



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: **GUILLERMO VARGAS AYALA**

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación núm.: 47001 23 33 000 2016 00067 01

Actor: **LUIS ALBERTO TETE SAMPER**

Demandados: **NACIÓN - MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, MUNICIPIO DE CIÉNAGA, EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL MAGDALENA, LA DIMAR Y LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.**

ACCIÓN DE TUTELA

REFERENCIA: TUTELA PARA PROTEGER DERECHOS COLECTIVOS – IMPROCENTE. NO HAY LUGAR A APLICAR LA TEORÍA DE LA TRANSMUTACIÓN DE LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES

La Sala decide la **impugnación** contra la sentencia del 1º de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena mediante la cual rechazó por improcedente el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al buen nombre, a la “seguridad territorial” en conexidad con la vida digna, a la dignidad humana y a la igualdad material del actor.

I. ANTECEDENTES

El actor destacó en su escrito de tutela:

1.1. Que en el municipio de Ciénaga (Magdalena), en la zona Bocas de Ceniza y Punta Betin, hay una grave erosión costera que afecta las comunidades de los barrios París, Nancy Polo, Kennedy, Miramar, Abajo, Mar de Plata y Brisas del Mar, cuya mayoría de habitantes son pescadores y se encuentran en situación económica vulnerable.

1.2. Que cuando fue alcalde del municipio, declaró la situación de calamidad pública en aras de realizar los estudios de riesgos y las obras necesarias para conjurar la situación.

1.3. Que las entidades demandadas sin motivo alguno se negaron a prestar apoyo y colaboración al municipio.

1.4. Que hasta el día de la presentación de la tutela (17 de febrero de 2016), la erosión costera ha aumentado y los habitantes de las zonas descritas siguen en grave riesgo.

II.LA TUTELA

2.1. La solicitud.

El día 17 de febrero de 2016, Luis Alberto Tete Samper presentó acción de tutela contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Municipio de Ciénaga, el Departamento del Magdalena, la Corporación Autónoma Regional del Magdalena (en adelante CORPAMAG), la Dirección General Marítima (en adelante DIMAR) y la Presidencia de la República, por considerar que estas entidades vulneraron los derechos fundamentales citados.

2.2. Pretensiones.

En la solicitud de amparo de tutela, el actor formuló las siguientes pretensiones:

“1.- ORDENAR a todos los accionados la aplicación inmediata de todas las medidas preventivas para estabilizar la zona de costa del municipio de Ciénaga – Magdalena comprendida entre Bocas de Ceniza y Punta Betin, cuya comunidad es víctima de la erosión costera. Esta comunidad se encuentra identificada en los barrios: Paris, Nancy Polo, Kennedy, Miramar, Abajo, Mar de Plata, Brisas del Mar, dado que el **PELIGRO INMINENTE** que afectan los Derechos fundamentales a la seguridad territorial conexo a la vida y dignidad humana es el resultado de la pérdida de playas del litoral [sic] costero que ha generado un colapso del Riesgo en el municipio (sic).

2.- ORDENAR DE MANERA URGENTE **UN ESTUDIO DE GESTIÓN DE RIESGO CONSISTENTE EN LA ELABORACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE ANÁLISIS DE EVALUACIÓN DE LA AMENAZA, VULNERABILIDAD Y RIESGO DEL ESCENARIO POR EROSIÓN COSTERA EN EL MARCO DE LA ATENCIÓN DE LA CALAMIDAD PÚBLICA DECLARADA EN EL MUNICIPIO DE CIÉNAGA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA.** Se resalta que la calamidad pública está vigente hasta el 25 de marzo de 2016, este estudio de gestión del riesgo debe conllevar a la creación de un plan de acción específico y un plan de choque que contenga el programa de intervención técnica integral, que conlleve a declarar el retorno a la normalidad, el cual se logra recuperando la seguridad, esto es el estudio de riesgo social sobre la población afectada víctima inminentes peligros y afectaciones en la seguridad alimentaria, seguridad financiera, social, ecológica, y jurídica.

3.- **ORDENAR a las entidades accionadas que faciliten todos los recursos financieros que permitan desarrollar de manera urgente las peticiones arriba mencionadas.”**

2.3. Fundamentos de la solicitud.

El actor fundamenta el amparo de sus derechos fundamentales en las siguientes explicaciones:

2.3.1. Que de conformidad con la ley 1523 de 2012¹, las entidades accionadas omitieron su responsabilidad² constitucional y legal de otorgarle al municipio de Ciénaga los recursos necesarios para enfrentar la situación de riesgo inminente.

¹ “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”

² “**Artículo 2º.** De la responsabilidad. La gestión del riesgo es responsabilidad de todas las autoridades y de los habitantes del territorio colombiano. En cumplimiento de esta responsabilidad, las entidades públicas, privadas y comunitarias desarrollarán y ejecutarán los procesos de gestión del riesgo, entiéndase: conocimiento del riesgo, reducción del riesgo y manejo de desastres, en el marco de sus competencias, su ámbito de actuación y su jurisdicción, como componentes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. Por su parte, los habitantes del territorio nacional, corresponsables de la gestión del riesgo, actuarán con precaución, solidaridad, autoprotección, tanto en lo personal como en lo de sus bienes, y acatarán lo dispuesto por las autoridades”

2.3.2. Que dicha afectación se debe también a que la parte demandada violó el principio de precaución del artículo 3 de la ley 1523 de 2012³.

2.3.3. Que no obstante la declaratoria de calamidad pública, los demandados han hecho caso omiso a la aplicación correcta del protocolo previsto en el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres⁴, el cual exige la realización tanto del análisis de amenazas como de las obras necesarias para mitigar los peligros inminentes.

2.3.4. Que como ex alcalde de del Municipio de Ciénaga, padeció una vulneración a su buen nombre, en la medida que fue víctima de un matoneo administrativo cuando sin motivo alguno le fueron negados los recursos para combatir los peligros que azotan a los habitantes de la zona costera.

2.3. Trámite de la solicitud.

La acción de tutela fue admitida por el Tribunal Administrativo del Magdalena mediante auto del 19 de febrero de 2016⁵ y se ordenó notificar al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a CORPAMAG, a la Presidencia de la República, a la DIMAR, al Municipio de Ciénaga, a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, al Departamento del Magdalena; y al agente del Ministerio Público.

2.4. Manifestación de los interesados.

Una vez notificadas, las entidades accionadas rindieron los siguientes informes:

³ “(...) 8. Principio de precaución: Cuando exista la posibilidad de daños graves o irreversibles a las vidas, a los bienes y derechos de las personas, a las instituciones y a los ecosistemas como resultado de la materialización del riesgo en desastre, las autoridades y los particulares aplicarán el principio de precaución en virtud del cual la falta de certeza científica absoluta no será óbice para adoptar medidas encaminadas a prevenir, mitigar la situación de riesgo”

⁴ **“Artículo 5º.** Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. El Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, en adelante, y para efectos de la presente ley, sistema nacional, es el conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias, de políticas, normas, procesos, recursos, planes, estrategias, instrumentos, mecanismos, así como la información atinente a la temática, que se aplica de manera organizada para garantizar la gestión del riesgo en el país”

⁵ Folios 11 y 12 del expediente.

2.4.1. La Corporación Autónoma Regional del Magdalena (CORPAMAG)⁶ solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda por los siguientes motivos:

- Que es improcedente el amparo, dada la existencia de la acción popular como mecanismo idóneo de defensa judicial para la protección de los derechos colectivos.
- Que de no usarse el mecanismo correspondiente se vaciaría la competencia de los jueces y tribunales.
- Que no está totalmente demostrado por el demandante la existencia de un perjuicio irremediable.
- Que de conformidad con el artículo 31 de la ley 1523 de 2012⁷, CORPAMAG sí prestó apoyo técnico al municipio de Ciénaga al presentar el Concepto Técnico del 12 de agosto de 2015.

2.4.2. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)⁸ expuso que de conformidad con la ley⁹, no es la entidad llamada a

⁶ Folios 42 a 78 del expediente.

⁷ **“Artículo 31.** Las Corporaciones Autónomas Regionales en el Sistema Nacional. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible, (...) Apoyarán a las entidades territoriales de su jurisdicción ambiental en todos los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo y los integrarán a los planes de ordenamiento de cuencas, de gestión ambiental, de ordenamiento territorial y de desarrollo.

Parágrafo 1º. El papel de las corporaciones autónomas regionales es complementario y subsidiario respecto a la labor de alcaldías y gobernaciones, y estará enfocado al apoyo de las labores de gestión del riesgo que corresponden a la sostenibilidad ambiental del territorio y, por tanto, no eximen a los alcaldes y gobernadores de su responsabilidad primaria en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de desastres (...).”

⁸ Folios 79 a 81 del expediente.

¹⁰ **“DECRETO 3573 DE 2011. ARTÍCULO 3o. FUNCIONES.** La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– cumplirá, las siguientes funciones: 1. Otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la ley y los reglamentos. 2. Realizar el seguimiento de las licencias, permisos y trámites ambientales. 3. Administrar el Sistema de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales –SILA– y Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea –Vital–. 4. Velar porque se surtan los mecanismos de participación ciudadana de que trata la ley relativos a licencias, permisos y trámites ambientales. 5. Implementar estrategias dirigidas al cuidado, custodia y correcto manejo de la información de los expedientes de licencias, permisos y trámites ambientales. 6. Apoyar la elaboración de la reglamentación en materia ambiental. 7. Adelantar y culminar el procedimiento de investigación, preventivo y sancionatorio en materia ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1333 de 2009 o la norma que la modifique o sustituya. 8. Adelantar los cobros coactivos de las sumas que le sean adeudadas a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– por todos los conceptos que procedan. 9. Ordenar la suspensión de los trabajos o actividades, en los casos en los que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible haga uso del ejercicio discrecional y selectivo sobre los asuntos asignados a las Corporaciones Autónomas Regionales. 10. Aprobar los actos administrativos de licencias ambientales para explotaciones mineras y de construcción de infraestructura vial y los permisos y concesiones de aprovechamiento forestal de que tratan los artículos 34, 35 y 39 de la Ley 99 de 1993. 11. Dirimir los conflictos de competencia cuando el proyecto, obra o actividad sujeto a licencia o permiso ambiental se desarrolle en jurisdicción de dos o más autoridades ambientales. 12. Desarrollar la política de gestión de información requerida para el cumplimiento de su objeto. 13. Asumir la representación

responder por la reclamación constitucional impetrada por el peticionario por los siguientes motivos:

- Que no hace parte de su competencia la obligación de activar los recursos de regalías para realizar los estudios de gestión del riesgo, ni de ejecutar las obras necesarias para contener y mitigar la presunta erosión costera.
- Que no hay prueba del nexo causal en cuanto a lo que a ella le compete.
- Que se declare de oficio cualquier excepción que se advierta o resulte probada en el proceso.

2.4.3. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) solicitó denegar la acción de tutela por las siguientes razones:

- Que con ocasión de la amenaza inminente generada por el proceso erosivo intenso de las obras de protección costera¹⁰ y el consecuente informe acerca de la situación de calamidad pública (Decreto 137 del 4 de marzo de 2015) emitió el Concepto Técnico de 14 de abril del 2015, en el cual aportó recomendaciones que permiten retroalimentar el proyecto presentado por el Municipio para que sea ambientalmente viable.
- Que dicho proyecto no volvió a ser presentado por el municipio de conformidad con las correcciones anotadas.
- Que ese concepto no equivale a una licencia ambiental.
- Que en una reunión realizada el 9 de junio de 2015, a la que asistieron todos los secretarios del despacho del Alcalde de Ciénaga, y los respectivos representantes de la Gobernación del Magdalena, de la UNGRD¹¹ y de la Capitanía del Puerto de Santa Marta, se concluyó lo siguiente:

i. Que no se tomarían arenas de las Playas de Costa Verde ya que es un área sensible que se puede

judicial y extrajudicial de la Nación en los asuntos de su competencia. 14. Las demás funciones que le asigne la ley”

¹⁰ Construcción de un espolón en Costa Verde y Pueblo Viejo (Ciénaga) y km 19 en la vía Ciénaga-Barranquilla, la cual culminó en el año 2011, y un malecón turístico construido en el año 2011-2012.

¹¹ Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres - Colombia.

desestabilizar, por lo que estas se tomarían de una cantera o de las playas aledañas a la Boca de la Barra, previo consentimiento del alcalde de Pueblo Viejo.

ii. Que se acordó colocar más arena en la parte al sur del espolón cubriendo una distancia de 200 m como medida preventiva a la erosión que podría causarse.

iii. Que la Alcaldía de Ciénaga y la Gobernación del Magdalena se unirían para hacer mantenimiento periódico a esa zona, con alimentación de arenas, hasta tanto se llegue a la solución definitiva de reubicar a la población.

iii. Que el 26 de agosto de 2015 recibió oficio de la Alcaldía de Ciénaga (S.G.M.-CMGRD N° 795) informado que ya tenían el aval de CORPAMAG y de la Alcaldía de Pueblo Viejo para usar la arena de la Barra y, por lo tanto, procederían a iniciar obras.

- Que así las cosas, debe negarse la acción formulada dado que realizó los actos tendientes para prevenir y controlar la erosión costera del municipio de Ciénaga.

2.4.4. El Secretario de Gobierno y Participación Ciudadana de la Alcaldía Municipal de Ciénaga¹² aseveró que la administración municipal ha desarrollado una serie de gestiones relacionadas con la problemática de la erosión costera con el objetivo de salvaguardar la seguridad humana, tales como:

- Que decretó la situación de calamidad pública mediante el Decreto 137 de 2015, pero como no se pudo superar tal estado, se prorrogó mediante el 590 de 2015.
- Que el 6 de junio de 2014 realizó un “estudio y diseño de una obra de mitigación de emergencia para disminuir el avance de la erosión costera en el Municipio de Ciénaga”, enfocado en el sector prioritario.

¹² Folios 114 a 159 del expediente.

- Que presentó ante el sistema de regalías un proyecto relacionado con las obras de protección costera, el cual tuvo observaciones, se ajustó a ellas, pero finalmente no contó con las aprobaciones necesarias.
- Que se encuentra desarrollando un plan de choque (obras blandas) autorizado por la Capitanía de Puertos, en el cual se realizan rellenos con arena y se construyen estructuras longitudinales entre los sectores de Costa Verde y barrio Abajo.

2.4.5. Los demás demandados guardaron silencio.

2.5. La decisión impugnada.

El Tribunal Administrativo del Magdalena mediante fallo del 1° de marzo del 2016¹³ rechazó el amparo los derechos fundamentales invocados por los siguientes motivos:

2.5.1. Que la acción de tutela es improcedente, habida cuenta que el demandante cuenta con la acción popular como mecanismo idóneo de defensa judicial para procurar el amparo de los derechos colectivos de los habitantes del municipio de Ciénaga; acción que goza de medidas cautelares que permiten contrarrestar los presuntos efectos negativos de las supuestas omisiones de los entes accionados.

2.5.2. Que no se acreditó el despliegue de alguna actuación legal anterior a la presente acción de tutela para proteger los derechos que estima transgredidos.

2.5.3. Que no hay elementos probatorios que permitan inferir, siquiera sumariamente, la configuración de un perjuicio irremediable o el hecho de que el medio judicial ordinario (la acción popular) no fuera lo suficientemente expedito para brindar protección inmediata.

2.5.4. Que en cuanto al buen nombre y el debido proceso, el accionante no allegó algún elemento de juicio para inferir si quiera

¹³ Folios 161 a 171 del expediente.

sumariamente su transgresión, máxime si durante el periodo en que fue alcalde no efectuó ninguna determinación tendiente a la protección o salvaguarda de los derechos fundamentales que estima conculcados.

2.6. La impugnación.

La parte actora impugnó¹⁴ la sentencia de primera instancia sin esgrimir argumento alguno.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

De conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en armonía con el Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sala de Decisión es competente para conocer sobre la impugnación al fallo de Tutela proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

3.2. Cuestión previa.

La Sala destaca que a pesar de no haber sido sustentada la impugnación, se procede a resolverla teniendo en cuenta la jurisprudencia reiterada al respecto en el sentido de que a falta de argumentación: *“procede el análisis cotejando la solicitud con el acervo probatorio y con la decisión de primera instancia.”*¹⁵

Así las cosas, se le da trámite a la impugnación en aras de hacer prevalecer el derecho a la tutela judicial efectiva, por ende la sentencia se entiende apelada en su totalidad por haber resultado completamente desfavorable para la parte demandante.

¹⁴ Folio N° 172 del expediente.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Fallo de diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995). Rad No. AC-2517. M.P. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

3.3. Delimitación de la controversia.

Pretende la parte actora que se le amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, al buen nombre, a la seguridad territorial en conexidad con la vida, a la dignidad humana e igualdad material, presuntamente vulnerados como consecuencia de una grave erosión costera en el Municipio de Ciénaga Magdalena, entre Bocas de Ceniza y Punta Betin.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo del Magdalena rechazó por improcedente la acción de tutela, como quiera que los hechos se adecúan a una acción popular y el actor no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Inconforme con dicha decisión, el actor presenta impugnación en la cual no expone argumento alguno.

Sin embargo, la Sala entiende que se reiteran los argumentos expuestos en la tutela, esto es, que la falta de atención por parte de las autoridades accionadas frente a la problemática de erosión costera en el Municipio de Ciénaga afecta los derechos fundamentales invocados.

3.4. Problema jurídico.

De conformidad con los antecedentes expuestos corresponde a la Sala determinar si se configura una violación a los derechos fundamentales invocados por el actor como consecuencia de la grave erosión costera que enfrenta el Municipio de Ciénaga – Magdalena. En caso que la respuesta a dicho interrogante sea negativa la Sala examinará la posibilidad de tramitar el proceso de conformidad con los parámetros previstos en la Ley 472 de 1998 para la acciones populares, teniendo en cuenta que los hechos descritos en la demanda se relacionan con la posible afectación de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y a la prevención de desastres técnicamente previsibles.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala debe examinar: (i) las causales de procedencia de la acción de tutela, (ii) la jurisprudencia de la Sección en torno a la transmutación de las acciones constitucionales, y (iii) con base en tales elementos se resolverá el caso concreto.

3.4.1. Causales de procedencia de la acción de tutela

La tutela es una acción judicial creada por la Constitución Política de 1991¹⁶ como un procedimiento preferente, sumario, subsidiario, residual y autónomo dirigido a la protección de los derechos fundamentales.

El artículo 86 de la Constitución de 1991 señala que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁷.

El artículo 6 del Decreto 2191 de 1991 expresamente estableció que: *“La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”*

De lo establecido en esta dos normas fácilmente se puede concluir que la voluntad del constituyente de 1991 al crear la acción de tutela era implementar una acción residual y subsidiaria, es decir, un mecanismo judicial de carácter excepcional, que solo sea procedente cuando no

¹⁶ “Artículo 86 C.P. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. // La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. // El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. (...)”.

¹⁷ Artículo 86 C.P.: (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

existe otro medio de defensa judicial o cuando, de existir, estos resultan ineficaces para obtener el amparo requerido.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha recalcado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela. Expresamente ha señalado que:

“Dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, el afectado sólo podrá acudir a ella en ausencia de otro medio de defensa judicial para la protección del derecho invocado, ya que debe entenderse que esta acción constitucional no puede entrar a sustituir los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho.”¹⁸

“La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales deba haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto. Exigencia que se funda en el principio de subsidiariedad de la tutela descrito, que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador, y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes en los procesos judiciales.”¹⁹

Conforme a la jurisprudencia citada, la tutela no puede ser utilizada como acción judicial sustitutiva de los mecanismos judiciales ordinarios. Lo contrario supondría aceptar como legítimo el desplazamiento del juez ordinario por el juez de tutela; un resultado inadmisiblesi se repara en el reparto entre distintas jurisdicciones de la responsabilidad de Administración de justicia plasmado en las disposiciones de la Constitución. Con todo, esto no implica que ante la improcedencia del mecanismo de amparo constitucional los derechos invocados por el actor queden completamente desprotegidos. Tal como pasa a revisarse enseguida, de manera excepcional el Juez de Tutela, ante la evidencia de una posible afectación de derechos colectivos puede adoptar medidas enderezadas a garantizar su efectiva protección, de darse los presupuestos necesarios para ello.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-890-11.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-580-06.

3.4.2. Jurisprudencia sobre la transmutación de las acciones constitucionales para proteger derechos fundamentales o derechos colectivos.

La Sala en sentencia del 4 de diciembre de 2014²⁰ estudió una acción popular en la que se analizó como problema jurídico si la decisión del a quo de declarar el agotamiento de jurisdicción fue adecuada o si por el contrario era necesario revocarla para ordenar al Tribunal a continuar con el trámite del proceso.

Sobre el punto que nos interesa adujo lo siguiente:

“Ahora bien, advierte la Sala que como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sección, el Tribunal debió haber adecuado como acción de tutela la pretensión relativa al procedimiento quirúrgico solicitado por José Ángel Tibaduiza Adán como único demandante en el presente asunto, en virtud de la transmutación de las acciones constitucionales. Al respecto, la ley 472 de 1998 establece en su artículo 5 lo siguiente:

Artículo 5º. Trámite. El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia. Se aplicarán también los principios generales del Código de Procedimiento Civil, cuando éstos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones.

*El Juez velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes. Promovida la acción, es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionable con destitución. Para este fin **el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda.*** (Negrillas fuera del texto)

*En virtud del anterior artículo el Consejo de Estado ha **aplicado la teoría de la transmutación de las acciones constitucionales que encuentra origen en el principio de efectividad de los derechos.*** Así lo señaló la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia del 15 de enero de 2008:

“Principio de la efectividad de los derechos. Consagrado en el artículo 2º de nuestra Carta Política, es aquel principio mediante el cual **el Juez debe definir, dentro del proceso, el medio más eficaz para promover la defensa y el cumplimiento de los**

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Primera. Exp No. 41001-23-33-000-2012-00051-01(AP). M.P. Guillermo Vargas Ayala.

derechos de los administrados, de la ley y de un orden justo. Este principio, para el caso concreto, faculta al Juez, frente a una petición de amparo constitucional improcedente por acción de tutela, y ante la apreciación de una acción constitucional de igual naturaleza y alcance, ajustar el procedimiento al de dicha acción, a preferencia de rechazar la pretensión por improcedente, para garantizar así, la efectividad de dicha solicitud de amparo.”²¹

La Sección Primera ha reiterado que “el propósito de la transmutación de las acciones Constitucionales, es la materialización del principio de “efectividad de los derechos”, del acceso a la Administración de Justicia y de la economía procesal; así como del deber del Juez de lograr que los derechos transiten por los canales constitucionales adecuados.”²²

Ahora bien, esta Sala ha avalado en ocasiones anteriores la transmutación de acciones populares a acciones de tutela, en aras de dar protección inmediata a los derechos fundamentales de los cuales son titulares cada una de las personas que conforman el colectivo que interpone la demanda, como por ejemplo en una decisión del Tribunal Administrativo de Santander de dar trámite como tutela a una acción popular presentada con el fin de procurar la protección del derecho a la salud de los internos del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Girón²³.

En consecuencia de lo anterior la Sala ordenará al Tribunal Administrativo del Huila que estudie a través de la acción de tutela la pretensión relativa al procedimiento quirúrgico solicitado por José Ángel Tibaduiza Adán, quien es el único demandante en el presente caso y no alega agencia oficiosa ni aporta poder alguno que lo legitime para actuar a nombre de los demás reclusos respecto de los cuales solicitó la realización de las demás cirugías.”

En sentencia de 6 de noviembre de 2014²⁴, la Sala estudió una acción de tutela en la que se pretendía inaplicar por vía de excepción de inconstitucionalidad, el numeral 7 del artículo 5° del Decreto Ley 267 de 2000, que autoriza a la Contraloría General de la República “advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados”.

Sobre el tema que nos interesa, la Sala expuso el siguiente criterio:

²¹ Rad. No.2007-00596-01(AC), Actor: Carlos Fernando Idárraga Amado, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²² Sentencia del 19 de septiembre de 2013, Rad. No.2013-00416-01, Actor: Zaith Prado Peñaloza y otros, M.P. María Elizabeth García González.

²³ Sentencia del 19 de septiembre de 2013, Rad. No.2013-00416-01, Actor: Zaith Prado Peñaloza y otros, M.P. María Elizabeth García González.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Exp. No. 25000-23-42-000-2013-05590-01(AC). M.P. María Elizabeth García González.

*“Así las cosas, al concluir que el predio no era apto y por ende, al decretarse la terminación del proyecto de vivienda, el hecho de que las accionantes hubiesen sido censadas y se encuentren, en principio, en la población objeto de priorización, no consolida en su favor ninguna situación jurídica, derecho o expectativa que pueda ser objeto de protección por vía de tutela, pues sus inclusiones en el censo obedecen al mero establecimiento inicial de la población **potencialmente** beneficiaria. En consecuencia, solamente hasta que se designen finalmente, previa verificación de los requisitos correspondientes, las personas destinatarias del subsidio, el derecho a la vivienda digna podrá ser exigible por vía de tutela, así como también, los derechos a la igualdad y debido proceso, razón por la que se conformará la sentencia que denegó la solicitud de amparo, pero por las razones expuestas.*

Pese a lo anterior, la Sala considera que no puede hacer caso omiso a las graves irregularidades ventiladas al interior de la presente acción, relacionadas con el lote de terreno donde se encuentra edificado el aeródromo La Esperanza, el cual se encuentra abandonado por el Municipio de Barbosa, quien no ha realizado las adecuaciones sugeridas por la Aeronáutica Civil en reiteradas oportunidades y además, construyó un parque al interior de la pista, lo que impide la utilización del mismo; y la falta de cooperación de las Autoridades Municipales y Departamentales para su sostenimiento, lo que a todas luces podría devenir en una vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa; a la utilización y defensa de los bienes de uso público; a la defensa del patrimonio público; al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

Es por lo anterior que se ordenará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que tramite la presente acción de tutela como acción popular, para que en virtud del principio iura Novit Curia, determine si de las conductas puestas de presente en el expediente se podría advertir la vulneración de los derechos colectivos mencionados en precedencia o de los que considere violados. De igual forma, se le instará para que vincule formalmente a la Procuraduría General de la Nación a la acción popular que se tramite.”

Por último, en fallo de 31 de julio de 2014²⁵, la Sala estudio un caso en el que se pedía la protección de los derechos a la salud, la tranquilidad y la intimidad personal, en razón de la ocupación de la calle 193 con carrera 7ª del Barrio Tibabita en Bogotá D.C, con buses pertenecientes

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Exp. No. 25000-23-41-000-2014-00858-01(AC). M.P. María Elizabeth García González.

al Sistema Integrado de Transporte SITP, lo que evidentemente revela la presunta amenaza o vulneración de los derechos colectivos al goce del ambiente sano, espacio público, y seguridad y salubridad públicas de los habitantes de dicho sector.

Sobre el particular, la Sala expuso:

“Como ya se indicó, por regla general, la acción de tutela no procede para la protección de derechos colectivos, frente a los cuales el ordenamiento jurídico tiene previsto otros mecanismos como la acción popular. Sin embargo, existen casos en los que la línea divisoria de ambas acciones deja de ser clara, cuando el hecho generador de la vulneración afecta derechos de una y otra clase, por ejemplo, cuando por la violación o amenaza del derecho al medio ambiente o a la salubridad pública, derechos éstos de carácter colectivo, resultan afectados derechos de rango fundamental, tales como la vida, la salud, la intimidad y la dignidad humana, entre otros. (Corte Constitucional, sentencia T-082 de 2013).

En tales casos, la Jurisprudencia Constitucional ha sostenido que la acción de tutela puede ser un mecanismo judicial idóneo de protección de derechos colectivos, cuando se pretenda salvaguardar derechos fundamentales, siempre que se den los siguientes requisitos²⁶:

“- Que exista conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación o amenaza de un derecho fundamental, de tal forma que el daño o amenaza del mencionado derecho sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo.

- El demandante debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de carácter subjetivo.

- La vulneración o la amenaza del derecho fundamental debe estar plenamente acreditada.

- La orden judicial que se imparta en estos casos debe orientarse al restablecimiento del derecho de carácter fundamental y ‘no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente un derecho de esa naturaleza’.

- Adicionalmente, es necesario la comprobación de la falta de idoneidad de la acción popular en el caso concreto.”

Conforme a lo anterior, corresponde en el sub lite determinar si

²⁶ Ver, entre otras, sentencia T-041 de 2011 de la Corte Constitucional.

se reúnen los mencionados requisitos para la protección de los derechos a la salud, tranquilidad e intimidad personal de la actora, que estima vulnerados en razón de la ocupación de la calle 193 con carrera 7ª con buses pertenecientes al Sistema Integrado de Transporte SITP, lo que a su vez, origina la presunta amenaza o violación de los derechos colectivos al goce del ambiente sano, del espacio público, y a la seguridad y salubridad pública de los habitantes de dicho sector.

(...)

A manera de conclusión, conviene puntualizar que si el Juez advierte que el interesado invoca una acción constitucional para perseguir el amparo de derechos cuya protección está prevista por medio de otra diferente, está facultado, si se trata de la primera instancia, para adecuarla al trámite correspondiente, bajo la normativa que la desarrolla, o también, en tratándose de la segunda instancia, puede ordenarse retrotraer la actuación para que se garantice el cumplimiento de todas las etapas procesales. Todo ello con observancia de las normas de competencia pertinentes.

Con ello se persigue, por una parte, no imponer a la peticionaria la obligación de incoar una nueva acción para obtener la protección de los derechos invocados como vulnerados, y por otra, no rechazar la acción impetrada por improcedente, sino tramitarla por el canal adecuado, garantizando la prevalencia de lo sustancial sobre las formas.

En este orden de ideas, estima la Sala que la solución que consulta los principios de prevalencia del derecho sustancial y de la efectividad de los derechos, en el caso concreto, es la de adecuar la presente acción al procedimiento previsto en la Ley 472 de 1998 y artículo 144 del C.P.A.C.A., y, por competencia, remitirla a la Oficina de Reparto de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá²⁷, para que agotadas las etapas procesales correspondientes, con observancia del principio de celeridad, se examine la amenaza o violación de los derechos colectivos objeto de la presente controversia.”

De la jurisprudencia expuesta con antelación se pueden extraer dos grandes conclusiones:

En primer lugar, por regla general la acción de tutela es improcedente para la protección de derechos colectivos y, en este mismo sentido, la acción popular no procede para la protección de derechos fundamentales. No obstante, la jurisprudencia admite que cuando el hecho generador de la vulneración afecta derechos de una y otra clase, por ejemplo, cuando por la violación o amenaza del derecho al medio

²⁷ Competentes para conocer acciones populares contra Autoridades Distritales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 155, numeral 10, del C.P.A.C.A.

ambiente resultan afectados derechos de rango fundamental, tales como la vida o la salud, en tales casos se admite excepcionalmente que la acción de tutela puede ser un mecanismo judicial idóneo para salvaguardar derechos fundamentales, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que exista una relación de conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación del derecho fundamental.
- Que el demandante sea la persona directamente afectada.
- Que se acredite la violación del derecho fundamental.
- Que la orden judicial debe orientarse al restablecimiento del derecho fundamental y no el derecho colectivo.
- Y, finalmente, se debe comprobar la falta de idoneidad de la acción popular en el caso concreto.²⁸

En segundo lugar, la jurisprudencia también ha planteado de tiempo atrás **la teoría de la transmutación de las acciones constitucionales**, esto es que en virtud de los principios *Iuria Novit Curia* (el juez es quien conoce el derecho) y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, así como del mandato de promoción y protección del derecho de acceso a la administración de justicia de los ciudadanos, el juez puede adaptar la acción dependiendo de las pretensiones y los supuestos fácticos del caso específico. Por ejemplo, si se presenta una acción de tutela para proteger derechos colectivos y no se advierte que como consecuencia de la violación de los derechos colectivos resulte afectado un derecho fundamental, el juez debe darle el trámite de acción popular, con todas las etapas procesales que ello implica. Esto en aras de garantizar la protección expedita de los derechos constitucionales y garantizar un verdadero acceso a la administración de justicia.

No obstante lo anterior, la Sala se permite **cambiar su precedente** sobre la teoría de la transmutación de las acciones constitucionales con fundamento en las consideraciones que se expondrán en la solución del caso concreto.

²⁸ Ver, entre otras, sentencia T-041 de 2011 de la Corte Constitucional.

3.4.3. El caso concreto.

Los cargos que le corresponde resolver a la Sala consisten en determinar si se configura una violación a los derechos fundamentales a la salud, la dignidad humana, la vida y el buen nombre del actor como consecuencia de la grave erosión costera que enfrenta el Municipio de Ciénaga – Magdalena.

Para resolver los problemas expuestos de forma precedente la Sala debe evaluar el acervo probatorio que obra en el expediente como vía para determinar si se encuentra probada una violación de los derechos fundamentales individuales invocados por el demandante.

- *Acervo probatorio.*

En el expediente se encuentran los medios probatorios que se relacionan a continuación:

1. A folios 54 a 58 obra copia del Oficio suscrito por la Directora de Asuntos Marinos, Costeros y Recursos Acuáticos, mediante el cual informa al director de CORPAMAG que recibió una comunicación del Concejo Municipal de Ciénaga donde se comunica que el 26 de agosto del 2015, se inició la construcción del proyecto: *"Obra de mitigación de emergencia para disminuir el avance de la erosión costera del sector del Malecón en el Municipio de Ciénaga Magdalena."*

2. En los folios 59 a 78 reposa copia del Oficio con radicado No. 6854 de 2015 de CORPOMAG por medio del cual informa a la Directora de Asuntos Marinos, Costeros y Recursos Acuáticos que atendió la solicitud del Municipio de Ciénaga Magdalena en lo concerniente a resolver una problemática de erosión costera que afecta al sector del Malecón.

3. A folios 87 a 96 del expediente se observa copia del concepto de evaluación del proyecto: "ESTUDIOS Y DISEÑOS DE INGENIERÍA DE

COSTAS PARA DEFINIR UNA OBRA DE MITIGACIÓN DE EMERGENCIA PARA PROTEGER EL AVANCE DE LA EROSIÓN COSTERA EN EL SECTOR DEL MALECOM DEL MUNICIPIO DE CIÉNAGA MAGDALENA” suscrito por el Ministerio del Medio Ambiente.

4. En los folios 114 al 117 del plenario hay una comunicado de 26 de febrero del 2016 del Secretario de Gobierno y Participación Ciudadana del Municipio de Ciénaga en el que rinde un informe detallado sobre los hechos expuestos por el accionante.

5. A folios 118 a 122 reposa bosquejo fotográfico que muestra el avance de la erosión costera aludida.

6. A folio 123 del plenario obra copia de comunicado del 28 de enero de 2016, por medio del cual la administración presenta una declaración de calamidad pública mediante Decreto No. 590 de 5 de septiembre de 2015.

7. A folio 124 del expediente obra copia de memorial del 28 de enero de 2016 por medio del cual el Municipio de Ciénaga informa que el fenómeno de la erosión costera sigue avanzando de manera considerativa luego de visitar e inspeccionar el sector afectado, por lo que solicitan al agente de Ministerio Público acompañamiento, orientación y asistencia técnica para la realización de actividades con las familias que resulten afectadas por el evento natural.

8. A folio 125 del expediente obra copia de memorial del 28 de enero de 2016 en el que el Municipio de Ciénaga informa que el fenómeno de la erosión costera sigue avanzando luego de visitar e inspeccionar el sector afectado, por lo que solicitan al ICBF que actúe como veedor e interventor en los procedimientos que se efectúen para la búsqueda de la solución a la comentada problemática.

9. A folio 127 del expediente hay copia de memorial del 28 de enero de 2016 por medio del cual el Municipio informa que el fenómeno de la

erosión costera sigue avanzando de manera agresiva luego de visitar e inspeccionar el sector afectado. Razón por la cual solicitan al Director General de Unidad Nacional de Gestión del Riesgo y Desastres acompañamiento, orientación y asistencia técnica.

10. A folio 128 del expediente reposa copia de memorial del 28 de enero de 2016 en el cual el Municipio informa que el fenómeno de la erosión costera sigue avanzando de manera considerativa luego de visitar e inspeccionar el sector afectado, de tal manera solicitan al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y a la Directora Técnica de Asuntos Marinos, Costeros y Recursos Acuáticos acompañamiento, orientación y asistencia técnica para realización de actividades con las familias que resulten afectadas por el evento natural.

11. A folio 130 del expediente se observa copia de memorial del 28 de enero de 2016 por medio del cual el Municipio informa que el fenómeno de la erosión costera sigue avanzando de manera considerativa luego de visitar e inspeccionar el sector afectado, de tal manera que solicitan al Capitán de Fragata de la Capitanía de Puertos de Santa Marta seguir contando con el acompañamiento, orientación y asistencia técnica.

12. A folios 131 al 134 del plenario fungen copias de memorial del 4 de febrero de 2016 por medio del cual comunican que el municipio de Ciénaga Magdalena se encuentran en proceso erosivo agresivo a lo largo del sector costero.

13. A folios 131 al 134 del plenario hay copias de memorial de 4 de febrero del 2016 por medio del cual solicitan a CORPAMAG un espacio en su agenda con el fin de revisar el estado actual del fenómeno de erosión costera que se presenta en la zona geográfica en mención.

14. A folios 136 a 141 del expediente hay copia del acta de reunión convocada por la DIMAR, la cual tenía como objeto la solicitud de

autorización de unas obras de choque (obras blandas) para mitigar la erosión costera en el sector aludido.

- ***Análisis del acervo probatorio según lo pretendido en la demanda.***

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, la Sala observa que existe evidencia de un problema de erosión costera en la zona comprendida entre Bocas de Ceniza y Punta Betin del Municipio de Ciénaga – Magdalena. No obstante, no existe prueba alguna que acredite que dicho problema ha afectado específicamente los derechos fundamentales individuales invocados por el actor. Es decir, no está probado en el proceso ni la vulneración o amenaza que sufren tales bienes jurídicos constitucionales, ni mucho menos la relación de causalidad entre el aludido problema de erosión y la afectación de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la dignidad humana y el buen nombre.

Por lo anterior es manifiesto que en el *sub judice* no se cumple con uno de los requisitos que exige la citada jurisprudencia para que por medio de la acción de tutela se puedan proteger derechos fundamentales que resultan afectados como consecuencia de la violación simultanea de derechos colectivos, pues tal como se encuentra planteado el litigio y según las pruebas obrantes en el expediente no se advierte una violación de los derechos constitucionales fundamentales del actor.

Por su parte, en lo que tiene que ver con la posibilidad de transmutar la acción de tutela para tramitarla de conformidad con las reglas previstas por la Ley 472 de 1998 de las acciones populares, la Sala se permite **cambiar su precedente** en torno al tema, en los siguientes términos:

Se ha venido sosteniendo que si en el trámite de la acción de tutela se evidencia una posible violación de derechos colectivos es dable ordenar que esta acción se tramite de conformidad con las reglas procesales previstas para las acciones populares. Sin embargo, tal

criterio jurisprudencial ya no se puede aplicar, porque los fundamentos jurídicos que le sirvieron de fundamento cambiaron.

En efecto, con la entrada en vigencia del CPACA, el trámite de las acciones populares sufrió varias modificaciones. Para el caso *sub examine*, se resalta la modificación introducida por el inciso 2º del artículo 144 *ídem*, que establece:

“Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.” (Negrillas fuera del texto)

Como se observa, la Ley 1437 de 2011 exige como presupuesto para la procedencia de la acción popular, que el demandante acredite el requerimiento previo a la entidad demandada para que adopte las medidas necesarias para la protección de los derechos colectivos. En consecuencia, hoy en día no es posible, en sede de tutela, ordenar la transmutación de la acción para, con lo anterior, que esta se tramite como una acción popular, dado que el accionante obligatoriamente debe agotar el requisito de procedibilidad antes de acudir a este medio de defensa de los derechos colectivos.

Así las cosas, la Sala confirmará el fallo impugnado que rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta.

IV. RESOLUCIÓN DEL ASUNTO

Teniendo en cuenta que según los hechos probados en el proceso, la acción procedente para trabar la *litis* es la popular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de rechazar por improcedente la acción de tutela interpuesta.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

V. F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE en legal forma a las partes.

Por secretaría, envíese copia de esta decisión al Tribunal de origen y, dentro del término de ley, envíese a la Corte Constitucional para que se surta la eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA