

ACCION DE TUTELA – Generalidades – Naturaleza – Concepto y alcance – Accionante – Debido proceso

Como se sabe, la acción de tutela permite a todas las personas reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley. La vulneración ocurre cuando la autoridad pública o el particular, según sea el caso, desconocen el derecho fundamental de la persona, es decir, cuando, sin razón, perturban el goce efectivo de la garantía reconocida por la Constitución Política. La amenaza, en cambio, se produce cuando existe un riesgo real, que visto objetivamente, esto es, a través de elementos concretos, podría generar la vulneración de algún derecho fundamental. La amenaza viene a ser una especie de etapa previa a la violación porque representa el riesgo real de que finalmente se produzca el daño efectivo del derecho fundamental y, por ende, está en el ámbito de protección de la acción de tutela, que en ese caso se torna en una acción eminentemente preventiva. Es decir: la amenaza que hace procedente el amparo es la que indica que existe probabilidad de que ocurra un daño grave, cierto, real e inminente, pues sólo así se justifica que el juez de tutela intervenga de manera preventiva para evitar que se materialice el daño, la vulneración del derecho fundamental...En el sub lite, ocurre que el temor de las sociedades DRUMMOND LTD. y AMERICAN PORT COMPANY INC. es infundado, pues lo cierto es que las declaraciones de prensa a las que aluden no son elementos objetivos ni concretos que permitan derivar en la amenaza del derecho al debido proceso. En efecto, en los términos explicados, los hechos que narró la parte actora demuestran un riesgo hipotético, que no real ni cierto, de que los principios de imparcialidad y de presunción de inocencia puedan ser desconocidos por la autoridad pública demandada, en el proceso que se sigue por infracción al ordenamiento ambiental. Empero, eso no indica, como parece entenderlo la parte demandante, que haya sido juzgada sin agotar el procedimiento sancionatorio...En el sub lite, la información de prensa que se ha difundido acredita el hecho que dio origen a la investigación: la caída de carbón al mar caribe, cerca al municipio de Ciénaga. Además, da cuenta de que el Estado ejerció la potestad sancionatoria ambiental para determinar la responsabilidad de las demandantes. Esa información, sin embargo, no indica que se esté prejuzgando a las sociedades DRUMMOND LTD. y AMERICAN PORT COMPANY INC. Afrontar una investigación por infracción al régimen ambiental no puede derivar en la amenaza del debido proceso. Por igual, el hecho de que los medios de comunicación difundan información sobre la existencia de un proceso sancionatorio tampoco se traduce en la amenaza o vulneración de un derecho fundamental ni significa que el funcionario que brinda información a los medios de comunicación incurra en prejuzgamiento. Justamente, la investigación que adelanta la ANLA es para determinar si se cometió la infracción ambiental y, per se, no genera ningún agravio para el sujeto pasivo de la potestad sancionatoria, sobre todo si, como en este caso, se garantiza el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción.

AMENAZA SIMPLE DE RIESGO – Reglas de aplicación

La Corte Constitucional ha fijado reglas claras para diferenciar la amenaza del simple riesgo, pues lo que protege la tutela es la amenaza y no el riesgo hipotético de vulneración de derechos fundamentales. Por lo pertinente, la sala transcribe, *in extenso*, lo dicho por esa corporación:

«4.6 Como ya se estableció por esta Sala en la Sentencia T – 339 de 2010 de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua, el riesgo es la «contingencia o proximidad de un daño», y la contingencia es la «posibilidad de que algo suceda o no suceda» o «cosa que puede suceder o no suceder». Por su parte, la amenaza es la «acción de amenazar», y a su vez, amenazar significa «dar indicios de estar inminente algo malo o desagradable». En esta medida el riesgo es siempre algo abstracto y no produce consecuencias concretas, mientras que la amenaza supone la existencia de señales o manifestaciones que hagan suponer que algo malo va a suceder de manera certera e inminente. En otras palabras, la amenaza supone la existencia de signos objetivos que muestran la inminencia de la agravación del daño, mientras que el riesgo está ligado a la noción de probabilidad y de eventualidad de aquel.

4.7 Siguiendo con la diferenciación desde el punto de vista doctrinal para M. Boutonnet, «la amenaza se expresa en una «manifestación, en una señal que supone temer de algo», es decir que desde el punto de vista jurídico es una situación que objetivamente presenta un riesgo de daño y se manifiesta a través de elementos concretos y de un resultado inmediato con hechos de cierta materialidad. Por el contrario el riesgo, puede ser solamente abstracto y no manifestar ninguna consecuencia concreta, sino una mera expectativa de la ocurrencia de un daño que no se manifiesta en un hecho certero. Por esta razón para esta jurista existen tres eslabones que se pueden identificar para la consumación o vulneración del derecho: en primer lugar el riesgo, que es la mera posibilidad de la ocurrencia de un daño [daño aleatorio], en segundo término la amenaza

que se refiere a hechos concretos y expectativas certeras de la ocurrencia del hecho [daño inminente] y por último la vulneración efectiva del derecho o la consumación del daño [daño consumado].

4.8 Hay que subrayar que los riesgos sobre un derecho fundamental, en virtud de su carácter abstracto de su falta de certeza, y la ausencia de elementos objetivos que permitan predecir su inminente lesión consumada, no se pueden proteger vía acción de tutela. Nadie puede reclamar del Estado una protección especial frente a un riesgo, ya que éste es inherente a la existencia humana y a la vida en sociedad¹. Sin embargo, se debe advertir que el juez constitucional debe ser cuidadoso en la determinación de la gravedad, la certeza y la inminencia de la vulneración del derecho amenazado, ya que la frontera entre el riesgo potencial y una amenaza cierta es muchas veces difusa. Por esta razón considera la Sala que en los casos de duda el material probatorio resulta determinante.

4.9 Por otra parte hay que subrayar que la amenaza es de por sí una etapa de la vulneración del derecho, pues en realidad ella misma supone comienzo de vulneración dentro de la cadena evolutiva que implica la violación de un derecho y que finaliza con la frustración definitiva del mismo, o con lo que el artículo 86 superior denomina simplemente como 'vulneración' a secas. En efecto, la amenaza como elemento que envuelve ya de por sí vulneración constituye una alteración o perturbación en el goce tranquilo y pacífico del derecho y, por consiguiente, se reputa como una violación cierta del derecho, así aún no se haya consumado el daño completamente. Es decir, la amenaza de un derecho es por sí misma daño.

[...] 4.11 En suma, el riesgo al que está expuesto un derecho es una vulneración aleatoria del mismo, la amenaza es una vulneración inminente y cierta del derecho y la vulneración consumada es la lesión definitiva del derecho. Como ya se expresó, la amenaza implica de por sí inicio de vulneración del derecho y se sitúa antes de que la violación inicie su consumación definitiva pero no antes de su existencia; es decir que la amenaza presenta datos reales y objetivos que permiten prever el agravamiento inminente que conlleva la vulneración del derecho. La amenaza menoscaba el goce pacífico del derecho y, por lo tanto, es un inicio de vulneración en el sentido de que el ejercicio del derecho ya se ha empezado a perturbar. En definitiva, existe un riesgo en abstracto sobre todos los derechos, riesgo que se puede convertir en amenaza y luego en daño consumado. La diferencia entre riesgo y amenaza dependerá del material probatorio que se sustente en cada caso en particular. Hay que advertir que la acción de tutela solo es procedente en los casos de amenaza o peligro cierto de vulneración, pero no en los casos de riesgo».

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-41-000-2013-01685-01(AC)

Actor: DRUMMOND LTD. y AMERICAN PORT COMPANY INC

Demandado: AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES

La Sala decide la impugnación interpuesta por las sociedades DRUMMOND LTD. y AMERICAN PORT COMPANY INC. contra la sentencia del 19 de julio de 2013,

¹ “Es decir que no puede haber una protección judicial a los paranoicos, que sienten una amenaza frente a cualquier situación de peligro. También hay que advertir que cada sociedad valora sus propios riesgos.”

proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró improcedente la tutela.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Las sociedades DRUMMOND LTD. y AMERICAN PORT COMPANY INC., mediante apoderado judicial, ejercieron la acción de tutela, como mecanismo transitorio de protección, contra la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (en adelante ANLA) porque estimaron vulnerado el derecho fundamental al debido proceso. Por lo tanto, formularon las siguientes pretensiones:

“1. Declare que el anuncio público en los medios de comunicación realizado por la ANLA sobre la imposición de una sanción (multa) adoptada sin haber agotado el proceso sancionatorio es inconstitucional por transgresión al debido proceso.

2. Que ordene a la ANLA que adelante un trámite del proceso sancionatorio en forma imparcial, aplicando los principios del debido proceso como son la legalidad de las faltas y la presunción de inocencia y garantice el pleno ejercicio del derecho de defensa de las empresas investigadas. Y se abstenga de dar declaraciones a los medios de comunicación sobre sanciones aún no impuestas”.

2. Hechos

De acuerdo con la demanda de tutela, son relevantes los siguientes hechos:

Que DRUMMOND LTD. es una empresa dedicada a la exploración y explotación de yacimientos de carbón, en virtud de contratos celebrados con la autoridad minera.

Que, por su parte, AMERICAN PORT COMPANY INC. es una sociedad portuaria encargada de transportar el carbón extraído por DRUMMOND LTD., de acuerdo con el contrato de concesión portuaria No. 002 de 1992.

Que, mediante auto No. 272 del 1° de febrero de 2013, la ANLA promovió procedimiento sancionatorio ambiental contra la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC., por las presuntas afectaciones al medio marino, causadas por el accidente ocurrido el 13 de enero de 2013, que originó la caída de varias toneladas de carbón al mar caribe, cerca de Ciénaga, Magdalena.

Que, el 5 de febrero de 2013, “en el portal Web de W radio, en el artículo denominado ‘Minambiente anunció que si la Drummond botó carbón al mar sería multada’ Se lee que ‘(...) el ministro del Medio Ambiente, Juan Gabriel Uribe, advirtió que debido a que la compañía no informó a tiempo sobre el accidente, ni los problemas de contaminación sobre el caribe, se expone a una multa de 2.947 millones de pesos”.

Que, en esa misma fecha, el portal web de la W radio, “en el artículo ‘Mañana se conocerá la sanción a Drummond por botar carbón al mar Caribe’ se cita que ‘(...) El ministro de medio ambiente Juan Gabriel Uribe dijo en W radio que la sanción a la compañía minera estadounidense Drummond por el supuesto derrame accidental de una cantidad indeterminada de toneladas de carbón sobre el caribe podría ser de carácter administrativo o de 2.947 millones de pesos”.

Que, por igual, en la edición del 1° de marzo de 2013 del diario El Espectador, en la sección economía, se publicó el artículo periodístico “denominado ‘Levantar sanción a Drummond²’ (...) contiene una declaración de la directora de la ANLA respecto del proceso sancionatorio iniciado mediante Auto No. 272, en el que se lee ‘(...) en tres meses el país conocerá una sanción ejemplarizante que no se ha dado hasta ahora. Es decir servirá de escarmiento a otras compañías para que hagan las cosas bien y cumplan al pie de la letra con las normas”. Que en ese mismo diario se publicó el artículo denominado “Levantar sanción a carbonera Drummond y pagará multa”, y se “anunció que en tres meses se conocerá el monto de la sanción a la empresa carbonera, pero anticipo (sic) que será muy ejemplarizante”.

Que, 1° de marzo de 2013, en el portal web del medio de comunicación RCN, “en un artículo titulado ‘Gobierno levantó sanción de cargue a Drummond’ citando a la directora de la ANLA se expresa que ‘(...) En aproximadamente tres meses se conocerán las sanciones contra la multinacional y serán ejemplares. Es posible tener multas económicas y de otra índole y eso es lo que se va a definir en este tiempo. Afirmó Sarmiento”.

Que, el 1° de abril de 2013, en un artículo periodístico del diario El Colombiano, “se dice ‘(...) La medida se levantó el primero de marzo, pero está pendiente la

² Se refiere a una restricción de carga marítima.

multa que debe pagar Drummond. Según lo dicho por la Anla será de las más altas, es decir, por lo menos deberá cancelar más de 2.900 millones de pesos”.

Que, el 11 de abril de 2013, la ANLA vinculó al procedimiento administrativo sancionatorio ambiental a las sociedades DRUMMOND LTD., DRUMMOND COAL MINING LLC. y TRANSPORT SERVICES LLC.

Que, por auto del 15 de abril de 2013, la ANLA dispuso la ampliación del testimonio del representante legal de AMERICAN PORT COMPANY INC. y determinó que, luego, se recibiría la declaración de los representantes legales de las sociedades DRUMMOND LTD., DRUMMOND COAL MINING LLC. y TRANSPORT SERVICES LLC.

Que la sociedad DRUMMOND LTD. solicitó la revocatoria directa del auto que la vinculó al procedimiento administrativo sancionatorio y que la ANLA, mediante auto del 10 de mayo de 2013, rechazó dicha petición.

Que, el 17 de mayo de 2013³, la ANLA formuló pliego de cargos contra las

³ “ARTÍCULO PRIMERO.- Formular a la empresa AMERICAN PORT COMPANY INC., identificada con NIT. 800.153.687-8, el siguiente cargo:

‘Incumplir los parámetros de actuación antes, durante y después de la contingencia de la barcaza TS-115 ocurrida el 13 de enero de 2013, establecidos en la Licencia Ambiental, el Plan de Contingencia del puerto carbonífero en la ensenada de Alcatraz Municipio de Ciénaga Magdalena, el Plan Integral de Emergencia — PIE de la empresa Drummond Ltd (aportado por la empresa AMERICAN PORT COMPANY INC); los Artículos 5, 7 y 8 de la Resolución No. 452 del 3 de mayo de 1996, Artículo 12 de la Resolución No. 0904 de 5 de octubre de 2001, el Artículo 41 del Decreto 2820 de 5 de agosto de 2010, con las consecuencias negativas de deterioro ambiental Comportamiento agravado por la causal del numeral 9 del artículo 7° de la Ley 1333 de 2009.’

ARTÍCULO SEGUNDO: Formular a las empresas AMERICAN PORT COMPANY INC., identificada con NIT. 800.153.687-8, DRUMMOND LTD., identificada con NIT. 800.021.308-5, DRUMMOND COAL MINING LLC., identificada con NIT. 830.037.774-3 y TRANSPORT SERVICES LLC., identificada con NIT. 830.013.463-4, el siguiente cargo:

‘Alterar, deteriorar o afectar el ambiente y ecosistema marítimo ocasionado el 13 de enero de 2013 por la echazón, caída y depósito de 35 a 1870 toneladas de Carbón en el lecho marino, que incluye el arrastre en este medio de la barcaza TS 115, en jurisdicción del puerto carbonífero en la ensenada de Alcatraz Municipio de Ciénaga Magdalena. Comportamiento agravado por el numeral 9 del artículo 7° de la Ley 1333 de 2009.’

ARTÍCULO TERCERO: Por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales — ANLA, notificar el contenido del presente acto administrativo al apoderado de las empresas AMERICAN PORT COMPANY INC., DRUMMOND LTD., DRUMMOND COAL MINING LLC. y TRANSPORT SERVICES LLC.

ARTÍCULO CUARTO: Las empresas AMERICAN PORT COMPANY INC., DRUMMOND LTD., DRUMMOND COAL MINING LLC. y TRANSPORT SERVICES LLC, a través de su representante

sociedades AMERICAN PORT COMPANY INC., DRUMMOND LTD., DRUMMOND COAL MINING LLC. y TRANSPORT SERVICES LLC.

Que las sociedades AMERICAN PORT COMPANY INC., DRUMMOND LTD., DRUMMOND COAL MINING LLC. y TRANSPORT SERVICES LLC. rindieron oportunamente descargos y solicitaron pruebas.

Que el proceso administrativo sancionatorio que adelanta la ANLA está en trámite, esto es, no se ha proferido decisión de fondo.

3. Argumentos de la tutela

El apoderado judicial de las sociedades DRUMMOND LTD. y AMERICAN PORT COMPANY INC. alegó que la ANLA vulneró el derecho fundamental al debido proceso, por las siguientes razones:

En primer lugar, la parte demandante dijo que la tutela es procedente, como mecanismo transitorio de protección, por cuanto está acreditada la existencia de una *“ostensible violación al debido proceso”*. Que si bien pueden acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para cuestionar el acto administrativo definitivo, lo cierto es que *“los diversos pronunciamientos que se han dado en los medios de comunicación y en el trámite mismo del procedimiento sancionatorio ha (sic) generado la existencia de un claro y evidente prejuzgamiento”*.

Que, en efecto, las declaraciones de prensa antes reseñadas dan cuenta de que es clara la intención de la ANLA de sancionar a las sociedades demandantes. Que las sociedades actoras *“prácticamente han quedado sin medio de defensa alguno, dado que anticipadamente sin juicio que así lo demostrase son ya declaradas responsables por parte de la ANLA, dejando por el piso las presunciones de inocencia y el que nadie puede ser declarado responsable sin juicio previo (sic)”*.

Que, de hecho, está acreditado el perjuicio irremediable que podría causarse, pues la ANLA no sólo “expuso” a las sociedades actoras ante los medios de comunicación, sino que las señaló como responsables por el daño ecológico

legal o apoderado debidamente constituido, dispondrán del término de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación del presente acto administrativo, para que presenten los respectivos descargos por escrito y aportar o solicitar la práctica de las pruebas que estimen pertinentes y sean conducentes a sus argumentos de defensa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1333 del 21 de julio de 2009”.

causado por la caída de carbón al mar caribe, a pesar de que el proceso sancionatorio aún no ha concluido.

Que la tutela no pretende controvertir la legalidad de los actos proferidos en el procedimiento administrativo sancionatorio, sino lograr que ese trámite sea imparcial y que, de este modo, se evite el prejuzgamiento.

Que, por otra parte, la imputación de cargos fue realizada *“sin prueba alguna”*, por cuanto la ANLA se limitó a transcribir, parafrasear o interpretar un informe de INVEMAR (Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras). Que, además, a la fecha de expedición del pliego de cargos, la ANLA no tenía certeza sobre la existencia de afectación al ecosistema marino y que, por ende, ni siquiera está probado el hecho constitutivo de la infracción ambiental descrita en ese pliego, esto es, *“alterar, deteriorar o afectar el ambiente y ecosistema marítimo”*. Que, en consecuencia, *“resulta procedente que se ampare el derecho fundamental al debido proceso y se ordene a ANLA que deseche esa imputación e inicie nuevamente el proceso”*.

Que, por último, la ANLA desconoció el Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos (leyes 1143 de 2007 y 1166 de 2007), que exige que las autoridades colombianas tengan un trato *“justo y equitativo”* con las sociedades estadounidenses.

4. Intervención de la autoridad demandada

- Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

El apoderado judicial de la ANLA, después de hacer un recuento detallado del procedimiento administrativo sancionatorio que se sigue contra las sociedades DRUMMOND LTD. y AMERICAN PORT COMPANY INC., solicitó que se declarara improcedente la tutela, con base en los argumentos que se resumen así:

Que en las declaraciones de prensa que entregó la ANLA no se prejuzgó a las

sociedades actores, sino que simplemente se hizo referencia a la necesidad de adelantar un procedimiento administrativo sancionatorio por la presunta afectación al medio marino, causada por la caída de carbón al mar caribe.

Que el proceso se está adelantando conforme con la Ley 1333 de 2009, que regula el procedimiento sancionatorio ambiental, y que las empresas demandantes han podido oponerse a los cargos formulados, pedir pruebas, etcétera. Que, además, las inconformidades frente al pliego de cargos pudieron plantearse oportunamente, exponiendo argumentos técnicos y jurídicos para desvirtuar la supuesta infracción ambiental.

Que, de todos modos, si la parte actora duda de la imparcialidad de los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio, bien puede recusarlos, conforme con las leyes 1333 de 2009 y 1437 de 2011.

Que, por otra parte, la tutela es improcedente, toda vez que la parte actora cuenta con otros medios de defensa para controvertir las decisiones del procedimiento administrativo sancionatorio. Que, de hecho, si se dictara una decisión desfavorable podría acudir ante el juez administrativo para cuestionar la legalidad del acto sancionatorio.

Que la tutela no procede ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, por cuanto no se acreditó la existencia de perjuicio irremediable ni ninguna situación de indefensión.

5. Intervención del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

El apoderado judicial del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible pidió que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva de esa entidad, por cuanto no tiene injerencia en los hechos que la parte actora considera contrarios al derecho fundamental al debido proceso.

Que, en efecto, la ANLA no es una dependencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, toda vez que el Decreto Ley 3573 de 2011 la creó como una unidad administrativa especial con autonomía administrativa y financiera.

Que el Consejo de Estado⁴ ha señalado que las unidades administrativas especiales, como la ANLA, no hacen parte del gobierno nacional y que, por tanto, no *“pueden ser catalogadas como el Ministerio mismo o como una dependencia de éste”*.

6. Sentencia impugnada

La Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 19 de julio de 2013, declaró improcedente la tutela. En concreto, dijo lo siguiente:

Que la tutela no procede como mecanismo principal, toda vez que existen otros medios de defensa legales para controvertir los actos proferidos por la ANLA en el procedimiento sancionatorio. Que, como no está demostrado el perjuicio irremediable, la tutela también es improcedente como mecanismo transitorio de protección.

Que, en efecto, la parte demandante pretende que se modifique el pliego de cargos proferido por la ANLA y que, para tal fin, se limitó a cuestionar la motivación fáctica y jurídica de ese acto, pero no identificó cuál es la lesión inminente, grave e irreversible que se le causaría.

Que, por otra parte, las informaciones de prensa citadas por la parte actora no acreditan la vulneración del debido proceso, sino simplemente la existencia de una noticia difundida por los medios de comunicación.

Que, en todo caso, no está probado que la ANLA actuara arbitrariamente en el procedimiento administrativo sancionatorio, pues las sociedades DRUMMOND

⁴ El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible citó la sentencia del 11 de noviembre de 2008. Expediente: 11001-03-26-000-2001-00037-01.

LTD. y AMERICAN PORT COMPANY INC. han contado con los mecanismos para ejercer los derechos de contradicción y defensa.

7. Impugnación

El apoderado judicial de las sociedades demandantes impugnó la sentencia de primera instancia y alegó, en concreto, lo siguiente:

Que las sociedades actoras no controvierten la legalidad de los actos administrativos proferidos en el procedimiento sancionatorio adelantado por la ANLA, sino que cuestionan las declaraciones rendidas por funcionarios de esa entidad a los medios de comunicación porque, a su juicio, constituyen prejuzgamiento y desconocen la presunción de inocencia.

Que las informaciones de prensa citadas en la demanda de tutela acreditan de forma suficiente la existencia del aludido prejuzgamiento y el desconocimiento de la presunción de inocencia y que, por ende, la protección del debido proceso es procedente por vía de tutela.

CONSIDERACIONES

La sala confirmará la sentencia impugnada, por las razones que pasan a explicarse.

De manera preliminar, se debe aclarar que si bien las sociedades DRUMMOND LTD. y AMERICAN PORT COMPANY INC. alegaron la vulneración del derecho al debido proceso administrativo, lo cierto es que los argumentos que expusieron están dirigidos a demostrar que aparentemente ese derecho está en situación de amenaza.

Según las sociedades demandantes, ciertas declaraciones de prensa que han entregado funcionarios de la ANLA denotan que es inminente la sanción, por infracción al régimen ambiental, a pesar de que no se han surtido todas las etapas del procedimiento sancionatorio. Eso, a juicio de las compañías actoras, amenaza

el debido proceso y, de contera, atenta contra los principios de imparcialidad y de presunción de inocencia.

En esos términos, la sala desatará la impugnación.

Como se sabe, la acción de tutela permite a todas las personas reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La vulneración ocurre cuando la autoridad pública o el particular, según sea el caso, desconocen el derecho fundamental de la persona, es decir, cuando, sin razón, perturban el goce efectivo de la garantía reconocida por la Constitución Política.

La amenaza, en cambio, se produce cuando existe un riesgo real, que visto objetivamente, esto es, a través de elementos concretos, podría generar la vulneración de algún derecho fundamental. La amenaza viene a ser una especie de etapa previa a la violación porque representa el riesgo real de que finalmente se produzca el daño efectivo del derecho fundamental y, por ende, está en el ámbito de protección de la acción de tutela, que en ese caso se torna en una acción eminentemente preventiva.

Es decir: la amenaza que hace procedente el amparo es la que indica que existe probabilidad de que ocurra un daño grave, cierto, real e inminente, pues sólo así se justifica que el juez de tutela intervenga de manera preventiva para evitar que se materialice el daño, la vulneración del derecho fundamental.

La Corte Constitucional ha fijado reglas claras para diferenciar la amenaza del simple riesgo, pues lo que protege la tutela es la amenaza y no el riesgo hipotético

de vulneración de derechos fundamentales. Por lo pertinente, la sala transcribe, *in extenso*, lo dicho por esa corporación⁵:

*“4.6 Como ya se estableció por esta Sala en la Sentencia T – 339 de 2010⁶ de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua, **el riesgo** es la ‘contingencia o proximidad de un daño’, y la contingencia es la ‘posibilidad de que algo suceda o no suceda’ o ‘cosa que puede suceder o no suceder’. Por su parte, **la amenaza** es la ‘acción de amenazar’, y a su vez, *amenazar* significa ‘dar indicios de estar inminente algo malo o desagradable’. En esta medida el riesgo es siempre algo abstracto y no produce consecuencias concretas, mientras que la amenaza supone la existencia de señales o manifestaciones que hagan suponer que algo malo va a suceder de manera certera e inminente. En otras palabras, la amenaza supone la existencia de signos objetivos que muestran la inminencia de la agravación del daño, mientras que el riesgo está ligado a la noción de probabilidad y de eventualidad de aquel.*

*4.7 Siguiendo con la diferenciación desde el punto de vista doctrinal para M. Boutonnet, **la amenaza** se expresa en una ‘manifestación, en una ‘señal que supone temer de algo’⁷, es decir que desde el punto de vista jurídico es una situación que objetivamente presenta un riesgo de daño y se manifiesta a través de elementos concretos y de un resultado inmediato con hechos de cierta materialidad. Por el contrario el riesgo, puede ser solamente abstracto y no manifestar ninguna consecuencia concreta, sino una mera expectativa de la ocurrencia de un daño que no se manifiesta en un hecho certero. Por esta razón para esta jurista existen tres eslabones que se pueden identificar para la consumación o vulneración del derecho: en primer lugar el riesgo, que es la mera posibilidad de la ocurrencia de un daño (daño aleatorio), en segundo término la amenaza que se refiere a hechos concretos y expectativas certeras de la ocurrencia del hecho (daño inminente) y por último la vulneración efectiva del derecho o la consumación del daño (daño consumado)⁸.*

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-1002 de 2010.

⁶ “Se trataba del caso de un ciudadano que interpuso acción de tutela contra la Nación – Ministerio del Interior y de Justicia, con el objetivo de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la seguridad personal, al negársele su petición de reforzar su esquema de seguridad por las amenazas de que había sido objeto como defensor de derechos humanos y asesor de las víctimas del conflicto armado.”

⁷“BOUTONNET, Matilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, Biblioteca de Derecho Privado, tomo 444, París, LGDJ, 2005, p. 519.”

⁸ “Para ilustrar lo anterior, se pueden dar los siguientes ejemplos: sobre el derecho a la salud de todas las personas recae el riesgo en abstracto de afectarse, pero logra estar amenazado cuando las personas no tienen acceso a agua potable y deben beber agua de una fuente contaminada. Inmediatamente las personas beben el agua contaminada su derecho a la salud no se vulnera mas sí ingresa en estado de amenaza, pues objetivamente es esperable que la persona caiga en enfermedad. Así que cuando la persona consume dicha agua se perturba el goce pacífico del derecho a la salud que tenía antes de verse obligado a ingerir tal agua. Igual consideración se puede efectuar en función del derecho a la vida: en abstracto, la vida está en riesgo porque nadie

4.8 Hay que subrayar que los riesgos sobre un derecho fundamental, en virtud de su carácter abstracto de su falta de certeza, y la ausencia de elementos objetivos que permitan predecir su inminente lesión consumada, no se pueden proteger vía acción de tutela. Nadie puede reclamar del Estado una protección especial frente a un riesgo, ya que éste es inherente a la existencia humana y a la vida en sociedad⁹. Sin embargo, se debe advertir que el juez constitucional debe ser cuidadoso en la determinación de la gravedad, la certeza y la inminencia de la vulneración del derecho amenazado, ya que la frontera entre el riesgo potencial y una amenaza cierta es muchas veces difusa. Por esta razón considera la Sala que en los casos de duda el material probatorio resulta determinante¹⁰.

4.9 Por otra parte hay que subrayar que la amenaza es de por sí una etapa de la vulneración del derecho, pues en realidad ella misma supone comienzo de vulneración dentro de la cadena evolutiva que implica la violación de un derecho y que finaliza con la frustración definitiva del mismo, o con lo que el artículo 86 superior denomina simplemente como ‘vulneración’ a secas. En efecto, la amenaza como elemento que envuelve ya de por sí vulneración constituye una alteración o perturbación en el goce tranquilo y pacífico del derecho y, por consiguiente, se reputa como una violación cierta del derecho, así aún no se haya consumado el daño completamente¹¹. Es decir, la amenaza de un derecho es por si misma daño.

(...)

está exento de que le ocurra un accidente en cualquier momento; cuando la persona está en peligro de muerte o de lesión, el derecho se evidencia amenazado; y cuando la persona muere o se hiere, la violación al derecho se consuma.”

⁹ “Es decir que no puede haber una protección judicial a los paranoicos, que sienten una amenaza frente a cualquier situación de peligro. También hay que advertir que cada sociedad valora sus propios riesgos.”

¹⁰ “Lo anterior no significa que si se concreta una vulneración consumada que genere un daño a un derecho a partir de lo que se consideró como un simple riesgo, la persona queda desamparada, pues “los regímenes de responsabilidad en el derecho civil y el derecho público, a los cuales se tiene acceso mediante la interposición de acciones ordinarias ante las respectivas jurisdicciones, pretende remediar o indemnizar la consumación de estos riesgos” (Sentencia T-1101 de 2008).”

¹¹ “Por ejemplo, no es lo mismo ser propietario de un inmueble libre que de un predio amenazado por un grupo armado. En ambos casos el derecho de propiedad permanece en cabeza del titular, sólo que en el primero el derecho está incólume y en el segundo está fastidiado en su goce tranquilo. Igualmente, es diferente habitar una vivienda que amenaza con derrumbarse por estar sobre una ladera inestable que sufre de constantes deslizamientos a habitar una que no padece tal amenaza. Del mismo modo se puede ejemplificar la tesis de la vulneración a partir de la simple amenaza, con la Sentencia T-601 de 2007, en donde la Corte expresó muy bien cómo se configura la perturbación en el goce tranquilo y pacífico de un derecho. Téngase en cuenta que el aparte citado no es técnico en la utilización del vocablo riesgo: ‘Es claro que existe un riesgo real y probable en contra de las (sic) vidas (sic) y la integridad personal de la accionante y su familia, como lo reconoce el propio concepto técnico de la Administración Municipal. La situación en la que se encuentra la edificación es grave, en especial si se tiene en cuenta que el paso continuo de la (sic) aguas incrementa este riesgo. De hecho, la angustia y ansiedad que genera esta situación ha bastado para tener repercusiones sobre el ánimo y la buena salud de la accionante y de su familia’.»

4.11 En suma, el riesgo al que está expuesto un derecho es una vulneración aleatoria del mismo, la amenaza es una vulneración inminente y cierta del derecho y la vulneración consumada es la lesión definitiva del derecho. Como ya se expresó, la amenaza implica de por sí inicio de vulneración del derecho y se sitúa antes de que la violación inicie su consumación definitiva pero no antes de su existencia; es decir que la amenaza presenta datos reales y objetivos que permiten prever el agravamiento inminente que conlleva la vulneración del derecho. La amenaza menoscaba el goce pacífico del derecho y, por lo tanto, es un inicio de vulneración en el sentido de que el ejercicio del derecho ya se ha empezado a perturbar. En definitiva, existe un riesgo en abstracto sobre todos los derechos, riesgo que se puede convertir en amenaza y luego en daño consumado. La diferencia entre riesgo y amenaza dependerá del material probatorio que se sustente en cada caso en particular. Hay que advertir que la acción de tutela solo es procedente en los casos de amenaza o peligro cierto de vulneración, pero no en los casos de riesgo”.

En resumidas cuentas: el riesgo es la simple probabilidad de la ocurrencia de un daño (vulneración del derecho fundamental), esto es, en una especie de daño aleatorio. La amenaza, en cambio, denota el riesgo real e inminente de que el daño se produzca. Y la vulneración viene a ser la etapa final del proceso y se traduce en el daño efectivo. Únicamente la amenaza y la vulneración de derechos fundamentales pueden ser objeto de protección por el juez de tutela.

En el sub lite, ocurre que el temor de las sociedades DRUMMOND LTD. y AMERICAN PORT COMPANY INC. es infundado, pues lo cierto es que las declaraciones de prensa a las que aluden no son elementos objetivos ni concretos que permitan derivar en la amenaza del derecho al debido proceso.

En efecto, en los términos explicados, los hechos que narró la parte actora demuestran un riesgo hipotético, que no real ni cierto, de que los principios de imparcialidad y de presunción de inocencia puedan ser desconocidos por la autoridad pública demandada, en el proceso que se sigue por infracción al ordenamiento ambiental. Empero, eso no indica, como parece entenderlo la parte demandante, que haya sido juzgada sin agotar el procedimiento sancionatorio.

Según lo aceptan las propias sociedades demandantes, la ANLA ha adelantado el procedimiento sancionatorio en los términos de la Ley 1333 de 2009, al punto que pudieron contestar el pliego de cargos, pedir pruebas y cuestionar los actos que se han dictado para impulsar la actuación. Eso denota que el procedimiento se adelanta por el funcionario competente, se han observado las reglas propias de esa actuación administrativa y se han garantizado los derechos de defensa y contradicción. Esto es, se ha respetado el debido proceso administrativo.

El debido proceso, como es sabido, es una garantía instituida en favor de las partes y de los terceros interesados en una actuación administrativa o judicial. Incluso, el debido proceso es una garantía a favor del propio Estado, por cuanto rodea de legitimidad las decisiones que adopta.

El debido proceso comprende fundamentalmente tres grandes elementos. Uno tiene que ver con el derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa. El otro elemento tiene que ver con el derecho a ser juzgado por el funcionario competente. Y, finalmente, aparece el importante elemento del derecho de defensa, que incluye las garantías de defensa y contradicción.

En el sub lite, la información de prensa que se ha difundido acredita el hecho que dio origen a la investigación: la caída de carbón al mar caribe, cerca al municipio de Ciénaga. Además, da cuenta de que el Estado ejerció la potestad sancionatoria ambiental para determinar la responsabilidad de las demandantes. Esa información, sin embargo, no indica que se esté prejuzgando a las sociedades DRUMMOND LTD. y AMERICAN PORT COMPANY INC.

Afrontar una investigación por infracción al régimen ambiental no puede derivar en la amenaza del debido proceso. Por igual, el hecho de que los medios de comunicación difundan información sobre la existencia de un proceso sancionatorio tampoco se traduce en la amenaza o vulneración de un derecho fundamental ni significa que el funcionario que brinda información a los medios de comunicación incurra en prejuzgamiento. Justamente, la investigación que

adelanta la ANLA es para determinar si se cometió la infracción ambiental y, per se, no genera ningún agravio para el sujeto pasivo de la potestad sancionatoria, sobre todo si, como en este caso, se garantiza el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción.

En efecto, el procedimiento sancionatorio ambiental es el escenario ideal para que las compañías demandantes discutan el pliego de cargos, aporten y pidan pruebas para demostrar que no cometieron la infracción al régimen ambiental. Incluso, si alguna duda pudiera existir frente a la imparcialidad de los funcionarios encargados de la actuación, lo pertinente es que los interesados recusen a los funcionarios para que se decida si se configura alguna causal de impedimento que les impida conocer del asunto. Justamente las causales de impedimento son mecanismos previstos para garantizar que los procesos sancionatorios se adelanten con objetividad, independencia, imparcialidad y justicia.

En consecuencia, como se anunció, la Sala confirmará la providencia impugnada, pero por las razones expuestas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Confírmase la sentencia impugnada.
2. Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA