zona donde residan comunidades; se tiene que CARDIQUE, aprueba todos los planes de manejo ambiental que presenta la compañía ladrillera, sin tener en cuenta a las comunidades afrodescendientes que habitan en la zona.

[2] Fols. 3 Cdno 1

Que, a través de la Resolución No. 0212 de diciembre de 1987, el Inderena Regional Bolivar, le otorgó licencia ambiental a la sociedad Ladrillera LA CLAY S.A. Mediante Resolución No. 0374 de septiembre de 1997, Cardique estableció el plan de manejo para las respectivas actividades de la sociedad ladrillera LA CLAY S.A.

Además, por medio de Resolución No. 772 del 11 de septiembre de 2000, CARDIQUE otorgó el permiso de emisiones atmosféricas de la sociedad Ladrillera LA CLAY, y por medio de Resolución 0191 de marzo 15 de 2001, se aprobó la modificación al plan de manejo ambiental de dicha empresa.

Por medio de Resolución 0101 de febrero de 2004, CARDIQUE aprueba la construcción de 215 mt^2, adicionales al horno del área ya construida, para un total de 1.200 mt^2.

El 8 de agosto de 2005, CARDIQUE, expidió la Resolución No. 737 de 2006, en la que se renovó el permiso para la emisión de gases atmosféricos, por un término de 5 años; y el 14 de enero de 2008, le otorgó una licencia ambiental por 30 años, Resolución 010, para desarrollar el proyecto de Concesión Minera 0-599 ubicado en el corregimiento de Pasacaballos.

Que, mediante Informes Técnicos No. 1354 y 1200 de 1998, se informa a CARDIQUE, del incumplimiento al plan de manejo ambiental.

Que la Ladrillera LA CLAY ha usado como combustible, carbón mineral, sin cumplir con los requisitos que establece el Decreto 1697 de 1997, para estas prácticas. Al respecto, en el 22 de junio de 2005, se presentó una denuncia hecha por el Departamento de Policía de Bolivar, por la exposición de carbón mineral al aire libre, sin embargo la situación no ha cambiado.

El 7 de enero de 2003, la Junta Administradora Local del Corregimiento de Pasacaballos, le solicitó a la Ladrillera LA CLAY la realización de una consulta previa

4.3 Contestación

4.3.1 Contestación del Ministerio del Interior[3]

Esta entidad, contestó por medio de apoderado judicial, el 7 de marzo de 2018, manifestando que no le consta ninguno de los hechos planteados por la veeduría actora. Como mecanismo de defensa judicial, propone las siguientes excepciones:

[3] Folio 101-107 c. 1 y 1718-1725 c. 9

- *Falta de legitimación en la causa por activa:*

En la demanda, se sostiene que la Veeduría Ciudadana de Pasacaballos, representa es a las comunidades BENKOS BIOJÓ, CIUDADELA 7 DE AGOSTO, MESA VALDEZ UNO, MESA VALDEZ DOS, JORGE ELIECER GAITAN, EL PROGRESO, NUEVO PORVENIR, LOS DOS CAMINOS, ALTOS DE LA PAZ, las cuales no aparecen registradas en la base de datos del Ministerio del Interior, como comunidades negras, ni en la base de datos de la Agencia nacional de Tierras, por lo tanto, quienes alegan el derecho no pueden exigir el derecho a la consulta previa, toda vez que el mismo solo está reservado para las comunidades étnicas.

De igual manera, el Veeduría Ciudadana de Pasacaballos, tampoco es sujeto protegido con el derecho a la consulta previa, toda vez que no es un sujeto de especial protección, en las condiciones en las que se ha establecido por la Corte Constitucional.

- *Legalidad del acto administrativo expedido por la dirección de consulta previa del ministerio del interior*

Se expone que, es la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la autoridad competente para garantizar, liderara y coordinar los procedimientos de consulta previa, y, en virtud de su función, expidió el concepto OFI07-16923 DET-1000 del 27 de junio de 2007, en el cual se indicó que en el Corregimiento de Pasacaballos no se registra presencia de comunidades étnicas. Además que, en el área del proyecto de "Explotación de materiales de construcción en una cantera ubicada en jurisdicción del corregimiento de Pasacaballos, Departamento de Bolívar" no se registra presencia de comunidades étnicas.

Así las cosas, se sostiene que el acto administrativo anterior se encuentra acorde al ordenamiento jurídico, pues, no es pertinente la realización de la consulta previa cuando en el sector en el que se va a desarrollar un proyecto, no se encuentra asentada ninguna comunidad étnica, afrodescendientes, u otros, que se puedan ver afectados.

