EREPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá DC, **13 de diciembre de 2022**

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación:	No. 2022-201
Accionante:	Clara Ariza Palomino
Accionada:	Peter Hogeveen propietario de la Pizzería Ana y Otto
Decisión:	No tutelar – Declara improcedente

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por **Clara Ariza Palomino,** en contra de **Peter Hogeveen propietario de la Pizzería Ana y Otto**, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al ambiente sano y a la salud consagrados en la Constitución Política.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Desde el año 2016 la asamblea general de copropietarios del Edificio **Santa Cecilia** autorizó la instalación de un extractor de humo al propietario de la **Pizzería Ana y Otto** que se ubica en un local comercial ubicado cerca del edificio.
2. Sin embargo, este extractor de humo produce grandes cantidades de humo y hollín que está perjudicando considerablemente su derecho al medio ambiente sano y de los propietarios de los apartamentos 202, 204,208, 302, 405 y 406, especialmente en el apartamento 406, en el cual habita la accionante.
3. En el mes de marzo de 2021 se realizó asamblea general de copropietarios y se decidió solicitar al propietario de la pizzería **Peter Hogeveen** retirar el ducto debido a los daños causados a los apartamentos de los propietarios, esta solicitud se realizó en el mes de abril de 2021 y se le dio un plazo para

el retiro hasta el 31 de julio de 2021, sin embargo, el señor **Peter** ha hecho caso omiso a esta solicitud.

4. Por lo anterior, el día **23 de noviembre de 2021** se interpuso una queja ante la **Alcaldía Local de Santa Fe**, sin recibir respuesta alguna, por lo que nuevamente el día **24 de agosto de 2022** se radicó la querella ante la **Alcaldía** sin que a la fecha de presentación de esta acción de tutela se cuente con una respuesta a su solicitud.
5. Debido a las afectaciones en su salud considera vulnerados sus derechos fundamentales debido a las grandes emisiones de humo y hollín.

PRETENSIONES

La parte accionante peticiona le sean amparados sus derechos fundamentales invocados. Solicita se ordene a **Peter Hogeveen propietario de la Pizzería Ana y Otto** retirar de inmediato el ducto extractor de humo.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Peter Hogeveen propietario de la Pizzería Ana y Otto

El accionado informa que el establecimiento de comercio **Anna y Otto,** funciona en la dirección carrera 4 c No 26 C -35 Local 1 en virtud de contrato de arrendamiento suscrito con la inmobiliaria **Santa Barbara LTDA** desde el día **1 de septiembre de 2015**, el objeto de este local comercial es para el uso y goce exclusivo para el funcionamiento de un restaurante. Refiere que no es cierto que el extractor emita grandes cantidades de humo, pues se ha encargado de obtener todos los permisos de ley para el funcionamiento del restaurante, incluyendo el certificado emitido por parte de la Secretaría Distrital de Salud y periódicamente se realiza mantenimiento a la estufa y a los hornos que son utilizados en el establecimiento.

Como última visita de la **Secretaria Distrital de Salud** informa esta se hizo el día **17 de septiembre de 2021,** que aprobó el funcionamiento con un porcentaje del 60.5%, refiere que frente a la comunicación emitida por la Asamblea de Copropietarios, esta fue remitida a la inmobiliaria, no obstante, manifiesta que de quitar el extractor de humo esto significaría terminar el negocio que desde hace más de 7 años existe y por tanto se daría por terminado el contrato de arrendamiento y se generarían unas obligaciones a cargo de la inmobiliaria, informa que no tiene conocimiento de la querella instaurada ante la Alcaldía, de todas formas considera que cumple con todas las normas higiénicas y de emisión de humos y grases, aunado a esto informa que no es cierto que puedan funcionar con un horno a gas, pues el plus de su marca es la venta de comida saludable y lo más natural posible en materia de cocción.

Informa que en cumplimiento de su obligación legal y contractual ha contratado en varias ocasiones los servicios de empresas de mantenimiento, pero es el conjunto residencial quien no le permite el ingreso para realizar el mentado mantenimiento por lo tanto solo se realiza el mantenimiento fuera de las instalaciones del conjunto residencial, por lo que es el conjunto quien le impide el desarrollo de su objeto social al negarse que se realice la limpieza de los hornos al interior de la copropiedad de esta manera también impidiendo su derecho al trabajo.

Con lo antes expuesto, solicita se desestimen los argumentos de la acción y en consecuencia se ordene al conjunto permitir la limpieza del horno desde el interior de la copropiedad, dejando ingresar a sus contratistas para de esta manera mejorar aún más, nuestra emisión de humo que insiste no se produce en la manera en que señala la accionante.

Inmobiliaria Santa Barbara

El representante legal de la inmobiliaria vinculada, informa al Despacho que suscribió un contrato de arrendamiento con la razón social La Taperia SAS desde el 4 de septiembre de 2015 para que funcionara allí un Restaurante. En la Cláusula Décima Primera- **obligaciones del arrendatario**. Se estipula la obligatoriedad en el cumplimiento de todas las normas que imponga la copropiedad y las demás normas de convivencia que imponga el Gobierno, en la Cláusula Décima quinta- **Licencia de funcionamiento y otros**:

Se estipula que es responsabilidad única de los Arrendatarios obtener todos los permisos que pida la ley para el funcionamiento de su negocio. En la Asamblea de copropietarios del año 2016 o 2017, se aprobó por mayoría de votos que el local donde está la pizzería colocara el extractor de humo. También mencionan que, según el propietario del Restaurante, ha solicitado en repetidas oportunidades permiso a la administradora, para realizar el mantenimiento y limpieza del extractor de humo y no se lo han concedido. Acatando la orden de la Asamblea de copropietarios realizada en marzo de 2021, se envió una comunicación al arrendatario solicitando el retiro del extractor de humo, ya que la copropiedad lo exigió.

Secretaría Distrital de Salud

La Jefe de la oficina jurídica de la entidad en mención indica que, en el presente caso ejerce funciones de vigilancia, inspección y control respecto de la línea de alimentos sanos y seguros, también de la línea de aire, ruido y radiación electromagnética, por lo que a través de los equipos de vigilancia sanitaria de la Subred Sur Occidente ESE se realizó una inspección al local comercial **Pizzería Anna y Otto** identificando lo siguiente: en cuanto a la línea de alimentos sanos y

seguros, en la edificación correspondiente se evidencia vivienda de uso familiar, así como el funcionamiento de un establecimiento con actividad económica restaurante y con nombre comercial **"Ana y otto"** el cual posee un ducto extractor de humo que está generando hollín a las unidades habitacionales, especialmente las ubicadas en la carrera 4 A No 26C -27.

Se realizó visita de inspección vigilancia y control al establecimiento de comercio y se logra evidenciar un cumplimiento parcial de la normatividad sanitaria vigente con porcentaje de cumplimiento del 64.5% y un concepto sanitario favorable con requerimientos mediante acta No. AS02E707457 es decir, que el establecimiento quedará bajo vigilancia continua y se programará visita para la verificación y corrección de los hallazgos en cumplimiento de la normatividad sanitaria vigente.

En cuanto a la calidad del aire, ruido y efecto electromagnético se hizo contacto con la señora **Clara Ariza Palomino**, residente de la Unidad habitacional ubicada en la dirección carrera 4ª No 26 C -27 Apto 406 quien refiere que el establecimiento en mención tiene un ducto desde hace más de 5 años cuyo funcionamiento produce hollín, el cual está afectando la salud de ella y de los demás residentes **del Edificio Santa Cecilia**, por lo anterior, se aplica formato de quejas y por exposición a contaminación del aire a unidades habitacionales se recepcionan las quejas de 5 personas entre los 38 y 65 años, cuatro de ellas de sexo femenino las cuales manifestaron sentir problemas respiratorios como tos, dolor de garganta y picazón en la nariz. Se hace el ingreso a las unidades habitacionales en donde se evidencia ceniza en algunos de ellos tales como se observa en las fotografías adjuntas a este escrito. Por lo anterior se describen las regulaciones establecidas a través de la **Secretaría Distrital de Ambiente** y se considera que es esta entidad quien debe realizar la revisión y toma de medidas respectivas respecto de la emisión de humo y regulación de ductos del negocio.

Con lo expuesto solicita se declare la improcedencia de este amparo constitucional por cuanto la entidad vinculada no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la actora y por configurarse falta de legitimación en la causa por pasiva.

Secretaría Distrital de Gobierno – Alcaldía Local de Santa Fe – Inspección 3D Distrital de Policía de la Localidad de Santa Fe.