- *Inexistencia del derecho a la consulta previa*

Afirma, que ordenar la consulta previa a las comunidades del corregimiento de Pasacaballos, seria violatorio del principio de legalidad, puesto que, como ya se ha mencionado anteriormente, dichas personas no son sujetos o beneficiarios de la garantía que brinda la consulta previa.

- *Improcedencia de la tutela por existir otro mecanismo de defensa.*

Manifiesta, que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, que debe ser utilizado únicamente cuando no existan otros medios de defensa, lo cual no es el caso de marras, puesto que en este evento no se han agotado los medios establecidos en la regulación común.

4.3.2 Contestación de la Ladrillera LA CLAY[4]

Con escrito del 9 de marzo de 2018, la empresa particular demandada en este caso dio respuesta a la tutela, manifestando que no son ciertos los hechos expuestos por la veeduría accionante, toda vez que la Ladrillera CLAY siempre ha cumplido con los permisos otorgados para el ejercicio de su actividad económica, igualmente ha mantenido un plan de manejo ambiental en el que se incluyen los títulos mineros, la fábrica y el área de influencia de la misma; tal y como se evidencia en los en las actas de visita de CARDIQUE del año 2015.

Explica, que los aspectos mencionados por los actores, que hacen referencia a la temperatura de gases, presión estática y demás, no son gases contaminantes, sino características descriptivas de las condiciones de la chimenea en su funcionamiento diario, por lo tanto, dichos términos son utilizados por los demandantes, para confundir al despacho.

Afirma, que no es cierto que la población de Pasacaballos esté sufriendo de problemas de salud debido al impacto ambiental generado por la actividad que despliega la ladrillera; pues al expediente no se allegó ninguna prueba en tal sentido. Además, según las estadísticas ASIS del año 2015 del Distrito de Cartagena, se puede observar que el comportamiento de morbilidad y la mortalidad de los pobladores del corregimiento de Pasacaballos no está relacionada con la exposición a dióxidos de nitrógeno, aceites o grasas.

Manifiesta, que con la contestación se aportan al proceso todos los estudios más recientes que evidencian el cumplimiento cabal de las normas técnicas por parte de la Ladrillera La Clay; de los mismos se puede concluir que no existe impacto ambiental por la actividad desarrollada por la ladrillera.

En cuanto al uso del carbón mineral se expone que, si es cierto que la compañía utiliza carbón para la quema del ladrillo, pero se usa micronizado, el cual facilita la rápida dispersión y dicho material tiene su lugar de almacenamiento.

Informa que la ladrillera no genera impacto ambiental en la zona, pues hasta el momento no se han evidenciado daños ambientales a la pesca y la agricultura, que son las actividades desarrolladas por los pobladores de Pasacaballos, las cuales, en la actualidad se siguen llevando a cabo.

[4] Folio 23-29

Explica que la consulta previa no es un derecho que se haya violentado en el caso de marras, pues los entes de control nunca la solicitaron, sin embargo, para efectos el acatamiento de los deberes sociales, la misma empresa LA CLAY realizó una consulta previa para la solicitud del nuevo título minero, tal y como se prueba en el expediente. Además, para la fecha en la cual se constituyó la ladrillera, año 1988, la consulta previa no era un requisito exigido por el ordenamiento jurídico.

Como mecanismo de defensa, se invocaron las siguientes excepciones:

- Fundamento de hecho y derecho sobre la acción impetrada
- La improcedencia de la acción de tutela como medio para controvertir actuaciones administrativas
- Principio de subsidiaridad de la acción de tutela.
- Improcedencia de la acción de tutela por inexistencia del perjuicio irremediable.
- Carencia actual de objeto

4.3.3 Contestación de CARDIQUE[5]

Por medio de apoderado judicial constituido para el efecto, Cardique dio contestación a la demanda, el 8 de marzo de 2018, exponiendo que no es cierto que la Ladrillera demandada no ha sido objeto de seguimientos por parte de la entidad pública, que, por el contrario, Cardique ha ejercido la debida vigilancia frente a la actividad desplegada por La Clay, en el desarrollo de su proyecto; que, sí es cierto que en su momento, año 1999, Cardique expidió conceptos técnicos en los que se hacían requerimiento a la empresa por incumplimiento al plan de manejo ambiental, pero que este hecho solo demuestra que la autoridad Ambiental sí han hecho actividades de seguimiento a la Ladrillera.

Sostiene que, el demandante solo se limita a afirmar que la población de Pasacaballo tiene afecciones a su salud, sin entrar a demostrar su dicho. Que Cardique ha expedido las diferentes autorizaciones para la emisión atmosférica, en cumplimiento de las normas que regulan la materia.

Manifiesta, que el 23 de agosto de 2017, se recibió una queja presentada por Ramiro Torres Espinoza, por presunta contaminación por el funcionamiento de la Ladrillera La Clay, ordenándose la apertura de una indagación preliminar, en virtud de las cuales, se realizaron visitas de inspección, quedando registradas estas en los Conceptos Técnicos No. 1013 del 8 de noviembre de 2017 y Co.

[5] Folio 1550-1554 C. 8

1110 del 11 de diciembre de 2017; y, que dieron origen a la Resolución No. 173 de febrero 14 de 2018, por medio de la cual se inicia un proceso sancionatorio.

Como excepciones de fondo, propone la inexistencia de vulneración de los derechos invocados por los accionantes, y la falta de legitimación en la causa por pasiva, por considerar que la autoridad ambiental ha ejercido su función de manera correcta y por ello, no debe responder las presuntas violaciones que indican los demandantes.

4.3.4 Contestación del Distrito de Cartagena[6]

El Distrito de Cartagena, contestó la tutela el 8 de marzo de 2018, manifestando que el veedor ciudadano que interpuso la acción de tutela no acreditó ni mencionó si pertenece a una comunidad afro de Pasacaballo, tampoco acreditó que actuara en favor de quien se encuentra incapacitado para interponer directamente la tutela.

Además, sostiene que, en este momento no es posible amparar el derecho a la consulta previa, porque éste no es un proyecto que vaya a iniciarse en Pasacaballo, sino que, el mismo, tiene más de 30 años de estar ejecutándolo en el mismo lugar y en las mismas condiciones, y para esa época no era exigible la consulta previa.

Por otra parte expone, que las normas tendientes a la protección del medio ambiente sano, salubridad y seguridad pública, corresponden a derechos colectivos, que solo pueden ser resguardados mediante la acción popular, y no, por medio de la acción de tutela que es un mecanismo subsidiario.

4.3.5 Contestación de Ministerio de Minas y Energía[7]

Este Ministerio presentó su escrito de contestación el 8 de marzo de 2018, manifestando que se opone las pretensiones de la veeduría accionante, toda vez que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario que no es idóneo para debatir los derechos invocados por la accionante.

Además, propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva, pues el Ministerio de minas no es la entidad encargada de dar solución a ninguna de las solicitudes elevadas por la entidad actora.

[6] Folio 1726-1742 c. 9
[7] Folio 1746-1753 c. 9

4.3.6 Contestación de la Agencia Nacional de Minería[8]

Esta entidad contestó, el 22 de marzo de 2018, manifestando que no es la entidad llamada a responder por las presuntas violaciones que se acusan en la acción constitucional, puesto que el trámite para la concesión de una licencia de explotación minera no está sujeta a la realización previa de una consulta previa; puesto que este requisito solo debe ser evaluado al momento de realizar el estudio para la concesión de las autorizaciones ambientales, competencia que es ajena a la función que cumple la Agencia Nacional de Minería.

V.- FALLO IMPUGNADO[9]

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 5 de abril de 2018, resolvió no tutelar los derechos invocados por la asociación tutelante, manifestando que no se había demostrado que esta tuviera interés en la acción, legitimación en la causa por activa, toda vez que la consulta previa busca proteger los derechos de las comunidades raizales, étnicas o afrodescendientes, y en el proceso no se probó que la veeduría ciudadana de Pasacaballos o las comunidades a las cuales representaba tuvieran esa calidad.

De igual manera, la Juez a quo sostuvo que la acción de tutela no era el mecanismo procedente para resolver la controversia planteada por las partes, toda vez que es un mecanismo subsidiario que solo puede ser utilizado en los eventos en los cuales no existe otro mecanismo de defensa.

VI.- IMPUGNACIÓN

Por medio de escrito, del 10 de abril de 2018, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la decisión del *a quo*, exponiendo la Veeduría Ciudadana de Pasacaballos – Ojo Pelao, tiene la connotación de ser de Pasacaballos, y tiene por finalidad de intervenir en todos los procesos públicos en los cuales se manejen dineros del Estado.

Al respecto, solicita que se analice la sentencia T-745 de 2010, donde esa veeduría obligó al Distrito a realizar la Consulta previa de para la construcción de la vía Transversal Barú.

[8] Folio 1765-1779 c. 9
[9] Fols. 124-129 Cdno 1

VII.-TRÁMITE PROCESAL

La presente acción ingresó al despacho el 18 de abril de 2018[10], admitiéndose el recurso de apelación el 19 de abril de 2018[11], e ingresando el proceso para sentencia el 24 de abril del 2018[12].

VIII.- CONSIDERACIONES

7.1 La competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en primera instancia, según lo establecido por artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991.

7.3 Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar sí:

> *¿Está legitimada en la causa por activa, la Veeduría Ciudadana de Pasacaballo "Ojo Pelao" para presentar acciones de tutela en defensa del derecho de las comunidades afrodescendientes del Corregimiento de Pasacaballo?*

En caso de encontrarse demostrado lo anterior, deberá verificarse lo siguiente:

> *¿Es procedente la tutela para estudiar la vulneración de derechos colectivos?*
> *¿Están las entidades demandadas vulnerando los derechos de la población de Pasacaballos, por contaminación al medio ambiente que emite la Ladrillera LA CLAY?*

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordara el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Procedencia de la acción de tutela para proteger derechos colectivos- medio ambiente sano
(iii) Caso concreto.

---

[10] Folio 3 c. apelaciones
[11] Folio 4 c. apelaciones
[12] Folio 17 c. apelaciones

7.3. Tesis de la Sala

La Sala considera que, no es procedente el estudio de la presente acción de tutela, como quiera que los mecanismos ordinarios con los que cuenta la veeduría accionante, son idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos colectivos que se demandan.

Por otra parte, considera esta Corporación que le asiste razón a la Juez de Primera instancia, al sostener que la veeduría no cuanta con la facultada para representar los derechos de las comunidades afrodescendientes de Pasacaballos, como quiera que en este corregimiento existen 2 organizaciones Afrocolombianas debidamente conformadas y representadas, que son las llamadas a ejercer las acciones tendientes a obtener la protección de sus derechos.

7.4. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se

presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, procede la Sala a hacer el estudio del caso concreto de la siguiente forma:

7.9 Caso Concreto

En el presente asunto, la Veeduría actora solicitó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la salud, medio ambiente sano, y a la consulta previa, de las comunidades afrodescendientes del Corregimiento de Pasacaballos, presuntamente transgredidos por la LADRILLERA LA CLAY, el MINISTERIO DEL INTERIOR, el MINISTERIO DE MINAS, CARDIQUE, el DISTRITO DE CARTAGENA y el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

Ahora bien, previo a hacer el estudio de fondo del asunto, se hace necesario verificar lo siguiente: i) existe legitimación en la causa por activa, por parte del COMITÉ VEEDURÍA CIUDADANA "OJO PELAO", para reclamar por la violación de los derechos de las comunidades afrodescendientes de Pasacaballos; y, ii) la procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos colectivos.

7.9.1. Legitimación en la causa

De acuerdo con la Corte constitucional, la acción de tutela no supone la posibilidad de que cualquier persona pueda asumir la representación de otra, de manera ilimitada, sin guardar los presupuestos que establecen las normas procedimentales, en materia de legitimación en la causa por activa. Al respecto expone que:

> *"Tal como se encuentra estipulado en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial en virtud del cual a través de un procedimiento preferente y sumario, toda persona puede acudir ante cualquier juez a solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de autoridades públicas.*
>
> *Desde sus inicios esta Corte ha sido enfática en señalar que, la acción de tutela tiene como una de sus características esenciales la del ejercicio informal, "es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano."*
>
> *Sin embargo, las normas reglamentarias de la tutela exigen como requisito la legitimidad e interés del accionante, conforme se advierte en lo estipulado en el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, admitiéndose también la agencia de derechos ajenos cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, y la intervención del Defensor del Pueblo y de los personeros municipales.*

Por ello, este mecanismo de defensa judicial no admite que se pueda asumir de manera indeterminada o ilimitada la representación de otro y demandar protección constitucional a su nombre, ni la informalidad que caracteriza a la acción de tutela se opone a que su ejercicio esté sometido a requisitos mínimos de procedibilidad, entre los cuales está la legitimidad por activa"[13].

De acuerdo con lo anterior, encuentra esta Judicatura que, la parte accionante en este caso es la VEEDURÍA CIUDADANA DE PASACABALLO "OJO PELAO", quien demanda la violación a los derechos a la salud, ambiente sano debido proceso y consulta previa, de las comunidades BENKOS BIOJÓ, CIUDADELA 7 DE AGOSTO, MESA VALDEZ UNO, MESA VALDEZ DOS, JORGE ELIECER GAITÁN, EL PROGRESO, NUEVO PORVENIR, LOS DOS CAMINOS, ALTOS DE LA PAZ, del Corregimiento de Pasacaballo, argumentando que son comunidades afrodescendientes.

La Juez de Primera instancia, al hacer el estudio del caso concreto consideró que existía falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la entidad actora no demostró que, entre sus miembros exista una persona perteneciente a una comunidad afrodescendientes, ni se encontraba demostrado que las comunidades que, según el actor se encuentran afectadas con la actividad de los entes demandados, estén registradas como comunidad de especial protección constitucional.

Al respecto, expresó que, en el proceso de la referencia, se ordenó la vinculación a las comunidades que, según el Ministerio del Interior, se encuentran registradas como pertenecientes al Corregimiento de Pasacaballos, sin embargo ninguna de las dos se hizo parte al proceso a defender sus intereses, por lo que la Veeduría Ciudadana de Pasacaballo no cuenta con la avenencia de dichas comunidades para ejercer su representación.

Ahora bien, advierte esta Sala, que el Máximo Tribunal Constitucional de este país, ya ha estudiado en un caso anterior la legitimación de la veeduría "Ojo Pelao" para ejercer la representación de las comunidades afrodescendientes de pasacaballo, expresando que:

"Cuestión previa: legitimación para la interposición de la tutela en materia de derechos reconocidos a los grupos étnicos minoritarios.

El artículo 86 de la Constitución Política perfila a la acción de tutela como un mecanismo cuyo ejercicio es autorizado a toda persona para que, "por sí misma o por quien actúe a su nombre", se obtenga la protección urgente de los derechos fundamentales que se

[13] Sentencia T-020 de 2016

estimen violados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública e incluso, en ciertas eventualidades, la de un particular.

Esta posibilidad, en principio, se circunscribe a la voluntad del titular de los derechos afectados o amenazados; pues, en armonía con la Constitución, a quién corresponde decidir si activa los mecanismos judiciales en pro de sus derechos fundamentales es al titular de los mismos.

En cuanto al tema que nos incumbe, esta Corte ha sido enfática en que el carácter fundamental del derecho a la consulta previa de los grupos étnicamente minoritarios faculta al juez de tutela para estudiar la viabilidad de su amparo; máxime cuando su particular satisfacción y la de fines como la subsistencia de estos pueblos requiere el empleo de medidas de celeridad suficiente para asegurar el menor detrimento posible a los bienes jurídicos cuya custodia se procura. Se ha especificado también que la garantía de los derechos en cabeza de una colectividad no requiere individualización, justamente porque éstos son reconocidos en función del grupo dado que pertenecen a la colectividad como tal. De esta forma, se admite tanto la fundamentabilidad del derecho como su protección en esta sede.

Así pues, en un primer momento, todos los miembros de la colectividad están autorizados para demandar la observancia de los intereses que detenta en la comunidad como sujeto de derechos. Aparte de los integrantes de la población, las organizaciones que los agrupan tienen la potestad de acudir a la acción de tutela para exigir la salvaguarda de aquellos derechos de entidad iusfundamental. Las razones esgrimidas por esta Corporación para sustentar esa permisión se reducen a que: i) las particulares circunstancias a las que históricamente han sido sometidos estos grupos poblacionales reclaman la flexibilización de las condiciones para el acceso a sus derechos; ii) las autoridades están constitucionalmente obligadas a propender por la conservación de las poblaciones indígenas y tribales; y iii) no es aceptable que el juez constitucional dificulte la concreción del derecho a la consulta y los demás conexos, so pretexto de ciertas exigencias procedimentales."

Cabe recordar, entre otros, casos como los resueltos mediante sentencias T-380 y T-428 de 1993 y la sentencia T-652 de 1998, en que las Organizaciones Indígena de Antioquia y Nacional Indígena impetraron el amparo en nombre de los pueblos Emberá-Catío del río Chajeradó, de Cristianía y del Alto Zinu, respectivamente, situación que gozó de aprobación por parte de esta Corporación que les reconoció legitimación activa frente a los casos concretos. Puntualmente, en esta primera providencia se manifestó: ***"en lo atinente a la representación de la comunidad indígena a través del agenciamiento oficioso por parte de otras organizaciones creadas para la defensa de los derechos indígenas, esta Corporación confirma el criterio sustantivo sostenido por los jueces de instancia, en el sentido de que las condiciones de aislamiento geográfico, postración económica y diversidad cultural, justifican el ejercicio de la acción de tutela por parte de la Organización Indígena de Antioquia en nombre de la comunidad indígena Embera-Katio del río Chagueradó."[14] Sólo bajo supuestos antedichos resulta admisible la interposición de una tutela a favor de otro sujeto de derechos, así sea una colectividad****.*

En ese orden de ideas, se tiene que, es posible que una asociación o individuo demande por medio de acción de tutela, la protección de los derechos de las

[14] T-652 de 1998.

comunidades afrodescendientes o indígenas cuando éstas no pueden hacerlo directamente, debido a circunstancias especiales.

En asunto bajo estudio, esta judicatura, advierte que el Ministerio del Interior ha certificado, mediante documento No. 0414 del 2 de mayo de 2017[15], que en el corregimiento de Pasacaballos, específicamente en el área de explotación minera objeto de concesión, existe una comunidad Afrodescendiente, denominada, "CONSEJO COMUNITARIO DEL CORREGIMIENTO PASACABALLOS", la cual se encuentra legalmente reconocida por la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palanqueras del Ministerio del Interior.

Por otra parte, se observa también una constancia, en la que se certifica la existencia de la organización denominada como "ASOCIACIÓN PARA EL APROVECHAMIENTO FORESTAL SOSTENIBLE DE PASACABALLOS - AGRODIQUE" y que la misma, cumple con la calidad de representación de las comunidades étnicas[16].

Evidencia esta Corporación que la Veeduría Ciudadana de Pasacaballos, en principio, sí puede ejercer la representación de la comunidades afrodescendientes, en calidad de agente oficioso, demandar, por vía de tutela, la violación de los derechos de las mismas; sin embargo, en cada caso concreto debe estudiarse si se está legitimado o no, para actuar como agente oficioso.

La Sala quiere aclarar, que la representación que le otorgó la Corte Constitucional, en el fallo antes citado, tiene que ver con la construcción de la carretera al Corregimiento de Barú, que afectaba tanto a los grupos étnicos, como a los que no tenían esa condición; y, dado el impacto del tipo de obra sobre la comunidad, pero en este asunto, se refiere es a un impacto sobre la comunidad en general, independientemente de la condición de un grupo étnico o no, toda vez que la base de la argumentación para la acción es la supuesta contaminación al medio ambiente.

Encuentra este Tribunal que, el accionante, manifiesta acudir ante esta Corporación en nombre y representación de las comunidades de BENKOS BIOJÓ, CIUDADELA 7 DE AGOSTO, MESA VALDEZ UNO, MESA VALDEZ DOS, JORGE ELIECER GAITAN, EL PROGRESO, NUEVO PORVENIR, LOS DOS CAMINOS, ALTOS DE LA PAZ, que no son más que sectores o barrios del corregimiento de Pasacaballos; sin embargo, no manifiesta actuar en nombre y representación

[15] Folio 138-139 y folios 1670-1672 c. 9
[16] Folio 1668-1669

de las comunidades afrodescendientes reconocidas legalmente ante el Ministerio del Interior, como grupos étnicos.

Además, no avizora en el proceso ninguna circunstancia que impida que dichos grupos se hagan parte en el presente asunto, como ocurre en los casos citados por la corte Constitucional, en sentencias T-380 y T-428 de 1993 y la sentencia T-652 de 1998, en los cuales, por las condiciones de dificultad geográfica o cultural, los directos afectados no podían hacer uso de los mecanismos de protección de sus derechos, y se permitió la figura de la agencia oficiosa para que otras agrupaciones de protección a los indígenas ejercieran la respectiva defensa.

En ese caso, a pesar de que se vinculó al trámite procesal de la referencia a las comunidades que podrían estar interesadas en la consulta previa, ninguna de éstas dos intervino para efectos de defender sus derechos.

Debe tenerse en cuenta que, si bien es cierto que mediante Resolución No. 8238 de noviembre 8 de 2017, el Secretario del Interior y Convivencia Ciudadana declaró la nulidad de las elecciones a la Junta y Representante legal del CONSEJO COMUNITARIO DEL CORREGIMIENTO PASACABALLOS, y se exhortó a dicha comunidad para que se realizara una nueva elección; sin embargo, de la dirección de dicha comunidad se dejó a cargo a la Junta que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2016, hasta tanto se realicen las nuevas elecciones.

Aunado a lo anterior, encuentra esta Judicatura, que en la actualidad, se está llevando a cabo ante el Ministerio del Interior, un proceso de consulta previa con CONSEJO COMUNITARIO DEL CORREGIMIENTO PASACABALLOS, que se encuentra en la etapa de pre-consulta, tal y como lo hace constar el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior (fl. 1795-1797 c. 9).

Así las cosas, debe concluir esta Corporación, que la Veeduría Ciudadana de Pasacaballos "Ojo Pelao" no se encuentra legitimada en la causa para actuar en este asunto, en representación de las comunidades antes mencionadas, toda vez que no se cumplen los presupuestos de la agencia oficiosa para tal fin, en las condiciones en las que quedó explicado en la parte motiva de esta sentencia.

7.5 Procedencia de la acción de tutela para proteger derechos colectivos-medio ambiente sano.

Del estudio del caso concreto, evidencia esta Corporación que, de acuerdo con los argumentos expuestos por el tutelante en el libelo demandatorio, y conforme con las pruebas aportadas con la acción constitucional (fl. 24-92), en las que se verifican las diferentes actuaciones emprendidas por éste, puede

concluirse que la preocupación principal del actor al presentar esta tutela, es el cuidado del medio ambiente, por la presunta contaminación que representa el ejercicio de la actividad desplegada por la LADRILLERA LA CLAY S.A., y el supuesto incumplimiento de la función de inspección y vigilancia ambiental por parte de Cardique.

En ese sentido, es posible deducir que lo realmente pretendido con la acción en referencia es la defensa del derecho al medio ambiente sano, el cual es un derecho colectivo, y cuya protección se da a través de la acción popular, sin embargo, eventualmente éste derecho puede ser estudiado bajo la órbita de la acción de tutela, siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos.

Al respecto, la corte constitucional ha expresado:

> *"A partir del 5 de agosto de 1999, la situación normativamente ha cambiado, pues en esa fecha entró a regir la Ley 472 de 1998, que regula ampliamente las acciones populares. Ese cuerpo normativo, y tal y como esta Corte lo ha destacado, "unifica términos, competencia, procedimientos, requisitos para la procedencia de la acción popular, en aras de lograr la protección real y efectiva de los derechos e intereses colectivos, y con ellos, de los derechos fundamentales que puedan resultar lesionados mediante la afectación de un derecho de esta naturaleza". En particular, esa ley consagra, en su artículo 25, la facultad del juez, una vez admitida la demanda, e incluso antes de su notificación, de decretar medidas cautelares con el objeto de prevenir un daño inminente o cesar los que se hubieren causado. Igualmente lo faculta para celebrar pactos de cumplimiento para la protección inmediata y concertada de los derechos colectivos afectados, pacto que se constituye en una sentencia anticipada (artículo 27) y se fijan términos perentorios para la práctica de pruebas y la adopción de un fallo definitivo.*
>
> *6. Esta breve referencia muestra que en principio la Ley 472 de 1998 es un instrumento idóneo y eficaz para enfrentar las vulneraciones o amenazas a los derechos colectivos. En tal contexto, es obvio que la entrada en vigor de esa ley implica que la Corte debe precisar su jurisprudencia en relación con la procedencia de la tutela para aquellos eventos en que la afectación de un interés colectivo implica también la vulneración o amenaza de un derecho fundamental del peticionario, puesto que la Constitución establece con claridad que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (CP art. 86). En tal contexto, y como bien lo destaca la mencionada sentencia T-1451 de 2000, el juez de tutela no puede dejar de tomar en cuenta la presencia de la Ley 472 de 1998, ya que ésta subsana el vacío legal que había llevado a que los jueces, "a través de sus decisiones, y para resolver casos concretos, suplieran esa falta de decisión legislativa en la materia, extendiendo la protección que de derechos fundamentales estaban obligados a realizar, para cobijar ciertos derechos colectivos que se encuentran en estrecha relación con éstos". En tales circunstancias, la entrada en vigor de una regulación completa y eficaz sobre acciones populares implica que, fuera de los cuatro requisitos señalados en el fundamento 4º de la presente sentencia, para que la tutela proceda en caso de afectación de un derecho colectivo, es además necesario, teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la tutela (CP art. 86), que en el expediente aparezca claro que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente*

el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo, por ejemplo porque sea necesaria una orden judicial individual en relación con el peticionario. En efecto, en determinados casos puede suceder que la acción popular resulta adecuada para enfrentar la afectación del derecho colectivo vulnerado, pero ella no es suficiente para amparar el derecho fundamental que ha sido afectado en conexidad con el interés colectivo. En tal evento, la tutela es procedente de manera directa, por cuanto la acción popular no resulta idónea para proteger el derecho fundamental. Pero si no existen razones para suponer que la acción popular sea inadecuada, entonces la tutela no es procedente, salvo que el actor recurra a ella "como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente resuelve la acción popular en curso y cuando ello resulte indispensable para la protección de un derecho fundamental"[17].

La Corte Constitucional, en sentencia T-154 de 2013, estableció las condiciones de la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener la protección de derechos colectivos, como son el goce de un medio ambiente sano, así:

"La acción de tutela no procede, por regla general, para la protección de los derechos colectivos, frente a los cuales el ordenamiento jurídico colombiano ha previsto mecanismos especiales, fundamentalmente la acción popular, medio constitucional específico para amparar derechos e intereses generales, entre los cuales está el goce de un ambiente sano, de acuerdo a lo estatuido en la preceptiva vigente (cfr. arts. 86 y 88 Const. y 6-3 D. 2591 de 1991).

3.2. Efectivamente, la Constitución prevé en el artículo 88 que los derechos colectivos podrán ser amparados mediante acciones populares, reguladas en la Ley 472 de 1998. Pero, derivado de la previsión contenida en el inciso final del artículo 86 superior, "… o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo…", que de suyo valida que la acción pueda también dirigirse contra un particular, como en el presente caso, los juzgadores deben ser especialmente cuidadosos y constatar si se presenta conexidad con la afectación de derechos fundamentales, en cuanto es trascendente que del atentado contra bienes colectivos se derive también la vulneración o amenaza individual, o a un grupo concreto, como una familia, lo cual ha llevado a la jurisprudencia a determinar unas reglas de ponderación, como criterio auxiliar, que el juez puede tener en cuenta para eventualmente conceder una tutela[18]:

"1. Que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo.

2. El peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva.

3. La vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas en el expediente.

[17] Sentencia SU 1116 de 2001
[18] SU-1116 de octubre 24 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

> *4. La orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza."*
>
> *Todo ello es claro, en la medida en que la afectación general también se particularice en conculcaciones fundamentales individualizables".*

Como se expuso, los derechos colectivos de una población solo pueden ser defendidos a través de la acción popular, que es el mecanismo idóneo establecido por la Ley para ello; sin embargo, cuando se verifiquen ciertos requisitos, tales asuntos pueden ser conocidos en el interregno de una acción de tutela.

En ese ordenen de ideas, es necesario que se demuestre la existencia de una conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental; para este caso, la conexión mencionada, seria entre el derecho a un medio ambiente sano, y el derecho a la salud de los habitantes de pasacaballo.

Como segunda medida, debe verificarse que el individuo que reclama la protección del derecho, es la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental.

Este requisito no se cumple en la presente acción, puesto que quien demanda es una organización, que es la Veeduría Ciudadana de Pasacaballo, la cual no manifiesta actuar en representación de una persona específica que haya sido afectada en su salud, por el supuesto daño al medio ambiente; es decir, no se busca proteger a un individuo en particular, sino, a la colectividad representada en todos los pobladores del Corregimiento de Pasacaballo.

La Corte Constitucional también sostiene que la vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas, sino que deben aparecer expresamente probadas en el expediente; dicho requisito tampoco se cumple puesto que, fuera de la afirmación realizada por la entidad accionante, no existe ninguna prueba que respalde tal aseveración.

En consecuencia, se negará el amparo en relación con la violación al derecho a la salud y al medio ambiente sano.

IX. CONCLUSIÓN

Colofón de lo expuesto, se tiene que el accionante no cuenta con legitimación en la causa para tutelar los derechos a la consulta previa, cuando existen organizaciones debidamente conformadas que tienen la potestad de ejercer

directamente la defensa de sus intereses, por lo tanto, no se halló razón que justificara la agencia oficiosa en este evento.

Por otra parte, se verificó, que en el caso bajo estudio, tampoco se cumplieron los presupuestos para que fuera procedente el ejercicio de la acción de tutela, como mecanismo para proteger derechos colectivos como el derecho al ambiente sano, pues existen otros medios más eficaces para ello, y la tutela tiene un carácter subsidiario.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. DECISIÓN

PRIMERO: CONFIRMAR, la decisión adoptada en la sentencia del 5 de abril de 2018, proferida por la Juez Cuarta Administrativo del Circuito de esta ciudad, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR por el medio más expedito con el que se cuente a los interesados, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVIAR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada.

CUARTO: Envíese una copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 041

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS **LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**