Refiere que se encuentra debidamente facultado para ejercer la representación de las entidades vinculadas a este amparo constitucional, de conformidad con el Decreto Distrital No 089 de 2021, asimismo informa que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la presente acción de tutela.

El alcalde local de Santa Fe a través de memorando No 20225330014633 del 30 de noviembre de 2022 informa que se recibió querella en el aplicativo ORFEO con

el No 20215310084212, la cual fue repartida con acta No 22-L3-001923 de fecha 9 de febrero de 2022, correspondiéndole a **la inspección de policía 3D de la localidad de Santa Fe**, siendo esta la encarga de dar el trámite correspondiente a la querella instaurada por la aquí accionante, por lo que solicita se denieguen las pretensiones de la accionante con relación a la alcaldía que representa.

Por su parte la inspectora de policía 3D distrital de Policía señala que a la fecha la inspección de policía cuenta con aproximadamente un reparto de 3.248 querellas y 16.285 comparendos, por lo que debido a la carga laboral se ha venido atendiendo cada expediente conforme el orden cronológico de radicación y asignación, se indiia entonces que esta querella fue asignada a su inspección el día **24 de marzo de 2022**, y que solo recibió el cargo como inspectora el día **1 de abril de 2022**, por lo que busca atender de manera diligente todos los asuntos que le han sido repartidos a su inspección, informa que con relación a la querella objeto de este amparo judicial se identifica con el expediente No **202153349011702 7E** y mediante auto del **2 de noviembre de 2022** se resolvió asumir el conocimiento de esta acción policiva y se ordenó citar a las partes a audiencia pública de acuerdo con lo previsto en el artículo 223 de la Ley 1801 de 2016 para **el día 23 de enero de 2023 a las 10:00 a.m.** y se procedió a remitir las respectivas comunicaciones a las partes para la celebración de audiencia pública, en ese orden de ideas se ha dado cumplimiento a la normatividad por la cual se rige y considera que no ha transgredido ningún derecho fundamental de la accionante.

Finalmente, expone que se configura carencia actual de objeto por hecho superado, inexistencia de vulneración a derecho fundamentales, y solicita se declare la improcedencia de este amparo constitucional por cuanto se ha actuado de conformidad con el trámite correspondiente establecido en la Ley 1801 de 2016 y la Ley 962 de 2005.

Asamblea de Copropietarios del Conjunto Residencial Edificio Santa Cecilia y propietarios de los apartamentos 202, 204, 302, 308, 405, 406 y 407 del Conjunto Residencial Edificio Santa Cecilia

A los vinculados se le notificó de esta acción de tutela mediante oficio No 1254 de fecha **29 de noviembre de 2022**, remitida a los correos electrónicos informados por la Administradora del **Edificio Santa Cecilia** que se solicitaron a través de comunicación telefónica y que también fueron confirmados de los anexos remitidos con el escrito de tutela, sin embargo, a la fecha no se recibió informe alguno.

Secretaría Distrital de Ambiente

A la entidad vinculada se le notificó de esta acción de tutela mediante oficio No 1346 de fecha **12 de diciembre de 2022**, remitida al correo electrónico

defensajudicial@ambientebogota.gov.co en la misma fecha allegó solicitud de nulidad por estar en desacuerdo con el término concedido para rendir el respectivo informe y solicitó se concediera el termino de 1 día para dar respuesta al requerimiento realizado, el día 13 de diciembre de 2022 la apoderada de la entidad vinculada allegó informe el cual señala lo siguiente:

El día **31 de julio de 2020** atendió el radicado No 2020ER128450 elevado por la señora **Clara Ariza Palomino** como administradora del edificio Santa Clara en el cual solicitó una inspección a la Pizzería Anna y Otto debido a un extractor de humo que fue instalado desde hace 5 años y con el cual se cocinan las pizzas con leña en la Pizzería que se ubica en el local comercial del primer piso del edificio. La Subdirección en calidad del Aire Auditiva y visual, realizaron visita técnica de inspección al predio ubicado en la carrera 4ª No 26 C – 35 sin encontrar el establecimiento **Pizzería Anna y otto,** abierto y en operación, por tal razón se remitió comunicación al correo edificiostaceciliagmail.com propiedad del edificio **Santa Cecilia,** solicitando informara en qué horario operaba el establecimiento en mención, para realizar la visita técnica, sin embargo, no recibió respuesta alguna de su parte, por lo que procede a dar aplicación al artículo 17 de la Ley 1755 de 2015, sobre peticiones incompletas y desistimiento tácito, toda vez que la peticionaria no allegó la información solicitada.

Ahora bien, con ocasión de esta acción de tutela informa que realizará una nueva visita técnica de control en las fechas **15 y 20 de diciembre de 2022** de la cual se informará el resultado de la actuación técnica, por lo anterior, solicita su desvinculación y de nieguen las pretensiones de esta acción de tutela.

PRUEBAS

Con el escrito de tutela, **la parte accionante Clara Ariza Palomino** adjuntó querella del **24 de noviembre de 2021**, solicitud del **24 de agosto de 2022**, certificado de existencia y representación legal del Edificio, videos del extractor y escrito con aclaraciones, comunicaciones sostenidas con la inmobiliaria y ordenes de medicamentos.

El accionado **Peter Hogeveen propietario de la Pizzería Ana y Otto** aportó contrato de arrendamiento, acta de visita secretaria de salud, peritaje medición del ruido cotización medición niveles de humo, la **inmobiliaria Santa Barbara** no allegó ningún soporte documental. **Secretaría Distrital de Salud,** allegó acta de aire, ruido y radiación SDS 30-11-2022 rad. AR09E000023 y acta de visita Anna y Otto ID 385710 rad. AS02E707457 **Secretaría Distrital de Gobierno – Alcaldía Local de Santa Fe – Inspección 3D Distrital de Policía de la Localidad de Santa Fe.** Copia de documentos relacionados con la representación judicial. Memorando N° 20225330014633 del 30 de noviembre de 2022, suscrito por el alcalde Local de

Santa Fe (e), Memorando N° 20225340011613 del 30 de noviembre de 2022, suscrito por el Inspector 3D Distrital de Policía. Y Documentos PDF relacionados con la respuesta dada a la petición suscrita por la accionante y el trámite relaciono con la Querella Policiva N° 2021533490117027E y la **Secretaría Distrital de Ambiente** certificados de representación legal, poder, radicado 2020ER12845 del 31 de julio de 2020 y oficio 2020EE170985.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los Decretos 2591 de 1991 y Decreto 1983 de 2017 que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela.

Frente al factor territorial se tiene que la dirección de ubicación de la accionante es Bogotá, y en esta misma ciudad tienen concurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. Del *sub examine*

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, prevista como un mecanismo de carácter Constitucional extraordinario y expedito, por medio del cual toda persona puede demandar ante los Jueces, por sí o a través de representante, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Salud

Se anota que la Corte Constitucional ha desarrollado el derecho a la salud como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, haciéndolo un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales[1]; de igual forma el Juzgado anota que el derecho a la salud es una garantía de carácter prestacional, que se convierte en un derecho fundamental y, por tanto, susceptible de protección por vía de tutela.

[1] Sentencia T-001/18, Expediente T-6.265.689, Magistrada Ponente: Cristina Pardo, Bogotá D.C., Quince (15) de enero de dos mil dieciocho (2018).

El derecho al Medio Ambiente

Atendiendo los parámetros establecidos en los artículos 8°, 79, 80 y 95 numeral 8° de la Constitución, entre muchas otras normas superiores, se determinan los derechos y deberes generales que deben regir una correcta relación entre todas las personas y el medio ambiente.

En dichas disposiciones se determina que todos los habitantes del territorio colombiano deben gozar un ambiente sano, al igual que se estipula la obligación de velar por su *"conservación"* y *"prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados"*.

La Corte Constitucional en sentencia C-671 de junio 21 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería, se declaró la exequibilidad de la *"Enmienda del Protocolo de Montreal aprobada por la Novena Reunión de las Partes, suscrita en Montreal el 17 de septiembre de 1997"*, que desarrolla *"los preceptos constitucionales que consagran la cooperación internacional en campos indispensables para la preservación de la salud y la vida de las personas, contenidos en el Preámbulo y en los artículos 1, 2 y 9 de la Carta. De igual forma, garantiza y respeta la equidad, la reciprocidad y la conveniencia nacional, que deben inspirar las relaciones internacionales en materia política, económica, social y ecológica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 del Estatuto Supremo"*.

Dicho pronunciamiento hizo énfasis en *"la importancia de los diversos instrumentos internacionales para la protección del medio ambiente, como lo es la Enmienda bajo revisión, ya que ellos permiten concretar y hacer efectivas medidas y acciones para prevenir y contrarrestar las causas que lo deterioran, fijando políticas y metas específicas para cada país con el fin de eliminar o reducir las actividades que generan el impacto negativo sobre el ambiente, atendiendo el grado de injerencia de cada país sobre aquél, siendo de especial consideración los países en vías de desarrollo"*. De igual forma, señaló:

> *"… la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Artículo 366 C.P.*
> *… … …*
> *La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado '**Constitución ecológica'**, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que,*

> *en gran medida, propugnan por su conservación y protección."* (No está en negrilla en el texto original).

En el mismo sentido, en la citada sentencia se expresó, respecto a la relación del derecho a un ambiente sano con los derechos a la vida y a la salud:

> *"El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental."*

Bajo criterios que deben ser interpretados conforme a los principios, derechos y obligaciones del Estado y de los asociados, refulge la incuestionable grandeza ecológica de nuestra norma de normas[2], con reafirmada vocación hacia la protección de la naturaleza, ampliamente estatuida a todo lo largo de la preceptiva superior, como en los siguientes textos constitucionales:

> *"(1) la obligación del Estado y de todas las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8°); (2) la naturaleza de servicios públicos a cargo del Estado que se asigna a la salud y el saneamiento ambiental (art. 49); (3) la función ecológica, como un elemento inherente al concepto de función social de la propiedad privada (art. 58); (4) la necesidad de considerar la eventualidad de las calamidades ambientales dentro de las variables que las normas sobre crédito agropecuario deben tener en cuenta (art. 66); (5) inclusión de la protección al medio ambiente como uno de los objetivos de la educación (art. 67); (6) el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo, y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro efectivo de estos fines (art. 79); (7) la obligación del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, prevenir los factores de deterioro ambiental y cooperar con las naciones vecinas en la protección de los ecosistemas situados en zonas fronterizas (art. 80); (8) la prohibición existente en relación con el ingreso al país de residuos nucleares y desechos tóxicos (art. 81); (9) el deber que el Estado tiene en relación con la defensa del espacio público y su destinación al uso común (art. 82); (10) la procedencia de las acciones de cumplimiento y populares para proteger el derecho a gozar de un medio ambiente sano (arts. 87 y 88); (8) el deber de la persona y del ciudadano de proteger los recursos culturales y naturales del país y de velar por la conservación de un ambiente sano (art. 95, num. 8°); (11) la función congresual de reglamentar, mediante la expedición de leyes, la*

creación y funcionamiento de corporaciones autónomas regionales (art. 150, num. 7°); (12) la perturbación del orden ecológico como razón que justifica la declaratoria del estado de emergencia y el consiguiente uso de facultades legislativas (art. 215); (13) el deber del Estado de promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (art. 226); (14) la inclusión del tema ambiental dentro de los objetivos del control fiscal, manifestada en la necesidad de valorar los costos ambientales generados por la gestión pública (art. 267, num. 3°) y en la obligación de que el Contralor General presente al Congreso un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y el medio ambiente (art. 268, num. 7°); (15) la función asignada al Procurador General de la Nación de defender los intereses colectivos, y en especial el ambiente (art. 277, num. 4°); (16) la posibilidad de que los departamentos y municipios ubicados en zonas limítrofes adelanten, junto con sus entidades homólogas de los países vecinos, programas de cooperación e integración dirigidos, entre otros objetivos, a la preservación del medio ambiente (art. 289); (17) la competencia que tienen las asambleas departamentales para regular, por medio de ordenanzas, temas relacionados con el ambiente (art. 300, num. 2°); (18) la consideración de las circunstancias ecológicas como criterio para la asignación de competencias administrativas especiales a los departamentos (art. 302); (19) el régimen especial previsto para el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, uno de cuyos objetivos es la preservación del ambiente y de los recursos naturales del archipiélago (art. 310); (20) la competencia de los concejos municipales para dictar normas relacionadas con el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (art. 313, num. 9°); (21) la asignación mediante ley de un porcentaje de los impuestos municipales sobre la propiedad inmueble a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente (art. 317); (22) las funciones que se atribuyen a los territorios indígenas con respecto a vigilancia sobre los usos del suelo y la preservación de los recursos naturales (art. 330, num. 1° y 5°); (23) la creación de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, la cual tiene dentro de sus objetivos el aprovechamiento y preservación del ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables (art. 331); (24) la regla conforme a la cual el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos (art. 332); (25) la posibilidad de limitar, mediante la expedición de leyes, el alcance de la libertad económica, cuando así lo exija el interés social, el ambiente y/o el patrimonio cultural de la Nación (art. 333); (26) la posibilidad de que el Estado intervenga, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales y el uso del suelo, así como en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, y en los servicios públicos y privados, siendo la preservación de un ambiente sano uno de los objetivos posibles de dicha intervención (art. 334); (27) la necesidad de incluir las políticas ambientales como uno de los elementos esenciales del Plan Nacional de Desarrollo que cuatrienalmente debe expedirse (arts. 339 y 340); (28) el señalamiento de la preservación del ambiente como una de las posibles

> *destinaciones de los recursos del Fondo Nacional de Regalías (art. 361); (29) la inclusión del saneamiento ambiental como uno de los objetivos fundamentales de la actividad del Estado (art. 366).'*[8]

Tales parámetros permiten concluir que el ambiente sano no sólo es considerado como un asunto de interés general, sino como un derecho de rango constitucional del que son titulares todos los seres vivos, incluidas las futuras generaciones, en conexidad con ese inexcusable deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud.

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si **Peter Hogeveen propietario de la Pizzería Ana y Otto** vulnera los derechos fundamentales a la salud y medio ambiente sano consagrados en la Constitución Política de **Clara Ariza** Palomino quien actúa en nombre propio, por cuanto no ha se cumplido con la decisión tomada en asamblea general de copropietarios realizada en **marzo de 2021**, en donde se decidió solicitar al propietario de la **pizzería** debía quitar el extractor de humo del establecimiento de comidas, debido que considera que éste afecta la salud y vida de los habitantes del edificio en especial el apartamento 406 del que es propietaria la accionante y que según refiere ha sido la más afectada por este extractor.

De conformidad con los anteriores postulados, procede el Despacho a analizar el caso objeto de estudio.

EL CASO OBJETO DE ESTUDIO

Obra en el expediente que la parte accionante **Clara Ariza Palomino** radicó una acción de tutela en contra de **Peter Hogeveen propietario de la Pizzería Ana y Otto**, en razón a que, desde el mes de marzo se le viene solicitando que retire un extractor de humo que la ha venido perjudicando en su apartamento debido a las grandes cantidades de hollín que este emite y por lo que también ha visto gravemente afectada su salud, sin que a la fecha el accionado haya acatado la decisión emitida por la asamblea y sin ningún pronunciamiento por parte de éste.

Por su parte, el señor **Peter Hogeveen propietario de la Pizzería Ana y Otto** informa que no es cierto que el extractor de humo esté afectando a los habitantes del edificio, pues considera que cumple con los requisitos para su funcionamiento, adicionalmente indica que no es posible realizar el retiro del mismo por cuanto se vería gravemente afectado y tendría que acabar con su negocio de restaurante ya que con esta forma de cocina busca mantener un estilo de venta de comida

saludable, y no le es posible cambiar el extractor de humo por uno de gas ya en caso de que se ordene el retiro del extractor se vería obligado a cerrar su negocio afectando su derecho al trabajo, aunado a esto señala que en varias oportunidades a solicitado autorización al edificio para proceder con el mantenimiento del mismo, pero que son los propietarios quienes se han negado a autorizar la entrada de la empresa de mantenimiento contratada por éste.

Por lo anterior, es necesario hacer referencia del ya mencionado artículo 86 de la Carta Política, ya que el Despacho debe considerar los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, los cuales son:

i) Legitimidad e interés del accionante.

ii) Que se interponga ante el Juez competente.

iii) Inexistencia o ineficacia de otro mecanismo judicial de defensa, de igual o superior efectividad al de la acción de tutela.

iv) Existencia de una situación real y efectiva de vulneración o amenaza de un derecho constitucional.

Debe precisarse que frente a los dos últimos presupuestos, entendidos estos como *"la inexistencia o ineficacia de otro mecanismo judicial de defensa, de igual o superior efectividad al de la acción de tutela"* y *"la existencia de una situación real y efectiva de vulneración o amenaza de un derecho constitucional"*, resultan de importancia para la correcta solución del problema jurídico objeto de este fallo, pues, en cuanto a la inexistencia o ineficacia de otro mecanismo judicial de defensa, de igual o superior efectividad al de la acción de tutela, es de resaltar que para este tipo de situaciones se deben de seguir las directrices dadas para adelantar proceso ordinario ante la jurisdicción Civil a través de un proceso de única instancia de conformidad con lo normado en el Código General del Proceso, por ser éste el Juez natural del proceso para dirimir este tipo de asuntos cuando se presentan conflictos al interior de una copropiedad, de esta gestión no se arribó soporte alguno, por otra parte, la actora cuenta con la interposición de la respectiva querella ante la Inspección de Policía de la Alcaldía Local de Santa fe de la cual inició su solicitud en el año 2021, y solo hasta el mes de agosto de este año volvió a solicitar información, asimismo la actora junto con los demás copropietarios del edificio pueden hacer uso del mecanismo de la acción de grupo ante la vulneración que aduce a su derecho fundamental al medio ambiente en ese caso como un derecho colectivo para todos los copropietarios del Edificio, también se verifica que elevó petición ante la **Secretaria del Medio Ambiente**, entidad encargada de vigilar el funcionamiento y la calidad del aire de los establecimientos de comida, sin embargo, debido a su inactividad la entidad no continuó con la visita técnica que refirió en su respuesta la entidad vinculada, por lo que acudir ahora a la acción de tutela como mecanismo excepcional se muestra injustificado, pues, el marco expuesto por la Constitución Política no se ha sobrepasado, incumpliéndose así, con un racero ineludible para

la efectiva orden de tutelar los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, en otras palabras, este Despacho entiende que el asunto objeto de controversia, se puede concluir por otra vía máxime que si bien la actora señala que actúa en nombre de sus vecinos que también han sido afectados en su derecho al medio ambiente en conexidad con su derecho a la salud, estos fueron vinculados a esta acción de tutela y notificados a los correos electrónicos informados por la accionante, no obstante, no se dio respuesta alguna de su parte, así como tampoco de la asamblea de copropietarios.

De igual forma se debe indicar que no se allega ninguna documental que permita a este Estrado Judicial verificar cuales son los problemas de salud que presenta la actora y cuál sería el nexo de causalidad entre estos padecimientos y el funcionamiento del extractor de humo, tampoco se observa la configuración de un daño inminente o un perjuicio irremediable.

Se señala, que si bien es una carga para la parte accionante el hacer uso de todos los recursos ordinarios que el sistema judicial y administrativo ha dispuesto para conjurar la situación que supuestamente amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección; como bien se explicó con anterioridad la tutela y las pruebas aportadas por las partes permiten al Despacho certificar que aun hoy existe un mecanismo alternativo a la acción de tutela; pues no obra prueba donde se evidencie que en la actualidad se tramite proceso Civil para el cumplimiento de la decisión de asamblea general de **marzo de 2021** o reclamación ante la entidad de vigilancia y control, enfatizándose que ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela y que debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la Corte Constitucional ha determinado dos excepciones que justifican la procedibilidad de la acción de tutela, estas son:

i) *"Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo.*

ii) *Cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio"*[2]

En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto, sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección de los

[2] Sentencia T-662/16, Referencia: Expediente T- 5.703.081, M.P. Gloria Stella Ortiz, Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

derechos debe evaluarse en el contexto concreto. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados, cosa que no se cumple en este caso, ya que las directrices dadas para adelantar las controversias que se susciten entre copropietarios pueden ser dirimidas siguiendo las normas procesales del derecho civil ante la jurisdicción ordinaria, o como se viene solicitando por la actora ante la Inspección de policía ante la cual se tramita la querella elevada, misma que ya fuera avocada y pendiente de surtirse la audiencia de que trata el art. 2233 de la Ley 1801 de 2016 el próximo 23 de enero a partir de las 10:opo am., pues es en este escenario donde las partes deberán demostrar que en efecto les asiste o no la razón frente al extractor de humo objeto de debate, teniendo esto como asidero el Despacho considera que es el Juez natural del proceso de este tipo de conflictos quien debe dirimir este tipo de controversias.

En lo que respecta a la segunda hipótesis, su propósito es el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental; en este caso concreto, advirtiéndose que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para la solución del conflicto, puesto que existe otra disposición de orden administrativa y judicial que está diseñada para el subterfugio del caso; de manera coetánea este Despacho, encuentra que para este caso, tal como se anotó en precedencia, no se demuestra un perjuicio irremediable, hallando este concepto sus características bajo la premisa de que esta clase de perjuicios debe ser inminente, grave, urgente e impostergable, esto es, que el riesgo o amenaza de daño o perjuicio debe caracterizarse por:

i) "Una amenaza que está por suceder prontamente

ii) Que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad

iii) Porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes

iv) Porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad"[3]

Parámetros que no se dilucidan, porque la accionante **Clara Ariza Palomino** señala que su salud y la de sus vecinos están siendo afectados por el extractor de humo que se utiliza en la Pizzería accionada, pero no se verifica cual sería ese nexo de causalidad entre una y otra, si bien se allegan formulas medicas no se

[3] Sentencia T-127/14, Referencia: Expediente T- 4066256, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá D.C., once (11) de marzo de dos mil catorce (2014).

observa un diagnóstico médico que permita advertir la relación que existe entre la vulneración al derecho fundamental al medio ambiente y la salud de la actora, tampoco los habitantes del conjunto se pronunciaron sobre esta situación. Ahora bien, se predica una falta por parte del accionado **Peter Hogeveen** a la solicitud realizada para que se suprima el extractor de humo, solicitud esta que fue autorizada por los copropietarios del conjunto desde la asamblea celebrada en **marzo de 2021**, sin que a la fecha se hayan continuado con la gestión por parte de la accionante ante la **Secretaria Distrital de Ambiente** o que incluso haya dado inicia, la accionante o los copropietarios afectados a la acción judicial pertinente, para dirimir este tipo de conflictos entre los copropietarios del edificio. por lo que considera este Estrado Judicial que la acción constitucional de tutela, no sería el mecanismo idóneo para exigir el amparo de los derechos presuntamente conculcados, pues como se desprende del análisis jurisprudencial puesto de presente, **existe otro mecanismo de carácter judicial que es idóneo para la solución de esta clase de conflictos jurídicos.**

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que no se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, ya que no se sobrepasó el racero jurídico dado por la ley y la jurisprudencia en lo referente al **requisito de subsidiariedad y procedibilidad** es que este Despacho, declara la improcedencia de la presente acción de tutela incoada por **Clara Ariza Palomino** en contra de la parte accionada **Peter Hogeveen propietario de la Pizzería Ana y Otto.**

OTRAS DETERMINACIONES

No son de recibo las apreciaciones de la togada representante de la **Secretaria de Ambiente**, por cuanto esta debería conocer cuál es el objeto de la acción de tutela, que se trata de un trámite preferente y sumario es decir, con este trámite se busca celeridad ante la posible vulneración de prerrogativas fundamentales y a través del cual no se le ha negado ningún derecho fundamental como vinculada, pues, en todo caso fue debidamente vinculada a este amparo constitucional, se le notificó al correo electrónico correspondiente y se le concedido un término para que allegara su informe, inclusive aun habiendo transcurrido un día como lo solicitó y finalmente allegó respuesta frente al caso particular. Estos aspectos permiten a este Estrado Judicial evidenciar que no existe ninguna causal de nulidad frente al trámite de esta acción de tutela que pudiera estar contemplada en el artículo 133 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela incoada por **Clara Ariza Palomino,** en contra de la parte accionada **Peter Hogeveen propietario de la Pizzería Ana y Otto**, por cuanto, no se sobrepasó el racero jurídico dado por la ley y la jurisprudencia en lo referente al **requisito de subsidiariedad y procedibilidad,** según lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: INFORMAR a la parte accionante y la parte accionada, que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación

TERCERO: **ORDENAR** que, de no ser impugnada esta decisión, se remita la actuación original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: ARCHIVAR el expediente, una vez la H. Corte Constitucional decida sobre su revisión, dejando las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:
Omar Leonardo Beltran Castillo
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Penal 74 Control De Garantías
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3bdad9c16b86150cf4496e5fa1b06400419db37d37941b77af093539782ba3f6**
Documento generado en 13/12/2022 08:35:25 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica