

T-080-15

Sentencia T-080/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION POPULAR-Desarrollo histórico y normativo

ACCION POPULAR EN EL CODIGO CIVIL

ACCION POPULAR EN LA CONSTITUCION DE 1991

En materia de derechos colectivos es claro que el propósito del Constituyente fue el de extender el campo tradicional de esta clase de acciones que ya existían en estatutos civiles anteriores, fortaleciendo la competencia de los jueces y su capacidad para proteger los derechos de las personas. La Corte Constitucional ha explicado que a la luz del nuevo marco institucional y social resumido a través de la fórmula del Estado social de derecho, se reivindica la prevalencia del interés público al tiempo que empodera a los ciudadanos con herramientas jurídicas efectivas para que velen activamente por lo comunitario.

ACCION POPULAR-Finalidad preventiva y restaurativa o de restablecimiento a favor del colectivo afectado

REGIMEN DE TRANSICION EN LAS ACCIONES POPULARES-Aplicación de la ley 472 de 1998

Las acciones populares no son un instrumento jurídico ajeno a la tradición legal de Colombia. Desde el Código Civil de 1887 se consagraron varias figuras al alcance de la ciudadanía en general o de los vecinos de un determinado lugar con el objetivo de conjurar el riesgo sobre un bien público o de interés común, así como de resarcir el daño ocasionado sobre el mismo. La Carta Política de 1991 revitalizó y promovió la defensa de lo público mediante un conjunto de herramientas constitucionales. Particularmente, la Ley 472 de 1998 desarrolló lo referente a las acciones populares conservando el doble propósito de prevención y restitución del derecho colectivo vulnerado, al tiempo que dispuso un marco legal más específico y orientado a la obtención del derecho sustancial y del equilibrio entre las partes convocadas.

DERECHO AMBIENTAL-Principios rectores

MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCION DE 1991-Contenido

CONSTITUCION ECOLOGICA Y MEDIO AMBIENTE SANO-Protección constitucional

CONSTITUCION ECOLOGICA-Diversas aproximaciones a lo ambiental

Las múltiples disposiciones normativas que existen y el enfoque pluralista que promueve la propia Carta, hacen que la relación entre la Constitución y el medio ambiente no sea una sola y estática. Es posible identificar al menos tres aproximaciones que explican el interés superior de la naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano y la protección reforzada que se le otorga: (i) en primer lugar, se parte de una visión antropocéntrica que concibe al ser humano presente como única razón de ser del sistema legal y a los recursos naturales como meros objetos al servicio del primero, (ii) un segundo punto de vista reivindica concepciones más globales y solidarias de la responsabilidad humana, que abogan por los deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras; (iii) finalmente, se han formulado posturas contra-hegemónicas que conciben a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos, y que respaldan cosmovisiones plurales y alternativas a la posición mayoritaria.

CONCEPTO DE NATURALEZA-Importancia en el derecho ambiental

PRINCIPIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL DERECHO AMBIENTAL-Contenido

PRINCIPIO DE PREVENCIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL-Contenido

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL-Contenido

PRINCIPIO DE QUIEN CONTAMINA PAGA EN EL DERECHO AMBIENTAL-Contenido

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD JURIDICA POR EL DAÑO AMBIENTAL-Hecho generador del daño, el daño como tal y el nexo de causalidad entre ambos

La jurisprudencia como la legislación nacional, para hacer frente a las demandas ambientales puestas de presente, han retomado los elementos básicos del régimen de responsabilidad civil, a saber: (i) hecho generador del daño, (ii) el daño como tal y (iii) el

nexo de causalidad entre ambos. No obstante, también ha sido necesario adaptar los mismos a los desafíos propios del derecho ambiental, particularmente en lo que tiene que ver con el concepto de daño.

RESTABLECIMIENTO O REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO AMBIENTAL

PRUEBA TECNICA PARA LA CUANTIFICACION DEL DAÑO AMBIENTAL-Importancia

MEDIDAS PARA LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE-Cumplimiento y seguimiento a las medidas de reparación

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES PROFERIDAS EN EL CURSO DE UNA ACCION POPULAR-Defecto sustantivo, por cuanto autoridad judicial debió aplicar art. 34 de la ley 472/98 en lo referente a los mecanismos procesales para resarcir o recuperar integralmente daño ambiental por derrame de líquido en la Bahía de Cartagena

Esta Corporación ha expresado que el defecto sustancial o material se presenta cuando “la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”. No obstante la autonomía de los jueces para determinar las normas aplicables al caso concreto y establecer la interpretación e integración del ordenamiento jurídico, a estos no les es dable apartarse de las disposiciones constitucionales o legales. En la decisión que se revisa el Tribunal de Cartagena descartó de forma general todos los preceptos de la Ley 472 de 1998, invocando los principios de la ley en el tiempo. Con ello, sin embargo, desconoció la aplicación del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual también resultaba vinculante en este caso en lo referente a los mecanismos procesales para resarcir o recuperar integralmente el daño ocasionado.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES PROFERIDAS EN EL CURSO DE UNA ACCION POPULAR-Defecto fáctico por indebida valoración de las pruebas con relación a la magnitud del daño ambiental por derrame de líquido en la Bahía de Cartagena

SENTENCIA COMPLEMENTARIA-Medidas de restablecimiento y resarcimiento del daño ambiental por derrame de líquido en la Bahía de Cartagena, y de prevención de futuros siniestros

Referencia: Expediente T-4.353.004.

Acción de tutela interpuesta por la Fundación para la Defensa del Interés Público - Fundepúblico- y Carmenza Morales Brid contra la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil quince (2015).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Martha Victoria Sáchica Méndez y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela emitido, en segunda instancia, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente de tutela T-4.353.004.

I. ANTECEDENTES.

El señor Juan Felipe Ogliastri Turriago, en representación de la Fundación para la Defensa del Interés Público -Fundepúblico- y la señora Carmenza Morales Brid, interpusieron acción de tutela en contra de la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, con ocasión de la providencia proferida el 18 de abril de 2013 dentro de una demanda de acción popular. Fundamenta su pretensión en los siguientes:

1. Hechos y relato contenido en el expediente[1].

1. El 19 de junio de 1989 se presentó el derrame de un compuesto químico denominado "Lorsban", cuyo elemento activo es el "Cloripirifos", el cual se encontraba almacenado en tanques pertenecientes a la empresa Dow Química de Colombia S.A. en su planta de

producción ubicada en la zona del Mamonal, en la ciudad de Cartagena. Esta situación, aseguran, conllevó a que el líquido (238 kilogramos aproximadamente) fluyera hacia la bahía, generando una contaminación ambiental que se extendió por cerca de tres (3) kilómetros cuadrados, ocasionando la muerte de centenares de peces, entre otros daños.

· Proceso de acción popular:

2. Como consecuencia de lo anterior, el 27 de julio de ese año Fundepúblico, en representación de algunas personas vecinas a la zona afectada, principalmente pescadores, instauró acción popular en contra de la referida empresa en los términos del artículo 1005 del Código Civil. En la demanda se le solicitó al juez de conocimiento se condenara a Dow Química al pago de todos los perjuicios generados, por un monto que sería tasado dentro del proceso.

3. El proceso fue abierto a pruebas mediante auto de fecha julio 30 de 1991, conforme consta a folio 221 y siguientes del expediente. Se decretaron y practicaron las pericias solicitadas por ambas partes.

4. Mediante sentencia del 29 de junio de 2012, el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena declaró probado el daño ecológico en la Bahía de Cartagena por el vertimiento ocurrido en el mes de junio de 1989 y condenó como responsable a la compañía Dow Química. El “a quo” comenzó por explicar que “en mayor o menor medida, dependiendo de la época -pero sin que se hubiera dado nunca la espalda al tema sensible de la protección de los derechos colectivos y del ambiente- el legislador colombiano se preocupó por ellos. Al principio, con las influencias innegables del más remoto y clásico derecho latino”[2]. En este sentido, precisó que la herramienta prevista en el artículo 1005 del Código Civil reconoció una verdadera acción popular a favor de los bienes de uso público y de sus usuarios.

Por esta misma razón, el Juzgado rechazó el argumento de la compañía demandada, según el cual un grupo de pescadores ya había iniciado -sin tener feliz término-, una acción tendiente a obtener la indemnización de perjuicios económicos para su gremio. Al respecto, el fallo explicó la diferencia de intereses que se defendían en cada uno de estos mecanismos, precisando que “la naturaleza jurídica de la acción popular y del daño ecológico determinan que son los intereses generales los que merecen ser tenidos en

cuenta en esta última acción”[3].

Descendiendo al caso concreto, el juzgado encontró probado el vertimiento del químico y la responsabilidad de Dow Química, en virtud de: (i) la confesión de la propia entidad, la que nunca negó el hecho; (ii) el informe del Capitán de Puerto de Cartagena y consultor ambiental, Francisco Armando Arias Isaza, quien relató cómo entre las 17:45 y 18:00 horas del 19 de junio de 1989 “se detectó el derrame del producto y se encuentra que una de las bombas de alimentación de los tanques del proceso está encendida, lo cual, unido a que la válvula de cierre del tanque más pequeño del sistema se encontraba abierta, hace que este se rebose y permita el escape del insecticida”[4]; (iii) la Resolución del 13 de febrero de 1990 proyectada por el Director General Marítimo y Portuario de la época, mediante la cual “se declaró que la empresa Dow Química de Colombia S.A. en hechos ocurridos el 19 de junio de 1989 dentro de su planta de químicos, produjo una contaminación en la bahía de Cartagena en el sector aledaño a sus instalaciones” y en la cual concluye que no resulta suficiente “un simple llamado de atención dada la gravedad del hecho investigado, la evidente responsabilidad de la firma investigada y el daño ecológico causado”[5].

Para determinar la magnitud del perjuicio ambiental ocasionado, el Juzgado se fundamentó en tres pruebas técnicas: (i) la declaración de Manuel Rodríguez Becerra, en ese entonces Gerente General del Inderena, al señalar que “los manglares [zona donde se produjo el derrame] juegan un papel insustituible en la cadena alimenticia de la vida acuática de los mares y son fundamentales para el equilibrio del ecosistema”; (ii) el reconocimiento por parte de Dow Química de haber pagado aproximadamente diez toneladas de pescado contaminado con la sustancia química[6]; (iii) las pericias a cargo del Inderena, el cual rindió dos informes. El primero de ellos, denominado “metodologías de valoración económica de los efectos ambientales” y el segundo “Aproximaciones a la valoración económica del daño ambiental-caso Dow Química de Colombia”[7]; (iv) la experticia de los señores peritos Ernesto Carreño Castro y Jesús A. Garay Tinoco, aunque hubiese sido objetada por el apoderado de la empresa demandada[8]. Una vez valorada la anterior información, el juzgador concluyó que:

“Lo cierto para el despacho, es que los parámetros para la estimación del daño ecológico y por ende para su resarcimiento, tenidos en cuenta por los peritos en el segundo dictamen practicados dentro del proceso –por sobre el primero de los mismos-, son considerados

idóneos para paliar la afrenta al recurso ictico del Distrito –antes Municipio- y por qué no, de la Nación, y por ello, de todo su elemento humano –en abstracto considerado-, que sufrió una pérdida ecológica innegable con la contaminación que ameritó la demanda y que se vio representada no solamente en la población efectiva de especies de peces muertos sino además, en la pérdida, a futuro, del potencial reproductivo o regenerador de las mismas, lo que indudablemente influyó negativamente en el ecosistema del cuerpo de agua afectado, sin perjuicio del riesgo que corrió la población humana con la contaminación”[9].

En su parte resolutive, la sentencia declaró el daño en el cuerpo de agua de la bahía de Cartagena de Indias, por el vertimiento a instancias de la empresa Dow Química de Colombia S.A. del compuesto químico organofosforado clorpirifo (Lorsban), acaecido el día 19 de junio de 1989. En consecuencia, señaló medioambientalmente responsable a la empresa, a la cual condenó “al pago de los perjuicios ocasionados con el daño ecológico, cuya liquidación se hará de la forma indicada en el segundo inciso del artículo 34 de la ley 472 de 1998, a favor del Distrito Cartagena de Indias en el monto y término que se señale en la adición de la sentencia a que se refiere la mencionada norma. En todo caso, el monto de la indemnización, deberá ser destinado por este Distrito, para programas de saneamiento ambiental de la bahía de Cartagena y demás cuerpos de agua de esta ciudad que así lo ameriten”[10].

Pese a lo anterior, el fallo descartó la necesidad de proferir orden alguna para realizar correctivos en las instalaciones y en los productos que almacena y fabrica la compañía, en la medida que se demostró en el expediente que, con posterioridad al vertimiento, se llevaron a cabo las adecuaciones pertinentes. Tampoco se decretó el incentivo a favor de los actores populares, teniendo en cuenta que los mismos fueron derogados por la Ley 1425 de 2010.

5. La decisión fue impugnada por la empresa demandada, quien manifestó, en primer lugar, que los actores carecían de legitimidad en la causa toda vez que el bien público de la bahía le pertenece a la Nación y no a personas particulares. También hizo alusión a que la norma aplicable al caso no era la Ley 472 de 1998 sino el artículo 1005 del Código Civil, por ser este el vigente al momento de los hechos. Preciso que la acción popular consagrada en esa reglamentación no tiene fines indemnizatorios, sino meramente restaurativos o

preventivos, por lo que en el presente asunto procedería únicamente el saneamiento del agua y no el pago de ninguna condena nacional como consideró el a quo. Explicó que la restauración del ecosistema ocurrió de manera natural, dada la condición biodegradable que tiene el compuesto “Lorsban”.

6. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil-Familia, en providencia del 18 de abril de 2013 resolvió el recurso de alzada. En primer lugar, explicó que la norma aplicable era el artículo 1005 del Código Civil y no la Ley 472 de 1998 “toda vez que las normas procesales en principio no contiene efectos retroactivos, esto es, que rigen únicamente desde el momento en que fueron expedidas respetando los procesos que fueron iniciados bajo la anterior legislación, en aras de brindar las garantías propias del debido proceso”[11].

A continuación, resaltó que “las acciones populares, incluso la contenida en el tan citado artículo 1005 C.C., son de naturaleza preventiva, es decir, el fin de las mismas no es la búsqueda individual o colectiva de la indemnización que resultara por el daño emergente y/o lucro cesante” [12]. En otras palabras, cuando la norma hace referencia al “resarcimiento” no debe entenderse con un carácter indemnizatorio a título colectivo o individual sobre los daños presuntamente causados:

“considera la Sala que el término resarcimiento del daño contenido en el artículo 1005 C.C. no debe ser confundido, como se explicó anteriormente con el concepto de indemnización de la responsabilidad civil, sino que al estudiarse en armonía con las demás normas que regulan la materia y los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se evidencia que esta se emplea como sinónimo de reparar, es decir, ‘arreglar algo que está roto o estropeado, enmendar, corregir o remediar’, dejando claro que la verdadera naturaleza o propósito de la acción es la de volver las cosas a su estado anterior o reparar el daño sobre el bien y no, como erradamente se cree, un reconocimiento económico producto de ese daño, siendo que para ello, como se ha explicado de manera amplia, están diseñadas otro tipo de acciones”[13].

Con base en esta premisa y descendiendo al caso concreto, el Tribunal dedujo que la acción impetrada carecía de objeto sobre el cual pronunciarse en tanto que: (i) como consecuencia del hecho acaecido en el año 1989, la sociedad Dow Química de Colombia adoptó medidas

tendientes a solucionar el problema de contaminación, tales como la recolección de peces muertos, así como las obras civiles suficientes para prevenir que otro incidente se repita en el futuro[14]; (ii) el Inderena (Resolución 0768 de 1989) levantó la medida de emergencia ambiental adoptada, atendiendo que la Empresa desarrolló una serie de medidas encaminadas a cumplir con las obligaciones propuestas por el propio instituto; (iii) aunque existió un daño ambiental, la indemnización debía buscarse por otra acción judicial idónea, la cual de hecho ya fue agotada a través de un proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual adelantado por los pescadores de la bahía de Cartagena, ante el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá. Instancia que negó las pretensiones mediante sentencia del 7 de septiembre de 2010 e hizo tránsito a cosa juzgada.

Dicho lo anterior, concluyó que si bien ocurrió un vertimiento tóxico en la bahía, los fines esenciales de la acción popular (prevención y resarcimiento) ya se habían satisfecho por lo que carecía de sentido buscar una indemnización particular por este cauce procesal:

“Si bien es cierto, existió un daño ecológico, el cual puede ser perseguido por los perjuicios a través de la acción de responsabilidad civil correspondiente, también es cierto que en la actualidad, después de 20 años este despacho no puede afirmar si aún el daño ecológico continúa, por el contrario, del expediente se infiere que lo que se persiguen son los efectos económicos indirectos del siniestro ocurrido el 19 de junio de 1989, los cuales no tienen cabida en la acción incoada”[15].

Revocó así la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena y, en su lugar, desestimó las pretensiones formuladas por la Fundación para la Defensa del Interés Público.

· Acción de tutela:

7. El 6 de diciembre de 2013 Juan Felipe Ogliastri Turriago, en representación de la Fundación para la Defensa del Interés Público (Fundepúblico) y Carmenza Morales Brid, presentaron acción de tutela en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena. En primer lugar, adujeron que la sentencia que resolvió la apelación de la acción popular y que denegó las pretensiones de la demanda incurrió en un defecto sustantivo al considerar que no era aplicable la Ley 472 de 1998 y que la acción popular solo tenía fines preventivos y restaurativos, mas no indemnizatorios.

En segundo lugar, alegaron que como consecuencia de haber considerado que el medio judicial utilizado no tenía naturaleza indemnizatoria, el Tribunal de Cartagena desconoció el material probatorio que acreditaba la existencia del daño causado. Así, adujeron que la entidad judicial también habría incurrido en un defecto fáctico al no haber valorado las pruebas practicadas que daban cuenta del daño ambiental ocasionado.

Por lo anterior, solicitaron que se dejara sin efectos la sentencia proferida el 18 de abril de 2013. En su lugar, piden que se confirme la providencia dictada el 29 de junio de 2012 por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena que encontró probado el daño medioambiental causado por Dow Química de Colombia S.A. y la condenó al pago de perjuicios.

2. Trámite procesal.

El proceso le correspondió por reparto a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que mediante auto del 10 de diciembre de 2013 admitió la solicitud de amparo. En la misma providencia resolvió también[16]:

(i) Vincular al trámite al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena, a la Alcaldía del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y a las partes e intervinientes en el proceso abreviado de acción popular adelantado por los accionantes, Guillermo García Córdona y Melania Romero Prada contra la sociedad Dow Química de Colombia S.A.,

(ii) Solicitar a los jueces de conocimiento dentro del proceso de acción popular el envío en calidad de préstamo el respectivo expediente.

3. Contestación de las entidades demandadas y vinculadas.

3.1. La Magistrada Emma Guadalupe Hernández, en representación del Tribunal de Cartagena solicitó denegar las pretensiones de la acción de tutela. En primer lugar, señaló que todas las disquisiciones que se efectuaron en el fallo cuestionado no pueden ser tildadas de irrazonables, por cuanto todas están sustentadas en el régimen legal y jurisprudencial. Precisó que la normativa aplicable era el artículo 1005 del Código Civil cuya finalidad es suspender la conducta generadora del daño o amenaza a los bienes públicos, o regresar las cosas a su estado anterior, pero no decretar indemnizaciones a los particulares afectados. En segundo lugar, aseveró que “no puede el juez constitucional entrar a usurpar

el papel del juez natural, indicándole el sentido en que debe proferir la decisión”[17].

3.2. El apoderado de Dow Química, como tercero interviniente, se opuso a todas las pretensiones por las siguientes razones: (i) los accionantes carecen de legitimación por activa debido a que el mecanismo previsto en el artículo 1005 del Código Civil fue formulado para la defensa de bienes adscritos a la municipalidad y no a la Nación, como es el caso de las bahías; (ii) no se cumplió con el requisito de inmediatez ya que la tutela se presentó 6 meses después de haberse causado la ejecutoria del fallo atacado; (iii) el artículo 1005 no incluye dentro de su objeto la indemnización de perjuicios por los daños causados a bienes de uso público, sino que su esencia radica en obtener la seguridad de quienes transitan por estos[18]; (iv) no era posible invocar el carácter indemnizatorio señalado en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, por cuanto el régimen de transición solo surte efectos para las normas de “trámite y procedimiento”; (v) el desequilibrio ecológico ocasionado se resolvió por simple sustracción de materia, dada la naturaleza biodegradable del compuesto químico derramado.

3.3. La Alcaldía de Cartagena, por su parte, excepcionó: (i) la falta de legitimación por pasiva, por cuanto el Distrito no se puede considerar como agente vulnerador de derecho fundamental alguno de los accionantes; (ii) la decisión judicial cuestionada no incurrió en ningún defecto[19].

3.4. Por último, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena se limitó a enviar el expediente referente al proceso abreviado que adelantó Fundepúblico en contra Dow Química, siguiendo lo dispuesto por el artículo 1005 del Código Civil.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

1. Mediante sentencia del 19 de diciembre de 2013, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió no proteger los derechos fundamentales invocados. Expuso que la sentencia del Tribunal de Cartagena dentro del proceso de acción popular había sido proferida en abril de 2013 y la acción de tutela instaurada en diciembre de ese mismo año. En ese sentido, consideró que había transcurrido un tiempo desproporcionado entre ambos sucesos (7 meses), por lo que en el caso concreto no se satisfizo el requisito de inmediatez.

2. Luego ser impugnada la decisión por la parte accionante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 19 de febrero de 2014, confirmó la decisión. En esa oportunidad agregó que en la sentencia del Tribunal Cartagena podía evidenciarse un ejercicio “autónomo, coherente y razonado”, por lo que no correspondía dejarla sin efectos.

III. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN.

1. Mediante memorial allegado el 5 de agosto de 2014, la señora Carmenza Morales Brid, en su condición de actora popular, reiteró la solicitud de acoger en su integridad el fallo de primera instancia emanado del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena. Sostiene que es necesario “sentar un precedente constitucional que frene las vulneraciones a los elementos del medio ambiente, al espacio público Bahía de Cartagena y a su suelo adyacente que con alguna frecuencia y con notoriedad se presentan”[20].

Esta petición fue coadyuvada por un documento del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario que explicó el carácter indemnizatorio de la figura contenida en el artículo 1005. Igualmente, defendió la aplicación del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 para este caso concreto, al tratarse de una norma de carácter procesal y teniendo en cuenta además que los efectos del daño ambiental ocurrido en 1989 son de tracto sucesivo.

2. En auto del 20 de agosto de 2014, la Sala Quinta de Revisión ordenó que: (i) el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena remitiera el expediente correspondiente al proceso abreviado de acción popular de Fundepúblico y otros contra Dow Química de Colombia. S.A.; y (ii) el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá enviara el proceso ordinario número 95-23831, con parte demandante Asisclo Otero de Ávila y otros, contra la citada compañía. Igualmente, se dispuso suspender los términos mientras se analizaban los documentos allegados. Ambos despachos remitieron los procesos de la referencia en sendos expedientes.

3. Posteriormente, el 9 de septiembre, con miras a lograr la protección efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de tutela elementos de juicio relevantes, se dispuso un nuevo auto de pruebas y de vinculación de terceros bajo los siguientes parámetros:

“PRIMERO.- VINCULAR y poner en conocimiento de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (Cardique) el contenido de este auto y la acción de tutela interpuesta por la Fundación para la Defensa del Interés Público (Fundepúblico) contra la Sala Civil de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia se pronuncie acerca del amparo interpuesto, en lo que sea de su competencia.

SEGUNDO.- ORDENAR que a través de la Secretaría General de esta Corporación, se oficie al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Alcaldía de Cartagena, Cardique, Universidad de Cartagena, Universidad de los Andes, Universidad del Rosario y Universidad Nacional para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, se pronuncien dentro del marco de sus competencias legales y académicas, sobre los siguientes aspectos ambientales de importancia para el expediente bajo estudio, sin perjuicio de otras consideraciones que estimen pertinentes:

Concepto de daño ecológico:

i- ¿Existe algún procedimiento científico confiable para identificar en la actualidad las repercusiones ambientales que sean consecuencia del vertimiento del compuesto químico “Lorsban” ocurrido en junio de 1989?

ii- ¿Cuál es el estado actual del ecosistema de la bahía de Cartagena?, ¿Cuáles son los principales riesgos ambientales que enfrenta y qué medidas se están tomando al respecto?

Concepto de reparación ambiental:

i- ¿Es posible recuperar o restaurar completamente un ecosistema que ha sido afectado, como en este caso concreto, por un derrame del compuesto químico denominado “Lorsban”?, ¿En qué plazo de tiempo es razonable esperar que se regrese a la situación original?

ii- De lo contrario, ¿Qué medidas de compensación resultan idóneas para resarcir o compensar el entorno natural afectado?

Concepto de prevención:

i- ¿Qué estándares de seguridad y medioambientales se exigen en la actualidad con respecto a las plantas de producción de insumos químicos (p.e. pesticidas)?, ¿Se ha vuelto a presentar algún accidente similar en la región?

ii- ¿Qué políticas públicas y controles de prevención existen para evitar que incidentes como el descrito en este expediente se repitan?, ¿Existe algún protocolo de actuación para este tipo de casos?[21]

4. En respuesta a dicha providencia, la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (Cardique) envió un texto elaborado por la Subdirección de Gestión Ambiental. Dentro de las respuestas se destaca el concepto de la entidad según el cual a 2014 “es muy poco probable encontrar rastros del producto derramado”[22]. Adicionalmente, aseveró que “el estado actual del ecosistema asociado a la bahía de Cartagena es bastante deplorable, tomando en cuenta los reportes de calidad de agua emitidos por el proyecto Redcam (informe 2013), en el que se reportan niveles elevados de sólidos suspendidos totales, nutrientes e hidrocarburos”[23]. De hecho, la degradación ambiental es tal que este cuerpo de agua “ha perdido gran parte de su naturaleza marina para convertirse en un ambiente salobre”[24]. Más lamentable aún resulta el hecho que los riesgos ambientales a los que se exponen las aguas de la bahía siguen siendo básicamente los mismos de la época en que sucedieron los hechos[25].

Con respecto a las medidas empleadas para combatir las anteriores amenazas, explicó que en la actualidad se tienen principalmente los diques de contención y planes de contingencia, así como los sistemas de tratamiento de aguas residuales industriales. Adicionalmente, aduce que los guardacostas, la Dimar y sus peritos ejercen control y vigilancia periódicos sobre la bahía.

5. El representante del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible informó que para la época del incidente, en Colombia no era exigible la licencia ambiental para las actividades relacionadas con la importación, la fabricación, el transporte, el almacenamiento, el manejo o la disposición de sustancias y productos con características peligrosas. Sin embargo, puso de presente que en la actualidad, mediante la Decisión Andina para el Registro de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola (Decisión 436), todo fabricante, formulador, importador, exportador y distribuidor de plaguicidas químicos debe registrarse ante la

autoridad nacional competente. En desarrollo de lo anterior, el Ministerio profirió la Resolución 1442 de 2008, la cual exige un Dictamen Técnico Ambiental para proceder al registro del producto.

Con respecto al caso concreto, concluyó que no existía ninguna herramienta técnica para rastrear los efectos del derrame de Lorsban producido hace años, por cuanto este compuesto “reporta una vida media aproximada entre los 30 y 60 días; por lo tanto se hace difícil identificar si la presencia de dicho compuesto en la bahía de Cartagena, en caso de que se detecte, corresponda al vertimiento de 1989”[26]. En esta misma dirección, advirtió que no es posible sostener con certeza si, después de 28 años de haberse producido el derrame del plaguicida, el ecosistema pueda ser o estar completamente recuperado y menos afirmar el grado de afectación del mismo. En efecto, los procesos que llevan a evaluar el daño sufrido por un sistema e implementar las medidas de restauración están ligados al grado de afectación de las características intrínsecas de la naturaleza, “entre las que se encuentran la elasticidad, resiliencia, resistencia, fragilidad, composición de especies, entre otras”[27]. Aspectos que dependen de los rasgos particulares de cada entorno natural.

6. La Universidad de Cartagena, a través del Director del Doctorado en toxicología ambiental, reiteró que la probabilidad de detectar la huella ambiental del derrame de pesticida acaecido “es baja”[28]. En lo referente al estado actual de la Bahía señaló, con preocupación, que su condición es deplorable:

“existe contaminación por compuestos cancerígenos como los hidrocarburos aromáticos polinucleares y derivados de perfluorooctilsulfonatos; parásitos en peces, mercurio en sedimentos, peces, cangrejos y otras matrices ambientales, solo por mencionar algunos ejemplos. Los derrames de hidrocarburos descritos por la prensa local ya son comunes, pero nunca pasa nada. La bahía está al final de su existencia y puede considerarse un cementerio acuático de contaminantes ambientales (...) Pero como mencioné nadie responde”[29].

7. El jefe de la oficina asesora jurídica del Distrito de Cartagena allegó concepto de la Directora General del Establecimiento Público Ambiental (EPA), quien adujo que la competencia en el citado cuerpo de agua corresponde a Cardique, “razón por la cual para

ese ente ambiental no es posible otorgar solución a los interrogantes planteados”[30].

8. La Universidad de los Andes, por su parte, se limitó a describir que es una institución privada, cuyo propósito fundamental lo constituye la prestación del servicio público de educación y que no se encontraba inscrita en la lista de auxiliares de la justicia por lo cual le era “imposible colaborar”[31].

9. Por último, la Universidad Nacional advirtió que los interrogantes formulados exigían un equipo interdisciplinario en áreas como la química, toxicología, seguridad industrial y biología marina, el cual no pudo ser constituido dentro del término previsto.

10. El 17 de septiembre, el apoderado de Dow Química solicitó copia de las distintas respuestas allegadas en atención al auto de pruebas. Posteriormente, presentó memorial en el que reiteró algunas consideraciones jurídicas sobre el caso: (i) los accionantes no están legitimados por cuanto la del artículo 1005 está consagrada en defensa de bienes de la municipalidad, mientras que la bahía pertenece a la Nación; (ii) la referida disposición no incluye dentro de su objeto la indemnización de perjuicios por los daños causados a los bienes de uso público; (iii) el régimen de transición dispuesto en el artículo 45 de la Ley 472 de 1998 solo permite la aplicación de las normas de “trámite y procedimiento”.

Posteriormente, extrajo citas de los informes rendidos por las entidades vinculados en el auto de pruebas para concluir que: “si bien es cierto que la bahía de Cartagena se contaminó por un brevísimo tiempo a raíz del derrame del químico Lorsban (...) de igual manera debo agregar que esa contaminación cesó a los pocos días del derrame, gracias a la condición de ser un producto biodegradable”[32].

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución, así como en los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

A partir de los antecedentes referidos, la Corte observa que el objeto central de la presente tutela es la revisión de la decisión judicial proferida por el Tribunal Superior de Cartagena dentro del proceso de acción popular interpuesto, con base en el artículo 1005 del Código Civil, por Fundepúblico contra Dow Química, con ocasión del derrame de Lorsban ocurrido en la bahía de Cartagena en el año de 1989. De acuerdo con la providencia discutida, las acciones populares son de naturaleza esencialmente preventiva y restaurativa, por lo que la búsqueda de indemnización no tiene cabida. Por esta razón, el Tribunal declaró la carencia de objeto en la medida que para el momento del fallo (2013) la compañía demandada ya había realizado los correctivos necesarios en sus instalaciones para evitar que un incidente de tal magnitud sucediese nuevamente.

Inconforme con la decisión, el representante legal de Fundepúblico presentó acción de tutela contra providencia judicial, argumentando que se había vulnerado el derecho fundamental al debido proceso y configurados dos defectos: (a) sustantivo, al considerar el ad quem que no era aplicable la Ley 472 de 1998 y que la acción popular solo tenía fines preventivos y restaurativos, mas no indemnizatorios; b) fáctico, por cuanto el Tribunal de Cartagena desconoció el material probatorio que acreditaba la existencia del daño causado y que justificaba la condena económica.

La Corte Suprema de Justicia, a través de sus Salas Civil y Laboral negó el amparo, estimando que los accionantes no cumplieron con el requisito de inmediatez y que, de cualquier manera, el fallo censurado se profirió dentro del margen de autonomía e independencia propio de la actividad judicial.

En sede de revisión, las entidades vinculadas coincidieron en sostener que en la actualidad no existe una herramienta técnica que permita identificar con total precisión los efectos del derrame de Lorsban ocurrido hace más de 25 años. Por su parte, la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (Cardique) y la Universidad de Cartagena denunciaron el deplorable estado en que se encuentra la bahía de Cartagena, por la elevada cantidad de sedimentos, sustancias químicas y tóxicas en el área.

De la reseña fáctica trascrita, así como de las pruebas recolectadas por esta Corporación, se advierte que la vulneración indicada por los accionantes denota una dificultad de raigambre constitucional relacionada con la protección y reparación del medio ambiente,

especialmente a partir del ejercicio de la acción popular. En este sentido, la Sala Sexta de Revisión formula el siguiente problema jurídico principal:

¿Vulnera el derecho fundamental al debido proceso la decisión del Tribunal Superior de Cartagena, consistente en descartar las pretensiones de Fundepúblico relacionadas con el derrame ocurrido en la bahía de Cartagena, argumentando que la emergencia ha sido superada en la actualidad?

Del anterior interrogante se derivan, a su vez, varios problemas jurídicos específicos relacionados con la salvaguarda del medio ambiente:

1- ¿Existía un deber legal de protección ambiental con anterioridad a la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991?

2- ¿Constituye un daño ambiental el vertimiento de Lorsban, ocurrido en la bahía de Cartagena en 1989, pese a que el mismo sea un producto biodegradable?

3- ¿Puede considerarse un resarcimiento suficiente las obras y acciones emprendidas por Dow Química de Colombia S.A. con posterioridad al derramamiento de Lorsban?

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte se pronunciará sobre los siguientes aspectos: (i) la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales; (ii) el desarrollo histórico y normativo de la acción popular en el ordenamiento nacional; (iii) la protección constitucional de la naturaleza y los principios rectores del derecho ambiental; (iv) los elementos de la responsabilidad ambiental; (v) el restablecimiento o resarcimiento del daño ambiental; y finalmente, (vi) resolverá el caso concreto.

3. La procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

Desde los primeros pronunciamientos de esta Corporación[33], como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución Política de 1991 (art. 241), se ha venido señalando que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales[34]. Esta postura descansa sobre un sólido fundamento normativo, los artículos 2º y 86 de la Carta que reconocen su procedencia cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad

pública”, así como el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la obligación de los Estados parte de proveer un recurso efectivo para la protección de los derechos humanos.

La supremacía de la Constitución se traduce en la “omnipresencia”[35] del texto Superior en todas las áreas jurídicas y en la responsabilidad de las autoridades judiciales dentro de los procesos ordinarios, como primer escenario para asegurar la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente, podrá el juez constitucional intervenir cuando advierta la trasgresión del mandato constitucional.

La Sala Plena de esta Corporación, mediante providencia C-543 de 1992, si bien declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, previó también la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales al afirmar lo siguiente:

“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (...) En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia” (Subrayado fuera del original).

No obstante, es evidente un desarrollo jurisprudencial sobre la materia. En un comienzo, la Corte Constitucional recurrió al concepto de la “vía de hecho”, definida como la actuación judicial absolutamente caprichosa o carente de cualquier fundamento jurídico. Posteriormente, el precedente avanzó para dar paso a los “criterios de procedibilidad de la

acción de tutela contra decisiones judiciales” e incluir aquellas situaciones en las que “si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”[36]. Esta nueva aproximación fue sistematizada por la sentencia C-590 de 2005, mediante la cual la Corte explicó que el juez constitucional debe comenzar por verificar las condiciones generales de procedencia, entendidas como “aquellas cuya ocurrencia habilita al juez de tutela para adentrarse en el contenido de la providencia judicial que se impugna”[37]. Tales requisitos genéricos son:

“(i) si la problemática tiene relevancia constitucional; (ii) si han sido agotados todos los recursos o medios -ordinarios o extraordinarios- de defensa de los derechos, a menos que se trate de impedir un perjuicio irremediable o que los recursos sean ineficaces en las circunstancias particulares del peticionario; (iii) si se cumple el requisito de la inmediatez (es decir, si se solicita el amparo pasado un tiempo razonable desde el hecho que originó la violación); (iv) si se trata de irregularidades procesales, que ellas hubieran tenido incidencia en la decisión cuestionada, salvo que de suyo afecten gravemente los derechos fundamentales; (v) si el actor identifica debidamente los hechos que originaron la violación, así como los derechos vulnerados y si -de haber sido posible- lo mencionó oportunamente en las instancias del proceso ordinario o contencioso; (vi) si la providencia impugnada no es una sentencia de tutela”[38].

A continuación, el juez de tutela podrá conceder el amparo solicitado si halla probada, entre otras, la ocurrencia de al menos una de las causales específicas de procedibilidad, que la Corte ha organizado de la siguiente forma[39]:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción

entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.

4. El desarrollo histórico y normativo de la acción popular en el ordenamiento nacional.

Para entender mejor esta institución, se explica a continuación: (i) la acción popular en el Código Civil, particularmente la dispuesta en el artículo 1005; (ii) el nuevo marco normativo trazado por la Constitución de 1991 y la Ley 472 de 1998; y finalmente, (iii) se examina el régimen de transición entre ambos regímenes.

4.1. La acción popular en el Código Civil.

4.1.1 El origen de las acciones dirigidas a la defensa de intereses colectivos, se remonta al derecho romano y con posterioridad al derecho inglés[40]. Los primeros diseñaron un sofisticado cuerpo de normas y conceptos jurídicos que aún en nuestros días perviven en algunos códigos.

Uno de los legados que se reconoce a los antiguos romanos es la clasificación conceptual de las personas y las cosas. Al lado de los seres humanos o personas físicas se aceptaban también las personas morales que no tienen existencia material y sólo son ficciones jurídicas o abstracciones. La personalidad moral pertenecía tanto a las asociaciones de

personas que tenían intereses comunes tales como el Estado, los ciudadanos en general, ciertas corporaciones, las sociedades constituidas para el arriendo de los impuestos y la explotación de las salinas o de las minas de oro y plata; como a las obras, a los establecimientos de utilidad pública o de beneficencia tales como los templos, los hospicios o asilos de diversa naturaleza y las iglesias, en tiempo de los emperadores cristianos[41].

Esta clasificación se correspondía con el régimen de las cosas. “Publicus” es el término expresivo de lo que pertenece al “populus”, a la comunidad ciudadana, a la “civitas” o al Estado, entendido como persona moral. “Privatus”, por el contrario, es lo que pertenece al particular. Con respecto a la propiedad pública el sistema diferenciaba a su vez entre:

i- Las “Res communes omnium”, entendidas como aquellas cosas que por derecho natural pertenecían a todos los hombres: el aire, el agua corriente, el mar y, según la norma justiniana, las riberas del mar. Cualquiera podía usarlas en los límites de sus necesidades, siempre que no lesionara el mismo derecho reconocido a los demás.

ii- Las “Res publicae” son las cosas pertenecientes al “populus”, es decir, a la comunidad organizada en Estado. Entre las cuales se encuentran, por ejemplo, las “viae publicae”, los puentes, los foros, las plazas, los teatros, las termas, los “flumina perennia” [42].

Contra quien perturbaba el uso de tales cosas se podía interponer la “actio iniuriarum” así como otros interdictos específicos. De esta manera, dependiendo de la cosa trasgredida, el derecho romano diseñó un conjunto particular de interdictos para que un ciudadano pudiera actuar en su defensa, en nombre del “populus” o del Estado.

4.1.2. Las acciones populares “no son extrañas al sistema jurídico colombiano”[43]. Tanto la doctrina nacional[44] como la jurisprudencia de esta Corporación[45] han reconocido que es posible rastrear su formación en el Código Civil colombiano de 1887, el cual no obstante su marcada concepción individualista tuvo presente la cuestión pública[46] y se ocupó de las acciones populares mediante múltiples disposiciones dispersas a lo largo del estatuto. Entre ellas es posible destacar las siguientes:

- En protección del que está por nacer, siempre que crea que de algún modo peligra (art. 91).

- Acciones posesorias especiales para quien considere que en edificio vecino amenace ruina (art. 988), o árboles mal arraigados (art. 992), contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso (art. 994), contra el estancamiento o cambio en el curso de aguas (art. 996), o en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos (art. 1005).
- Para pedir la remoción de una cosa que se encuentra en la parte superior de un edificio y que amenace caída o daño (art. 2355)
- Para evitar el daño contingente en general (art. 2359).

Adicionalmente, otros estatutos anteriores a la Constitución de 1991 incluían instituciones similares de protección de intereses colectivos. Por ejemplo, el “Estatuto del Consumidor” (Decreto 3466 de 1982, art. 36), contemplaba un instrumento para el cobro indemnizaciones originadas en la violación a las disposiciones que salvaguardan al consumidor. Por su parte, la ley de reforma urbana (Ley 9 de 1989) dispuso en su artículo 8º que los “elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil”. Finalmente, aparecen las acciones de carácter agrario, contempladas en el Decreto 2303 de 1989 (arts. 118 y 139). La primera, respecto de la preservación del ambiente rural y el manejo de los recursos naturales renovables de carácter agrario, y la segunda constituida para la defensa de los bienes de uso público de que trata el artículo 1005 del Código Civil, que estén ubicados en zonas rurales[47].

4.1.3 En relación con el instrumento previsto en el artículo 1005, fundamento jurídico que soportó la acción popular analizada en este caso, su tenor literal, señala lo siguiente:

“Artículo 1005: La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costas del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se

castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad”.

La titularidad de la acción se radica en un sujeto calificado en la medida que “se requiere que pertenezca a la municipalidad donde se encuentra el bien de uso público objeto del proceso señalado”[48]. El accionando, por otro lado, puede ser cualquiera que en virtud de su acción u omisión cause daño. Con respecto a los bienes protegidos el artículo incluye un concepto amplio relacionado con los “lugares de uso público” y enuncia dos ejemplos, los caminos y plazas, los que no deben entenderse como un listado restrictivo y excluyente de otros bienes que para la época ya habían sido contemplados por el ordenamiento como de relevancia pública, como el aire y las aguas[49].

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1005, el juez disponía de múltiples caminos al momento de fallar la acción popular. Su providencia bien podía consistir en: (i) una orden concreta para conjurar el peligro sobre el bien público (v.gr. demoler o enmendar una construcción); (ii) las demás medidas conducentes para “resarcir” del daño; (iii) una pena pecuniaria en contra del infractor a manera de sanción; (iv) una recompensa a favor del actor popular.

Por último, vale la pena destacar los amplios atributos que el artículo dispuso para el actor popular, en el sentido de investirlo con los mismos derechos “concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”. En otras palabras, constituye un empoderamiento del ciudadano preocupado, para que así cuente con las mismas herramientas de defensa que como si se tratara de su propio peculio.

Tal abanico de potestades a disposición del juez y el conjunto de atribuciones en favor del ciudadano veedor permiten entrever la importancia que el Código Civil previó para la defensa de las cosas públicas.

4.1.4 Dicho lo anterior, habiendo auscultado los remotos orígenes de la acción popular en el ordenamiento colombiano y el legado de la “res publicae” romana, así como habiendo fijado el alcance del artículo 1005 del Código Civil, cabe preguntarse por qué esta herramienta tan ambiciosa permaneció ignorada tantos años[50]. Germán Sarmiento Palacio[51] presentó en 1988 un diagnóstico sobre el tema advirtiendo los obstáculos procesales y financieros que se reflejaban en un patente desequilibrio entre las partes, así como la tradicional apatía de los colombianos por la salvaguarda del interés común y de los

bienes públicos:

“Los ciudadanos se han resignado, con actitud mendicante, a buscar la tutela de sus derechos de parte del gobierno. Su presencia delante de la justicia es cada vez más rara. Los conductos de acceso son difíciles, costosos e inadecuados para hacer frente a los agravios y daños colectivos. La contienda judicial es desigual; traduce los mismos desequilibrios que se presentan en el seno de la sociedad. El ciudadano, además, no cree en el aparato judicial ni en los jueces. Los mecanismos no son amplios ni democráticos y los que existen quedaron inexplicablemente en el olvido; tal y como ocurre con las acciones populares que motivan este trabajo.

[...]

“Cuando por alguna circunstancia se origina simultáneamente agravios contra el interés privado y público, las gentes se ocupan del primero y hacen caso omiso del segundo. Nadie en Colombia suele pelear o preocuparse por las cosas del vecino. Existe, además, el concepto insolidario de que lo único que vale defender es lo propio y que más allá del patrimonio individual, el problema corresponde al Estado. Tal vez este comportamiento empiece a cambiar, cuando las comunidades locales, dueñas de una mayor responsabilidad política con la elección de los alcaldes, adquieran también una mayor conciencia de los intereses locales”[52].

Dos décadas después la reflexión del jurista Sarmiento Palacio –quien fuera presidente de la Fundación para la defensa del interés público (Fundepúblico)- encuentra eco en el marco de la Carta Política de 1991, la que impulsó nuevas herramientas para la protección de los intereses colectivos y la participación ciudadana efectiva en su vigilancia y salvaguarda.

4.2.1. En materia de derechos colectivos es claro que el propósito del Constituyente fue el de extender el campo tradicional de esta clase de acciones que ya existían en estatutos civiles anteriores, fortaleciendo la competencia de los jueces y su capacidad para proteger los derechos de las personas[53]. La Corte Constitucional ha explicado que a la luz del nuevo marco institucional y social resumido a través de la fórmula del Estado social de derecho, se reivindica la prevalencia del interés público al tiempo que empodera a los ciudadanos con herramientas jurídicas efectivas para que velen activamente por lo comunitario[54].

4.2.2. La Ley 472 de 1998 desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo. Las primeras fueron definidas como “los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”. [55] Se estableció igualmente que su finalidad es “evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible” [56], y se sujetó su procedencia a aquellos casos en los que la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares “hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos” [57].

De especial relevancia resultan ser los principios de prevalencia del derecho sustancial, oficiosidad y equilibrio entre las partes incluidos en el artículo 5º [58].

Tal disposición congrega un conjunto de parámetros de mayúscula importancia para el sistema constitucional colombiano y que resumen el alcance del concepto de justicia material promovido desde esta Corporación. En el texto de la Constitución de 1991, la aspiración del pueblo de alcanzar un marco que garantizara un “orden justo” [59], la consagración de la administración de justicia como una función pública esencial [60] y como un derecho fundamental de cada persona [61], así como la prevalencia del derecho sustancial [62], significaron en su conjunto un fortalecimiento de la función judicial y un compromiso férreo de los servidores públicos con la consecución de la justicia material. Es este escenario, se reclama un mayor dinamismo del juez y una especial sensibilidad con la realidad viviente que le rodea [63].

Es necesario resaltar que para la obtención del derecho sustancial, el artículo mencionado hace énfasis en el equilibrio entre las partes. Con ello reconoce tácitamente la enorme desigualdad que puede presentarse en la práctica entre el actor popular que cuestiona la conducta de una poderosa compañía o la de un agente público que trasgrede el interés colectivo ocultándose en el aparato institucional.

4.2.3 Dada la entidad de los bienes jurídicos que se salvaguardan con la acción o pretensión popular [64], es comprensible que el legislador haya dotado al juez de una gama de amplias potestades con el propósito de que este tuviera verdaderos instrumentos tanto para hacer cesar la amenaza en contra de aquéllos como para retrotraer las cosas al estado anterior a

la vulneración realizada en la mayor medida posible[65]. Dentro de los posibles mandatos es posible extraer del inciso primero del artículo 34 los siguientes: a) orden de hacer o de no hacer; b) condena al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo; c) realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible; y d) fijación del monto del incentivo para el actor popular[66]. Además, el desarrollo jurisprudencial posterior ha respaldado la disposición de medidas simbólicas cuando la restauración al estado original es imposible o insuficiente[67].

A partir de lo anterior la Corte Constitucional ha explicado que la acción popular tiene dos propósitos esenciales: (i) prevención y (ii) restauración o restablecimiento del bien colectivo vulnerado. La sentencia C-215 de 1999 desarrolló este punto de la siguiente forma:

“Ahora bien, otra característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño.

La carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo. Solamente, en algunos casos, el legislador ha previsto el reconocimiento de los gastos en que incurra la persona que actúa en defensa del interés público o de una recompensa, que de todas maneras no puede convertirse en el único incentivo que debe tener en mira quien debe obrar más por motivaciones de carácter altruista y solidario, en beneficio de la comunidad de la que forma parte.

(...)

De igual manera, dichos mecanismos buscan el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivos, por lo que también tienen un carácter restitutorio, que se debe resaltar”.

Precepto que fue reiterado por la Sala Plena mediante la sentencia C-644 de 2011 que resumió como principales rasgos de la acción popular, la prevención y el restablecimiento a favor del bien colectivo afectado:

d) Las acciones populares son de naturaleza preventiva. Esto significa que su ejercicio o promoción judicial no está supeditado o condicionado a que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se buscan proteger. Es suficiente que se presente la amenaza o el riesgo de que se produzca el daño, para que pueda activarse el mecanismo de la acción popular. Esto, en razón a que desde sus orígenes, las acciones populares fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público.

e) Las acciones populares tienen también un carácter restitutorio. En cuanto dichos mecanismos de protección persiguen el restablecimiento del uso y goce de los derechos e intereses colectivos, se les atribuye también un carácter eminentemente restitutorio.

f) Las acciones populares no persiguen en forma directa un resarcimiento de tipo pecuniario. La ausencia de contenido subjetivo de las acciones populares conlleva a que, en principio, su ejercicio no persiga un resarcimiento de tipo pecuniario a favor de quien promueve la defensa de un interés colectivo. No obstante, en algunos casos, el legislador ha previsto el reconocimiento de los gastos en que incurra el actor popular, o de una recompensa, que, en todo caso, no puede convertirse en el único incentivo que ha de tener en cuenta quien debe obrar más por motivaciones de carácter altruista y solidario, en beneficio de la comunidad de la que forma parte”.

En esta misma dirección, la Corte Suprema de Justicia describió la acción popular como una herramienta de prevención y restablecimiento del derecho colectivo, por oposición a la indemnización de perjuicios propia de las acciones de grupo:

“No hay una acción unificada para lograr la tutela de los derechos supra-individuales y pluri-individuales homogéneos.

Por el contrario, existe una acción popular para “evitar el daño contingente (medida de prevención), hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos (medida de cesación), o restituir las cosas a su estado anterior

cuando fuere posible (medida de restablecimiento)".

A la par de ello, se concibió otra acción, la de grupo, exclusivamente resarcitoria, para "obtener el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios" (medida de reparación) causados a un "número plural o conjunto de personas", lo que deja ver que ella sólo abarca los derechos pluri-individuales homogéneos, circunstancia que la acerca, indudablemente, a las class actions for damages"[68].

Por último, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que no procede la indemnización particular en el curso de una acción popular y que la condena al pago de perjuicios tiene como objetivo exclusivo la restauración del bien afectado. Esto se evidenció en la demanda de los pobladores vecinos a la laguna de Fúquene quienes solicitaron declarar a las entidades demandadas responsables, por acción u omisión, del deterioro del equilibrio ambiental del ecosistema de la laguna, de la flora y fauna, del suelo, del aire y de la amenaza a la salubridad ocasional de los habitantes de su área de influencia con las correspondientes indemnizaciones. La Sección Primera descartó por improcedente esta última petición pecuniaria de pago por daños causados a los recursos naturales por las siguientes razones:

"La pretensión de los actores encaminada a que se indemnicen los daños y perjuicios ocasionados por el daño ambiental al ecosistema de la Laguna de Fúquene a las personas directamente afectadas y a las que llegaren a demostrarlo en concreto es impróspera, pues según el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 la condena al pago de los perjuicios causados por el daño a un derecho o interés colectivo y, en particular a los recursos naturales, se hace en favor de la entidad pública que los tenga a su cargo, para la restauración del área afectada" (subrayado fuera del original)[69].

Mediante fallo de 2006, la Sección Tercero resolvió el reclamo de un actor popular de Cartagena quien pretendía el amparo de los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa y el goce a un ambiente sano, supuestamente vulnerados por el Distrito de Cartagena y la Empresa de Servicios Públicos TIRSA S.A. E.S.P. toda vez que se le adjudicó a la firma demandada, el contrato de concesión del servicio público domiciliario de aseo, sin que la empresa haya cumplido con dos requisitos: la licencia ambiental y un sitio autorizado para desarrollar la actividad objeto del contrato. En desarrollo del artículo

34 de la Ley 472 de 1998, la alta Corporación precisó lo siguiente:

“En efecto, sobre este asunto considera la Sala pertinente señalar, que si bien se ha expresado en múltiples oportunidades que la acción popular no tiene fines indemnizatorios, y que ésta no puede ejercerse por ninguna persona buscando tal fin[70], es procedente de manera excepcional, condenar a tal indemnización, cuando quiera que se ha causado daño a un derecho colectivo, decisión ésta, que más que el resultado de una pretensión de la demanda, la cual no es necesaria para que dicha condena proceda, corresponde más bien a una decisión potestativa del juez popular al momento de dictar sentencia, con fundamento en la valoración de las pruebas obrantes dentro del proceso.

En este sentido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, la Sala concluye, que para que proceda la condena a una indemnización de perjuicios dentro de una acción popular, se requiere, en primer término, que se haya ocasionado un daño a un derecho colectivo – luego no procederá cuando se trate de un acción popular de carácter preventivo – y; adicionalmente, el daño causado no debe ser susceptible de ser restablecido mediante una simple orden de hacer o de no hacer, o se prevea que dicha orden sería a todas luces ineficaz. De otra parte, la condena se hará a favor de la entidad pública no culpable encargada de la protección del derecho colectivo violado, sin que se requiera que ésta sea parte dentro del proceso y, en todo caso, la indemnización que dicha entidad reciba, podrá ser utilizada única y exclusivamente para efectos del restablecimiento del derecho colectivo violado”[71] (subrayado fuera del original).

En resumen, la acción popular tiene dos orientaciones principales, a saber: (i) preventiva y (ii) restaurativa o de restablecimiento a favor del bien colectivo afectado. En este sentido cualquier solicitud de indemnización, entendida como una reparación de tipo pecuniario y subjetivo resulta ajena a este instrumento constitucional. Dentro de este contexto toda condena al pago de perjuicios que se profiera debe entenderse en función exclusiva del restablecimiento o restitución del bien colectivo trasgredido.

4.3. Régimen de transición en las acciones populares.

En relación con la aplicación de la Ley 472 de 1998 y su coexistencia con otras disposiciones sobre la materia, el legislador dispuso: “Continuarán vigentes las acciones populares consagradas en la legislación nacional, pero su trámite y procedimientos se

sujetarán a la presente Ley”[72]. De esta forma, se mantuvo la vigencia de artículos como el 1005 y 2359 del Código Civil pero su sustanciación se unificó bajo la nueva ley[73].

En efecto, la disposición examinada reitera un principio general del derecho colombiano - presente desde la Ley 153 de 1887[74] y reiterado por el nuevo Código General del Proceso[75]- según el cual la ley rige los actos que se produzcan después de su vigencia. Es decir, como regla general, no hay efecto retroactivo, salvo que el legislador lo haya manifestado en forma expresa en casos constitucionalmente permitidos, como son aquellos de orden público o de leyes interpretativas o penales benignas al reo. De sostenerse lo contrario se decaería en un estado altamente peligroso de inseguridad jurídica[76]. Ahora bien, dependiendo del tipo de norma, sea procedimental o sustancial, los efectos en el tiempo son distintos. Mientras las primeras rigen inmediatamente, las segundas no pueden cobijar hechos previos[77].

Una vez resuelto lo anterior, surge el problema práctico de establecer cuáles normas se consideran de carácter sustancial y cuáles otras son estrictamente procesales. La jurisprudencia ha precisado que debe examinarse caso a caso el objeto de la norma, antes que el lugar donde se encuentre incluida; en ocasiones, existen reglas de contenido sustancial que integran estatutos procesales, pero solo podrán considerarse como procedimentales las que se restrinjan a señalar meras ritualidades, sin trascendencia en los derechos sustantivos de las partes[78].

Aplicando lo anterior al contexto de las acciones populares se tiene que en sentencia SU-881 de 2005 la Corte declaró que el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, al establecer que los representantes legales de las entidades afectadas en su patrimonio por actuaciones contrarias a la moralidad administrativa responderían de manera solidaria, constituía un mandato nuevo que como norma sustancial sólo podía tener efectos a futuro. En esta medida, concluyó que el fallo de acción popular estudiado incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo. Por el contrario, en sentencia T-446 de 2007 la Corte revocó una decisión de la Sala de Conjuces de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la medida que el fallo estudiado “erradamente le otorgó carácter sustancial a todas las normas de la Ley 472 de 1998 y extendió la interpretación que hizo la Corte acerca de la responsabilidad solidaria, a todas las disposiciones de la mencionada ley”.

4.4 Conclusión.

Las acciones populares no son un instrumento jurídico ajeno a la tradición legal de Colombia. Desde el Código Civil de 1887 se consagraron varias figuras al alcance de la ciudadanía en general o de los vecinos de un determinado lugar con el objetivo de conjurar el riesgo sobre un bien público o de interés común, así como de resarcir el daño ocasionado sobre el mismo. La Carta Política de 1991 revitalizó y promovió la defensa de lo público mediante un conjunto de herramientas constitucionales. Particularmente, la Ley 472 de 1998 desarrolló lo referente a las acciones populares conservando el doble propósito de prevención y restitución del derecho colectivo vulnerado, al tiempo que dispuso un marco legal más específico y orientado a la obtención del derecho sustancial y del equilibrio entre las partes convocadas.

5. La protección constitucional de la naturaleza y los principios rectores del derecho ambiental.

5.1. La cuestión ambiental antes de la Constitución Política de 1991.

Si bien es con la Carta Política de 1991 que se da un impulso determinante a la protección del medio ambiente, la defensa de la naturaleza no fue indiferente para el ordenamiento jurídico previo. Desde muy temprano el Estado colombiano reafirmó su compromiso en este sentido. Mediante la Ley 23 de 1973 el Congreso estableció que el “medio ambiente es un patrimonio común”, por lo cual su conservación constituía una responsabilidad conjunta del Estado y de los particulares (art. 2º). Con el objetivo de prevenir y controlar la contaminación, y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables (art. 1º), se dispuso un marco general de responsabilidad (art. 16) y de sanciones (art. 18) para que el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias, expidiese el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (art. 19).

En desarrollo de lo anterior, se profirió el Decreto Ley 2811 de 1974, el cual continúa vigente en la actualidad. Este comenzó por reiterar que los recursos naturales renovables, en tanto patrimonio común de la humanidad y de interés social, deben ser defendidos por la acción conjunta del Estado y los individuos (art. 1º y 2º). En este sentido, el Gobierno se anticipó a la Constitución de 1991 al disponer que el derecho de propiedad sobre los

recursos naturales renovables está limitado por la “función social” que le es inherente (art. 43). Adicionalmente, señaló expresamente que “[t]oda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente sano” (art. 7), al tiempo que consagró una serie de principios para el uso de los elementos de la naturaleza, entre los cuales vale destacar: el uso eficiente, sin lesionar el interés general de la comunidad ni tampoco hacerlo “por encima de los límites permisibles, que al alterar las calidades físicas, químicas o biológicas naturales, produzcan el agotamiento o el deterioro grave de esos recursos” (art. 9). Este marco dispuso incluso obligaciones de pedagogía sobre temas de ecología y la colaboración de los medios de comunicación para fomentar una cultura “verde” dentro de la comunidad (art. 14-17).

Posteriormente, se promulgaron una serie de decretos reglamentarios para el manejo de los distintos recursos naturales, así como un procedimiento sancionatorio independiente. Es el caso, por ejemplo, de los decretos 1541 de 1978, que reglamentó el tema de aguas, el 1608 de 1978, sobre fauna silvestre, y el 1681 de ese mismo año, que se ocupó de lo referente a los recursos hidrobiológicos[79].

En el contexto internacional, el Estado colombiano demostró tempranamente su compromiso con la conservación de la naturaleza. Un primer antecedente fue la participación de Colombia[80] dentro de la Conferencia sobre medio ambiente humano, convocada por la Organización de Naciones Unidas en Estocolmo en el año de 1972. Evento considerado como un punto de inflexión a partir del cual se reconoció formalmente el valor que debía otorgarse a la protección de la naturaleza[81]. Llama la atención como los Estados, organizaciones internacionales y representantes de la sociedad civil que se reunieron en Estocolmo advirtieron el estrecho vínculo[82] entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente[83].

Consciente de las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la tierra y del “deseo urgente” de los pueblos por brindar una respuesta, la Declaración expresó un conjunto de principios que resumen la convicción común de que la persona tiene derecho al disfrute de “condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna” (Principio 1), las que también deben preservarse en atención a las generaciones futuras (Principio 2). Más específicamente, se hizo un llamado a poner fin “a la descarga de sustancias tóxicas” para que no se causaran daños irreparables a los ecosistemas (Principio 6) y a “tomar todas las medidas posibles para impedir la

contaminación de los mares” (Principio 7).

Con posterioridad a la Declaración de Estocolmo, se impulsó el Programa Ambiental de las Naciones Unidas (UNEP, por sus siglas en inglés) el cual inspiró la formación de acuerdos regionales para la conservación de los cuerpos oceánicos. En este punto es necesario destacar el Convenio para la protección y desarrollo del medio marino en la región Caribe adoptado el 24 de marzo de 1983 y que entró en vigencia para Colombia en abril de 1988[84]. Reconociendo las especiales características hidrográficas y ecológicas de la región y su vulnerabilidad ante la contaminación, los Estados contratantes acordaron adoptar todas las medidas adecuadas de conformidad con el derecho internacional partes “para prevenir, reducir y controlar la contaminación de la zona de aplicación”[85]. Dentro de los principales riesgos a considerar el Convenio puso de presente la contaminación causada por buques (art. 5), por vertimientos (art. 6), por fuentes terrestres (art. 7) y ordenó fijar las normas y procedimientos adecuados para la determinación de la responsabilidad y la indemnización (art. 14)[86].

En este campo (salvaguarda de mares y océanos), que guarda relación con el objeto concreto del presente expediente, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982[87] constituye un precedente obligado. En efecto, este tratado multilateral se forjó con la idea de lograr “un orden jurídico para los mares y océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos de los mares y océanos, la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos”[88]. Adicionalmente, se puede mencionar el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques de 1973[89], el Convenio para la protección del medio ambiente y la zona costera del Pacífico Sudeste de 1981[90]. Todos los cuales han sido debidamente ratificados por el Estado colombiano.

5.2. La Constitución ecológica y las diversas aproximaciones a lo ambiental.

5.2.1 La Constitución Política de 1991 le reconoció al medio ambiente el carácter de interés superior, a través de un catálogo amplio de disposiciones que configuran la denominada “constitución ecológica” o “constitución verde”[91]. Tales disposiciones, que ascienden en número a más de 30, consagran, una serie de principios, derechos y deberes, inmersos

dentro de la noción del Estado social y democrático de derecho[92].

Tal es la relevancia del medio ambiente para el constitucionalismo colombiano que este ha adquirido distintas connotaciones dentro del ordenamiento jurídico. Representa simultáneamente un objetivo de principio dentro del Estado social de derecho (artículos 1º, 2º y 366 superiores), un derecho fundamental por conexidad al estar ligado con la vida y la salud (artículos 11 y 49 superiores), un derecho colectivo que compromete a la comunidad (artículo 88 superior) y un deber constitucional en cabeza de todos (artículos 8º, 79, 95 y 333 superiores)[93].

Las múltiples disposiciones normativas que existen y el enfoque pluralista que promueve la propia Carta[94], hacen que la relación entre la Constitución y el medio ambiente no sea una sola y estática. Es posible identificar al menos tres aproximaciones que explican el interés superior de la naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano y la protección reforzada que se le otorga: (i) en primer lugar, se parte de una visión antropocéntrica que concibe al ser humano presente como única razón de ser del sistema legal y a los recursos naturales como meros objetos al servicio del primero, (ii) un segundo punto de vista reivindica concepciones más globales y solidarias de la responsabilidad humana, que abogan por los deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras; (iii) finalmente, se han formulado posturas contra-hegemónicas que conciben a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos, y que respaldan cosmovisiones plurales y alternativas a la posición mayoritaria.

La sentencia T-411 de 1992[95] hizo un análisis que recoge en buena medida estas distintas posturas, reflexión que sigue vigente en nuestros días:

“Para esta Sala de Revisión, la protección al ambiente no es un “amor platónico hacia la madre naturaleza”, sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan

vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico - artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes[96].

Este inmenso desafío tiene una dimensión moral y espiritual. La era pasada nos ha enseñado una muy buena lección: el hombre no puede mandar sobre el viento y la lluvia.

El hombre no es el amo omnipotente del universo, con carta blanca para hacer impunemente lo que desee o lo que le convenga en un determinado momento. Y, como sostiene el humanista Vaclav Havel, el mundo en que vivimos está hecho de un tejido inmensamente complejo y misterioso sobre el cual sabemos muy poco y al cual debemos tratar con humildad.

Entre los habitantes de la tierra, son las tribus indígenas las que aún conservan el respeto por ella; así lo manifestó el Jefe Seattle de las tribus Dwasmich y Suquamech: “Esto sabemos: la tierra no pertenece al hombre; el hombre pertenece a la tierra. Esto sabemos. Todo va enlazado como la sangre que une a una familia. Todo va enlazado[97]”. (Resaltado fuera del original)

5.2.2 El enfoque antropocéntrico es el más extendido en la cultura jurídica de occidente y responde a una larga tradición filosófica y económica que ha concebido al hombre como el único ser racional, digno y completo. Desde esta perspectiva, la protección del ambiente es un asunto de “vida o muerte” en función de la supervivencia del género humano, no una causa en sí misma valiosa. En la Declaración de Estocolmo de 1972, esta idea se refleja en el sentir de la comunidad internacional cuando señala: “De cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso. Ellos son quienes promueven el progreso social, crean riqueza social, desarrollan la ciencia y la tecnología, y, con su duro trabajo, transforman continuamente el medio humano”[98].

La defensa del entorno natural adquiere sentido en la medida que “la conservación y la perpetuidad de la humanidad dependen del respeto incondicional al entorno ecológico”[99]. El riesgo de esquilmación[100] y la creciente preocupación ante el deterioro y la destrucción del entorno ecológico[101] justifican la protección reforzada del medio

ambiente desde la perspectiva del ser humano, para quien resulta incompatible una vida digna en un ambiente gravemente deteriorado[102]. Ciertamente, son múltiples los derechos subjetivos que se afectan cuando ocurre un daño ambiental, entre otros, la salud, el acceso a agua potable, la intimidad personal y familiar, la libertad para elegir profesión u oficio y la propiedad[103].

En el orden internacional (Declaración de Estocolmo, Principio 21[104] y Declaración de Río de 1992, Principio 2[105]), esta visión se soporta en el principio de soberanía, el cual reivindica la potestad de los Estados para aprovechar sus recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo. Incluso si estas puedan ocasionar efectos adversos sobre el ambiente, siempre y cuando no se produzca un daño sobre los Estados vecinos o más allá de los límites nacionales[106].

5.2.2 Desde una segunda aproximación más solidaria y comprensiva, el patrimonio natural de un país pertenece no solo a las personas que en él viven, sino también a las generaciones venideras e incluso a quienes habitan otras latitudes. Se gesta así una forma de solidaridad global e intergeneracional que ha sido equiparada en múltiples ocasiones con el principio de desarrollo sostenible, que permite afirmar: “Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, o sea, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”[107].

La preocupación por la suerte del otro, incluso de quien no conocemos, fomenta una defensa más vigorosa y planificada de los recursos naturales[108]. Para esta aproximación, “desconocer la importancia que tiene el medio ambiente sano para la humanidad es renunciar a la vida misma, a la supervivencia presente y futura de las generaciones”[109]. Esta aproximación resulta significativa en el contexto colombiano, si se tiene en cuenta que nuestro país ha sido calificado por la comunidad internacional como un país “megabiodiverso”[110]. En otras palabras, un Estado con fuentes de riquezas naturales invaluable, que ameritan, bajo una corresponsabilidad universal, una protección especial que le impone, a su vez, realizar enormes esfuerzos para mantener y no anular “una de las ventajas comparativas más críticas en las relaciones internacionales y la economía del siglo XXI: los recursos genéticos y la diversidad biológica”[111].

Pero también esta postura parte de una visión antropocéntrica, bajo el riesgo siempre latente de un futuro catastrófico que amenace la existencia humana. En últimas, la naturaleza no es un sujeto de derechos, sino un objeto frente al cual las personas tienen un deber de protección[112]. Por esta razón esta aproximación enfrenta serios desafíos conceptuales. Cuantificar y reducir los recursos naturales a valores económicos y la idea misma de “desarrollo” ha sido puesta en duda recientemente por corrientes de pensamiento alternas.

5.2.3. La última aproximación presenta una visión alterna y en ocasiones enfrentada a las anteriores. Si se quiere, es más “misteriosa”, según los vocablos empleados por la sentencia T-411 de 1992, citada anteriormente. Parte de la premisa -defendida especialmente por algunos pueblos tribales- de que la tierra no pertenece al hombre, el hombre pertenece a la tierra[113]. Somos tan solo un pequeño “paréntesis” en el largo devenir de la naturaleza y no aquel ser perfecto y acabado que presumíamos facultado para apropiarse ilimitadamente de los recursos y demás seres vivos que le rodean; y con ello finalmente fraguar su propia destrucción[114].

Corriente heterogénea y diversa de pensamiento que encuentra respaldo en la Carta Política de 1991, la cual contiene una generosa muestra de disposiciones de carácter constitucional que promocionan y protegen la cultura y la diversidad de la nación. Colombia se define según el artículo 1º no solo como una República democrática y participativa, sino también pluralista, rasgo esencial y particular de nuestro ordenamiento. Por esta razón, es obligación del Estado reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural del país[115]. Asimismo, hay que resaltar cómo el artículo 70 Superior reconoce en condiciones de igualdad y dignidad a todas las manifestaciones culturales que conviven en el país, y que cimentan en su conjunto, el fundamento de la nacionalidad colombiana, diversa y plural, por definición.

En esta línea, la jurisprudencia constitucional ha atendido los saberes ancestrales y las corrientes alternas de pensamiento, llegando a sostener que “la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados”[116].

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha venido construyendo una sólida doctrina con

respecto a la defensa del pluralismo y autodeterminación cultural de los pueblos, advirtiendo los riesgos conexos a “la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión)”[117]. Sobretudo cuando el conflicto giro en torno a la tierra -la que tiene una protección colectiva y reforzada en la Carta Política de 1991[118]- en atención al lugar especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos tribales reviste su relación con el territorio[119].

5.2.4. En resumen, y para aproximarnos a una definición satisfactoria del concepto de “Constitución Ecológica”, habría que comenzar por reconocer que el Constituyente colombiano otorgó un peso preponderante a la defensa del medio ambiente y dispuso múltiples normas que lo conciben como objetivo, derecho individual, derecho colectivo y deber. En atención a este amplio, y en ocasiones difícil de armonizar, marco, la Corte Constitucional ha desarrollado distintas aproximaciones a la cuestión ambiental, partiendo de la visión hegemónica que únicamente reconoce al ser racional como sujeto de derechos, para pasar a contemplar, en el marco del pluralismo democrático, distintas aproximaciones a la naturaleza y una reivindicación de sus elementos como bienes con valor intrínseco. El ambiente en tanto concepto complejo fue bien descrito por esta Corporación en sentencia C-666 de 2010 así:

“Es claro, que el concepto de medio ambiente que contempla la Constitución de 1991 es un concepto complejo, en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta la flora y la fauna que se encuentra en el territorio colombiano. Adelanta la Corte que los elementos integrantes del concepto de medio ambiente pueden protegerse per se y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana. En efecto, la visión del ambiente como elemento transversal en el sistema constitucional trasluce una visión empática de la sociedad, y el modo de vida que esta desarrolle, y la naturaleza, de manera que la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista, para asumir una postura de respeto y cuidado que hunde sus raíces en concepciones ontológicas”.

En suma, la naturaleza es un elemento transversal al ordenamiento constitucional

colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna, pero también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas. Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; en otras palabras, reconocernos como partes integrantes del ecosistema global (biósfera), antes que a partir de categorías normativas de dominación y utilidad. Postura que cobra especial relevancia en el constitucionalismo colombiano, teniendo en cuenta el principio de pluralismo cultural y étnico que lo soporta así como los saberes ancestrales legados por los pueblos tribales.

La complejidad del concepto de naturaleza se agudiza si se tiene en cuenta que el derecho ambiental, por excelencia entre las distintas ramas del derecho, es un estudio interdisciplinario[120] que remite necesariamente a campos del conocimiento no legales. El siguiente acápite resume los principios rectores del derecho ambiental que se han venido discutiendo en las últimas décadas y que intentan responder a los múltiples desafíos y facetas presentes en la protección ambiental.

5.3. Principios rectores del derecho ambiental.

El derecho ambiental se encuentra influenciado enormemente por un conjunto de saberes que superan la disciplina jurídica. En consecuencia, la probabilidad de llegar a un acuerdo sobre la materia se incrementa cuando existe: un consenso científico sobre la causa y seriedad de una amenaza al ambiente, un incremento en la conciencia pública y un beneficio significativo en términos políticos y económicos a corto plazo[121].

De entrada, se advierte una clara interrelación con las ciencias naturales. El cambio climático, el colapso de la biodiversidad y la extinción de especies, la acidificación de los océanos, los niveles tolerables de contaminación del aire y la atmosfera, son objeto de estudio de las disciplinas científicas a donde el derecho solo llega como ente regulador para fijar parámetros con fuerza de ley, pero soportados en estudios realizados por esos otros campos del conocimiento. No es de extrañar entonces que la problemática ambiental obligue al ordenamiento jurídico a atender los avances de otras disciplinas, tales como la geografía, geología, hidrología, ecología, química y botánica[122]. Tampoco sorprende que

los ordenamientos jurídicos hayan sido por mucho tiempo reacios a emprender medidas regulatorias, sino únicamente en los casos donde existiese evidencia científica concluyente de que una actuación era necesaria. Solo en la última década, con la difusión del principio de precaución se ha exigido una carga probatoria menos rigurosa para tomar acciones de protección ambiental.

Una segunda tensión surge con las ciencias económicas. Las leyes de protección ambiental suponen en muchas ocasiones costos considerables, lo cual conlleva al dilema central del “desarrollo sostenible” que se estudiará a continuación: ¿Qué precio estamos dispuestos a soportar como sociedad para conservar la naturaleza?, ¿Qué entendemos por desarrollo? Ocurre que ciertos países “desarrollados” se podrán ver beneficiados de la adopción de estrictos estándares ambientales, incluyendo la ventaja de vender productos y servicios ecológicamente amigables; mientras que otros podrán resentirse de la amenaza que significa para su competitividad el hecho que sus vecinos no acaten los mismos estándares de protección y, por ende, no incluyan las externalidades propias de la contaminación ambiental.

Por último, un consenso social en torno a la protección del ambiente se hace particularmente difícil de alcanzar en sociedades plurales, en cuanto a sus valores, creencias y cosmovisiones. En estos escenarios, el ordenamiento jurídico debe recurrir a mecanismos participativos de deliberación que permitan comprender las diversas concepciones presentes en el seno de una sociedad, antes que asumir visiones hegemónicas de desarrollo y progreso[123].

Una vez sentadas las anteriores premisas, se entiende por qué los principios del derecho ambiental concurren necesariamente con otras disciplinas del conocimiento y requieren de un constante proceso de actualización y deliberación pública. Esto con el fin de garantizar una toma de decisiones responsable, es decir acorde con los avances científicos y respetuosa de la diversidad cultural presente en sociedades como la colombiana.

5.3.1. Principio de desarrollo sostenible.

La doctrina[124] señala que el concepto de “desarrollo sostenible” fue acuñado oficialmente por primera vez en el Informe Brundtland, también conocido como “Nuestro futuro común”, resultado de la Comisión de las Naciones Unidas sobre ambiente y

desarrollo de 1987. Este lo definió como el desarrollo “que satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades”[125].

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, llevada a cabo en junio de 1992, introdujo importantes precisiones al respecto. Comenzó por sostener que todos los Estados “tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo” (principio 2), aunque también advirtió que estas prácticas deben ejercerse en forma tal que “responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras” (principio 3). Concluyó afirmando que “la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables” (principio 25).

La Corte Internacional de Justicia, por su parte, realizó el siguiente pronunciamiento dentro del análisis del caso de *Gabcikovo-Nagymaros* (1997), que analizó un conflicto interestatal en torno a la construcción de una represa sobre el río Danubio, de enorme impacto ambiental:

“A lo largo de la historia, la humanidad ha constantemente interferido en la naturaleza, sea por razones económicas u otras motivaciones. En el pasado, esto se hacía sin consideración alguna por los efectos que podría ocasionarse sobre el medio ambiente. Debido a nuevos conocimientos científicos y a una creciente conciencia sobre los riesgos que se ciernen sobre el hombre -tanto para las generaciones presentes como las futuras- producto de esa intervención frenética, nuevas normas y estándares han sido desarrollados en una multiplicidad de instrumentos y acuerdos en las últimas dos décadas. Estas nuevas disposiciones deben ser tenidas en consideración y entendidas con el peso apropiado, no solo cuando los Estados contemplan emprender nuevos proyectos sino también cuando pretenden continuar con actividades ya iniciadas en el pasado. Esta necesidad de reconciliar el crecimiento económico con la protección del ambiente es formulada acertadamente en el concepto de “desarrollo sostenible”.

Para los propósitos del presente caso, esto significa que los Estados parte, de manera conjunta, deben valorar los efectos que en el ambiente tiene la puesta en operación de la central energética Gabcikovo. En especial, deben encontrar una solución satisfactoria para

el volumen de agua que se libere sobre el antiguo trayecto del río Danubio”[126].

Existen cuatro elementos recurrentes en las distintas referencias que se han venido haciendo en el orden internacional: (i) la necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de las generaciones futuras (principio de equidad intergeneracional); (ii) el objetivo de explotar los recursos naturales de una forma sostenible, prudente, racional, sabia o apropiada (principio de uso sostenible); (iii) el uso equitativo de los recursos naturales, lo que implica que la acción de un Estado debe tener en consideración las necesidades de otros Estados (principio de uso equitativo); (iv) la importancia de asegurar que las consideraciones ambientales sean integradas en los planes de desarrollo, cálculos económicos, programas y proyectos; y que las necesidades de desarrollo sean sopesadas al aplicar los objetivos ambientales (principio de integración)[127].

Lo anterior sintetiza el tratamiento ordinario dado al concepto de “desarrollo sostenible”, pero la Corte Constitucional también ha avanzado en aproximaciones alternas y críticas al mismo, más acordes con la realidad y particularidades de nuestro país. En primer lugar, la reciente sentencia C-123 de 2014 al analizar la prohibición de las entidades territoriales para establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería[128], develó la contracara de los grandes proyectos mineros y sus impactos nada despreciables sobre la comunidad. La llegada de población migrante altera las costumbres de los pobladores locales, incluyendo, “deserción escolar en jóvenes que ven la minería y los recursos que ésta provee como única salida a la pobreza. Igualmente, el aumento de la drogadicción, la prostitución, la violencia sexual, las enfermedades de transmisión sexual y el madresolterismo no deseado han coincidido con la llegada de los mineros a un municipio o distrito que no se encuentre preparado para recibirlos[129]”. De igual manera, es probable que se afecte la seguridad alimentaria de la zona, se aumente el costo de vida y se ponga en riesgo la calidad de los recursos hídricos.

Así, la jurisprudencia cuestiona el tradicional optimismo con el que irreflexivamente se confía en los macroproyectos mineros, señalando que adicional al impacto ambiental, tales iniciativas pueden llegar a ocasionar determinadas dinámicas sociales de empobrecimiento y pauperización del entorno social más cercano. Aspectos -o como los llaman los economistas, externalidades- que no suelen ser incluidos en el impacto general del “desarrollo”, el cual se restringe al crecimiento abstracto de la economía y del

producto[130].

En este punto, es importante destacar los resultados obtenidos dentro de un foro organizado en septiembre de 2014 por la revista “Finance and Development”, publicada por el Fondo Monetario Internacional, en donde se le preguntó a cinco destacados economistas, todos ellos ganadores del premio Nobel, cuál consideraban el problema más importante que enfrentaría la economía global en el futuro. De manera muy dicente, dos de ellos se refirieron a la conservación del medio ambiente[131]. Para George A. Akerlof, el calentamiento global es una amenaza grave e inminente que debido al desapasionado lenguaje del mundo científico ha sido suavizado y, por momentos, ignorado en su real magnitud. De igual manera, Michael Spence señala que el mayor desafío es acomodar el crecimiento de las economías en desarrollo, lo que necesariamente implicará un ajuste global en el uso de los recursos naturales. Lo contrario, conllevaría a un estancamiento en el crecimiento económico o, peor aún, a una falla catastrófica luego de alcanzar un punto crítico de tolerancia de la naturaleza.

En el contexto específico de Colombia, un reciente informe del Banco Mundial advierte que la economía nacional es vulnerable a los riesgos asociados, paradójicamente, con su riqueza natural. Los países bien dotados de recursos a menudo no desarrollan economías altamente diversificadas y están en riesgo de desarrollar instituciones débiles —un fenómeno conocido como “la maldición de los recursos”- que termina por generar costos mayores en términos globales a las utilidades que se derivan de la explotación de las materias primas:

“Los recursos naturales son la columna vertebral de la economía colombiana. En 2012, la agricultura, silvicultura y pesca representaron el 6,2 por ciento del PIB, mientras que la industria extractiva otro 7,7 por ciento. Sin embargo, una medida de la sostenibilidad ambiental de Colombia, el indicador de ahorro genuino neto, muestra que el ahorro nacional bruto, después de restar los costos de agotamiento de los minerales, los recursos naturales y la contaminación, fluctúa en torno a cero y está muy por debajo de la OCDE y los promedios regionales. Más aún, la degradación del medio ambiente tiene un alto costo para la economía, estimado en 3,7 por ciento del PIB, según un estudio del Banco Mundial de 2007. Estos hechos salientes son muestra de los desafíos ambientales típicos de un país de ingresos medios con un alto crecimiento de los ingresos, una rica dotación y alta dependencia en los recursos naturales y una alta concentración de población urbana. El

proceso de adhesión a la OCDE ha creado un impulso para el fortalecimiento de la gestión ambiental en Colombia, un interés de política para avanzar hacia una senda de crecimiento sostenible y un incentivo para hacer frente a los retos ambientales más pertinentes”[132].

Por esta razón, el grupo de expertos del Banco Mundial exhorta a emprender políticas públicas que permitan una fuerte gobernanza y una gestión prudente de las ganancias extraordinarias derivadas de los recursos naturales, con énfasis en otros sectores productivos de la economía y la educación, en aras de garantizar un capital duradero.

De esta forma, incluso desde la corriente dominante del pensamiento económico occidental, se ha comenzado a tomar en serio la preocupación por el medio ambiente, en el entendido que su sacrificio desproporcionado podría conducir al estancamiento y colapso del crecimiento financiero de toda una región, antes que al tan anhelado “desarrollo”. Más aún, se ha advertido que existen múltiples y graves externalidades conexas a los macroproyectos de “desarrollo” (desempleo, contaminación de fuentes hídricas, dependencia de los recursos provenientes de las materias primas, desplazamiento, seguridad alimentaria y violencia[133]) que ponen en entredicho el valor real del progreso perseguido, y que cuestionan el supuesto balance positivo final en términos de costo-beneficio.

Una segunda reflexión, todavía más radical que la anterior, ataca la idea misma de progreso (económico), yacente en la raíz del concepto de “desarrollo sostenible”. Desde este punto de vista, todo proyecto, antes que reducir la naturaleza a un recurso disponible, debe ser consciente de la diversidad de valores históricos y culturales presentes en un entorno tanto social como natural. Premisa que adquiere especial significado en el constitucionalismo colombiano, teniendo en cuenta que su régimen se consagró como una República democrática, participativa y pluralista, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación.

Autores como Boaventura de Sousa Santos han denunciado el pensamiento hegemónico que se esconde detrás de un concepto aparentemente neutral y positivo como lo es el “desarrollo”. Su genealogía saca a relucir cómo el derecho colectivo al desarrollo, reclamado en un comienzo por los países africanos[134] y el mal llamado “tercer mundo”,

en su búsqueda por exigir internacionalmente las condiciones necesarias para su desarrollo, fue apropiada rápidamente por los países del Norte quienes intensificaron el neoliberalismo y convirtieron el derecho al desarrollo en el deber de desarrollarse. Desde esta segunda acepción, parecía indiscutible que profundos sacrificios habrían de soportarse por parte de los pueblos “atrasados” para erradicar prácticas y creencias primitivas[135].

En pocos años, las reglas del Consenso de Washington, cuya obediencia irrestricta estaba garantizada por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y luego la Organización Mundial del Comercio, hicieron aceptable solo un modelo de desarrollo: el capitalista. Regladas respaldadas por las ideas de crecimiento infinito, en desconocimiento de la capacidad de carga del planeta tierra, y del individualismo propietario, autosuficiente y aislado: “el individuo racional, no atado ni a lugar ni a comunidad; la separación de naturaleza y cultura; la economía separada de lo social y lo natural; la primacía del conocimiento experto por encima de todo otro saber”[136]. Estos presupuestos condujeron a una visión del desarrollo “más antisocial, más ligado que nunca al crecimiento, más dominado por la especulación financiera y más depredador del medioambiente”[137].

Es un proyecto económico, pero también jurídico y social, que además propaga un potente mensaje cultural que erosiona la diversidad humana y natural, que rotula a los países como “subdesarrollados” por no satisfacer las expectativas de crecimiento económico, explotación de recursos naturales, la lógica del mercado y la búsqueda de satisfacción material e individual por sobre cualquier otra meta. Como señala el antropólogo Arturo Escobar la situación en que este lenguaje ha situado a algunos pueblos descalifica de entrada formas alternas de pensamiento y convivencia, dejando tan solo un trayecto de progreso al que todos los pueblos debemos inexorablemente unirnos[138].

La cada vez más creciente reacción del “Sur global” por superar la forma acrítica, vertical y hegemónica en que se ha asumido el desarrollo, ha derivado en proyectos alternativos de convivencia y buen vivir, más allá de los parámetros dispuestos por la lógica del mercado. Es una apuesta que exalta las “ideas de reciprocidad, solidaridad y complementariedad vigentes tanto en las relaciones entre los seres humanos como en las relaciones entre los humanos y la naturaleza”[139]. Una postura del post-desarrollo propone la creación de un espacio/tiempo colectivo en el cual:

- “El «desarrollo» cese de ser el principio central que organiza la vida económica y social.
- Se cuestione efectivamente la pre-eminencia del concepto de crecimiento económico y este como meta.
- Se deconstruya la matriz cultural de donde proviene el desarrollo y su historicidad (visión dominante europea de la modernidad).
- Se desarticula paulatinamente en la práctica el modelo de desarrollo basado en la premisa de la modernización, la explotación de la naturaleza como ser no vivo, los mercados, la exportación, y la acción individual.
- Se reconozca una multiplicidad de definiciones e intereses alrededor de las formas de sustento, las relaciones sociales, y las prácticas económicas.
- Se diseñen políticas desde la relacionalidad entre grupos humanos y entre estos y la naturaleza; es decir se procede desde un principio de cosmovisiones relacionales (como las que subyacen las cosmovisiones y prácticas de muchos grupos indígenas, negros, y campesinos, y de las formas comunales de algunos grupos urbanos, así como la ecología), en vez de la cosmovisión dualista que separa seres vivientes de no vivientes, humano de lo no humano, individuo y comunidad.
- Se establezca un diálogo intercultural alrededor de las condiciones que podrían devenir en un pluriverso de configuraciones socio-naturales, es decir, una multiplicidad de propuestas y visiones (ej., liberales y comunales, capitalistas y no capitalistas, etc.).
- Se propenda por formas de integración regional autónoma basadas en criterios ecológicos (por ejemplo el biorregionalismo), de desarrollo autocentrado (no dictado por los requerimientos de la economía mundial), a niveles sub-nacionales, nacionales, regionales y globales”[140].

De esta forma, el post-desarrollo, antes que una iniciativa con vocación universal y de objetivos concretos verificables, es la deconstrucción de un lenguaje que impuso como valores absolutos el crecimiento económico a toda sociedad que aspirara a ser civilizada la autonomía del individuo y el crecimiento económico infinito.

Luego de lo expuesto, esta Sala de Revisión no pretende apoyar algún modelo particular de desarrollo, ni tampoco descartar de plano la importancia del crecimiento sostenido del capital para el bienestar social. En el marco de la Constitución Política de 1991 y la aspiración de forjar un Estado social y democrático de derecho lo que sí resulta imperativo es la apertura al pluralismo, rasgo determinante del ordenamiento jurídico colombiano[141].

El reconocimiento de la diversidad cultural no solo se aprecia de modo palpable en el campo de la religión y la consulta previa, sino también en el de la economía y lo que entendemos por “desarrollo”. De hecho, los postulados económicos se soportan en y difunden modelos de comprender al individuo, la sociedad, la moral, la naturaleza, así como las relaciones y obligaciones que caben entre estos.

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que en el país no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente[142]. Esto no obsta para que el Estado social de derecho se incline por una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, que garantice la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades así como la preservación de un ambiente sano[143]. Ante este panorama, con la multiplicidad de posturas en torno a lo que significa desarrollo y el riesgo de confiarse excesivamente en las bondades del mercado, se hace crucial otorgar un rol más preponderante a los demás principios de protección ambiental que se expondrán a continuación.

5.3.2. Principio de prevención.

En el orden internacional se ha entendido que este principio busca que las acciones de los Estados se encarrilen a evitar o minimizar los daños ambientales, como un objetivo apreciable en sí mismo, con independencia de las repercusiones que puedan ocasionarse en los territorios de otras naciones. Requiere por ello de acciones y medidas –regulatorias, administrativas o de otro tipo- que se emprendan en una fase temprana, antes que el daño se produzca o se agrave[144].

Constituye entonces un postulado de la máxima importancia para el derecho ambiental, en tanto hace virar el énfasis de toda la política pública y del marco legal hacia un modelo que prepara y organiza las tareas necesarias para evitar que el daño se produzca, antes que a

un modelo curativo, pendiente de la sanción y la reparación. Esta aproximación ha sido respaldada, directa o indirectamente, por la Declaración de Estocolmo de 1972[145], la Carta Mundial por la Naturaleza de 1982, así como la Declaración de Río de 1992, que requiere a los Estados promulgar “leyes eficaces sobre el medio ambiente”[146].

Este principio ha sido desarrollado por otros instrumentos internacionales concentrados en áreas particulares como: la extinción de las especies de flora y fauna[147], la polución de océanos por hidrocarburos[148], desechos radioactivos[149], desechos peligrosos y otras sustancias[150], pérdida de pescados [151] y otros organismos[152], daño a la salud y el ambiente proviene de sustancias químicas[153].

La eficacia práctica de la acción preventiva requiere de una armonización con el principio de precaución, el cual como se verá a continuación, flexibiliza el rigor científico que se exige para que el Estado tome una determinación. Así, el principio de prevención se aplica en los casos en los que es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzca, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas[154], mientras que el principio de precaución opera en ausencia de la certeza científica absoluta.

5.3.3. Principio de precaución.

En el ámbito internacional, el principio No. 15 de la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo, se refiere al principio de precaución de la siguiente manera:

“Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Esta idea, a su vez, fue expresamente incluida por el artículo primero de la Ley 99 de 1993, el cual sostiene que el proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de

Janeiro. De hecho. Esta ley le confiere una importancia mayúscula al principio de precaución al señalar que la formulación de las políticas ambientales, si bien tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica, debe prevalecer una orientación encaminada a la precaución y a evitar la degradación del medio ambiente[155].

Sus elementos constitutivos han sido abordados por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

“Para tal efecto, debe constatar que se cumplan los siguientes elementos: 1. Que exista peligro de daño; 2. Que éste sea grave e irreversible; 3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta; 4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente. 5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.

Es decir, el acto administrativo por el cual la autoridad ambiental adopta decisiones, sin la certeza científica absoluta, en uso del principio de precaución, debe ser excepcional y motivado. Y, como cualquier acto administrativo, puede ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Esto hace que la decisión de la autoridad se enmarque dentro del Estado de Derecho, en el que no puede haber decisiones arbitrarias o caprichosas, y que, en el evento de que esto ocurra, el ciudadano tiene a su disposición todas las herramientas que el propio Estado le otorga. En este sentido no hay violación del debido proceso, garantizado en el artículo 29 de la Constitución”[156].

El principio de precaución se erige como una herramienta jurídica de gran importancia, en tanto responde a la incertidumbre técnica y científica que muchas veces se cierne sobre las cuestiones ambientales, por la inconmensurabilidad de algunos factores contaminantes, por la falta de sistemas adecuados de medición o por el desvanecimiento del daño en el tiempo[157]. No obstante, partiendo de que ciertas afectaciones resultan irreversibles, este principio señala un derrotero de acción que “no sólo atiende en su ejercicio a las consecuencias de los actos, sino que principalmente exige una postura activa de anticipación, con un objetivo de previsión de la futura situación medioambiental a efectos de optimizar el entorno de vida natural”[158].

En el orden internacional, la aplicación del principio de precaución sigue generando posiciones encontradas. Dentro de ciertos sectores se considera una herramienta eficaz

para lograr una acción jurídica oportuna que atienda desafíos ecológicos cruciales como el cambio climático y la reducción de la capa de ozono. Mientras que los opositores de la medida describen con recelo el potencial para generar regulaciones excesivas que terminan por limitar la actividad humana[159]. Aún no existe consenso en la comunidad internacional respecto a su entendimiento y alcance. El punto central de la discrepancia consiste en establecer cuál es el nivel de evidencia científica que debe exigirse para poder ejecutar un proyecto. En este sentido, se ha propuesto incluso una interpretación más extensiva, en virtud de la cual la carga de la prueba se traslada sobre el agente potencialmente contaminante (sea un Estado, una empresa o un ciudadano), quien deberá demostrar que su actividad o los residuos que se produzcan no afectarán significativamente el entorno[160].

A nivel local, tanto la jurisprudencia constitucional como la administrativa han acogido este principio como una disposición crucial del derecho ambiental. Su impacto es tal que supone un cambio en la lógica jurídica clásica. Por contraposición a la teoría del daño cierto y verificable, vigente desde la tradición romana, la precaución opera sobre el riesgo del desarrollo, el riesgo de la demora, y produce una inversión de la carga de la prueba[161]. Con razón, la Corte ha aseverado que este postulado materializa “en gran medida” los deberes de protección con la naturaleza[162].

En la jurisprudencia constitucional existen dos ejemplos paradigmáticos de su aplicación. En la sentencia T-397 de 2014[163] se analizó el reclamo de los residentes de un apartamento en la ciudad de Bogotá, incluidos varios adultos y un menor de 20 meses de edad, quienes denunciaron el ruido excesivo y peligros para la salud que consideran se originaban en una “antena monopolo” instalada por Comcel S.A. a un metro de distancia del inmueble. En este escenario, la Corte encontró satisfechos los requisitos jurisprudenciales para darle aplicación al principio de precaución, no solo para la protección del medio ambiente sino específicamente para la salud del niño. En efecto:

“a) La exposición del menor Benjamín a la radiación electromagnética producida por la antena de telefonía móvil, situada aproximadamente a 25 metros de distancia del lugar en el que habita, conlleva el riesgo, aunque no la certeza científica absoluta, de una afectación grave en su salud a largo plazo, teniendo en cuenta que se trata de un niño de muy corta edad, que tiene en desarrollo su sistema nervioso.

b) Es evidente que, si ese riesgo se llega a concretar en el futuro, las consecuencias en la salud del menor serán graves e irreversibles.

c) Si bien el principio de precaución suele aplicarse como instrumento para proteger el derecho al medio ambiente sano, también ha sido aplicado por esta Corporación a favor del derecho a la salud en casos como los resueltos en las Sentencias T-104 de 2012 y 1077 del mismo año”.

Atendiendo lo anterior, dispuso el desmonte de la antena. Igualmente, se ordenó al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que, dentro del marco de sus funciones y en aplicación del principio de precaución, regulara la distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos.

Por otro lado, la sentencia T-154 de 2013 abordó el reclamo del señor Orlando José Morales, quien indicó que la finca “Los Cerros” en la que residía con su familia, ubicada en el corregimiento La Loma, se encontraba aproximadamente a 300 metros de distancia de la mina de carbón “Pribbenow”, propiedad de la empresa Drummond Ltda., la cual era explotada “indiscriminadamente y sin control ambiental alguno”, ya que los trabajos de minería se llevaban a cabo las 24 horas del día. Lo que ocasionaba, según su relato, (i) ruido “insoportable”, por el funcionamiento de las máquinas; (ii) “polvillo y material particulado” disperso en el aire, producido por la explotación; (iii) afecciones a la salud, en especial “tos, ojos irritados y molestias en sus oídos” y, en algunos casos, fiebre y dificultad para respirar. En sede de Revisión, la Corte invocó el principio de precaución para conceder el amparo, de la siguiente forma:

“La Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, negó el amparo al no hallar expresamente demostrado que la empresa Drummond Ltd., esté “vulnerando, amenazando o poniendo en serio peligro un derecho constitucional fundamental, al actor o a sus hijos, ya que ninguna prueba obra con el alcance de evidenciar que la mina Pribbenow, dañe el ambiente sano y por ende la salud de las personas con residencias colindantes”.

Si tal insuficiencia probatoria se diere, lo cual podría deberse a inacción judicial y a la celeridad impuesta para que la protección de los derechos fundamentales sea oportuna, ya

se ha efectuado referencia al principio de precaución, de imperio trasnacional e interno, que conduce a que la falta de certeza científica no puede aducirse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para precaver la degradación del ambiente y la generación de riesgos contra la salud”

Se ordenó a la compañía demandada que en el término máximo de tres meses ejecutara la instalación de maquinaria de última generación técnica, al igual que amortiguadores, lavadores, cubiertas y recuperadores de carbón y sus partículas, para contrarrestar el ruido y la dispersión del polvillo residual.

La definición más extendida en el escenario internacional fue incorporada por la Declaración de Río, cuyo principio 16 indica: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en PRINCIPIO, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”. Algunos Estados han criticado el lenguaje de la disposición, como una forma de transacción en detrimento de la protección ambiental[164]. En efecto, en ocasiones los empresarios industriales preferirían pagar el impuesto, canon o multa, a tener que realizar inversiones para evitar la contaminación[165], volviéndose así en una autorización para contaminar a quien posea el capital suficiente para pagar.

Llama la atención en este punto que el primer instrumento internacional en hacer referencia expresa al principio de quien contamina paga, haya sido la Recomendación de la OCDE respecto a los principios rectores de la evaluación del impacto económico sobre políticas ambientales de 1972[166], la cual promovió la implementación de controles y regulaciones para lograr un uso racional de los recursos y evitar así distorsiones en las inversiones y el comercio internacional. Finalidad que es replicada por la Declaración de Río y permite entrever una preocupación por la libre y sana competencia del mercado, antes que el interés medio ambiental.

Muchos interrogantes surgen en su aplicación práctica y evidencian las dificultades propias del derecho ambiental que, como se dijo al comienzo de este capítulo, necesariamente se entrecruza con la economía y las ciencias naturales: ¿Quién es el agente contaminante en

los casos de contaminación severa o donde existen cadenas de producción igualmente responsables?, ¿cuándo debe el agente contaminante pagar y con base en qué criterios?, ¿existen excepciones y situaciones en las que cierto grado de contaminación sean tolerables?, ¿a quién deben ir dirigidos los pagos que se hagan?

En la actualidad, este principio ha sido reinterpretado para aproximarse a un entendimiento más comprensivo de la naturaleza y de sus desafíos[167]. Hans Christian Bugge, profesor de la Universidad de Oslo, ha investigado la evolución del concepto y presentado tres etapas principales en su desarrollo[168].

a) De acuerdo con la primera versión, tal y como fue difundida por la OCDE desde la década de los 70s, no se pretende la internalización de todos los costos sociales y ambientales conexos a las actividades contaminantes, sino solo de aquellos necesarios para sufragar las medidas de prevención. No obstante, la obligación del contaminador se limitaba con ello a lograr una moderación en los factores contaminantes, autorizando tácitamente que los restantes fuesen asumidos y canalizados por la sociedad y la naturaleza.

b) Una segunda aproximación, más eficiente desde el punto de vista económico, se propone encontrar el nivel óptimo de calidad ambiental -o de contaminación permitida-, esto es, aquel escenario que garantiza la máxima diferencia entre el valor total del medio ambiente como recurso y el costo social de protegerlo. Para que la ecuación anterior sea confiable esta versión sostiene que el agente ha de asumir todos los costos sociales -incluyendo los ambientales- de la contaminación que se produce. Económicamente, se logra con la imposición de un impuesto o tasa tal que el agente racional se vea compelido a ajustar su actividad de acuerdo a los estándares óptimos de calidad. El gravamen debe corresponder al costo social marginal (lo que le cuesta a la sociedad, incluyendo al empresario, que este se produzca)[169], de manera que el contaminador termine por pagar considerablemente más que los costos privados asociados a su conducta, y con ello ajuste su empresa a los estándares regulatorios exigidos. Sin embargo, esta aproximación aún no incluye la compensación para las víctimas de la contaminación.

c) La tercera versión del principio de quien contamina paga es una forma de responsabilidad amplia por el daño ambiental. Se basa en una premisa general de justicia: nadie debería tener el derecho a perjudicar a otros, sin la correspondiente obligación de

reparación. Lo cual cobra mayor sentido cuando el responsable se lucra por la actividad contaminante que ejecuta y es predecible que la misma ocasione un daño en su entorno. Aproximación que se aproxima a la Ley 99 de 1993, al disponer esta que “El Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales renovables”[170].

Aun con esta versión, subsisten algunas dificultades conceptuales. La más desafiante quizá, cuantificar económicamente el valor de un bien de la naturaleza. El problema es que importantes recursos naturales son denominados como “bienes libres”, es decir que no tienen un precio en el mercado. Adicionalmente, existe el riesgo siempre latente de que menores niveles de protección ambiental representen una ventaja comparativa atractiva en determinados sectores de la industria, auspiciando lo que se conoce como una “carrera hacia el abismo” (“race to the bottom”, en inglés) que obligue a los Estados a flexibilizar sus regulaciones ecológicas para atraer mayor inversión.

En últimas, el principio de quien contamina paga, al partir de una aproximación económica al daño ambiental, siempre genera una situación problemática que puede malinterpretarse como una autorización a los distintos agentes públicos y privados a disponer de los recursos naturales como les plazca, confiados en contar con el capital suficiente para sufragar las respectivas multas y sanciones. Parte de la doctrina ha sostenido que este principio resulta “erróneo por esencia, y no mira realmente a la protección y reparación de daños al medio ambiente, sino a la propiedad u otros bienes de contenido patrimonial”[171]. Se critica también que conforme al mismo “el legislador y la jurisprudencia han hecho aparecer al daño ecológico como una ‘fatalidad’ y su intervención como una simple manifestación de equidad, abarcando, asimismo, la mayor parte del tiempo, la atribución a los contaminadores de un verdadero derecho a dañar”[172].

Para comprender el precitado principio de una manera acorde a la Constitución ecológica, la jurisprudencia de esta Corporación lo ha encuadrado dentro del objetivo central de prevención del daño ambiental. Se busca que las personas responsables de una eventual contaminación o de un daño paguen los costos de las medidas necesarias para prevenirla - cuando sea posible-, mitigarla y reducirla. Pero no se trata solamente de “reducir la polución, sino incentivar el diseño de tecnologías amigables con el ambiente y que reduzcan

el impacto ambiental de las actividades industriales”[173], mediante un sistema de informes previos, controles, inspecciones, pagos, multas y sanciones pecuniarias. De esta forma, a lo que se apunta, más allá del pago de una determinada cantidad de dinero, es a ajustar efectivamente el comportamiento de los agentes públicos y privados para que respeten y protejan los recursos naturales.

El ideal ha de ser entonces brindar unos parámetros científicos y sociales que permitan identificar con la mayor precisión posible las amenazas graves para el medio ambiente y prevenirlas eficazmente. Y si estas en todo caso llegan a ocurrir, el ordenamiento jurídico debe contar con un mecanismo sancionatorio y de tasación de perjuicios objetivo, de manera tal que se logre un nivel óptimo de protección ambiental que no grave desproporcionadamente la industria nacional pero tampoco termine por convertirse en un cheque en blanco para que el que tenga el capital suficiente, se crea autorizado para dañar el medio ambiente.

6. Los elementos de la responsabilidad jurídica por el daño ambiental.

Dentro de la Carta Política de 1991 –que como ya se anotó, fue denominada “Constitución Ecológica”- llama la atención su artículo 80 que expresamente consagró el deber de planificar el correcto aprovechamiento de los recursos naturales, así como de controlar y exigir la reparación por los daños causados al ambiente[174]. La precitada disposición evidencia la jerarquía del medio ambiente para el constitucionalismo colombiano y el compromiso férreo de las autoridades estatales por prevenir, en primera instancia, los factores de riesgo para la naturaleza, y de sancionar al responsable, de producirse la afectación. Este compromiso con la naturaleza puede rastrearse en el derecho positivo en preceptos pre-constitucionales (Ley 23 de 1973, Decreto 2811 de 1974, entre otros) que aún hoy siguen vigentes.

Sin embargo, cuando se aborda en la práctica la calificación del daño ambiental y los elementos idóneos de resarcimiento persiste “un divorcio entre el hecho y el derecho que nunca había sido tan grande”[175]. La insuficiencia de las categorías jurídicas clásicas de la responsabilidad civil para establecer criterios de imputación razonables en materia ambiental, los obstáculos técnicos propios de las ciencias naturales para cuantificar con exactitud un impacto y los métodos económicos poco satisfactorios para calcular el valor

intrínseco de un bien natural generan, en su conjunto, que en la actualidad aún no exista un sistema uniforme de establecimiento de responsabilidad y reparación ecológica. Ante este desafío, el presente capítulo retoma algunas lecciones tanto del derecho local como del derecho comparado, con el objetivo de trazar unas subreglas razonables sobre la materia.

6.1. Aspectos generales de la responsabilidad jurídica por el daño ambiental.

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2011)[176], el artículo 16 de la Ley 23 de 1973 “contiene el fundamento normativo singular, concreto o específico de la responsabilidad civil ambiental en cuanto norma jurídica posterior, especial y de preferente aplicación a la disciplina general consagrada a propósito en el Código Civil, y también a otras disposiciones legales ulteriores sobre materias diferentes, verbi gratia, la Ley 1333 de 2009”. En la misma dirección se pronunció recientemente el Consejo de Estado (2013)[177], al señalar que tal disposición “prevé una cláusula general de responsabilidad ambiental”.

Mediante la precitada Ley 23 de 1973 se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales, pero también se dictaron otras disposiciones, entre las cuales se resalta aquella que establece los elementos esenciales de la responsabilidad así: “El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generan contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado”[178].

Posteriormente[179], en desarrollo de las facultades otorgadas por dicha ley, el Gobierno expidió el Decreto-Ley 2811 de 1974, el cual vino a constituir el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, que se ha consolidado desde entonces, en el eje de la regulación en materia de manejo de los recursos renovables en Colombia. En él se adoptaron también algunas medidas de tipo sancionatorio para quienes violaran las normas sobre manejo y uso de los recursos naturales renovables, remitiendo a su vez en lo no previsto en dicho código a las leyes y decretos que contemplaran sanciones sobre la materia. Las autoridades competentes optaron entonces

por establecer como estrategia la de adicionar en cada uno de los decretos reglamentarios que se expidieran para regular el manejo de los distintos recursos naturales, un procedimiento sancionatorio ambiental independiente. Ello ocurrió, por ejemplo, con los decretos 1541 de 1978, que reglamentó el tema de aguas, el 1608 de 1978, sobre fauna silvestre, y con el 1681 de ese mismo año, que se ocupó de lo referente a los recursos hidrobiológicos.

Ya en el marco de la nueva Constitución, el Congreso expidió la Ley 99 de 1993, por la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente y se organizó el Sistema Nacional Ambiental -SINA-, entre otras disposiciones. Cabe destacar que, entre los artículos 83 a 86, sobre sanciones y medidas de policía, se fijó propiamente un régimen sancionatorio ambiental. En dichas preceptivas, se previó que cuando ocurriera violación de las normas sobre protección ambiental o sobre manejo de recursos naturales renovables, el Ministerio o las Corporaciones Autónomas Regionales impondrían las sanciones y medidas preventivas previstas en la misma ley, según el tipo de infracción y la gravedad de ellas, remitiendo para efectos del procedimiento sancionatorio que debía aplicarse, al previsto en el Decreto 1594 de 1984.

Finalmente, este régimen sancionatorio ambiental fue subrogado por la Ley 1333 de 2009, en virtud del cual “se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla”[180]. Precepto que fue avalado por esta Corporación mediante sentencia C-595 de 2010.

Ahora bien, para la resolución de casos concretos la jurisprudencia nacional ha retomado los elementos constitutivos de la teoría clásica de la responsabilidad. En el año 2011 la Corte Suprema de Justicia presentó la siguiente conclusión al respecto:

“Exactamente, en el ordenamiento jurídico colombiano, según disciplina con nítida precisión y claridad el citado precepto legal, los particulares son civilmente responsables por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada a consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente, y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado. Basta por tanto una cualquiera de estas conductas, el daño y la relación de causalidad para el surgimiento de la responsabilidad civil”[181].

Aplicando los mismos supuestos, el Consejo de Estado falló favorablemente en 2013 la demanda de reparación directa interpuesta por un campesino contra la Nación, en atención a los graves daños ocasionados por la fumigación de cultivos con glifosato:

“Recapitulando, la Sala encuentra acreditados (i) el hecho generador del daño, esto es, la aspersión aérea de glifosato realizada por la Policía Nacional, (ii) los daños causados al predio La Trinidad ubicado en la vereda Agua Dulce del municipio Belén de los Andaquíes y (iii) el nexo de causalidad entre uno y otro”[182].

A partir de lo expuesto, es dable concluir que tanto la jurisprudencia como la legislación nacional, para hacer frente a las demandas ambientales puestas de presente, han retomado los elementos básicos del régimen de responsabilidad civil, a saber: (i) hecho generador del daño, (ii) el daño como tal y (iii) el nexo de causalidad entre ambos. No obstante, también ha sido necesario adaptar los mismos a los desafíos propios del derecho ambiental, particularmente en lo que tiene que ver con el concepto de daño, como se explicará a continuación:

6.2. El hecho generador del daño:

Este primer elemento de la responsabilidad ambiental no ofrece mayor reparo. Se trata simplemente de acreditar por cualquier medio probatorio (testimonios, documentos, peritajes, etc) que un determinado suceso de contaminación ocurrió, así como señalar, en la medida de la posible, las circunstancias de tiempo, modo y lugar del mismo.

6.3. El daño:

6.3.1. Definición.

El daño constituye la razón de ser de la responsabilidad y por ello, es básica la determinación de sus distintos aspectos y su cuantía[184]. La Ley 23 de 1973 estableció una definición amplia de daño ambiental[185], señalando que se consideraba como tal, cualquier tipo de “alteración” al medio ambiente producto de una actividad humana o incluso de la misma naturaleza, que tuviera la potencialidad de “interferir” -nótese que ni siquiera se habla de perjudicar- tanto en el bienestar de los seres humanos como en el de los recursos naturales.

En segundo lugar, la norma introdujo una especie de limitación al concepto de daño ambiental y a la responsabilidad civil que se podría derivar del mismo, reconociendo expresamente que existen niveles “permisibles” o “mínimos” de contaminación, que son fijados técnicamente por el Gobierno:

“Artículo 11. Mediante reglamento u otras disposiciones administrativas, el gobierno nacional fijara los niveles mínimos de contaminación y aprovechamiento permisibles para cada uno de los bienes que conforman el medio ambiente.

(...)

Artículo 13. Cuando técnicamente se establezca que han sobrepasado los niveles mínimos de contaminación o aprovechamiento o que hay una nueva contaminación no revista de manera especial, el gobierno nacional podrá inspeccionar los procesos industriales, comerciales o de cualquier otra índole, en orden a reducir o eliminar la contaminación y controlar la fuente de la misma. Esta facultad será ejercida dentro del marco de las atribuciones que a esta respecto señala la Constitución Nacional”.

De esta forma, el legislador de 1973 dispuso tempranamente los dos elementos centrales que constituyen la figura del daño ambiental en el derecho colombiano: (i) un concepto amplio que se determina por cualquier tipo de alteración, con la potencialidad de producir efectos tanto sobre los recursos naturales como sobre el hombre; al tiempo que (ii) un reconocimiento y aceptación tácita de que existen ciertos niveles tolerables de contaminación fijados por el ordenamiento jurídico.

Esta directriz fue replicada por el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto Ley 2811 de 1974), que presentó una extensa lista, aunque no taxativa, sobre los tipos de factores que se consideran contaminantes. Siguiendo una definición amplia de daño ambiental, incluyó, por ejemplo, la afectación del paisaje[186] y la salud humana:

“Artículo 8º.- Se consideran factores que deterioran el ambiente, entre otros:

a.- La contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables.

Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente o de los recursos de la nación o de los particulares.

Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente puede producir alteración ambiental de las precedentemente escritas. La contaminación puede ser física, química, o biológica;

b.- La degradación, la erosión y el revenimiento de suelos y tierras;

c.- Las alteraciones nocivas de la topografía;

d.- Las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas;

e.- La sedimentación en los cursos y depósitos de agua;

f.- Los cambios nocivos del lecho de las aguas;

g.- La extinción o disminución cuantitativa o cualitativa de especies animales o vegetales o de recursos genéticos.

h.- La introducción, y propagación de enfermedades y de plagas;

i.- La introducción, utilización y transporte de especies animales o vegetales dañinas o de productos de sustancias peligrosas;

j.- La alteración perjudicial o antiestética de paisajes naturales;

k.- La disminución o extinción de fuentes naturales de energía primaria;

l.- La acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios;

m.- El ruido nocivo;

n.- El uso inadecuado de sustancias peligrosas;

o.- La eutricación, es decir, el crecimiento excesivo y anormal de la flora en lagos y lagunas;

p.- La concentración de población humana urbana o rural en condiciones habitacionales que atenten contra el bienestar y la salud;

Asimismo, el Código de Recursos naturales consagró la figura de las tasas retributivas, entendidas como el pago que debe realizar un particular por “la utilización directa o indirecta de la atmósfera, de los ríos, arroyos, lagos, y aguas subterráneas, y de la tierra y el suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, minero o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores, y sustancias nocivas que sean resultado de actividades lucrativas”[187]. Es decir, por la realización de actividades nocivas pero dentro de los niveles de contaminación “admisibles”[188].

La Ley 99 de 1993, por la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, continuó con la noción de las tasas retributivas dentro de la cual reiteró un concepto amplio de daño, incluyendo tanto la afectación social como la ambiental, resultantes de la utilización de los recursos naturales. En todo caso, advirtió que este cobro solo cubriría aquella contaminación tolerable en el marco de la ley y todo exceso habría de ser sancionado[189].

Más recientemente, la Ley 1333 de 2009 definió la infracción como (a) cualquier violación de las normas del derecho ambiental, o (b) el daño ambiental, entendiendo este último a partir de los elementos de la responsabilidad civil[190].

De las normas transcritas, es posible concluir que: (i) el concepto de daño ambiental en el derecho colombiano es una categoría amplia en la medida que incluye tanto afectaciones propiamente dichas a los recursos naturales, como aquellas otras que recaen indirectamente sobre el ser humano (por ejemplo, en relación con su salud o con la armonía del paisaje); (ii) Es una categoría amplia igualmente por cuanto se refiere a cualquier “alteración” o “interferencia” en el normal funcionamiento de los ecosistemas; (iii) Por otro lado, sin embargo, la legislación también reconoce que existen niveles de contaminación “admisibles”, los cuales no dan lugar a una sanción sino a una contraprestación económica a favor del Estado, para la renovabilidad de los recursos.

6.3.2. Tipología:

La noción de daño ambiental puro conduce a la transformación del concepto clásico del derecho subjetivo. Ya no es menester probar la afectación de un interés particular y concreto, ser la “persona interesada”, sino que, por tratarse de un derecho colectivo, “cualquier persona”[196] puede ser titular de este derecho supraindividual. Esta distinción también tiene efectos directos sobre los cauces procesales por cuanto que para el daño ambiental puro sin pretensiones indemnizatorias individuales, la acción popular es la vía procesal idónea para su protección; mientras que en lo relativo a los daños ambientales impuros, que se suscitan como consecuencia de las repercusiones de las lesiones ambientales, la acción de grupo y la ordinaria de reparación directa son los mecanismos procesales idóneos[197].

En este punto es importante resaltar en el contexto internacional el fallo de primera instancia proferido por la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, el día 14 de febrero de 2011, en relación a la causa signada con el No. 002-2003 que por daños ambientales invocó María Aguinda y otros, en contra de la Chevron Corporation. Lo anterior con ocasión del vertimiento de 15.834 millones de galones de crudo y otras sustancias entre 1972 y 1990, durante el periodo de operación del Consorcio por Texaco, en una extensa zona en concesión en el Amazonas, cuya área original era de más de 1 millón de hectáreas a favor de la compañía petrolera. En esta providencia que encontró civilmente responsable a la entidad demandada, el juez ecuatoriano propuso un concepto holístico de daño ambiental que superaba las ideas tradicionales de flora y fauna, para incluir a su vez las relaciones sociales, económicas y culturales interdependientes con el entorno natural:

“es oportuno que definamos lo que es el medio ambiente, y lo que consecuentemente podría entenderse como un daño al mismo. Según el “Informe sobre Desarrollo Humano Ecuador 1999”, en foja 3208, que es prueba documental incorporada al expediente por pedido de la parte demandada podemos entender desde una perspectiva holística que el medio ambiente no es únicamente la flora y fauna y el escenario en que éstas se desenvuelven, sino que el medio ambiente está también constituido por las instituciones, las relaciones económicas, políticas y sociales, la cultura, entre otros valores que actúan entre los individuos y pobladores de la especie humana. En base a esta definición sería adecuado definir el daño ambiental, en términos generales, como toda pérdida, disminución, por detrimento, menoscabo, perjuicio, causado o inferido al medio ambiente o a cualquier de sus componentes naturales o culturales”[198].

Partiendo de la base que el ambiente incluye también las relaciones culturales y sociales de los grupos humanos presentes en el entorno natural, la sentencia concluyó que la Chevron Corporation debía responder no solo por el daño ambiental sobre los recursos, sino también sobre la alimentación y cohesión cultural de los pueblos directamente afectados con el vertimiento masivo de sustancias químicas y tóxicas[199].

6.3.3. Niveles tolerables o asimilables de contaminación:

Uno de los mayores desafíos al aproximarse al concepto de daño, radica en encontrar el umbral admisible de contaminación que se puede convalidar legalmente. En efecto, la mayoría de actividades humanas interfieren cotidianamente con el entorno natural, desde las emisiones de CO2 que producen los vehículos de una ciudad hasta el uso de energía eléctrica promedio de un hogar. Los instrumentos del derecho internacional[200] y del derecho comparado ofrecen múltiples alternativas de respuesta, siendo algunas más estrictas que otras y acorde con el contexto de la región.

En este punto, merece destacarse la Directiva 2004/35/CE de la Comunidad Europea sobre responsabilidad legal en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Este instrumento vinculante, que representa el primer texto legislativo comunitario basado en el principio de «quien contamina, paga», establece un marco común de responsabilidad con el fin de prevenir y reparar los perjuicios causados a los animales, las plantas, los hábitats naturales y los recursos hídricos, así como los que afectan a los suelos. La Directiva define el daño ambiental como “cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies”[201]. La ventaja de este documento es que incluye un anexo que identifica las variables para determinar qué se entiende por afectación “significativa”, a partir, por ejemplo, del número de individuos y extensión afectada, para de este modo aproximarse objetivamente a su magnitud:

“El carácter significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado de conservación que tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural. Los cambios adversos significativos en el estado básico deberían

determinarse mediante datos mensurables como:

- el número de individuos, su densidad o la extensión de la zona de presencia;
- el papel de los individuos concretos o de la zona dañada en relación con la especie o la conservación del hábitat, la rareza de la especie o del hábitat (evaluada en el plano local, regional y superior, incluido el plano comunitario);
- la capacidad de propagación de la especie (según la dinámica específica de la especie o población de que se trate), su viabilidad o la capacidad de regeneración natural del hábitat (según la dinámica específica de sus especies características o de sus poblaciones);
- la capacidad de la especie o del hábitat, después de haber sufrido los daños, de recuperar en breve plazo, sin más intervención que el incremento de las medidas de protección, un estado que, tan sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico.

Los daños con efectos demostrados en la salud humana deberán clasificarse como daños significativos.

No tendrán que clasificarse como daños significativos los siguientes:

- las variaciones negativas inferiores a las fluctuaciones naturales consideradas normales para la especie o el hábitat de que se trate;
- las variaciones negativas que obedecen a causas naturales o se derivan de intervenciones relacionadas con la gestión corriente de los parajes, según se definan en el registro de hábitats o en la documentación de objetivos o según hayan sido efectuadas anteriormente por los propietarios u operadores;
- los daños a especies o hábitats con demostrada capacidad de recuperar, en breve plazo y sin intervención, el estado básico o bien un estado que, tan sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico"[202].

Otra lección del derecho internacional para superar el grado de indeterminación que representa nociones tales como daño "significativo" o "admisible", se encuentra en la

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982). Esta invoca el principio de precaución para dar a entender que no hace falta tener certeza sobre los efectos adversos de una sustancia, para que la misma pueda considerarse una forma de contaminación y deterioro:

“Por ‘contaminación del medio marino’ se entiende la introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento”[203].

Dicho lo anterior se puede concluir, siguiendo los principios rectores del derecho ambiental, que los niveles “admisibles” o “tolerables” de contaminación deben establecerse de antemano y científicamente de acuerdo a los niveles de resiliencia del ecosistema, así como siguiendo los postulados de prevención y precaución. En esta medida, tales estándares habrán de actualizarse periódicamente teniendo en cuenta que si ya existe deterioro ambiental el margen de lo tolerable deberá fijarse de forma más rigurosa, con la finalidad última y suprema de que la perturbación o el desequilibrio natural tiendan a evitarse o disminuirse.

6.4. El nexo de causalidad entre el hecho generador y el daño:

El último elemento para establecer la responsabilidad ambiental es la demostración del nexo causal entre la conducta infractora y el perjuicio ocasionado. En ocasiones, sin embargo, identificar con certeza la causalidad entre ambos eventos “constituye por lo general una auténtica prueba diabólica. Así, se ha puesto de manifiesto como esta tarea se ve dificultada por circunstancias tales como la frecuente pluralidad de agentes contaminantes, la eventual lejanía entre la ubicación del agente lesivo y el lugar de producción de los efectos, la manifestación diferida en el tiempo de los daños o del real alcance de los mismos”[204]. Fenómeno que tiene especial consideración, por ejemplo, en los daños al nivel freático del agua o en los de la contaminación del aire, en donde las consecuencias de la polución no son inmediatas y por tanto no coinciden temporalmente con el acto de polución. Por ello, es probable que los efectos nocivos tan solo se hagan

visibles en un dilatado y progresivo espacio de tiempo.

En este punto, la doctrina ha propuesto varias alternativas para hacer frente al evidente problema empírico que se presenta al momento de juzgar el nexos causal. Para Sergio Casas, es necesario partir de “un conjunto de presunciones directas e indirectas de causalidad, modificando las reglas generales de la carga de la prueba; es por ello que el demandado es el llamado a demostrar la inexistencia de la relación de causalidad entre su actividad y el daño”[205]. Juan Carlos Henao, con apoyo en el derecho francés, sugiere que se debe “actuar rápidamente y acumular los indicios es uno de los aspectos claves del éxito en materia del medio ambiente”. Así mismo, propone el razonamiento a contrario, en virtud del cual se llega a la certeza causal gracias a la exclusión de otras causas posibles[206]:

De manera similar, el Consejo de Estado ha venido sosteniendo que no es dable exigir una prueba directa e inequívoca del nexos causal, lo cual supondría la inhibición sobre la mayoría de casos de contaminación ambiental. Lo que se requiere, a cambio, es un énfasis en los indicios que permitan llegar a una “inferencia razonable” sobre lo acontecido. Bajo este razonamiento, el alto Tribunal encontró probada la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a los cultivos de lulo de un campesino debido a la fumigación con glifosato, teniendo en cuenta, por ejemplo, que el daño causado podía explicarse por las corrientes de aire cargadas con glifosato y a los sobrevuelos de la flotilla de avionetas, que crean un gran túnel de circulación de masas de aire con el producto asperado[207]:

El Consejo de Estado ha sido igualmente enfático en los casos de contaminación generalizada, de carácter difuso, en que los que es virtualmente imposible vincular los efectos negativos sobre el medio ambiente con las actividades u omisiones de determinados agentes, al sostener que tal dificultad práctica no es óbice para establecer la causación de un daño ambiental y la necesidad de tomar medidas de reparación idóneas. El caso paradigmático en este sentido es el reciente fallo de acción popular proferido en el marco de la contaminación masiva y extendida en el tiempo del cauce y ecosistema del río Bogotá, frente al cual la Corporación advirtió la necesidad de tratarse desde la perspectiva de que el río no sólo es un sistema hídrico integrado por subsistemas, sino que cada uno de los subsistemas tiene unos contextos diferentes, caracterizados por factores físicos, bióticos y socio-económicos, por lo cual la articulación de las soluciones a esos problemas

diferentes en cada contexto deben confluir en un manejo integral de la problemática del río, con una visión macrosistémica. Por ello declaró responsable a una multiplicidad de agentes difusos por acción u omisión[208].

El daño ambiental es por lo general permanente e irremediable, y es por ello de la mayor importancia promover ante todo su conservación y prevención[209]. El primer objetivo de la política pública ambiental ha de ser prevenir todo tipo de degradación del entorno natural. No obstante, tampoco se puede desconocer que por las dinámicas propias de la actividad humana se producen acciones contaminantes, sean de forma voluntaria o involuntaria, a las cuales es preciso responder de forma integral. Aun en estos escenarios, ya producido el daño, el plan de reparación debe vincularse con una finalidad preventiva, buscando reorientar la conducta del infractor para que jamás vuelva a incurrirse en ella[210]. La reparación así entendida constituye un elemento integrante del principio de prevención, en sentido amplio. El efecto disuasivo de la sanción o de la medida de protección ordenada, así como la restauración “in natura” del ecosistema afectado contribuyen al propósito final de preservar el medio ambiente y sus recursos.

Para aproximarse satisfactoriamente al concepto de reparación integral del medio natural, el presente acápite aborda los siguientes temas: (i) La importancia de la prueba técnica para la cuantificación del daño ambiental; (ii) la tipología de las principales medidas jurídicas de protección al medio ambiente desde el derecho local y la experiencia comparada; finalmente, (iii) desarrolla los elementos de la participación democrática y articulación institucional como supuestos necesarios para el éxito de cualquier medida de protección y recuperación ambiental.

7.1. La importancia de la prueba técnica para la cuantificación del daño ambiental.

Como bien reseña el Consejo de Estado[211] el principal debate se centra en decidir si es posible otorgar un valor monetario a los recursos naturales y al ambiente. Esto, claro está, no resulta problemático cuando se habla de los precios de los recursos de pesca o de las reservas de petróleo. No obstante, cabe preguntarse si es técnicamente posible o incluso éticamente aceptable asignar un valor al aire limpio o a las aves migratorias. Incluso, como se mencionó anteriormente, algunas corrientes alternas de pensamiento cuestionan la idea misma de reducir la naturaleza a variables económicas[212].

Diferentes métodos se han propuesto desde la economía[213] para brindar una respuesta a este punto. Sin embargo, hasta el momento no existe un sistema universalmente aceptado que haya establecido un mecanismo de valoración económica y objetivo capaz de hacer frente a la complejidad advertida. En todo caso, tal incertidumbre no debe convertirse en una justificación para la parálisis judicial y muchos menos en un obstáculo para la misión estatal de recuperación y protección ambiental una vez se haya verificado un daño.

Toda valoración, por definición, tiene algo de subjetividad, lo cual no significa que deba ser arbitraria. Distintas técnicas intentan disminuir la subjetividad de las conclusiones, justificando de la mejor manera posible todos los juicios de valor que se realizan[214]. Recientemente, en el marco de la Ley 1333 de 2009, por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental, el Estado colombiano hizo un importante avance en este sentido al proferir la resolución 2086 de 2010 y un Manual con la metodología para el cálculo de multas por infracción a la normativa ambiental[215]. Dentro de los criterios para fijar la multa[216] esta norma contempló el grado de afectación ambiental, y definió su estimación mediante la calificación de cada uno de los atributos, atendiendo los criterios y valores presentados en la siguiente tabla[217]:

Atributos

Definición

Calificación

Ponderación

Intensidad (IN)

Define el grado de incidencia de la acción sobre el bien de protección

Afectación de bien de protección representada en una desviación del estándar fijado por la norma y comprendida en el rango entre 0 y 33%.

1

Afectación de bien de protección representada en una desviación del estándar fijado por la norma y comprendida en el rango entre 34% y 66%.

4

Afectación de bien de protección representada en una desviación del estándar fijado por la norma y comprendida en el rango entre 67% y 99%.

8

Afectación de bien de protección representada en una desviación del estándar fijado por la norma igual o superior o al 100%.

12

Extensión (EX)

Se refiere al área de influencia del impacto en relación con el entorno

Cuando la afectación puede determinarse en un área localizada e inferior a una (1) hectárea.

1

Cuando la afectación incide en un área determinada entre una (1) hectárea y cinco (5) hectáreas.

4

Cuando la afectación se manifiesta en un área superior a cinco (5) hectáreas.

Persistencia (PE)

Persistencia (PE): Se refiere al tiempo que permanecería el efecto desde su aparición y hasta que el bien de protección retorne a las condiciones previas a la acción

Si la duración del efecto es inferior a seis (6) meses.

1

Cuando la afectación no es permanente en el tiempo, se establece un plazo temporal de manifestación entre seis (6) meses y cinco (5) años.

3

Cuando el efecto supone una alteración, indefinida en el tiempo, de los bienes de protección o cuando la alteración es superior a 5 años.

5

Reversibilidad (RV)

Capacidad del bien de protección ambiental afectado de volver a sus condiciones anteriores a la afectación por medios naturales, una vez se haya dejado de actuar sobre el ambiente.

Cuando la alteración puede ser asimilada por el entorno de forma medible en un periodo menor de 1 año.

1

Aquel en el que la alteración puede ser asimilada por el entorno de forma medible en el mediano plazo, debido al funcionamiento de los procesos naturales de la sucesión ecológica y de los mecanismos de autodepuración del medio. Es decir, entre uno (1) y diez (10) años.

3

Cuando la afectación es permanente o se supone la imposibilidad o dificultad extrema de retornar, por medios naturales, a sus condiciones anteriores. Corresponde a un plazo superior a diez (10) años.

5

Recuperabilidad (MC)

Capacidad de recuperación del bien de protección por medio de la implementación de medidas de gestión ambiental

Si se logra en un plazo inferior a seis (6) meses.

1

Caso en que la afectación puede eliminarse por la acción humana, al establecerse las oportunas medidas correctivas, y así mismo, aquel en el que la alteración que sucede puede ser compensable en un periodo comprendido entre 6 meses y 5 años.

3

Caso en que la alteración del medio o pérdida que supone es imposible de reparar, tanto por la acción natural como por la acción humana.

10

Efecto en el que la alteración puede mitigarse de una manera ostensible, mediante el establecimiento de medidas correctoras.

5

Una vez calificados cada uno de los atributos se procede a determinar la importancia de la afectación de acuerdo con la siguiente relación: $I = (3*IN) + (2*EX) + PE + RV + MC$. Es una labor que corresponde realizar al equipo interdisciplinario de cada autoridad ambiental, el cual deberá sustentar de manera suficiente y clara cuáles fueron las afectaciones y/o infracciones que se tuvieron en cuenta para la estimación y la incidencia de las acciones

sobre cada uno de los siguientes componentes: medio biótico, medio abiótico y medio socio-cultural[218].

En el sector judicial, por su parte, para responder a este desafío se ha venido reiterando que el juez ha de soportarse primordialmente en pruebas técnicas que le permitan superar el alto grado de discrecionalidad y subjetividad que inevitablemente rodea este tipo de procesos. En todo caso, el nivel de certeza y escrutinio no es el mismo de la responsabilidad civil clásica, dada precisamente las particularidades del derecho ambiental y de los fenómenos de la naturaleza, así como el efecto irradiador del principio de precaución y prevención. Dentro de esta categoría de pruebas, la más difundida es la prueba pericial, que se caracteriza principalmente por expresar conceptos imparciales y cualificados de expertos en materias científicas o técnicas, los cuales están motivados de forma clara, detallada y suficiente[219].

Con la dinámica del derecho, el legislador[220] también diseñó un nuevo concepto de prueba judicial técnica, denominado dictamen o experticia técnica, que tiene como finalidad autorizar a las partes a aportar al proceso conceptos técnicos, científicos o artísticos que han sido elaborados por fuera del proceso y por encargo de una de las partes que ha escogido al profesional que emite su opinión. De acuerdo con el artículo 227 del Código General del Proceso, las partes pueden aportar autónomamente un dictamen pericial en la oportunidad para pedir pruebas, bajo la única condición de ser emitido por institución o profesional especializado en la materia. La contraparte, a su vez, podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Si el juez lo estima pertinente, podrá citar al perito, a quien las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad, imparcialidad y sobre el contenido del dictamen (art. 228).

Es importante que en esta instancia técnica se acuda a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad[221]. El juez, por su parte, apreciará el dictamen de acuerdo con “las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”[222]. Los dictámenes y demás pruebas técnicas si bien constituyen un valioso instrumento de apoyo, no atan fatalmente al juez, quien en ejercicio de la sana crítica y del análisis global del material probatorio puede incluso apartarse razonablemente del mismo o solicitar un nuevo

concepto.

La Corte Suprema de Justicia ha realizado un análisis similar reiterando que el funcionario judicial es el responsable en definitiva de valorar y sopesar la consistencia y certeza que ofrece un dictamen técnico:

“...corresponde al juzgador en su carácter de autoridad suprema del proceso, valorar el dictamen pericial, laborío apreciativo en el cual, podrá acoger o no, in toto o en parte las conclusiones de los expertos, sea en su integridad, ora en uno o varios de sus segmentos, conformemente a la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos. Bajo esta perspectiva, cuando el trabajo de los expertos carezca de soporte cierto, razonable o verosímil, ofrezca serios motivos de duda, contenga anfibologías e imprecisiones, contradiga las evidencias procesales o se funde en conjeturas, suposiciones o informaciones no susceptibles de constatación objetiva, científica, artística o técnica, se impone el deber para el juzgador de desestimar el dictamen pericial y sustentar su decisión en los restantes elementos probatorios. En idéntico sentido, si el concepto de los expertos, ofrece múltiples o diferentes conclusiones respecto de un mismo asunto, aspecto o materia, el sentenciador, podrá optar por cualquiera que le suministre el grado de certidumbre necesario para su decisión, según la consistencia, exactitud y aptitud de la respuesta conclusiva o, incluso extraer las propias apoyado en el material probatorio del proceso”[223].

El Consejo de Estado ha reiterado igualmente la importancia de la prueba técnica en la tasación de perjuicios ambientales y el rol que debe desempeñar el juez en su valoración a partir de los postulados de la sana crítica. En el precitado caso de la contaminación por glifosato, el Alto tribunal se basó en una experticia técnica aportada con la demanda realizado por un profesional especializado de Corpoamazonia en los días siguientes al hecho denunciado, al tiempo que restó valor probatorio a otro dictamen que fue realizado en la zona un año después de la aspersión, lo cual comprometía seriamente su idoneidad:

“Ahora bien, la inspección judicial anticipada y los conceptos técnicos[224] rendidos en los días siguientes a lo ocurrido evidencian que los pastizales y los cultivos de yuca y caucho presentaban exactamente las mismas secuelas que deja el glifosato según la Auditora Ambiental para la Erradicación de Cultivos Ilícitos, puntualmente el “amarrillamiento” y la muerte de las plantas, tanto en su parte aérea como en la subterránea.

(...)

En esta oportunidad la Sala se aparta de las conclusiones sostenidas por el perito designado dentro del proceso, el cual indica que el estado en el que observó las plantaciones, luego de un año de la fumigación, sólo se explica por la explotación indebida del caucho, la mala ubicación del cultivo de yuca y el abandono general de todas las plantaciones.

Es que al momento de la inspección judicial procesal que le sirvió de fundamento, las evidencias del herbicida no estaban presentes, mientras los especialistas que inspeccionaron el predio a los pocos días de la fumigación, apreciaron sin hesitación y así lo conceptuaron, los daños generados por la aspersión aérea del herbicida glifosato”[225]. (Subrayado fuera del original).

En el derecho comparado, la referencia a las pruebas y conceptos técnicos también resulta ineludible. El 28 de febrero de 1997, siendo las 11:00 horas de la noche, el buque-tanque Nissos Amorgos encalló en el canal de navegación del Lago de Maracaibo, Venezuela, en momentos que transportaba 485.926 barriles de petróleo, derramando en el cuerpo de agua la cantidad de 25.406 barriles. La afectación se estimó, inicialmente, entre treinta y cinco kilómetros (35 Km) y cuarenta kilómetros (40 km) de longitud.

Dentro del proceso penal iniciado en contra de los responsables, el Tribunal Octavo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia profirió sentencia condenatoria el 26 de febrero de 2010[226]. Es de resaltar que para identificar y cuantificar los daños ambientales y sociales ocasionados con el derrame, el despacho judicial solicitó la práctica de una experticia integrada por tres profesionales, el primero en representación del sector oficial (Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables), el segundo de la academia (Universidad Simón Bolívar) y el último de la sociedad civil (Fundación Jurídica para la Defensa de la Calidad de Vida (FUJUCAV).

Este equipo de expertos y representantes de distintos estamentos aportó un documento técnico, señalando las distintas afectaciones producidas sobre (i) la fauna y organismos vivos afectados[227], (ii) la arena como sustrato[228], (iii) la playa como balneario turístico[229] y (iv) la calidad de las aguas[230]. Todos estos con los correspondientes soportes técnicos, observaciones, cálculos y proyecciones efectuadas.

7.2. Tipos de medidas para proteger el medio ambiente.

La Ley 23 de 1973 resumió su objetivo en la función de “prevenir y controlar la contaminación del medio ambiente, y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables” (art. 1). Sin embargo, no desarrolló qué se habría de entender por cada uno de estos conceptos, ni precisó las medidas idóneas para lograr tal cometido.

De forma similar, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974), reitera la finalidad de “lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad” (art. 2.1). Adicionalmente, a lo largo del documento se emplean indistintamente vocablos como: incentivos económicos para “mejorar” y “restaurar” del ambiente (art. 13), la imposición de tasas retributivas para “compensar” los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales (art. 18), así como medidas para la “recuperación” de las fuentes hídricas (art. 134), tierras (art. 182) y bosques (art. 203).

La Ley 99 de 1993 resulta un tanto más explícita al consagrar el principio de quien contamina paga y disponer que es obligación del Estado fomentar la incorporación de los costos ambientales, y específicamente de aquellos necesarios para la “prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales” (art. 1.7). Componente que corresponde regular al Ministerio de Medio Ambiente (art. 5.2.), pero que en virtud del principio de rigor subsidiario cada autoridad competente del nivel regional, departamental, distrital o municipal puede hacer respectivamente más estricta, pero no más flexible (art. 63).

Por último, la Ley 1333 de 2009 explica que la sanción administrativa en materia ambiental tiene una función “preventiva, correctiva y compensatoria”, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, los Tratados Internacionales, la ley y el Reglamento (art. 4). Así mismo, incluye una definición de las medidas preventivas, entendidas como aquellas que “tienen por objeto prevenir o impedir la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana” (art. 12).

En complemento del marco legal descrito, se hace necesario acudir tanto a la doctrina como a la jurisprudencia para entender el significado y el alcance de los distintos tipos de medidas referenciados anteriormente.

7.2.1 Acción Preventiva.

Como se desprende de su nombre (aunque también en las leyes descritas se equipare con el vocablo “conservación”), este tipo de medidas ocurren cuando aún no se han producido los daños medioambientales pero existe una amenaza inminente de que ocurran[231]. Constituye una máxima de crucial importancia, en tanto los perjuicios a la naturaleza suelen ser irreparables y permanentes. Su aplicación debe entenderse en armonía con el principio de precaución, y en este sentido no habrá que exigirse la certeza científica sobre el impacto de un componente para tomar medidas al respecto.

En sentencia C-703 de 2010 se abordó una demanda ciudadana que cuestionaba este tipo de medidas, atribuyéndoles un contenido sancionatorio, y tras de ello, las acusaba también de desconocer el principio del non bis in ídem. La Corte precisó que aun cuando la medida preventiva pueda producir consecuencias gravosas y restrictivas, se aplica en un contexto distinto a aquél que da lugar a la imposición de una sanción y, por tanto, no vulnera ningún derecho o principio constitucional.

7.2.2 Acción Reparadora Primaria o in natura (restauración, recuperación, rehabilitación).

Por las particularidades de los recursos naturales y su importancia indiscutible para el ordenamiento jurídico y la subsistencia misma de las sociedades humanas no es de extrañar que privilegiar la reparación en especie por encima de la indemnización dineraria, constituye otra de las evoluciones del derecho de daños[234]. Tal medida resulta crucial cuando se trata del daño ambiental puro, por cuanto que en estos eventos lo más importante es conseguir la restauración total del medio natural afectado. Con apoyo en el concepto de reparación integral, así como en la jurisprudencia española e italiana, el Consejo de Estado ha sostenido que la reparación in natura debe primar sobre cualquier otra consideración:

“Es por esto que la Sala, acogiendo el principio orientador de la reparación integral[235] previsto en el art. 16 de la Ley 446 de 1998, en la presente valoración no puede ignorar el

daño de tipo “ecológico” que, en palabras de los propios peritos, sufrieron los bosques del predio del demandante Cárdenas Rojas.

(...)

Así las cosas, debe la Sala disponer la reparación in natura porque (i) normas internacionales y constitucionales imponen la reparación integral de los daños ambientales y (ii) en este caso los sufridos por los bosques primarios y secundarios que se encuentran dentro del predio La Trinidad, no son susceptibles de apreciación económica, debiendo la Sala, con esta medida sugerida por la misma autoridad ambiental, garantizar la protección objetiva al medio ambiente cuyo contenido de interés social y de utilidad pública según el desarrollo legal citado ut supra, debe primar sobre cualquier otra consideración de estirpe subjetiva o individual[236]”[237].

La Corte Constitucional desarrollando el contenido de las medidas compensatorias dispuestas por la Ley 1333 de 2009 concluyó que las mismas tienen por finalidad restaurar in natura el medio ambiente y sus principales atributos son descritos así:

“Entre las características que identifican las citadas medidas compensatorias, se pueden destacar las siguientes: (i) están dirigidas, única y exclusivamente, a restaurar in natura el medio ambiente afectado, buscando que éste retorne a la situación en que se encontraba antes del daño ambiental, o a lograr su recuperación sustancial; (ii) las mismas se encuentran a cargo de organismos técnicos de naturaleza administrativa, y solo resultan imponibles si se demuestra la existencia de la infracción ambiental y del daño ocasionado al medio ambiente o a los recursos naturales; (iii) en razón a su carácter estrictamente técnico, no están definidas previamente en la ley y su determinación depende del tipo de daño que se haya causado al medio ambiente; (iv) cualquiera sea la medida compensatoria a adoptar, la misma debe guardar estricta proporcionalidad con el daño ambiental, pudiendo, en todo caso, ser objeto de los respectivos controles administrativo y judicial; finalmente, (v) tales medidas no tienen naturaleza sancionatoria, pues el fin que persiguen es esencialmente reparatorio”[238].

En la misma dirección, en el derecho comunitario de la Unión Europea, se entiende por reparación primaria toda aquella “que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico”[239]. Por estado básico se entiende el escenario en

el que de no haberse producido el daño medioambiental se habrían hallado los recursos naturales y servicios en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible. En este punto surge, sin embargo, una dificultad cuando el recurso o ecosistema afectado ya se encontraba contaminado con anterioridad a la actuación denunciada. Lo primero que hay que advertir es que el estado de deterioro en que se encuentre un entorno no justifica ni mucho menos exime de responsabilidad a quien persista contaminándolo o agrave su impacto[240]. Adicionalmente, cierto sector de la doctrina ha propuesto que dicho restablecimiento debe hacerse al estado que en hipótesis existiría si el daño ambiental y ecológico no se hubiera desencadenado. No se trata así de regresar simplemente al estado pasado del bien, sino de un verdadero regreso a un futuro hipotético. No se puede hacer como si nada hubiere pasado, sino que habrá de valorarse la potencialidad de recuperación del entorno que con la nueva infracción se agravó y prolongó en el tiempo[241].

7.2.3 Acción Reparadora Secundaria (medidas de equivalencia, mitigación y complementarias).

Existen eventos en los cuales es sencillamente imposible restaurar el bien ambiental dañado, por ejemplo, ante la extinción de una especie. Ante tales escenarios se debe propender por que las medidas favorezcan otro bien ambiental de similar naturaleza. Esta posición se sustenta en el hecho de que el ecosistema es interactuado y, por tanto, si bien es cierto no se resarce el ecosistema lesionado sí es posible beneficiar a la naturaleza en su conjunto[242]. Esta fue la opción por la que optó el Consejo de Estado en el referido caso de 2013 de contaminación por glifosato, en el cual se ordenó realizar un proyecto de reforestación dentro de un ecosistema similar al afectado[243].

De forma similar, en el ordenamiento comunitario europeo se prevé que si la reparación primaria no logra la restitución del medio ambiente a su estado básico, se efectuará una reparación complementaria[244] sobre un paraje alternativo. Además, se efectuará una reparación compensatoria[245] para sufragar las pérdidas provisionales de servicios mientras se lleva a cabo la reparación. Para establecer las medidas más apropiadas, la Directiva establece en su anexo II una serie de criterios que las autoridades estatales pueden ponderar para adoptar la estrategia más acorde con el daño ocasionado y los recursos disponibles así, y que por su pertinencia se citan in extenso:

“1.3.1. Las opciones reparadoras razonables deberían valorarse utilizando las mejores tecnologías disponibles, atendiendo a los siguientes criterios:

- el efecto de cada opción en la salud y la seguridad públicas;
- el coste que supone aplicar la opción;
- la probabilidad de éxito de cada opción;
- la medida en que cada opción servirá para prevenir futuros daños y evitar daños colaterales como consecuencia de su aplicación;
- la medida en que cada opción tendrá en cuenta los correspondientes intereses sociales, económicos y culturales y otros factores pertinentes específicos de la localidad;
- el periodo de tiempo necesario para que sea efectiva la reparación del daño medioambiental;
- la medida en que cada una de las opciones logra reparar el paraje que ha sufrido el daño medioambiental; y
- la vinculación geográfica con el paraje dañado.

1.3.2. Al evaluar las distintas opciones de reparación determinadas, podrán elegirse medidas reparadoras primarias que no restituyan por completo a su estado básico las aguas o las especies y hábitats naturales protegidos que hayan sufrido el daño, o que lo hagan más lentamente. Se podrá adoptar esta decisión únicamente si los recursos naturales o servicios desaparecidos del paraje primario como consecuencia de la decisión se compensan mediante un incremento de las acciones complementarias o compensatorias que proporcione un nivel de recursos naturales y/o servicios similar al de los desaparecidos. Así sucederá, por ejemplo, si se pueden proporcionar recursos naturales y/o servicios equivalentes de menor coste en otro lugar. Dichas medidas reparadoras adicionales se determinarán de conformidad con las normas establecidas en el punto 1.2.2.

1.3.3. No obstante las normas establecidas en el punto 1.3.2 y de conformidad con el apartado 3 del artículo 7, la autoridad competente podrá decidir que no han de adoptarse

más medidas reparadoras si:

a) las medidas reparadoras ya adoptadas garantizan que ya ha dejado de existir un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana, el agua o las especies y hábitats naturales protegidos; y

b) el coste de las medidas reparadoras que deberían adoptarse para alcanzar el estado básico o un nivel similar es desproporcionado en comparación con los beneficios medioambientales que se vayan a obtener”.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por su parte, se ha construido un concepto de reparación que excede los parámetros de la indemnización exclusivamente pecuniaria. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 63.1, reza: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegida en esta Convención, la Corte [Interamericana de Derechos Humanos] dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Esta norma ha venido siendo interpretada por la Corte Interamericana de la siguiente manera: “La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en la que ha incurrido (restitutio in integrum, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)”[246].

Esta jurisprudencia del sistema regional ha sido acogido por el Consejo de Estado en el marco del derecho ambiental para proferir órdenes de no repetición. En el precitado caso de contaminación por glifosato, teniendo en consideración los efectos negativos que tiene la fumigación aérea de cultivos ilícitos con esa sustancia la Sala consideró pertinente proferir las siguientes medidas de no repetición a cargo del Estado:

“i. Ordenar a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, según lo prescribe la Ley 30 de 1986, identifique y delimite geográficamente ex ante las áreas de cultivos ilícitos y los linderos del predio, y las zonas excluidas, con el fin de que se tome las medidas técnicas adecuadas para mitigar o evitar eventuales daños antijurídicos colaterales, máxime cuando hoy la administración puede disponer de medios tecnológicos de punta, tales como

imágenes satelitales, sistemas de información geográfica dispuestos en aeronaves que registra tomas aéreas, cartografía digital, etc., instrumentos que le permiten a la Policía Nacional, sin hacer presencia física en el área, identificar, delimitar y caracterizar la zona que se quiere impactar .

(...)

iii. Exhortar al Gobierno Nacional para que en aplicación del principio de precaución estipulado por el artículo 1º de la Ley 99 de 1993, examine la posibilidad de utilizar otras alternativas diferentes al método de erradicación aérea con el herbicida glifosato sobre cultivos ilícitos, con el fin de prevenir eventuales daños antijurídicos al ambiente y a la población en general"[247].

En este campo, también merece exaltarse la decisión de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbios (Ecuador), la que a partir del concepto holístico de medio ambiente consideró que la compañía petrolera responsable de la contaminación prolongada en el tiempo debía no solo responder por el daño ambiental puro, sino también por la financiación completa de: (i) un plan de salud pública para todos los afectados con las sustancias químicas liberadas de manera irresponsable en el entorno[248], (ii) un programa de reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica para recuperar la organización y los valores comunitarios y reivindicar la identidad étnica de los diferentes pueblos directamente afectados con la conducta de la petrolera[249]. Lo anterior, como una medida de mitigación por toda la perturbación ocasionada al ecosistema natural y humano en la zona.

Finalmente, ante la mala fe con la que actuó la compañía multinacional dentro del proceso (no presentando los documentos exigidos por la autoridad judicial, provocando retardos mediante conductas en principio legítimas pero cuya utilización tiene consecuencia desleales, aduciendo recursos y peticiones solo para alargar el proceso) y la falta de reconocimiento público de la dignidad y el sufrimiento de las víctimas, se juzgó necesario condenar al pago de "daños punitivos" por un monto equivalente al 100% adicional de los valores fijados por las medidas de reparación[250].

Como se observa a partir del resumen normativo y jurisprudencial presentado en este acápite, el accionar del Estado y sus ciudadanos debe apuntar de forma prevalente a las medidas de prevención y precaución con el fin de evitar la causación de un daño ambiental

que por definición resulta irreparable, permanente e incalculable en su real magnitud. Sin embargo, cuando el perjuicio efectivamente ocurre, el Estado cuenta con un amplio abanico de medidas para intentar restaurar el entorno perturbado a su estado original, o subsidiariamente, reparar un ecosistema equivalente en términos funcionales; así como decretar otras medidas de mitigación, satisfacción y de no repetición para resarcir en la mayor medida posible el tejido natural y humano trasgredido, y reorientar eficazmente la conducta del infractor.

7.3. Cumplimiento y seguimiento a las medidas de reparación: participación democrática y trabajo articulado.

Para atender satisfactoriamente una catástrofe ambiental y aproximarse lo mejor posible a su reparación integral hace falta más que la providencia, sea de una autoridad administrativa o judicial. Se requiere también un seguimiento participativo y articulado por las distintas personas y entidades competentes e interesadas en el proceso. Lo anterior cobra mayor relevancia cuando se trata de una emergencia natural producto de una contaminación generalizada y extendida en el tiempo, con un impacto significativo sobre el ecosistema natural y humano presente. Con base en la legislación vigente, así como en la jurisprudencia y doctrina relevante, esta Sala de Revisión ha identificado dos elementos claves de este proceso, los cuales se procederá a explicar.

7.3.1 Participación democrática de la ciudadanía.

Desde la Ley 23 de 1973 es posible rastrear el génesis normativo del deber de información, el cual constituye un elemento transversal a la política pública ambiental y una premisa para la participación ciudadana y eficaz sobre los asuntos que le interesan. De acuerdo con esta norma, toda persona natural o jurídica que utilice elementos susceptibles de producir contaminación, “está en la obligación de informar al gobierno nacional y a los consumidores acerca de los peligros que el uso de dichos elementos pueda ocasionar a la salud humana o al ambiente” (art. 15).

Esta iniciativa fue retomada por el Código de Recursos Naturales[251] y ampliada, en el sentido de fomentar expresamente la organización y funcionamiento de asociaciones de usuarios de los recursos naturales renovables y para la defensa ambiental (art. 337 y 45.f), así como de agrupaciones específicas de usufructuarios de aguas (art. 161) o de pescadores

(art. 287). De igual manera, se delegó en el Gobierno la responsabilidad de procurar incluir cursos de ecología y preservación ambiental en los planes curriculares de colegios y universidades. También le ordenó propiciar el desarrollo de estudios interdisciplinarios y de jornadas ambientales con participación de la comunidad, valiéndose de los espacios de televisión y radiodifusión necesarios (arts. 14-17).

Con la Constitución Política de 1991, se consagró como uno de los rasgos definitorios del orden jurídico nacional el de ser un régimen que no solo permite, sino que también estimula el gobierno democrático y participativo (ver preámbulo y artículos 1 y 2) de sus ciudadanos.

Ideal que es replicado en materia ambiental por el artículo 79 el cual prescribe que todos tienen derecho a gozar de un ambiente sano y que “la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”. Mandato complementado por el artículo 78 que ordena al legislador regular la “información que debe suministrarse al público” en la comercialización de bienes y servicios, y también garantizar “la participación de organizaciones de consumidores y usuarios”.

Bajo este nuevo marco constitucional se profirió la Ley 99 de 1993, la cual consagró como uno de sus principios rectores que el manejo ambiental del país será descentralizado, democrático y participativo[252]. Más específicamente, la ley señaló que todo individuo, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas para permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente, o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales (art. 69). También facultó a cualquier persona a formular directamente petición de información en relación con los elementos susceptibles de producir contaminación y los peligros que el uso de dichos elementos pueda ocasionar a la salud humana (art. 74). Participación que fue reforzada para el caso de los pueblos tribales, en tanto toda intervención que los afecte directamente debe realizarse con respeto de su integridad cultural, social y económica (art. 76).

El caso estudiado en la sentencia T-294 de 2014 permite entender el alcance e importancia que en la práctica ostenta el principio democrático y de participación ciudadana en el campo ambiental. La tutela fue presentada por la comunidad indígena Venado, perteneciente al pueblo Zenú, situada en la vereda Cantagallo, en el municipio de Ciénaga de Oro. Los accionantes denunciaron que la construcción de un relleno sanitario en su

territorio ocasionaría un daño ambiental con consecuencias negativas en el porvenir de la comunidad. Con apoyo en el trabajo de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, la Sala explicó cómo son las comunidades más pobres –por lo general también asociadas a una determinada raza- las que suelen soportar los mayores niveles de contaminación y, en cambio, recibir una menor cantidad de servicios ambientales. A partir de lo anterior, la sentencia desarrolló el concepto de “justicia ambiental”, integrado por (i) un componente de justicia distributiva, así como (ii) justicia participativa de la siguiente forma:

“Este recorrido por la génesis del concepto de justicia ambiental da cuenta de los dos principales elementos que lo integran. El primero, es una demanda de justicia distributiva que aboga por el reparto equitativo de las cargas y beneficios ambientales entre los sujetos de una comunidad, ya sea nacional o internacional, eliminando aquellos factores de discriminación fundados ya sea en la raza, el género o el origen étnico (injusticias de reconocimiento), o bien en la condición socioeconómica o en la pertenencia a países del Norte o del Sur global (injusticias de redistribución). Esta exigencia fundamenta (i) un principio de equidad ambiental prima facie, conforme al cual todo reparto inequitativo de tales bienes y cargas en el diseño, implementación y aplicación de una política ambiental o en la realización de un programa, obra o actividad que comporte impactos ambientales debe ser justificado, correspondiendo la carga de la prueba a quien defiende el establecimiento de un trato desigual. Asimismo, de este primer componente se deriva (ii) un principio de efectiva retribución y compensación para aquellos individuos o grupos de población a los que les corresponde asumir las cargas o pasivos ambientales asociados a la ejecución de un proyecto, obra o actividad que resulta necesaria desde la perspectiva del interés general.

“En segundo lugar, la justicia ambiental incorpora una demanda de justicia participativa, esto es, un reclamo de participación significativa de los ciudadanos, en particular de quienes resultarán efectiva o potencialmente afectados por la ejecución de determinada actividad. Esta dimensión comporta la apertura de espacios en donde los afectados puedan participar en la toma de decisiones relativas a la realización del proyecto, la evaluación de sus impactos, permitiendo que al lado del conocimiento técnico experto que suele ser el único tenido en cuenta para orientar la toma de decisiones en materia ambiental, también haya un espacio significativo para el conocimiento local, que se expresa en la evaluación

nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes”.

Con base en la jurisprudencia constitucional, se identifican las siguientes subreglas específicas sobre la materia: (i) La apertura de espacios de participación, información y concertación, y no de mera información o socialización, que impliquen el consentimiento libre e informado, en el momento de la evaluación de los impactos y del diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación, de modo tal que en ellas se incorpore el conocimiento local y la voz de los afectados (T-348 de 2012); (ii) La participación en el proceso de elaboración de los censos de afectados y a todo lo largo de la realización del proyecto (T-135 de 2013); (iii) El cumplimiento de los compromisos acordados en los espacios de concertación (T-194 de 1999); (iv) La financiación de la asesoría que requieran las comunidades afectadas por el proyecto, a fin de que estas puedan ejercer su derecho a la participación efectiva (T-194 de 1999); (v) La participación de las comunidades afectadas por daños ambientales en las actividades de monitoreo y control (T-574 de 1996).

Descendiendo al caso concreto, la Corte encontró probado el abandono e invisibilización al que había estado sometida la comunidad[253]. En virtud de lo anterior, ordenó a las autoridades ambientales diseñar y poner en marcha espacios que aseguren la participación efectiva y significativa de la población asentada en la zona de influencia del proyecto de relleno sanitario. Esta participación no se agota con la Audiencia Pública Ambiental, establecida por la Ley 99 de 1993, sino que deberá versar sobre la evaluación de los impactos ambientales, sociales, culturales y económicos, así como sobre el diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación[254] correspondientes. En este sentido también instó a que las deliberaciones respetasen el principio de buena fe y se orientasen a lograr acuerdos que plasmaran una adecuada ponderación, procurando evitar posturas adversariales y de confrontación, que bloqueen la toma de una decisión definitiva. Pero si vencido el plazo de discusión no se lograra un acuerdo, le corresponderá a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) adoptar una decisión definitiva y debidamente motivada.

Las dificultades que enfrentan el común de los ciudadanos cuando el Estado, solo en asocio con grandes compañías, impulsa macroproyectos industriales, energéticos o mineros, están lejos de ser una problemática exclusiva al caso colombiano. En un análisis comparado[255]

del rol de las comunidades de India, Pakistán y Bangladesh sobre los derechos de participación y control sobre los proyectos que inciden sobre los recursos naturales, se encontró que los mecanismos legales disponibles resultaban en la mayoría de casos: exageradamente largos, costosos y con gran consumo de tiempo para los accionantes; así mismo se echaba de menos un asesoramiento debido en aspectos legales y técnicos, para comprender el impacto de las decisiones.

Dentro del sistema interamericano de derechos humanos, el acceso a la información y la participación de los ciudadanos afectados por grandes proyectos industriales y mineros ha sido reivindicado por los órganos competentes. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre la situación en Ecuador (1997)[256], tuvo noticia de cómo los planes de desarrollo y explotación del petróleo alteraban efectivamente el entorno físico y generaban una cantidad considerable de subproductos y desechos tóxicos. Estas iniciativas iban atadas al trazado de caminos en la selva y detonaciones sísmicas, instalaciones y perforaciones de pozos de exploración y producción, así como la generación subproductos y desechos tóxicos en todas las etapas de las operaciones.

Si bien la Comisión reconoció que el derecho al desarrollo implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo la otorgación de concesiones y la apertura a inversiones internacionales, denunció que la ausencia de regulación o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, podía crear serios problemas al medio ambiente que se traducen en violaciones de derechos humanos. Para responder a esta problemática la comisión recomendó empoderar a los ciudadanos con “medidas encaminadas a respaldar y acrecentar la capacidad de las personas para salvaguardar y reivindicar” su derecho a la vida y la integridad física. Específicamente, hizo énfasis en el (i) acceso a la información como prerequisite para la deliberación pública[257]; y (ii) la participación pública en la toma de decisiones[258].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a su vez, desarrolló el acceso a la información en materia ambiental en el caso *Claude Reyes et al. Vs. Chile*[259]. Los demandantes afirmaban que el Estado había violado su derecho a la libertad de expresión y el libre acceso a información en la medida que el Comité de Inversiones Extranjeras no accedió completamente a una petición de información en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, el cual era una plan de deforestación que se llevaría a

cabo en la décimo segunda región de Chile y “p[odía] ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible”. El Estado justificó su negativa, entre otras razones, por el carácter reservado la información referida a terceros y en general los aspectos particulares del proyecto, por tratarse de antecedentes de carácter privado, que de hacerse públicos “podría lesionar sus legítimas expectativas comerciales, sin que existiera fuente legal que permitiera su publicidad”.

En su sentencia, la Corte destacó la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión. Al respecto aseveró que:

“el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”[260].

La Corte citó igualmente una serie de documentos incluyendo no sólo Declaraciones de la OEA sobre gobernanza de la democracia y su propia jurisprudencia, sino también el Principio Nº 10 de la Declaración de Río, resoluciones del Consejo de Europa y de la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, celebrada en Aarhus, Dinamarca, en 1998. Por todo lo anterior, determinó que había violación al derecho de información[261].

7.3.3. Articulación de las entidades estatales y privadas competentes:

La Constitución Política de 1991 prescribe que “el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución” (art. 80). Este deber de planificación constituye así un principio transversal a la política ambiental presente desde la fase de prevención hasta las medidas de restauración que sean necesarias ante la ocurrencia de un siniestro. La Ley 99 de 1993 reitera esta consigna y aboga por un trabajo coordinado de las distintas autoridades ambientales del nivel nacional, regional y municipal[262].

Característica que adquiere especial relevancia en los casos de contaminación masiva, en los cuales se hace indispensable un trabajo articulado de los distintos entes responsables. Esta fue una de las conclusiones de la acción popular derivada de la situación del río Bogotá[263].

8. Resolución del caso concreto.

Para abordar los múltiples problemas jurídicos e interrogantes que surgen de la acción de tutela presentada por Fundepúblico y otros contra el Tribunal Superior de Cartagena, se analizará: (i) en primer lugar, si la tutela presentada cumple con los requisitos generales de procedencia. De encontrarse satisfecho lo anterior, se entrará a estudiar el fondo del problema jurídico, analizando, (ii) la posibilidad de aplicar las disposiciones procesales del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 al caso concreto; (iii) luego, se corroborará la magnitud del daño ambiental denunciado en la planta de insecticidas de Dow Química y la presunta responsabilidad que le cabe a la compañía; por último, (iii) se analizarán las medidas de reparación promovidas por Dow Química y si las mismas resultan suficientes para conjurar integralmente el incidente ocurrido en 1989.

8.1. Se cumple con las causales genéricas de procedibilidad.

8.1.1. Relevancia constitucional de las cuestiones discutidas.

En el proceso objeto de estudio el Tribunal de Cartagena desestimó las pretensiones de protección y reparación invocadas por Fundepúblico y otros ciudadanos. La parte demandante esgrime que debido a una errada interpretación del alcance del artículo 1005 del Código Civil se le obstruyó el acceso efectivo a la administración de justicia y a la reparación efectiva del daño ambiental ocasionado.

En caso de hallarse fundados los cargos, la negación de la demanda popular atentaría contra principios rectores de la administración de justicia como el acceso efectivo a la misma y la resolución oportuna. Además, el asunto sometido a consideración de la Sala Sexta tiene evidente relevancia al comprometer directamente la interpretación sobre el alcance de los deberes de protección con el medio ambiente y la efectividad de las acciones constitucionales (v.gr. acción popular) para su defensa. Más específicamente, el caso pone de presente una posible afectación al ecosistema de la bahía de Cartagena y sus recursos

ícticos, incluyendo los peces, aves, así como los pobladores de la zona.

8.1.2. Agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.

Contra la decisión objeto de controversia, los accionantes invocaron el recurso extraordinario de casación. Este, sin embargo, fue rechazado por improcedente por el Tribunal Superior de Cartagena, Sala Civil - Familia, mediante auto del 8 de agosto de 2013, alegando que dentro del procedimiento abreviado por el cual se tramitó el asunto no cabía tal recurso. Por lo anterior, Fundepúblico fue diligente al intentar agotar tanto los recursos ordinarios como extraordinarios que contempla la ley.

8.1.3. Cumplimiento del requisito de la inmediatez.

Toda vez que la providencia de segunda instancia atacada es de fecha 18 de abril de 2013, pero el auto mediante el cual se rechazó el recurso de casación se proyectó el 8 de agosto, la demanda de tutela radicada el 9 de diciembre de dicha anualidad satisface evidentemente el requisito de inmediatez, en tanto fue presentada en un término razonable de cuatro meses. Es más, la parte demandante actuó con notable celeridad teniendo en cuenta el volumen de documentos, pruebas y anexos que conforman el presente expediente, que ha estado en trámite dentro de la rama judicial por más de un cuarto de siglo.

No le asiste razón a la Corte Suprema de Justicia, quien actuando como juez de tutela pretende imponer un término "a priori" y absoluto de seis meses para los casos de tutela contra providencia judicial. Aunque dicho término se cumple en el caso concreto, es necesario reiterar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido invariablemente que la ausencia de un término de caducidad o prescripción en la acción de tutela implica que el juez no puede simplemente rechazarla en la etapa de admisión con fundamento en el paso del tiempo, dado que los efectos pueden seguirse proyectando. Sin embargo, de la misma forma ha dicho que la finalidad de la tutela como vía judicial de protección inmediata de derechos fundamentales obliga a la autoridad judicial a tomar en cuenta como dato relevante el tiempo transcurrido entre el hecho generador de la solicitud y la petición de amparo por cuanto un lapso irrazonable puede llegar a demostrar que la solución que se reclama no se requiere con prontitud, que es precisamente el caso para el cual el mecanismo preferente y sumario de la tutela está reservado[264]. Se debe confrontar de

conformidad con los hechos de cada situación. Es por ello que “en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”[265].

8.1.4. No se discute una irregularidad procesal.

Del relato y consideraciones presentadas se desprende que el reclamo constitucional no tiene por objeto una irregularidad procesal sino la debida aplicación sustantiva de las normas que regulan la acción popular, particularmente el artículo 1005 del Código Civil y los artículos 34 de la Ley 472 de 1998, así como un defecto fáctico respecto a la valoración probatoria.

8.1.5. El accionante ha identificado de forma razonable los hechos que generan la violación.

La Sala encuentra que el accionante presentó de una forma suficiente y razonable los argumentos que se dirigen a denunciar el supuesto error cometido por el Tribunal de Cartagena al descartar sus pretensiones, alegando que el incidente ocurrido con el derramamiento de Lorsban había quedado completamente superado y que la acción popular del Código Civil no contemplaba el pago de indemnizaciones a particulares. Cuestión que también fue sustentada por el accionante dentro del trámite correspondiente y desde la presentación de la demanda original en el año de 1989.

8.1.6. No se trata de una sentencia de tutela.

La presente acción de tutela no se dirige contra una providencia de la misma naturaleza, sino contra la sentencia proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal de Cartagena, como segunda instancia en un proceso de acción popular.

8.2. Defecto sustantivo: en la demanda interpuesta por Fundepúblico es posible aplicar el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, en armonía con el artículo 1005 del Código Civil, en lo que respecta a las reglas procesales para el restablecimiento del bien colectivo afectado.

Del tenor literal del artículo 1005 del Código Civil se evidencia la importancia que el legislador decimonónico previó para la acción popular en defensa de los bienes públicos,

aunque por mucho tiempo su valor haya permanecido desatendido en la práctica, -ya sea por el marcado individualismo o por los considerables costos y esfuerzos inherentes a la defensa de lo público-. En la disposición citada se lee en primer lugar que esta herramienta procesal se consagró en favor de todo “lugar[es] de uso público” y su titularidad se radicó en “cualquier persona del pueblo”.

Es por ello que no tiene cabida la interpretación estrecha propuesta por la compañía Dow Química que limita la acción popular a los bienes de propiedad de los municipios y pretende que territorios de la Nación, como las bahías, sean únicamente defendidos por las autoridades debidamente investidas dentro del nivel central. Al respecto, vale citar el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente que desde el año 1974 reiteró que la “preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social” (art 1º). La Ley 9 de 1989, también vigente para el momento de los hechos[266], por su parte aclaró que la acción popular podría invocarse en defensa del medio ambiente. En efecto, a todos los ciudadanos nos asiste una suerte de responsabilidad universal en defensa de lo público, teniendo en cuenta que es a través del patrimonio común que el Estado da cumplimiento a los fines para los cuales fue estatuido[267]. Más aún, cuando del ambiente se trata, debido a la jerarquía que este denota dentro del ordenamiento jurídico, no solo en función de los seres humanos, sino también en razón de la naturaleza misma entendida como un sistema complejo de interrelaciones entre distintos seres vivos y merecedores de igual consideración.

Ahora bien, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1005, la decisión que se profiera en el marco de la acción popular puede consistir en: (i) una orden concreta para conjurar el peligro sobre el bien público (v.gr. demoler o enmendar una construcción); (ii) las medidas conducentes para “resarcir” del daño; (iii) una pena pecuniaria en contra del infractor a manera de sanción; (iv) una recompensa a favor del actor popular. Orientación que encuentra eco en el Decreto 2303 de 1989[268], por el cual se crea y organiza la jurisdicción agraria, que en su artículo 118 dispone que el ambiente rural y los recursos naturales renovables del dominio público que hacen parte de aquél podrán ser defendidos judicialmente por cualquier ciudadano, con el objetivo de “conseguir la prevención del daño, su reparación física o su resarcimiento, o más de uno de estos objetivos”.

Visto lo anterior se concluye que es posible aplicar al caso concreto el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, al menos en lo que tiene que ver con el trámite para el restablecimiento del derecho colectivo trasgredido. Lo que esta norma hace al definir la sentencia dentro del proceso de acción popular es, en buen parte, sistematizar y regular procesalmente los elementos que ya estaban presentes en el artículo 1005 del Código Civil. El factor común a ambas disposiciones, para objeto de esta sentencia, es la obligación primordial de prevención y restablecimiento a favor del bien colectivo afectado. En este punto específico la legislación actual sobre acciones populares no altera el contenido esencial ni agrega nuevas obligaciones a las ya vigentes desde el Código Civil con respecto a la finalidad primordial de prevenir y restaurar el daño colectivo causado, sino que precisa el camino procesal para lograrlo.

Esta Corporación[269] ha expresado que el defecto sustancial o material se presenta cuando “la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”[270]. No obstante la autonomía de los jueces para determinar las normas aplicables al caso concreto y establecer la interpretación e integración del ordenamiento jurídico, a estos no les es dable apartarse de las disposiciones constitucionales o legales[271].

En la decisión que se revisa el Tribunal de Cartagena descartó de forma general todos los preceptos de la Ley 472 de 1998, invocando los principios de la ley en el tiempo. Con ello, sin embargo, desconoció la aplicación del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual también resultaba vinculante en este caso en lo referente a los mecanismos procesales para resarcir o recuperar integralmente el daño ocasionado.

En el siguiente acápite se abordará el cargo por defecto fáctico que condensa el fondo de la discusión, con el objetivo de analizar si resulta razonable, a partir del material probatorio aportado, la afirmación del Tribunal de Cartagena en el sentido de que los efectos del siniestro ya habían superados o, por lo menos, no era posible constatar si el daño continuaba.

8.3. Defecto fáctico: valoración indebida de las pruebas obrantes en el expediente con relación a la magnitud del daño ambiental ocasionado y la supuesta recuperación total del

entorno afectado.

8.3.1. Este defecto guarda relación con las “fallas en el fundamento probatorio”[272] de la sentencia judicial atacada. Corresponde al juez constitucional establecer si al dictarse la providencia el operador judicial desconoció “la realidad probatoria del proceso”[273]. Para la Corte[274], el defecto fáctico puede darse tanto en una dimensión negativa como positiva[275]. Desde la primera perspectiva se reprocha la omisión del fallador en la “valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez”[276]. La segunda aproximación “abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución”[277]. Como ejemplos de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha identificado los siguientes casos:

“(i) Omitir el decreto o la práctica de las pruebas, siendo estas conducentes, pertinentes y útiles, lo que deriva en una insuficiencia probatoria en el proceso judicial,

(ii) Omitir la valoración de las pruebas, ya sea porque el juzgador no las advierte o simplemente no las tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva,

(iii) Valorar las pruebas de forma inadecuada, arbitraria, irracional, caprichosa o con desconocimiento de las reglas de la sana crítica y,

(iv) No excluir y valorar pruebas ilegales o indebidamente recaudadas”[278].

8.3.2. En el caso objeto de análisis el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil-Familia, invocó tres medios de prueba para concluir que la acción popular impetrada carecía de objeto, al haberse superado plenamente el incidente ocasionado con el derrame de Lorsban en 1989: (i) En primer lugar señaló que se encontraba probado mediante dictamen pericial presentado por Ernesto Carreño Jesús Garay que la sociedad Dow Química de Colombia implementó las obras civiles requeridas para solucionar el problema de contaminación, tales como la recolección de peces muertos, el monitoreo de la concentración del producto en el medio marino y la utilización de sustancias desactivantes como hipoclorito y cal; (ii) sostuvo también que aunque el Inderena (Res. 0682 de 1989) decretó la suspensión inmediata de las actividades de producción, la misma fue levantada posteriormente (Res. 0768 de 1989); (iii) por último, el Tribunal formuló una presunción a

favor de la compañía contaminante según la cual como no era posible determinar con certeza 20 años después de ocurrido el siniestro si los perjuicios continuaban, no era válido proferir una condena en su contra[279].

8.3.3. Contrario a lo sostenido por el ad quem, esta Corporación a través de su Sala Sexta de Revisión considera que de las pruebas obrantes en el expediente no se desprende razonablemente dicha conclusión. Por el contrario se configuró un defecto fáctico según se procede a explicar:

(i) Es cierto que Dow Química luego de ocurrido el desastre adelantó algunas medidas de choque para mitigar la magnitud del desastre, como comprar y recolectar el pescado contaminado a los pescadores de la zona[280], o disponer una cuadrilla de trabajadores para evitar que más cantidad de Lorsban llegara hasta el cuerpo de agua[281]. También se realizaron obras civiles tendientes a corregir las fallas estructurales en su planta de producción para precaver la ocurrencia de nuevos “incidentes”. De acuerdo con el peritaje rendido por Ernesto Carreño Castro y Jesús A. Garay Tinoco en el año de 1996, se reparó el dique del tanque 17-D-01 para ponerlo de nuevo en servicio mediante la reconstrucción total del mismo, al igual que el dique del tanque 17-D-02. Estas nuevas estructuras tuvieron una composición monolítica con concreto reforzado y con aditivos de impermeabilización y nuevos sistemas de alarma que permitiesen una respuesta oportuna en caso de rebosamiento[282]. En esta misma dirección, el Inderena constató que las “obras adelantadas por la empresa Dow Química de Colombia S.A. para implementar los correctivos y las modificaciones para cumplir con las medidas precautelares exigidas por auto 116-89 del 23 de junio de 1989, garantizan la no repetición de percances como el ocurrido el 19 de junio”[283]. En virtud de lo anterior se aprobó el Plan de Contingencia presentado por la empresa.

Pero lo que el Tribunal de Cartagena omitió valorar es que tales medidas y obras civiles correctivas ocurrieron solamente después del derrame de Lorsban el 19 de junio de 1989, luego no resultaban ser parámetros idóneos ni suficientes para concluir sobre la magnitud del perjuicio ambiental ocasionado y la supuesta recuperación del ecosistema perturbado. Las acciones de Dow Química simplemente respondieron a los resultados inmediatos, pero no existieron medidas de resarcimiento, conservación o compensación suficientes. De hecho, la Resolución 0768 de 1989 del Inderena, invocada por el ad quem, es clara al

sostener que si bien se levantaba la medida de emergencia adoptada, ello no significaba que el daño hubiese sido superado o resuelto:

“Que la visita anterior estableció físicamente que la empresa Dow Química de Colombia S.A., ha desarrollado una serie de medidas ambientales encaminadas a cumplir con las obligaciones propuestas por el Inderena en la Resolución No. 0682 de junio 26 de 1989, pudiéndose determinar que la emergencia ambiental (mas no el daño), ha sido superado y que es presumible esperar que la misma empresa mantenga las medidas anteriores con el fin de prevenir la ocurrencia de nuevos accidentes que lleven a otras emergencias ambientales”[284]. (Subrayado fuera del original)

(ii) Por el contrario, deben resaltarse las múltiples pruebas que daban cuenta del precario estado de la infraestructura de la Planta de insecticidas de la Dow Química en el mamonal al momento del siniestro, así como de las fallas humanas que derivaron en el vertimiento de 238 kgs de Lorsban- cantidad que no pudo ser estimada con certeza, pero que de acuerdo con los cálculos del peritaje se estimó en este monto[285]- a la bahía de Cartagena.

De acuerdo con la visita técnica efectuada a primera hora del miércoles 21 de junio de 1989 a las instalaciones de la empresa[286] por la Unidad de investigación y gestión ambiental del Inderena, el derrame se debió tanto a un error humano[287] como a un mal procedimiento técnico al haberse sellado con brea las fisuras que ya presentaba el tanque[288]. Este reporte llevó al Inderena a denunciar que la compañía “no ha venido observando las más elementales medidas de control ambiental en su planta de proceso” y ni siquiera reportó oportunamente el desastre a las autoridades competentes[289]. Por esto se hizo necesario, en su momento, adoptar como medida de emergencia la suspensión inmediata de las actividades de producción de la planta de insecticidas[290].

En igual sentido se pronunciaron el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas[291] y el Director General Marítimo y Portuario. Este último impuso una multa a la empresa Dow Química de Colombia S.A. por valor de ochocientos veinte mil quinientos pesos, equivalente a 20 salarios mínimos mensuales, al encontrar probado que “hubo una falla humana, un error en la operación, en el manejo de la válvula que comunicaba al tanque 17D-05 y si existió esta equivocación no puede hablarse de hecho fortuito, cuya misma noción idiomática expresa un acontecimiento extraño, súbito e inesperado”[292].

1. No se siguió el procedimiento de operación (“Operation procedure was not followed”).
2. Instrumentación pobre/operación manual (“Poor instrumentation/manual operation”).
3. Mal diseño, mala construcción y sistema inadecuado de pruebas y mantenimiento (“Bad dike design, construction, testing and maintenance”).
4. Los planos subterráneos del lugar no estaban actualizados y cubrían la poza de desagüe (“Site underground drawings not updated and covered catch basin”).

(...)

7. Ningún mejoramiento importante de la planta desde que comenzó a operar 1981 (“No major plant upgrading since plant start up. 1981”).

(iii) Con respecto a la toxicidad del compuesto del Lorsban y su impacto para un ecosistema natural, sobretudo tratándose de uno marino, ya existía para el momento de los hechos indicios científicos serios sobre su peligrosidad. Según fue reconocido por Dow Química el Lorsban 4E tiene como ingrediente activo 44,8% de clorpirifos así como emulsivos y xylene. El clorpirifos a su vez es un compuesto de órgano que contiene fósforo, el cual fue inicialmente desarrollado para reemplazar los pesticidas que contenían colerina. Ha sido empleado para controlar una variedad de insectos molestos y en la agricultura aquellos que afectan el algodón, maní, sorgo y maíz. En un principio fue aplicado en sistemas acuáticos para el control de mosquitos, peces y moscas negras, “sin embargo, esta práctica fue pronto abandonada cuando la gran toxicidad a otras formas de vida acuática se hizo aparente”[294].

Adicionalmente, la ficha técnica del producto, publicada en febrero de 1987 por la sucursal de Dow Química Europa, advertía que los “clorpirifos es altamente tóxico para los peces y moderadamente para las aves”[295]. En los Estados Unidos, la Agencia de Protección Ambiental (EPA, por sus siglas en inglés), señaló que la sustancia resultaba extremadamente tóxica para pescados, aves y otra fauna silvestre, aunque reconoció que estudios adicionales eran necesarios para medir su impacto en el ser humano[296].

En el caso concreto del derrame producido en la bahía de Cartagena en 1989, la compañía demandada intentó minimizar el suceso con base en un experticia técnica (“Lorsban 4E Spill

Report - Cartagena”) rendida por una bióloga norteamericana. Este documento sostuvo que: “La conclusión final es que la bahía ha sido recuperada completamente de los efectos biológicos y químicos del derramamiento de clorpirifos. Para alcanzar niveles bajos de detección en los tres medios estudiados (agua, peces, sedimento) se tomaron 23 días”[297]. La imparcialidad de la experticia, sin embargo, resulta discutible teniendo en cuenta que sus autores U.M. Cowgill[298], RT. Gowland [299]y V. Fernández[300] eran miembros activos y dirigentes de la compañía demandada. Más aún, el informe relata que solo fue hasta el 1º de julio -es decir 11 días después del vertimiento- que los integrantes del equipo de Dow comenzaron a recoger muestras en el sector[301] mediante un procedimiento “primitivo”[302]. Todos estos factores le restan credibilidad a la experticia aportada por la compañía, en relación con la supuesta superación total del peligro ambiental.

Las autoridades nacionales, al contrario, dieron cuenta de la magnitud y gravedad del daño. El Inderena, mediante Resolución 0682 de 1989, consideró que como resultado del siniestro “se originó un grave daño a los recursos hidrobiológicos, mediante la muerte de gran cantidad de peces en zona próxima a la planta en un radio de seiscientos (600) metros, los cuales por acción de las corrientes imperantes por esta época del año se están dispersando en la zona norte hacía la bahía”. Asimismo, según el informe ‘Aproximaciones a la valoración económica del daño ambiental-caso Dow Química de Colombia’, a cargo de la Subgerencia del Medio ambiente del Inderena, la pérdida económica ascendía a la suma de \$723.000.000 por 1205 toneladas de pescado afectado, con base en el tiempo que tardaban algunas especies en llegar a su talla media. Teniendo en cuenta además que no solo debían estimarse los peces que murieron inmediatamente después del vertimiento sino también los ciclos de vida y crecimiento de las especies afectadas. Tal cálculo en todo caso resultaba parcial pues ni siquiera se incluyeron otros organismos seguramente afectados en la zona y sobre los cuales no había información disponible en ese momento[303].

Por su parte, el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas se refirió a los “efectos letales” en vista al alto grado de toxicidad del compuesto químico[304]; mientras que el Director General Marítimo y Portuario relató que la sustancia generó la “contaminación de las aguas y consecuentemente la muerte de gran cantidad de peces y organismos, en razón a la alta toxicidad del producto derramado”[305]. Suceso especialmente grave, en tanto la planta de producción funcionaba dentro de un ecosistema de manglar el cual

desempeña un “papel insustituible”[306] en la biodiversidad y equilibrio natural de la zona.

Por último, el peritaje[307] solicitado durante del proceso también da cuenta del espacio afectado por la sustancia y la magnitud del perjuicio. Si bien la cantidad específica de Lorsban que alcanzó la bahía no se pudo establecer con certeza, se recurrió a mediciones directas del viento y las mareas en las estaciones del Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas y el aeropuerto Rafael Núñez para el período analizado, con las cuales se realizaron proyecciones matemáticas del material encontrado en los peces de la zona para llegar a un cálculo aproximado y confiable[308] del material derramado y su esparcimiento en el cuerpo de agua[309].

A partir de lo anterior se concluyó que se afectó un área de cerca de 3 km² durante 17 días, dentro de la cual “presumiblemente todos los niveles tróficos dentro del área citada fueron gravemente afectados, siendo un hecho notorio la gran mortandad de peces”[310]. Para tasar el monto de los perjuicios se recurrió a “métodos indirectos”, apoyándose en estudios económicos de las comunidades pesqueras de la Bahía de Cartagena, y se llegó a un total de doce mil doscientos ochenta y nueve millones cuarenta y nueve mil setecientos setenta pesos (\$12.289.049.770), representado por el valor total de pérdidas del sector pesquero (pescadores y comerciantes pesqueros). Igualmente, este dictamen concluyó que el costo estimado “tan solo abarca una pequeña fracción del valor real del daño ocasionado”[311], por cuanto se valoró exclusivamente el beneficio económico que reportaba las especies afectadas para la comunidad pesquera y comerciante de la zona.

8.3.4. En suma, tanto la empresa demandada como el Tribunal de Cartagena yerran al aseverar que un daño ambiental como el que resulta por el vertimiento de un pesticida en un cuerpo de agua es un simple “incidente” que solo produce efectos inmediatos representados en la muerte de algunos peces, pero no trasciende en el entorno natural aledaño, ni tampoco en el tiempo. Yerran también cuando pretenden que por el paso del tiempo se produzca el resarcimiento total del ecosistema y cuando sostienen que el daño simplemente ocurrió pero es cuestión del pasado. La infracción ambiental genera una responsabilidad jurídica por la perturbación realizada, incluso si los ecosistemas tienen una facultad intrínseca de resiliencia y auto-recuperación. Aceptar lo contrario constituiría un incentivo perverso que ampararía la agresión ambiental, bajo la excusa que con el tiempo

(sean días, meses o años) la naturaleza restablecerá su equilibrio de forma automática.

Se equivoca igualmente el Tribunal de Cartagena al formular una presunción a favor del agente contaminante en virtud de la cual, ante la incertidumbre sobre los efectos y magnitud del daño así como la dificultad de rastrear sus consecuencias con el paso del tiempo, debe exonerarse al acusado. Como se explicó a lo largo de esta sentencia los principios rectores ambientales van más allá de la lógica propia del derecho civil de daños para dar paso a un concepto amplio de responsabilidad. No hace falta tener certeza sobre las consecuencias específicas de una sustancia ni tener una prueba directa y absoluta sobre el nexo de causalidad, sino construir unos indicios suficientes y razonables, fundamentados en el estado del conocimiento científico, para condenar a un determinado agente a resarcir integralmente el perjuicio ocasionado.

En efecto, el principio de precaución es transversal al derecho ambiental. Este no solo cobija la fase de prevención sino que también orienta los instrumentos de reparación y sanción en el sentido que no es exigible tener certeza sobre los daños y el nexo de causalidad para ordenar las correspondientes medidas de restauración y protección.

8.4. Medidas de restablecimiento y resarcimiento del daño ambiental ocasionado, y de prevención de futuros siniestros. Sentencia complementaria.

Una vez establecidos los defectos en que incurrió la sentencia demandada, se procede a detallar las medidas necesarias para restablecer en el mayor grado posible el entorno natural y social violentado con el derramamiento de Lorsban en la bahía de Cartagena en 1989. Se confirmará entonces el fallo del Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena proferido dentro del trámite de acción popular, pero se aclarará y complementará en sede de revisión con el objetivo de brindar una respuesta integral y necesaria en el marco de la Constitución ecológica y ante el amplio periodo de tiempo transcurrido a instancias del poder judicial.

En primer lugar, se confirmará el sentido del fallo de primera instancia dentro de la acción popular proferido por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena el cual declaró probado el daño ambiental y condenó a Dow Química de Colombia S.A. "al pago de los perjuicios ocasionados con el daño ecológico, cuya liquidación se hará de la forma indicada en el segundo inciso del artículo 34 de la ley 472 de 1998, a favor del Distrito Cartagena de

Indias en el monto y término que se señale en la adición de la sentencia a que se refiere la mencionada norma. En todo caso, el monto de la indemnización, deberá ser destinado por este Distrito, para programas de saneamiento ambiental de la bahía de Cartagena y demás cuerpos de agua de esta ciudad que así lo ameriten”.

Sin embargo, la Sala precisará que en estos casos en lugar de hacer referencia a una “indemnización”, la que podría confundirse con una reparación de tipo pecuniario y subjetivo que resulta ajena a este instrumento constitucional, es preferible emplear el concepto de “restablecimiento” a favor del bien colectivo afectado. Así, se hace necesario complementar la orden del juez de instancia en el sentido que la liquidación de perjuicios debe realizarse con los siguientes parámetros:

i- Lo que se protege y se busca restablecer en la acción popular es el daño causado al bien o interés público tutelado (el cuerpo de agua de la bahía de Cartagena y el ecosistema humano y natural conexo al mismo), no los perjuicios individuales que se hayan podido ocasionar o derivar de este (los ingresos económicos específicos dejados de percibir por pesqueros de la zona si bien pueden ser un indicador a tener en cuenta, no constituyen el objeto de este proceso)[312].

ii- El destinatario del dinero obtenido solo pueden ser la(s) entidad(es) pública(s) que tengan a su cargo la protección del bien colectivo lesionado (principalmente la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique -Cardique- y el Distrito de Cartagena, en el marco de sus competencias y de acuerdo al ecosistema específico que será restaurado), y no los miembros de la comunidad directa o indirectamente afectados, ni sus representantes legales.

iii- El monto que se obtenga tendrá como destinación exclusiva programas de saneamiento ambiental de la bahía de Cartagena u otros ecosistemas de similares características. Cuando es imposible restaurar plenamente el bien ambiental dañado, como ocurre en este caso por cuanto el pesticida vertido mató los organismos marinos durante 17 días y los ciclos de las especies se afectaron de ahí en adelante, se podría propender por que las medidas favorezcan otro ecosistema de similares características.

iv- La tasación deberá: (i) aplicar un método técnico y científico riguroso que permita establecer con el mayor grado de convencimiento posible, pese al evidente paso del

tiempo, los verdaderos daños causados y su monto, (ii) realizarse preferiblemente por una institución universitaria que cuente con información histórica o documental, laboratorios, soporte logístico y profesionales idóneos; (iii) con citación de las partes y garantía del debido proceso; y (iv) dentro de un término de tres meses o menos.

v- En virtud del principio de quien contamina paga, los estudios, pruebas y demás labores indispensables para tasar el perjuicio serán sufragados por la compañía Dow Química.

Evidentemente el paso del tiempo se erige como un obstáculo en este expediente para la identificación y tasación del daño ambiental producido en la bahía de Cartagena hace más de 25 años. Pero de la imposibilidad de llegar a un estado de certeza sobre el siniestro acaecido no se deriva la absolución del responsable ni mucho menos la inactividad judicial. En efecto, tanto la jurisprudencia como el legislador han decantado una serie de criterios y principios para atender los desafíos intrínsecos a la cuantificación del daño ambiental. Tal y como se explicó en la parte motiva de esta sentencia, el principio de precaución permite llevar a cabo medidas de protección y reparación en ausencia del convencimiento pleno y absoluto sobre el impacto de una sustancia o de una cadena de producción sobre un sistema determinado, siempre y cuando existan indicios razonables y basados en la evidencia científica del momento. De igual manera, el principio de quien contamina paga sitúa en el agente contaminante los gastos necesarios para mitigar y reparar el entorno afectado.

En esta misma dirección la jurisprudencia nacional ha venido sosteniendo que en materia ambiental no se aplican con el mismo nivel de rigor los postulados de la responsabilidad civil clásica, dada precisamente las particularidades que rodean el medio ambiente. Es por ello, por ejemplo, que respecto al nexo causal no hace falta probar con certeza la relación de causalidad, sino que se puede realizar una inferencia científica razonable.

Siendo así la prueba presencial e inmediata de los sucesos -aunque deseable- no es la única válida para indagar sobre un evento. Precisamente porque en muchas ocasiones los efectos de un derrame o un vertimiento podrían diferirse en el tiempo o producirse en zonas remotas, lo que dificulta que las autoridades tengan un conocimiento directo, pronto y preciso del hecho. Como de exigirse la certeza científica y material sobre una catástrofe ambiental la mayoría de casos conducirían a la inhibición, jurídicamente también resulta

legítimo recurrir a métodos indirectos, proyecciones matemáticas e hipótesis científicas para establecer con un alto grado de probabilidad –si no certeza- el impacto real ocasionado en un ecosistema. En tanto prueba técnica, su idoneidad e imparcialidad serán valoradas por el juez en ejercicio de la sana crítica y de las reglas del debido proceso. Por todo lo anterior, en eventos como el que se discute en esta sentencia, antes que la certeza se abra espacio lo razonable en el marco de la evidencia científica del momento.

Adicionalmente, es preciso resaltar que durante la acción popular se tomaron algunas muestras en su momento tanto por la compañía responsable como por las autoridades ambientales y los peritos encargados (p.e. peces y organismos presentes en la zona del derrame, cantidad aproximada de Lorsban que alcanzó la bahía en la fecha del siniestro y su duración media en el ambiente, mediciones directas del viento y las mareas de la época, presencia de Lorsban en los peces del área durante los días siguientes al vertimiento, nivel de toxicidad del pesticida sobre especies marinas), las cuales fueron controvertidas dentro del proceso y podrían servir como guías o elementos de referencia para los conceptos que se rindan en la actualidad.

8.4.2. Acompañamiento y participación de la sociedad civil.

Los avances del derecho ambiental han hecho palpable la necesidad de proveer mecanismos encaminados a respaldar y acrecentar la capacidad de las personas para salvaguardar y reivindicar su derecho a la vida, la integridad física y a un ambiente sano. Por esta razón, se ordenará que la comunidad afectada en la zona del mamonal pueda intervenir eficazmente en el proceso de elaboración y definición de los planes de restablecimiento que la autoridad pública pretenda adelantar con los dineros obtenidos en la tasación de perjuicios. Asimismo, esta comunidad participará de las actividades de monitoreo y control que se adelanten y contará con la financiación de la asesoría que requieran, a cargo de Dow Química, a fin de que estas puedan ejercer su derecho a la participación efectiva.

En este punto se insta a que las deliberaciones respeten el principio de buena fe y se orienten a lograr acuerdos que plasmen una adecuada ponderación, procurando evitar posturas adversariales y de confrontación, que bloqueen la toma de una decisión definitiva. Pero si no se logra un acuerdo definitivo en un plazo razonable de tiempo, la autoridad

ambiental correspondiente adoptará la decisión final y debidamente motivada.

Lo anterior no obsta para que cualquier otro ciudadano u organización de la sociedad civil participe del seguimiento y veeduría a las medidas que se adelanten como resultado de este proceso.

8.4.3. Derecho de acceso a la información veraz y medidas de mitigación.

Pese a las series deficiencias evidenciadas en la infraestructura y operación de la compañía Dow Química, esta produjo un comunicado que remitió tanto a la sociedad cartagenera, mediante un periódico de circulación local, como al “alto gobierno”[313], dando su versión de los hechos, a los pocos días de ocurrido el vertimiento. Su contenido fue del siguiente tenor:

“A raíz del infortunado incidente producido en aguas aledañas a su planta en Mamonal, Cartagena, y de las no muy fundadas informaciones dadas a la opinión pública en relación con el cubrimiento de tal hecho, Dow Química de Colombia S.A. se permite informar:

1. Que el día 19 de junio de 1989 se presentó un vertimiento de un compuesto organofosforado en una de las plantas del complejo industrial, que dio como resultado el que una pequeña parte estimada en no mayor de 20 litros alcanzara las aguas aledañas a su planta.
2. Ocurrido el incidente la compañía, en desarrollo de sus planes de contingencia, tomó las acciones pertinentes encaminadas a controlar el derrame y minimizar los efectos ambientales.
3. La compañía, por iniciativa propia, dio aviso y prevención oportunos a las comunidades cercanas a la planta y a las autoridades competentes.
4. la zona contaminada no superó los 600 metros de radio del punto de derrame en proporción con el área total de la bahía de Cartagena, calculada en aproximadamente 100 kilómetros cuadrados.
5. El compuesto, en las concentraciones en que se presentó en el área del incidente, es inocuo para seres humanos pero tóxico para los peces debido a la facilidad con la que estos

lo absorben.

6. La compañía recolectó e incineró los peces afectados, los cuales fueron adquiridos a los pescadores de la zona a precios superiores a los del mercado.

7. Este compuesto se degrada rápidamente en las condiciones ambientales imperantes en la bahía. Los programas de muestreo y análisis realizados en varios puntos no sólo de la zona afectada sino de la bahía de Cartagena, permiten concluir de manera clara y determinante que el problema quedó completamente superado sin que se presenten riesgos futuros al ecosistema.

8. La compañía ordenó de inmediato el cierre de esta unidad de producción ya que está investigando a fondo el incidente, pues la probabilidad de su ocurrencia es prácticamente imposible por los probados sistemas instalados y las estrictas normas de seguridad que se practican para su prevención.

9. La compañía inició contactos formales con los pescadores del área para encontrar solución justa y apropiada y además ha estado colaborando con las autoridades competentes en las investigaciones de rigor.

10. Que a pesar de lo anteriormente expuesto y de estar adelantándose investigaciones que aún no han concluido, la Gerencia General ordenó la suspensión temporal de las actividades de producción de Dow Química de Colombia, actuación contra la cual se interpondrán los recursos legales correspondientes. La empresa considera desproporcionada esta medida en relación con la naturaleza del hecho, el cual quedó definitivamente superado y en consecuencia no presenta ningún riesgo para la comunidad en general.

Cartagena, junio 27 de 1989"[314]. (Subrayado fuera del original)

La Corte encuentra que se está ante un comunicado lleno de imprecisiones y datos que no son ciertos, y que en su conjunto constituyen una trasgresión al derecho de acceso a la información del pueblo colombiano y especialmente de la sociedad cartagenera. De entrada, la compañía falta a la verdad cuando presenta el derramamiento de Lorsban como un "infortunado incidente" que era prácticamente imposible que ocurriera "por los probados sistemas instalados y las estrictas normas de seguridad". El infortunio o el azar

nada tuvieron que ver con la negligencia con que se administraba la planta de insecticidas. Según admitió la propia entidad ningún mejoramiento importante de la planta se había ejecutado desde que esta comenzó a funcionar en 1981; operaba bajo un sistema inadecuado de mantenimiento, sin un procedimiento eficaz de contención ante emergencias. Por esto se ordenó como medida de emergencia suspender todo el funcionamiento de la fábrica por disposición del Inderena y no como una decisión autónoma de Dow Química.

Asimismo, se demostró que no era cierto que la cantidad vertida en la bahía hubiese sido de menos de 20 litros, como tampoco lo era que se hubiese dado aviso oportuno a las autoridades competentes, por cuanto trascurrieron casi 24 horas para ello. Era irresponsable por demás informarle a la comunidad que la sustancia vertida resultaba “inocua” para el ser humano, cuando los estudios del momento sugerían que podría tener efectos negativos bajo determinadas circunstancias, y era de público conocimiento que los pescadores se alimentaban con las especies de la zona.

Ahora bien, dentro del proceso judicial de acción popular la compañía multinacional tampoco demostró el menor signo de contrición ante el grave impacto ambiental ocasionado. Uno de sus principales argumentos de defensa fue sostener que la bahía de Cartagena ya estaba contaminada desde hace tiempo e incluso prohibida la pesca en la zona por disposición del Inderena (1977), por lo cual el cuerpo de agua era poco más que una gran “cloaca”[315]. Desde esta perspectiva lo que los actores populares promovían era, en su parecer, una “tempestad en un vaso de agua”[316] por una “pequeñísima” [317] cantidad de químicos que cayeron al mar.

Igualmente irrespetuoso con la contraparte, humildes moradores de la zona, fue presentar el pago del pescado contaminado por el químico, como un noble acto de generosidad:

“Dow Química no solamente cumplió con todas las obligaciones que le impuso el Inderena, sino que compró el pescado muerto o supuestamente contaminado en cuantía, como lo reconoce la propia parte demandante, de diez y siete millones de pesos y además aportó como capital semilla treinta y cinco millones de peso, como una especial y generosísima colaboración para la constitución del Fondo Pro-Pesca Artesanal”[318].

Un largo trecho separa la generosidad y la donación digna de reconocimiento, del pago que

se realiza en el contexto de un grave derrame químico dentro de un ecosistema único, como lo es un manglar, para suavizar el creciente malestar de los pobladores de la zona, y donde ni siquiera se reconoció el error, sino que eufemísticamente se hizo referencia al pescado “supuestamente contaminado”.

Por todo lo anterior, la Corte ordenará a Dow Química que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un comunicado que será (a) publicado en un diario de circulación local y (b) leído delante de la comunidad de pesqueros de la zona, que contenga como mínimo lo siguiente:

- i- El reconocimiento de las fallas humanas e institucionales que condujeron al derrame de Lorsban en 1989.
- ii- La explicación sumaria del compuesto químico y sus impactos para el medio ambiente.
- iii- El perdón público por los daños ocasionados al ecosistema de la zona y sus pobladores.
- iv- El compromiso serio de no repetir las conductas y errores que condujeron al siniestro.

8.4.4. Medidas de prevención de futuros siniestros.

8.4.4.1 La principal falla evidenciada en el expediente de marras radica en la deficiencia en el mantenimiento y operación de la fábrica de pesticidas de Dow Química y la concomitante falta de control y vigilancia por parte de las autoridades ambientales competentes sobre la referida planta. En el proceso se develó cómo el peligroso vertimiento de Lorsban no obedeció a un evento de fuerza mayor o caso fortuito. Muy por el contrario, el precario estado en que se encontraba la planta, la que no había tenido ninguna mejora significativa desde que fue fundada en 1981, así como la manera desmañada cómo se intentaron resolver las fisuras en los tanques mediante el uso de brea, sumado a una ausencia casi que total por parte de las autoridades regulatorias quienes solo actuaron con posterioridad al derramamiento del químico, dan cuenta de que este siniestro era realmente el desenlace fatal de una falla anunciada.

Asimismo, de los documentos reunidos en el expediente se concluye que la valoración más

reciente y confiable sobre el estado de la fábrica de insecticidas se remonta al dictamen pericial rendido por Ernesto Carreño Castro y Jesús A. Garay Tinoco en 1996 en el marco de la acción popular. Se desconoce entonces el estado actual de las instalaciones de Dow Química, el cumplimiento de los estándares de protección ambiental y el control efectivo que sobre todo riesgo razonable derivado de la actividad química debe existir.

En virtud de los antecedentes de este caso y atendiendo la importancia mayúscula que ostenta el principio de prevención y precaución dentro del ordenamiento jurídico nacional, se ordenará al Ministerio de Ambiente, Cardique y la Alcaldía de Cartagena que dentro del marco de sus competencias legales constituyan una comisión conjunta de expertos que realicen una visita técnica a la planta de producción de Dow Química en el mamonal dentro de los 15 días siguientes a la notificación de esta providencia en aras de constatar: (a) el área natural en que se encuentra ubicada la fábrica; (b) el estado físico de las instalaciones de Dow Química; (c) la naturaleza y características físico-químicas de los compuestos que se producen en la fábrica; (d) el cumplimiento de los estándares vigentes de protección ambiental relacionados con la producción, almacenamiento y transporte de pesticidas, desechos químicos y otras sustancias peligrosas; y (e) los planes de contingencia y medidas de mitigación diseñados por la compañía ante eventuales fallas.

Con base en ello habrán de presentar un informe técnico dentro del mes siguiente a la visita en el que se resuman las observaciones y valoraciones efectuadas, así como las sugerencias y correcciones que estimen necesarias hacer de encontrarse alguna inconsistencia o riesgo en el funcionamiento de la planta de Dow Química, pudiendo incluso ordenarse el traslado de la fábrica en caso de que su operación no pueda hacerse compatible con el ecosistema en que se encuentra ubicada.

De la ejecución del informe se encargarán las precitadas autoridades ambientales; mientras que en virtud del principio de “quien contamina paga” y de los antecedentes de negligencia evidenciados en este caso concreto, los estudios, pruebas y demás labores indispensables serán sufragados por la compañía Dow Química.

8.4.4.2 Finalmente, la Corte llamará la atención sobre el estado actual de la bahía de Cartagena. La problemática ciertamente supera el derrame de Lorsban ocurrido en 1989. La Universidad de Cartagena advirtió con preocupación la contaminación por compuestos

cancerígenos, mercurio en sedimentos, peces, cangrejos y otras matrices ambientales, entre otros síntomas del progresivo deterioro ambiental, lo que ha conducido a que el cuerpo de agua esté al final de su existencia y pueda considerarse “un cementerio acuático de contaminantes ambientales”. Asimismo, el centro de educación superior puso de presente la falta de información relativa a los procesos de contaminación y las acciones estatales emprendidas, y en general la inacción de las autoridades públicas al respecto.

Cardique, por su parte, aseveró que el ecosistema asociado a la bahía de Cartagena es “bastante deplorable, tomando en cuenta los reportes de calidad de agua emitidos por el proyecto Redcam (informe 2013), en el que se reportan niveles elevados de sólidos suspendidos totales, nutrientes e hidrocarburos”[319]. De hecho, la degradación ambiental es tal que este cuerpo de agua “ha perdido gran parte de su naturaleza marina para convertirse en un ambiente salobre”[320].

Para comenzar a atender esta grave situación, se exhortará a la sociedad civil Cartagenera, a las organizaciones de defensa del interés público y a la academia para que se apropien efectiva y realmente de la protección de su entorno natural, conscientes del vínculo inescindible que congrega a humanos, animales, plantas y demás organismos dentro un mismo entorno. Se les invita igualmente a participar armónica pero vigilantemente con las autoridades ambientales, particularmente aquellas responsables de la Unidad Ambiental Costera (UAC) del Río Magdalena, complejo Canal del Dique - Sistema Lagunar de la Ciénaga Grande de Santa Marta[321], en la elaboración de los planes de manejo ambiental que permitan la recuperación, mitigación y prevención de futuros daños de la zona de la bahía de Cartagena, guardando consideración por la importancia del medio ambiente para el ordenamiento jurídico y los principios rectores descritos en esta sentencia.

8.4.5. Compulsar copias.

Por último, se compulsarán copias del expediente de acción popular al Consejo Superior de la Judicatura para que en el ámbito de su competencia investigue disciplinariamente la actuación del Juez 4º Civil del Circuito de Cartagena, cuyo despacho demoró más de dos décadas para proferir el fallo de instancia afectando con ello la resolución oportuna y eficiente de la demanda ciudadana impetrada.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela instaurada por Juan Felipe Ogliastri Turriago, en representación de la Fundación para la Defensa del Interés Público (Fundepúblico) y Carmenza Morales Brid, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena Sala Civil-Familia, mediante la cual se negó el amparo y, en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a un ambiente sano.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTO la providencia proferida por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil-Familia, el 18 de abril de 2013, dentro de la acción popular de la referencia. EN SU LUGAR, CONFIRMAR parcialmente la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena de Indias, el 29 de junio de 2012, con las ADICIONES que a continuación se señalan.

TERCERO.- ACLARAR la sentencia del juzgado precitado, en el sentido de que en estos casos en lugar de hacer referencia a una “indemnización”, se empleará el concepto de “restablecimiento” a favor del bien colectivo afectado, bajo las consideraciones y parámetros dispuestos en esta sentencia.

QUINTO.- ORDENAR a Dow Química que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un comunicado que será (a) publicado en un diario de circulación local y (b) leído delante de la comunidad de pesqueros de la zona, que contenga como mínimo lo siguiente:

- i- El reconocimiento de las fallas humanas e institucionales que condujeron al derrame de Lorsban en 1989.
- ii- La explicación sumaria del compuesto químico y sus impactos para el medio ambiente.
- iii- El perdón público por los daños ocasionados al ecosistema de la zona y sus pobladores.

iv- El compromiso serio de no repetir las conductas y errores que condujeron al siniestro.

SEXTO.- ORDENAR al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Cardique y la Alcaldía de Cartagena que dentro del marco de sus competencias legales constituyan una comisión conjunta de expertos que realicen una visita técnica a la planta de producción de Dow Química en el mamonal dentro de los 15 días siguientes a la notificación de esta providencia en aras de constatar: (a) el área natural en que se encuentra ubicada la fábrica; (b) el estado físico de las instalaciones de Dow Química; (c) la naturaleza y características físico-químicas de los compuestos que se producen en la fábrica; (d) el cumplimiento de los estándares vigentes de protección ambiental relacionados con la producción, almacenamiento y transporte de pesticidas, desechos químicos y otras sustancias peligrosas; y (e) los planes de contingencia y medidas de mitigación diseñados por la compañía ante eventuales fallas.

Con base en ello habrán de rendir un informe técnico dentro del mes siguiente a la visita en el que resuman las observaciones y valoraciones efectuadas, así como las sugerencias y correcciones que estimen necesarias hacer de encontrarse alguna inconsistencia o riesgo en el funcionamiento de la planta de Dow Química, pudiendo incluso ordenarse el traslado de la fábrica de insecticidas en caso de que su operación no pueda hacerse compatible con el ecosistema de manglar en que se encuentra ubicada.

De la ejecución del informe se encargarán las precitadas autoridades ambientales; mientras que en virtud del principio de quien contamina paga y de los antecedentes de negligencia evidenciados en este caso concreto, los estudios, pruebas y demás labores indispensables serán sufragados por la compañía Dow Química.

SÉPTIMO.- EXHORTAR a la sociedad civil Cartagenera, a las organizaciones de defensa del interés público y a la academia para que se apropien efectiva y realmente de la protección de su entorno natural, conscientes del vínculo inescindible que reúne a humanos, animales, plantas y demás organismos dentro un mismo entorno. Se les invita igualmente a participar armónica pero vigilantemente con las autoridades ambientales, particularmente aquellas responsables de la Unidad Ambiental Costera (UAC) del Río Magdalena, complejo Canal del Dique - Sistema Lagunar de la Ciénaga Grande de Santa Marta, en la elaboración de los

planes de manejo ambiental que permitan la recuperación, mitigación y prevención de futuros daños en la zona de la bahía de Cartagena, guardando consideración por la importancia del medio ambiente para el ordenamiento jurídico, cultural y social colombiano, así como por los principios rectores descritos en esta sentencia.

OCTAVO.- COMPULSAR copias del expediente de acción popular al Consejo Superior de la Judicatura para que en el ámbito de su competencia investigue disciplinariamente la actuación del Juez 4º Civil del Circuito de Cartagena, cuyo despacho demoró más de dos décadas para proferir el fallo de instancia afectando con ello la resolución oportuna y eficiente de la demanda ciudadana impetrada.

NOVENO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (E)

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA T-080/15

CON PONENCIA DEL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, EN LA QUE SE RESUELVE LA ACCIÓN DE TUTELA INTERPUESTA POR LA FUNDACIÓN PARA LA DEFENSA DEL INTERÉS PÚBLICO Y CARMENZA MORALES BRID CONTRA LA SALA CIVIL Y DE FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA

RESTABLECIMIENTO O REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO AMBIENTAL-Imprecisiones y falta de claridad en las órdenes (Salvamento de voto)

RESTABLECIMIENTO O REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO AMBIENTAL-Se debió especificar los sujetos encargados de recibir el pago (Salvamento de voto)

PRUEBA TECNICA PARA LA CUANTIFICACION DEL DAÑO AMBIENTAL-Debe llevarse a cabo desde el inicio del proceso (Salvamento de voto)

JUEZ DE TUTELA Y PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD EN MATERIA PROBATORIA-Necesidad de estudio exhaustivo ante falta de evidencia que permita entender el caso (Salvamento de voto)

RESTABLECIMIENTO O REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO AMBIENTAL-Traslado de empresa que causó daño debe ser concebido como último recurso (Salvamento de voto)

RESTABLECIMIENTO O REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO AMBIENTAL-Comunidad afectada debe ser tomada en cuenta en elaboración y definición de planes de restablecimiento (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente 1-4.353.004

Problema Jurídico: ¿Vulnera el derecho fundamental al debido proceso la decisión del Tribunal Superior de Cartagena consistente en descartar las pretensiones de Fundepúblico, relacionadas con el derrame ocurrido en la bahía de Cartagena, argumentando que la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil solo tiene una finalidad preventiva y restaurativa, mas no indemnizatoria?

Motivo de la aclaración: (i) no se especificó de manera clara lo atinente al pago que fue

ordenado, la forma de llevarlo a cabo y las entidades que deben recibirlo, (ii) no se contó con suficientes elementos de juicio ni con la certeza debida para ordenar el pago en mención, (iii) en cuanto a la posibilidad de que la Comisión que se debe constituir pueda decidir trasladar la empresa, no se especificó que tal determinación debía ser concebida como el último recurso al cual acudir, (iv) la comunidad afectada en este caso no fue incluida ni tenida en cuenta en la Comisión referida.

Salvo el voto en la sentencia de ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, acogida por la mayoría de la Sala Sexta de Revisión, pues considero que en este caso (i) no se especificó de manera clara lo atinente al pago que fue ordenado, la manera de llevarlo a cabo y las entidades que deben recibirlo, (ii) no se contó con suficientes elementos de juicio ni con la certeza debida para ordenar el pago en mención, (iii) en cuanto a la posibilidad de que la Comisión que se ordenó constituir pueda decidir trasladar la empresa, debió especificarse que tal determinación debía ser concebida como el último recurso al cual acudir, (iv) la comunidad afectada en este caso debió ser incluida y tenida en cuenta en la Comisión que se ordenó crear.

1. Antecedentes

El 19 de junio de 1989 se presentó el derrame de un compuesto químico denominado "Lorsban", cuyo elemento, el "Cloripirifos" se encontraba almacenado en tanques pertenecientes a la empresa Dow Química de Colombia S.A. en su planta de producción, ubicada en la zona de Mamonal en Cartagena. Como consecuencia de lo anterior, en julio de ese año se presentó acción popular en contra de la referida empresa y se solicitó que la empresa fuera condenada al pago de todos los perjuicios generados, por un monto que sería tasado dentro del proceso.

De tal manera, en sentencia de primera instancia se condenó a la compañía como responsable de lo ocurrido, pues se declaró probado el daño ecológico, decisión que fue revocada en segunda instancia, al concluirse que si bien ocurrió un vertimiento, los fines esenciales de la acción popular (prevención y resarcimiento), ya se habían satisfecho por parte de la demandada.

Los accionantes presentaron acción de tutela, al considerar que en la sentencia de segunda instancia de la acción popular en mención, se incurrió en defecto sustantivo, al concluir

que no era aplicable la Ley 472 de 1998 y que la acción popular sólo tenía fines preventivos y restaurativos, más no indemnizatorios.

Adicionalmente, consideraron que se había presentado defecto fáctico, al no haberse valorado las pruebas practicadas que daban cuenta del daño ambiental ocasionado.

2. Fundamentos del Salvamento

2.1. No se especificó de manera clara lo ateniende al pago que fue ordenado, la manera de llevarlo a cabo y las entidades que deben recibirlo

En este caso era necesario que lo establecido en la parte resolutive de la providencia, fuera presentado de manera más específica y concreta, teniendo en cuenta que se decidió confirmar la sentencia de primera instancia de la acción popular, en la cual se ordenó la realización de determinados pagos de los perjuicios ocasionados.

En efecto, se observan imprecisiones con relación a la mencionada obligación de pago por parte de la accionada, por cuanto no se llegó a establecer de forma puntual cuáles son exactamente las entidades que deben recibir los dineros ni en qué proporciones.

Tales especificaciones resultan de vital importancia en un caso como el estudiado, en razón a que en el momento en que se produzca el pago, la falta de claridad respecto de los sujetos que deben recibirlo, entre otras, pueden llevar a confusiones que finalmente tengan la virtualidad de impedir la satisfacción del efecto buscado en la sentencia, consistente en lograr el resarcimiento efectivo del daño.

2.2. No se contó con suficientes elementos de juicio ni con la certeza debida para ordenar el pago establecido

2.2.1. Con relación a la orden según la cual, para la tasación del pago, es necesario “aplicar un método técnico y científico riguroso que permita establecer con el mayor grado de convencimiento posible, pese al evidente paso del tiempo, los verdaderos daños causados (...)”, considero que se trata de una actuación que debió llevarse a cabo desde un inicio, con el objeto de poder decidir, con pleno conocimiento de la situación, si había lugar o no a un pago determinado.

En razón a ello, ordenar la realización de dicho estudio acerca del daño, luego de haber resuelto realizar los pagos, permite evidenciar que no se contó con las pruebas suficientes para llegar a tal decisión.

2.2.2. A ese respecto, vale resaltar que el juez constitucional tiene la facultad y, al mismo tiempo, el deber de decretar pruebas de oficio cuando el caso bajo estudio así lo exige, como ocurre en el presente asunto, pues para poder emitir un fallo de fondo en esta ocasión era evidentemente necesario conocer, en la mayor medida, qué daños fueron causados por el derramamiento del líquido y cuáles son las consecuencias actuales de ello. Lo anterior, toda vez que el material probatorio no resultaba suficiente para tal efecto.

2.2.3. Adicionalmente, es relevante mencionar lo establecido en sentencia T-638 de 2011[324], en la cual, al analizar lo relativo a la labor probatoria del juez constitucional, la Corte se refiere no sólo a la facultad, sino también al deber que tiene de decretar pruebas de oficio con el fin de obtener un convencimiento respecto del conflicto que ante él se presenta:

“Dentro de los poderes oficiosos en materia probatoria que radican en cabeza del juez constitucional, en aras de vivificar el principio de prevalencia del derecho sustancial que consagra el artículo 3o del Decreto 2591 de 1991, podría y debería decretar pruebas de oficio para obtener el convencimiento respecto a la situación litigiosa (...). Sí podría el juez de tutela decretar esa prueba de oficio, pues en últimas su función como juez constitucional es privilegiar la protección de los derechos fundamentales que se enuncian como vulnerados.”

De la misma manera, en sentencia T-566 de 2013[325], al analizar lo relativo al principio de oficiosidad, se señala que el juez debe promover la práctica de pruebas conducentes a esclarecer los hechos y afirmaciones que sustentaron la acción de amparo, para decidir el asunto bajo su conocimiento tal como lo exige el principio aludido.

Aún más, teniendo en cuenta que el derramamiento del líquido tuvo lugar en el año 1989, era necesario haber contado con la prueba que indicara la magnitud de los daños causados, para contar con elementos de juicio en ese sentido, pues es evidente que luego de tantos años, resulta muy difícil medir el daño que se causó en aquel entonces y sus efectos en la actualidad, y más todavía decidir respecto de ello por medio de acción de

tutela.

2.3. En cuanto a la posibilidad de que la Comisión que se ordenó constituir pueda decidir trasladar la empresa, no se especificó que tal determinación debía ser concebida como el último recurso al cual acudir

2.3.1. De otro lado, es necesario igualmente hacer referencia a lo establecido en la orden según la cual el Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible, Cardique y la Alcaldía de Cartagena deben constituir una comisión conjunta de expertos para realizar una junta técnica a la planta de producción, de Dow Química. En la sentencia se señaló que dicha comisión habrá de rendir informe técnico dentro del mes siguiente a la visita, en el que se resuman las observaciones, sugerencias y correcciones necesarias de encontrarse alguna inconsistencia o riesgo en el funcionamiento de la planta de Dow Química, “pudiendo incluso ordenarse el traslado de la fábrica de insecticidas en caso de que su operación no pueda hacerse compatible con el ecosistema de manglar en que se encuentra ubicada.”

En cuanto a dicha orden, considero que, respecto del posible traslado de la fábrica a que se hizo referencia, era importante resaltar que, en caso de tomarse una decisión de tal magnitud, la misma debe ser el último recurso al cual acudir. Ello, en razón a que, de encontrarse alguna inconsistencia, antes de ordenar el traslado existen medidas de mitigación, de monitoreo constante, entre otros métodos, a los cuales con se puede recurrir el fin de que no se sigan presentando los inconvenientes de que se trate.

2.3.2. En ese aspecto, pudo haberse hecho referencia a lo establecido en sentencia T-574 de 1996[326], en la cual la Corte ordenó, en un caso de derramamiento de petróleo por parte de Ecopetrol, que dicha empresa- durante un plazo mínimo de cinco años efectuara monitoreo en el sector afectado para superar cualquier secuela que quedase del vertimiento de petróleo que tuvo lugar. Asimismo, en dicha oportunidad se ordenó que el mencionado monitoreo fuera supervigilado por una comisión interinstitucional integrada por el Defensor del Pueblo, por el Alcalde, el Contralor y el Personero de Tumaco, entre otros, y se hizo un llamado a prevención a Ecopetrol, la empresa accionada, para que, en ningún caso volviera a incurrir en vertimientos de petróleo en el sector afectado, con el objetivo de que tomara las medidas adecuadas para tal fin. De tal forma, no se contempló el traslado de la empresa, sino que se ordenó buscar medidas que impidieran posibles daños ulteriores.

Así, en el caso sub judice, pudo hacerse referencia a algún método para remediar o evitar las inconsistencias, y hacerse un llamado a prevención, antes de contemplar la posibilidad del traslado de la empresa, pues en la parte considerativa no se analizaron los efectos que el posible traslado podría generar.

2.4. La comunidad afectada en este caso no fue incluida ni tomada en cuenta en la Comisión que se ordenó crear

Considerando que en la sentencia se hace referencia a la participación de la comunidad afectada en el proceso de elaboración y definición de los planes de restablecimiento que la autoridad pública pretenda adelantar, era pertinente que en la configuración de la comisión que se ordenó llevar a cabo, se hubiera dado la oportunidad a la comunidad en mención para hacer parte de la misma y participar en ella.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a salvar el voto con respecto a las consideraciones y la decisión que se adoptó en el asunto de la referencia.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

[1] El presente capítulo resume la narración hecha por los demandantes, así como otros elementos fácticos y jurídicos observados en el expediente, los cuales se consideran relevantes para comprender la complejidad del caso.

[2] Cuaderno de tutela, folio 35.

[3] Cuaderno de tutela, folio 48.

[4] Añade el informe: “Aunque se dio una alarma general en la planta de la empresa Dow Química de Colombia S.A. -responsable de la conservación adecuada del producto, de su custodia y cuidado-, se procedió a apagar la bomba y a cerrar la válvula así como a bloquear la salida del derrame, no se puede evitar que parte del producto vertido cayera

“en los diques de contención que se encuentran alrededor de los tanques”, los cuales “permitieron el escape del material a través de fisuras y fracturas presentes en la plancha y bordillo”, y aunque el diseño de construcción de la planta en la época de la ocurrencia de esos hechos contaba con todo un sistema de canales y tuberías para permitir el control, “al escaparse el producto por los diques de contención este fluyó no hacia el lugar esperado, sino que tomó otro rumbo, hacia el sector donde se construyen actualmente unas nuevas instalaciones donde no existen todavía los elementos y válvulas de control que impidan la salida de los líquidos fuera de su planta”, cuaderno de tutela, folio 36.

[6] El apoderado judicial en contestación al hecho número 13 de la demanda, como consta en folio 132 del expediente, manifestó que “es cierto que la compañía demandada compró pescado supuestamente contaminado por una suma de dinero igual o muy aproximada a la que cita el actor en este punto, así como es cierto que donó, como una generosísima contribución o colaboración suya, la cantidad de treinta y cinco millones de pesos al Fondo Propesca Artesanal creado mediante el Decreto 315 del 31 de julio de 1989. En cuanto a los peces que se compraron, no puedo menos de citar, tomándolo del concepto pericial del perito naval, Consultorio ambiental Francisco Armando Arias Isaza, para el centro de investigaciones oceanográficas e hidrológicas de Cartagena, esta afirmación: ‘se calcula que en los dos primeros días se recogieron por lo menos 5 toneladas de pescado muerto, en los días siguientes (hasta el viernes 23 de junio de 1989), se recogieron otras cinco más, pero en este último valor hubo mezcla de animales pescados o sacados con dinamita, dados los precios favorables ofrecidos por la empresa Dow (\$700.00 por kilo de pescado)’” Cuaderno de tutela, folio 41.

[7] “el Inderena concluyó (folio 145 del cuaderno mencionado), que la pérdida económica ascendía a la suma de \$723.000.000 por 1205 toneladas de pescado estimadas con base en el tiempo que tardan algunas especies en llegar a su talla media, las cuales oscilan entre 1.9 y 8.5 años, para lo cual consideraron los “métodos de máximo rendimiento potencial (MSY), en especial la versión Schaefer y el de Fox a fin de determinar la producción por unidad de esfuerzo pesquero de las comunidades artesanales presentes en la bahía”, estableciéndose que “un precio promedio de compra por parte de la Dow Química de \$600 Kgs” y que “en ese sentido el rendimiento máximo sostenible para la bahía de Cartagena por el método Fox asciende a 1284,6 toneladas al año. Lo cual significa que sobre 152 días de pesca/año se efectuó una sobre pesca del orden de 2 toneladas/día por el derrame de

Lorsban. Estimando que la recuperación de la productividad de la bahía requiere como mínimo dos meses, la cantidad perdida es del orden de 120 toneladas, lo equivale en términos monetarios a \$72 millones.”” Cuaderno de tutela, folio 43.

[8] “Aunque el dictamen pericial antes analizado fue objetado por el apoderado de la empresa demandada, para el despacho no deja de tener importancia, de acuerdo con el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, dada la firmeza, precisión, calidad y seriedad de los fundamentos científicos y técnicos que hacen colegir, indubitadamente, la existencia de un daño o perjuicio de carácter ecológico acaecido como consecuencia del derrame del organofosforado Lorsban (clorpirifos) en la bahía de Cartagena el día 19 de junio de 1989 y que concluyó, de forma concreta que la magnitud de la contaminación de dicho producto comprendió 3 kilómetros cuadrados de la bahía interna de la ciudad de Cartagena, área dentro de la cual murieron todos los organismos marinos como consecuencia del vertimiento, luego de 17 días de dispersión del tóxico, arrojando como resultado un estimado de doce mil doscientos ochenta y nueve millones cuarenta y nueve mil setecientos setenta pesos (\$12.289.049.770) por concepto de pérdida de ingresos directos por parte de los pescadores y comerciantes como parámetro de valoración del impacto negativo sobre el cuerpo de agua” Cuaderno de tutela, folio 44.

[9] Cuaderno de tutela, folio 44.

[10] Cuaderno de tutela, folio 49.

[11] Cuaderno de tutela, folio 14.

[12] Cuaderno de tutela, folio 16.

[13] Cuaderno de tutela, folio 18.

[14] “Por otra parte, luego de revisado el expediente encuentra la Sala que a folios 56 a 58 del cuaderno que contiene el informe pericial se observan fotografías de los tanques donde se produjo el derramamiento del producto Lorsban, con lo cual se puede constatar que la entidad accionada ejecutó obras civiles para prevenir incidentes como el ocurrido, tales como: las bases nuevas para los tanques fueron hechas en concreto y les fue adicionado un detector de fugas, el área externa de los tanques fue contenida mediante un muro

circundante, entre otras, además, se instalaron sensores de líquidos en los pozos colectores de los diques que envían una señal cuando los tanques se llenan por lluvia o derrame de sustancias, además, se construyó un muro de bloqueo al final de la canal de agroquímicos para impedir la liberación directa del agua allí contenida” Cuaderno de tutela, folio 20.

[15] Cuaderno de tutela, folio 20.

[16] Cuaderno de tutela, folio 89.

[17] Cuaderno de tutela, folio 163.

[18] Cuaderno de tutela, folio 131: “Guardadas las diferencias, cosa semejante a la acabada de mencionar acontece con la contaminación de las aguas marinas de la Bahía de Cartagena, o si se quiere, con el desequilibrio ecológico que pudo haberse producido como consecuencia del vertimiento del insecticida Lorsban, y con la subsiguiente acción popular del art. 1005 ejercida en su defensa, dando origen al presente asunto: en desarrollo de esa acción popular no es posible obtener cosa distinta que al devolverle al mar su equilibrio lógico, en la parte afectada, claro está”. P. 131

[19] Cuaderno de tutela, folio 195.

[20] Cuaderno de revisión, folio 21.

[21] Cuaderno de revisión, folios 29-32.

[22] “Dado que el incidente en cuestión ocurrió hace tanto tiempo, es muy poco probable encontrar rastros del producto derramado o de sus metabolitos de degradación en las matrices ambientales. De manera similar, es difícil establecer repercusiones en el ambiente ligadas al impacto inicial del derramamiento del producto y los efectos inmediatos de su presencia en el suelo y el agua de la bahía de Cartagena. Actualmente está disponible la tecnología de Cromatografía de Gases asociada a masas, capaz de detectar el clorpirifos o sus metabolitos en distintas matrices ambientales, como son agua, suelo y biota. La precisión del método para establecer la presencia del clorpirifos y/o sus metabolitos está en el orden de las partes por billón (ppt). Lo difícil de reconstruir metodológicamente es establecer el origen de los niveles actuales de pesticidas en la zona, pues ha pasado bastante tiempo y no se podría distinguir entre moléculas de plaguicidas originadas en el

evento específico o provenientes del escurrimiento o transportados por el Canal del Dique”. Cuaderno de revisión, folio 42

[23] Cuaderno de revisión, folio 42.

[24] Cuaderno de revisión, folio 43.

[25] A saber:

“a. Derrames incontrolados y difusos de compuestos orgánicos, petróleo y sus derivados; en esto se incluye los eventos fortuitos que puedan darse como agroquímicos, hidrocarburos y otros agentes químicos por el transporte marítimo en el interior de la bahía.

b. Sedimentación acelerada (por incidencia del Canal del Dique, que lo soportan diferentes estudios que se han hecho sobre el tema), con la consiguiente alteración de la dinámica hidrológica y ecológica por la disminución de la transparencia y el aumento de la turbidez, así como la alteración de la salinidad y por ende de las condiciones ambientales y ecológicas.

c. Bioacumulación de tóxicos orgánicos e inorgánicos provenientes de fuentes locales y lejanas de contaminación, principalmente de los vertimientos provenientes de la Zona industrial de Mamonal, y aquellos vertimientos no controlados”. Cuaderno de revisión, folio 43

[26] Cuaderno de revisión, folio 49.

[27] Cuaderno de revisión, folio 50.

[28] “si tal vertimiento de Lorsban ocurrió en este ecosistema, es igualmente factible encontrar su huella ambiental en los sedimentos o en el suelo, aunque por ser un compuesto organofosforado, la probabilidad de detectarlo es baja. Este no sería un trabajo trivial y requiere de recursos tecnológicos de punta y una financiación cuantiosa para el proceso de evaluación”. Cuaderno de revisión, fl. 52

[29] Cuaderno de revisión, folio 53

- [30] Cuaderno de revisión, folio 62.
- [31] Cuaderno de revisión, folio 56.
- [32] Cuaderno de revisión, folio 81.
- [33] Corte Constitucional, sentencias T-006 de 1992, T-223 de 1992, T-413 de 1992, T-474 de 1992, entre otras.
- [34] La Sala Plena reiteró esta línea jurisprudencial en la sentencia SU-195 de 2012.
- [35] Corte Constitucional, sentencia SU-917 de 2010.
- [36] Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.
- [37] Corte Constitucional, sentencia T-060 de 2012.
- [38] Corte Constitucional, sentencias T-282 de 2009 y T-015 de 2012.
- [39] Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.
- [40] Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999.
- [41] Petit, Eugene. Tratado elemental de derecho romano (9ª edición). Abogados asociados editores: Buenos Aires. p. 163.
- [42] Iglesias, Juan. Derecho romano, historia e instituciones (11ª edición). Ariel. p. 210.
- [43] Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999.
- [44] Al respecto se puede consultar, entre otros, (i) Bejarano, Ramiro. Procesos declarativos: civiles, agrarios, de familia, arbitramento. Bogotá: Temis, 1998; (ii) Correa Palacio, Ruth Stella. Las acciones populares, de grupo y de cumplimiento y su impacto en la construcción de políticas públicas en Colombia. Contexto. Revista de Derecho y Economía No 20. Bogotá: Universidad Externado, 2006; (iii) Sarmiento Palacio, Germán. Las acciones populares en el derecho privado colombiano (1ª edición 1988). Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.
- [45] En sentencia T-437 de 1992 se explicó: “Desde luego, las acciones populares no son

nuevas dentro del ordenamiento jurídico colombiano” y en T-508 de 1992 se sostuvo que “cabe destacar que en nuestro sistema jurídico ya se conocía de antaño la figura de las acciones populares consagrada en el orden legal en varias disposiciones del Código Civil”.

[47] Un breve recuento sobre el tema puede observarse también en la exposición de motivos al proyecto de ley 005 de 1995 Cámara, presentado por la Representante a la Cámara Vivianne Morales Hoyos. Gaceta del Congreso, No 207, 27 de julio de 1995.

[48] Corte Constitucional, sentencia T-225 de 1993.

[49] El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente del año 1974 ya había dispuesto que la “preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social” (art. 1) y que el “ambiente es patrimonio común de la humanidad” (art. 2).

[50] “Todas esas normas se encuentran dispersas, pero lo más grave es que han permanecido ignoradas, salvo algunas excepciones, durante todos estos años. Graves críticas se han hecho a nuestras tradicionales acciones populares, en especial la limitación de los derechos que protege (...)” Exposición de motivos al Proyecto de ley 084 de 1995 Cámara, presentado por el Defensor del Pueblo en Gaceta del Congreso No. 277, 5 de septiembre de 1995.

[51] Quien obró en un inicio como apoderado principal de la parte demandante en el proceso de acción popular de la referencia hasta el momento de su muerte.

[52] Sarmiento Palacio, Germán. Las acciones populares en el derecho privado colombiano (1ª edición 1988). Bogotá: Universidad del Rosario, 2006. p. 32 y 86.

[53] Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999.

[54] “Dentro del marco del Estado social de Derecho y de la democracia participativa consagrado por el constituyente de 1991, la intervención activa de los miembros de la comunidad resulta esencial en la defensa de los intereses colectivos que se puedan ver afectados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular. La dimensión social del Estado de derecho, implica de suyo un papel activo de los órganos y

autoridades, basado en la consideración de la persona humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad, pero al mismo tiempo comporta el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la defensa de ese interés con una motivación esencialmente solidaria". Sentencia C-215 de 1999.

Conforme al nuevo modelo de democracia, los ciudadanos no sólo participan en el gobierno de su país mediante la elección libre de sus representantes, sino que a través de diversos mecanismos de deliberación, colaboración, consulta y control diseñados por el constituyente, se les permite intervenir de manera activa en las decisiones que los afectan e impulsar la acción de las autoridades en el propósito común de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado".

[55] Ley 472 de 1998, art. 2.

[56] *Ibíd.*

[57] Ley 472 de 1998, art. 9.

[58] "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". (Resaltado fuera del original).

[59] Carta Política 1991, preámbulo.

[60] Carta Política 1991, art. 228. Ver también Ley estatutaria de justicia (Ley 270 de 1996), art. 125.

[61] Carta Política 1991, art. 229.

[62] Carta Política 1991, art. 228.

[63] “Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo. Para el logro de esos cometidos, no sobra aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. Así, en lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver.

Las consideraciones precedentes implican, en últimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado social de derecho, un mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. Así, entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228 del Estatuto Fundamental. Significa lo anterior que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la República, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar, cual es la de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que ésta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos” (Subrayado fuera del original). Sentencia C-037 de 1996.

[64] “Es evidente que no se trata de la protección de meros derechos subjetivos o intereses particulares, sino que la acción popular versa sobre cuestiones de tal entidad, que su vulneración pone en peligro o ataca bienes tan valiosos para la sociedad, como la vida, la salud, el ambiente sano, el equilibrio ecológico, la seguridad, patrimonio y moralidad pública no de una persona, sino de toda una colectividad”. Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999.

[65] Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de noviembre de 2013, radicado 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP).

[66] Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999.

[67] A modo de ejemplo, en sentencia del 5 de octubre de 2007, exp. AP 2003-3357, la Sección Primera del Consejo de Estado, ante la comprobación de la imposibilidad de retornar las cosas al estado anterior –y la gravedad que ello supondría para el patrimonio público– adoptó la siguiente medida conmemorativa para resarcir el derecho colectivo vulnerado:

“Lamentablemente, en el presente caso, la Sala encuentra que ésta vulneración no es resarcible debido a que la modificación del inmueble fue tal, que aún disponiendo demoler la nueva construcción y ordenando reconstruir la plaza como era originalmente, con las implicaciones económicas y sociales que esto conllevaría, forzosamente se considera que el derecho colectivo al patrimonio histórico y cultural de la nación fue vulnerado de manera irreversible, entre otras, porque con una orden de tal naturaleza, se estaría atentando contra otro derecho colectivo como es el patrimonio público.

“Sin embargo, y puesto que como quedó demostrado, existió una violación al derecho colectivo invocado en la demanda, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, por haberse probado que existió una amenaza de los derechos colectivos invocados por el actor y en consecuencia declarará que existió una vulneración por parte de la Alcaldía Municipal de Medellín, por lo que se le condenará al pago del incentivo únicamente a favor del demandante, puesto que el recurrente intervino en el proceso en calidad de coadyuvante[67].

“Igualmente se ordenará a la Alcaldía poner en un lugar visible y en un tamaño grande, una

placa que advierta que dicha estructura fue remodelada en su totalidad y que difiere de su diseño original.

“Adicionalmente se compulsarán copias a la procuraduría, contraloría y a la fiscalía con el fin de que se revisen las actuaciones llevadas a cabo por la Administración de ese entonces, en cabeza del señor Luis Pérez Gutiérrez como alcalde del Municipio demandado en la época de los hechos”.

[68] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 22 de abril de 2009. Expediente 11001-31-03-026-2000-00624-01.

[69] Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 15 de febrero de dos mil siete 2007. Radicado 15001-23-31-000-2001-00085-01(AP).

[70] Al respecto pueden verse las siguientes providencias de la Sala: 11 de septiembre de 2003, Exp. AG-00019; 14 de abril de 2005, Exp. AP 1238; 6 de octubre de 2005, Exp. AP. 1480, entre otras.

[71] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de febrero de 2006. Radicado 13001-23-31-000-2004-00026-01(AP).

[72] Ley 472 de 1998, art. 45.

[73] Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999.

[74] Ley 153 de 1887, artículo 40: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

[75] Ley 1564 de 2012, artículo 624: “Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

“Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias

convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.

[76] Corte Constitucional, SU-881 de 2005.

Puede suceder que una ley que es nominalmente procedimental contenga artículos de carácter no procesal, sino sustantivo. En este caso, a las normas procedimentales se les aplicará el efecto general inmediato, incluso sobre actos previos a la expedición de la ley. No obstante, las normas sustanciales contenidas en la ley procedimental no podrán cobijar hechos previos a su vigencia, así éstos sean juzgados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley procedimental”. Sentencia SU-881 de 2005.

[78] *Ibíd.* Ver también C-619 de 2001: “Con todo, dentro del conjunto de las normas que fijan la ritualidad de los procedimientos, pueden estar incluidas algunas otras de las cuales surgen obligaciones o derechos sustanciales. En efecto, la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida, como puede ser por ejemplo un código de procedimiento, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos sustanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, debe considerarse sustantiva. Para no contrariar la Constitución, la ley procesal nueva debe respetar los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de este tipo de disposiciones materiales, aunque ellas aparezcan consignadas en estatutos procesales”.

[79] Corte Constitucional, sentencia C-632 de 2011.

[80] De la Conferencia participaron los representantes de 113 Estados invitados de conformidad con la resolución 2850 (XXVI) de la Asamblea General.

[81] Corte Constitucional, sentencia SU-067 de 1993: “Es evidente que hoy en día, para determinar los grandes principios que deben regir la vida de las sociedades organizadas y en camino de evolución, ya no puede ignorarse la necesidad de proteger el medio ambiente y de dar a las personas los derechos correlativos; en este sentido se tiene que después del año de 1972 en el que se adoptó la Declaración de Estocolmo sobre medio ambiente humano, se ha reconocido en vasta extensión el valor que debe otorgarse a su protección. Además, en este proceso, y en sus variantes, el camino recorrido muestra que no sólo se incorporó dicho principio general como valor constitucional interno que se proyecta sobre todo el texto de la Carta, sino que aquel produjo grandes efectos de irradiación sobre las legislaciones ordinarias de muchos países. También, después de aquella fecha son varias las naciones que lo incorporaron en sus textos constitucionales ya como un derecho fundamental, ora como un derecho colectivo de naturaleza social. Esta consagración permite, además, al poder ejecutivo y a los jueces colmar lagunas y promover su expansión ante situaciones crónicas o nuevas; en este mismo sentido, el crecimiento y las crisis de la economía de gran escala industrial y la expansión del conocimiento sobre la naturaleza y la cultura ha favorecido el incremento de técnicas, medios, vías e instrumentos gubernativos, administrativos y judiciales de protección del Derecho al Medio Ambiente Sano. En este sentido se observa que la Carta Fundamental de 1991, también establece como servicio público a cargo del Estado y como específico deber suyo, la atención al saneamiento ambiental que debe obedecer a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.

[82] Shelton, Dinah. Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos. Anuario de Derechos Humanos, Número 6 (1 enero 2010). Consultado el 18 de septiembre en <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11486/11847>

[83] En este sentido, la primera consideración de la Declaración tiene el siguiente tenor:

“El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin

precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma”.

[84] Ley 56 de 1987 y Decreto 2248 de 1989. Biblioteca virtual de Tratados de la Cancillería de Colombia. <http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/SitePages/Index.aspx> Consultada el 25 de septiembre de 2014.

[85] Artículo 4 (1).

[86] Tres protocolos adicionales se proferieron con posterioridad: El Protocolo de cooperación para combatir los derrames de hidrocarburos (1983), el Protocolo relativo a las áreas y flora y fauna silvestres especialmente protegidas (1990) y el Protocolo relativo a la contaminación procedente de fuentes y actividades terrestres (1999).

[87] Colombia fue uno de los países que lo suscribió originalmente en 1982. No obstante, solo hasta el 16 de noviembre de 1994 entró en vigor internacionalmente.

[88] Preámbulo.

[89] Aprobado mediante Ley 12 de 1981.

[90] Aprobado mediante Ley 45 de 1985.

[91] Corte Constitucional, sentencias C-595 de 2010, C-632 de 2011 y C-123 de 2014, entre otras.

[92] Corte Constitucional, sentencia T-411 de 1992: “(...) de una lectura sistemática, axiológica y finalista surge el concepto de Constitución Ecológica, conformado por las siguientes 34 disposiciones: || Preámbulo (vida), 2º (fines esenciales del Estado: proteger la vida), 8º (obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación), 11 (inviolabilidad del derecho a la vida), 44 (derechos fundamentales de los niños), 49 (atención de la salud y del saneamiento ambiental), 58 (función ecológica de la propiedad), 66 (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), 67 (la educación para la protección del ambiente), 78 (regulación de la producción y comercialización de bienes y servicios), 79 (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones

ambientales), 80 (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), 81 (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), 82 (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), 215 (emergencia por perturbación o amenaza del orden ecológico), 226 (internacionalización de las relaciones ecológicas), 268-7 (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), 277-4 (defensa del ambiente como función del Procurador), 282-5 (el Defensor del Pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente), 289 (programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente), 300-2 (Asambleas Departamentales y medio ambiente), 301 (gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y a circunstancias ecológicas), 310 (control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el ambiente y los recursos naturales), 313-9 (Concejos Municipales y patrimonio ecológico), 317 y 294 (contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales), 330-5 (Concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales), 331 (Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente), 332 (dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables), 333 (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), 334(intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano), 339 (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), 340 (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación), 366 (solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado)”[92]. Ver también sentencia C-671 de 2001.

[93] Corte Constitucional, sentencia C-595 de 2010.

[94] Constitución Política, artículo 1º.

[95] En dicha providencia se negó la solicitud de amparo del representante legal de la Industria Molinera Granarroz Ltda. quien vía tutela buscó revertir la decisión del Alcalde del Municipio de Granada quien ordenó el sellamiento del Molino, por las cenizas que producía dando origen a problemas pulmonares y respiratorios.

[96] Se han tenido como fundamento los siguientes documentos:

Martín Mateo, Ramón. La Calidad de vida como valor Jurídico. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Volumen II De los

Derechos y Deberes Fundamentales. Editorial Civitas S.A. Madrid 1991. Página 1437.

Alzaga Villamil, Oscar. Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978. Ediciones el Foro. Madrid, 1978. Página 323.

Revistas:

Desarrollo Mundial (Revista de la Organización de Naciones Unidas) Octubre de 1991.

[97] Derechos Humanos y Modernidad. Personería Municipal de Cali. 1989. Pág. 171.

[98] Declaración de Estocolmo, Considerando 5.

[99] *Ibíd.*

[100] Según la RAE, esquilmar hace referencia a “Menoscabar, agotar una fuente de riqueza sacando de ella mayor provecho que el debido”.

[101] Corte Constitucional, sentencia C-632 de 2011.

[102] “El respeto a la dignidad inherente de la persona es el principio en el que se basan las protecciones fundamentales del derecho a la vida y a la preservación del bienestar físico. Las condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA/SerieL/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, párrafo 92

[103] Ver sentencia T-294 de 2014 que estudió el reclamo de una población ante la construcción de un relleno sanitario dentro de los márgenes del municipio.

[104] “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

[105] “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.”

[106] Sands, Philippe. *Principles of International Environmental Law* (2nd Edition). Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Traducción libre. p. 241.

[107] Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Informe Brundtland)

[108] “El principio de solidaridad, exige entender la responsabilidad en materia ambiental no solamente en relación con las generaciones presentes, sino también en relación con las futuras, y no solamente en relación con los ciudadanos de un Estado, sino en un contexto global. Una de las manifestaciones de este principio es la adopción constitucional del modelo de desarrollo sostenible (artículo 80), según el cual las demandas del desarrollo económico deben conjugarse con la protección del ambiente tanto para las generaciones presentes como para las futuras, lo que significa que las actividades económicas actuales no deben “(...) sobrepasar la capacidad de carga de los ecosistemas que sirven de base biológica y material a la actividad productiva”. Sentencia C-220 de 2011.

[109] Corte Constitucional, sentencia C-595 de 2010.

[110] Corte Constitucional, sentencias C-519 de 1994, C-595 de 2010 y C-632 de 2011.

[111] Sentencia C-519 de 1994. También se pueden consultar las Sentencias C-519 de 2010 y C-703 de 2010, entre otras.

[112] Constitución Política, artículo 8º y 95 (8). Al respecto la Corte ha sostenido que: “Es, precisamente, este deber constitucional el que restringe el ámbito decisorial de los poderes constituidos, en especial del legislador, al momento de determinar las distintas formas de regulación de los recursos naturales dentro del sistema jurídico colombiano. El que exista un deber de protección respecto de los mismos excluye automáticamente una posición de

indiferencia en lo relativo a los recursos naturales, entre ellos los animales, siendo, por el contrario, preceptiva la creación de un sistema infraconstitucional, que sea acorde con el sistema constitucional, que implique una protección para los mismos y que tenga en cuenta, armónicamente, el ejercicio de derechos fundamentales que eventualmente puedan verse limitados con la protección establecida para los animales”.

[113] La sentencia C-220 de 2011 se aproximó a esta idea a partir del principio de humildad: “El principio de humildad, de otro lado, obliga a comprender que el ser humano es dependiente de la naturaleza, de modo que la naturaleza no puede ser entendida como una simple fuente de recursos dominada por el hombre, sino como un sistema complejo en el que el hombre interactúa con otros agentes y del que depende para vivir. En este contexto, tanto el hombre como la naturaleza tienen valor a la luz de la Carta. Una manifestación de este principio es la introducción del concepto de función ecológica de la propiedad (artículo 58)”.

[114] “el riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta sino el de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con ésta o con otra biosfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biosfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie, estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana”. Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002.

[115] Constitución Política, artículos 7 y 8.

[116] Corte Constitucional, sentencia C-632 de 2011. Postura en armonía con el constitucionalismo latinoamericano y aborígen que ha demostrado una especial sensibilidad por la “pacha mama”: “En Ecuador y Bolivia, el divorcio político entre el Gobierno y los pueblos indígenas tiene su origen en la contradicción entre una política económica extractivista y el régimen de *sumak kawsay* o *suma qamaña* (“buen vivir”) reconocido en la Constitución, pensado como un esquema de desarrollo alternativo”. Esto, sin embargo, no impide que las políticas oficiales de estos gobiernos se opongan en ocasiones a los principios que predicán. Ver De Sousa Santos, Boaventura. *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

P.82.

[117] Corte Constitucional, sentencia T-282 de 2011.

[118] De conformidad con el artículo 63, “las tierras comunales de grupos étnicos” y “las tierras de resguardo” son “inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

[119] Convenio OIT 169. Ver también sentencia T-387 de 2013.

[120] “No obstante, si bien es importante en cada disciplina nombrar las cosas con las palabras apropiadas a su naturaleza, es aún más importante encontrar un lenguaje común que permita que las diferentes disciplinas y culturas trabajen en conjunto. Cada vez con mayor frecuencia los daños sufridos por el ambiente y más concretamente por los ecosistemas y causados por la acción humana, se abordan con un análisis multicriterios, esto es, con una mirada a la vez económica, social y ecológica. Sin embargo, son los aspectos ecológicos los que representan la base sine qua non de nuestras sociedades y de nuestra economía en el planeta tierra.” Consejo de Estado, Sección Primera, CP. Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia del 28 de marzo de 2014. Radicado 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP)

[121] Sands, Philippe. Op. cit. p. 5.

[122] “La apuesta debe ser por el conocimiento científico. Debemos entender las ventajas y las afectaciones que generan las intervenciones humanas para que las actividades económicas sean respetuosas y no destructoras del medio ambiente”. Se dijo igualmente: “Además, dicen, la academia está cayendo en el ritmo acelerado de las empresas. “Nos piden información para ya, sabiendo que una investigación requiere tiempo. Ello hace que los parámetros bajo los cuales se toman decisiones no sean los mejores y haga falta más información”. Fue la conclusión del conversatorio organizado en noviembre de 2014 por El Espectador, ISAGEN y WWF. Academia busca acercarse a política ambiental. El Espectador, consultado el 11 de noviembre de 2014 en <http://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/academia-busca-acercarse-politica-ambiental-articulo-526720>

[123] En este punto, conviene citar el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la

Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2000), artículo 26, el cual sostiene que las Partes, al adoptar una decisión, “podrán tener en cuenta, de forma compatible con sus obligaciones internacionales, las consideraciones socioeconómicas resultantes de los efectos de los organismos vivos modificados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica , especialmente en relación con el valor que la diversidad biológica tiene para las comunidades indígenas y locales”.

[124] Sands. Op. cit. p. 253.

[125] Sentencia C-671 de 2001. El concepto de desarrollo sostenible ha sido desarrollado por la Corte, entre otras, en las Sentencias C-519 de 1994, C-671 de 2001 y C-339 de 2002.

[126] Traducción libre par. 140.

[127] Sands. Op. cit. p. 253.

[128] Ley 685 de 2001, art. 37.

[129] González Perafán, Leonardo, Impacto de la minería de hecho en Colombia, Ed. Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz INDEPAZ, 2012, documento consultado el jueves 16 de enero de 2014 en el link http://www.uis.edu.co/webUIS/es/catedraLowMaus/lowMauss13_1/terceraSesion/Impacto%20de%20la%20mineria%20de%20hecho%20en%20Colombia.pdf

[130] Ver al respecto Cárdenas y Reina (2008) y Perry y Olivera (2010), quienes identifican desarrollo con crecimiento del ingreso per cápita.

En un estudio sobre calidad de vida y salud de la población en la zona de influencia de la empresa Cerrejón (la cual lleva explotando carbón en La Guajira por más de 15 años) que fuera contratado por dicha empresa al Instituto Cendex de la Universidad Javeriana, se llega entre otras a las siguientes conclusiones referidas a una población tradicional predominantemente rural (Ruiz et al, 2011, pp.287 y 288):

- El acceso al servicio público en la zona rural es muy limitado en la zona rural con autoprovisión de agua no potable y abastecimiento desde jagüeyes o pozos con severos

problemas de contaminación, alto nivel de uso de leña como combustible y baja penetración en el uso de electrodomésticos...

- En la zona rural la tasa de escolaridad y el nivel educativo son bajos con una proporción alta de analfabetismo.

- (...) diferencias relevantes en la población frente al promedio en Colombia en cuanto a condición de vivienda, acceso a servicios y acceso a educación, siendo una de las poblaciones con mayor vulnerabilidad social en el país.

- La tasa de afiliación a la seguridad social es baja, con especial en la zona rural.

- La situación de seguridad alimentaria es precaria con bajo consumo de proteína animal y alta ingesta de grasas, lo cual configura una dieta desequilibrada en la mayor parte de las familias.

- (...) baja tasa de asistencia a consultas médica y odontológica, así como la persistencia de riesgos originados en bajos hábitos protectores e salud oral, alimentación y riesgo de enfermedad.

(...) severas deficiencias en la red de servicios de salud con limitada capacidad de respuesta de los servicios a los requerimientos correctivos y preventivos. Notas sobre el estado de la minería de carbón a gran escala en Colombia. Rudas, Guillermo. Fescol Colombia. Diciembre 2013

[131] <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2014/09/nobels.htm> Consultado el 11 de noviembre de 2014.

[133] En la Asamblea Constituyente, los delegatarios llamaron la atención sobre la interrelación entre la problemática social y ambiental: “Las crisis ambiental es, por igual, crisis de la civilización y replantea la manera de entender las relaciones entre los hombres. Las injusticias sociales se traducen en desajustes ambientales y éstos a su vez reproducen las condiciones de miseria”. Citado por la sentencia T-254 de 1993.

[134] La consagración del derecho al desarrollo se inició con la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos

y de los Pueblos (1981), y consiguió relevancia con la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de Naciones Unidas, de 1986,² y con las conferencias mundiales de Naciones Unidas celebradas en la década de los noventa

[135] De Sousa Santos, Boaventura Derechos humanos, democracia y desarrollo. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014. p. 67. Uno de los documentos más influyentes y reveladores de la época, preparado por un grupo de expertos congregados por Naciones Unidas con el objeto diseñar políticas y medidas concretas «para el desarrollo económico de los países subdesarrollados» lo expresaba así:

“Hay un sentido en el que el progreso económico acelerado es imposible sin ajustes dolorosos. Las filosofías ancestrales deben ser erradicadas; las viejas instituciones sociales tienen que desintegrarse; los lazos de casta, credo y raza deben romperse; y grandes masas de personas incapaces de seguir el ritmo del progreso deberán ver frustradas sus expectativas de una vida cómoda. Muy pocas comunidades están dispuestas a pagar el precio del progreso económico”. Escobar, Arturo. Una minga para el postdesarrollo. p.22.

[136] Escobar, Arturo. Una minga para el postdesarrollo: lugar, medio ambiente y movimientos sociales en las transformaciones globales. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010. p.22

[137] Boaventura, Op. cit. p. 70.

[138] “Nos encontramos ante una situación en que el lenguaje limita nuestros intentos de imaginar otras formas de pensar, ser y hacer; nos atrapa en las del pasado. Por ejemplo, no pensamos aún que somos ‘pobres y subdesarrollados’, que ‘tenemos que desarrollarnos’? Esto constata la vigencia del ‘desarrollo’ como forma naturalizada de soñar, de pensar, hasta de ser. Y no es para menos: la creación de África, Asia, y América Latina como ‘subdesarrollados’ ha involucrado un profundo proceso simbólico y material; a esto apuntan los críticos cuando dicen que fuimos «inventados» como subdesarrollados” Escobar. Op.cit. p. 22.

[139] Boaventura. Op. cit. p. 20.

[140] Escobar. Op. cit. p. 141.

[141] “Tal apertura se conecta al menos con tres dimensiones: ser el reflejo de una sociedad que (i) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad (artículo 7º Superior); (ii) aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones existentes hasta el punto de proteger de modo especial la libertad religiosa, de conciencia y pensamiento así como la libertad de expresión y (iii) establece los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de la diferencias vigentes en un momento determinado”. Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009.

[142] Corte Constitucional, sentencia C-083 de 1999.

[143] Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2010: “[e]l modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 no tiene un contenido neutro en lo que respecta al ámbito económico. En contrario, prevé normas superiores expresas fundadas en dos pilares que explican la relación entre el poder estatal y el mercado: (i) la protección de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, garantías que carecen de carácter absoluto, puesto que su ejercicio debe acompasarse con la función social de la empresa, el interés social, la necesidad de contar con un mercado competitivo, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Art. 333); y (ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la economía (Art. 334 C.P.), y establecidas para garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, junto con las demás finalidades de la intervención que ha previsto el Constituyente, como son el uso adecuado de los recursos naturales y del suelo; la producción, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados; la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; el logro del pleno empleo de los recursos humanos; el aseguramiento a todas las personas y, en especial a las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; y, por último, la promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo económico. || No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha demostrado cómo el grado de intervención del Estado en la economía que resulta compatible con la Carta Política no se restringe a los enunciados

expuestos, sino que también pueden identificarse otros escenarios constitucionales de injerencia, tanto en las normas que integran la parte dogmática como la sección orgánica de la Constitución. (...) Como se observa, el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.” Reiterada en sentencia C-288 de 2012.

[144] Sands. Op. cit. p. 247.

[145] Ver Principios 6,7,15 18 y 24.

[146] Ver Principio 11.

[147] Convención de Londres de 1933. Art. 12 (2), y Protocolo, para. 1.

[148] Convención contra la contaminación por petróleo de 1954. Preámbulo; 1969 CLC, Art. 1 (7).

[149] Convención del Mar Abierto de 1958. Art. 25.

[150] Convención de Oslo de 1972, Art. 1; Convención de Londres de 1972, Art. 1; Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques o MARPOL 73/78, Art. 1 (1).

[151] 1995 “Straddling Stocks Agreement”.

[152] Convención para la Biodiversidad de 1992, Preámbulo y Art. 1.

[153] 1998 “Chemicals Convention”. Art. 1.

[154] Corte Constitucional, T-1077 de 2012.

[155] Ley 99 de 1993, art.1 (6).

[156] Corte Constitucional, sentencia C-293 de 2002. Ver también C-339 de 2002 y C-071 de 2003

[157] Algunos doctrinantes atribuyen la aparición del principio de precaución a tres características evidentes del medio ambiente: “primero, las personas son, en general, propensas a prestar poca atención a cierto tipo de riesgos, ya que algunos daños pueden llegar a ser manifiestos sólo muchos años después de los eventos que los originaron; segundo, los impactos en el medio ambiente pueden ser difíciles o imposibles de invertirse en escalas humanas de tiempo; tercero, recurrir a la política una vez las elecciones están hechas, es con frecuencia inútil, ya que algunas decisiones son literalmente irreversibles en la práctica” D. Uribe Vargas, F. Cárdenas Castañeda. Derecho Internacional Ambiental, Bogotá, Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010, p. 194. Citado en la sentencia T-397 de 2014.

[158] Corte Constitucional, sentencia C-595 de 2010.

[159] Sands. Op. cit. p. 267.

[160] Sands. Op. cit. p. 273.

[161] Según Néstor Cafferatta, “Los principios y reglas del Derecho ambiental”

<http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf>. Citado por el Consejo de Estado, Sección Primera. Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia del 28 de marzo de 2014. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP).

[162] Corte Constitucional, C-988 de 2004.

[164] Sands. Op. cit. p. 285.

[165] Mesa Cuadros, Gregorio. Citado en la sentencia C-595 de 2010.

[166] “Council Recommendation on Guiding Principles Concerning the International

Economic Aspects of Environmental Policies”. Sands. Op. cit. p. 284.

[167] Corte Constitucional, sentencia C-220 de 2011.

[168] Bugge, Hans Christian. “The polluter pays principle: dilemmas of justice in national and international contexts”. Environmental law and justice in context. Ebbesson, Jonas and Okowa, Phoebe. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Traducción libre.

[169] Es lo que se conoce como impuesto pigouviano, en honor del economista británico Arthur Pigou.

[170] Ley 99 de 1993, art. 1 (7).

[171] Piñar Diaz, Manuel. El derecho a disfrutar del medio ambiente en la naturaleza. Citado por Briceño, Andrés Mauricio. “Planteamiento de la responsabilidad por daños ecológicos”, en Lecturas sobre derecho del medio ambiente. Bogotá: Universidad Externado, 2004. p. 114.

[172] Michel Despax. Citado en Briceño, Andrés Mauricio. Ibídem.

[173] Corte Constitucional, sentencia C-220 de 2011.

[174] “Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas” (subrayado fuera del original).

[175] Grago, Rolando. “Preface” en Patrick Girod, La reparation du dommage ecologique. Citado en Briceño Chaves, Andrés Mauricio. “Aproximación a la reparación de los perjuicios ambientales en el Derecho Comparado”. Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo Xii. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2012. p. 419

[176] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2011. MP. William Námén Vargas. Referencia: 52835-3103-001-2000-00005-01. En este caso se estudió la demanda de responsabilidad civil extracontractual solidaria por los daños causados con el derrame de petróleo acaecido en la Bahía de Tumaco y Salahonda el 26 de febrero de 1996.

[177] Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección B. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia del 30 de enero de 2013, radicado 18001-23-31-000-1999-00278-01(22060). Pronunciamiento dentro de una demanda de reparación directa contra la Nación, presentada por un campesino que denunció a la sección Antinarcóticos de la Policía Nacional por haber realizado una fumigación con herbicidas químicos sin identificar, lo cual causó “daños graves e irreversibles” a sus hectáreas de cultivo.

[178] Ley 23 de 1973, art. 16.

[179] Para un resumen más extenso se puede consultar la sentencia C-632 de 2011.

[180] Ley 1333 de 2009 Art. 5, par. 1º.

[181] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2011. MP. William Námén Vargas. Referencia: 52835-3103-001-2000-00005-01

[182] Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección B. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia del 30 de enero de 2013, radicado 18001-23-31-000-1999-00278-01(22060).

[183] Ley 1333 de 2009, art. 5º.

[184] Henao, Juan Carlos. “Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental”. En Responsabilidad por daños al medio ambiente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y el Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000. p. 135.

[185] Ley 23 de 1973, art. 4: ““Artículo 4. Se entiende por contaminación la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares”.

[186] Artículo 302º- “La comunidad tiene derecho a disfrutar de paisajes urbanos y rurales que contribuyan a su bienestar físico y espiritual. Se determinarán los que merezcan protección”.

[187] Decreto Ley 2811 de 1974, art. 18º. Derogado por el art. 118, Ley 99 de 1993.

[188] En el régimen específico de las aguas, se tiene lo siguiente: Artículo 138 “- Se fijarán zonas en que quede prohibido descargar, sin tratamiento previo y en cantidades y concentraciones que sobrepasen los niveles admisibles, aguas negras o residuales de fuentes industriales o domésticas, urbanas o rurales, en las aguas, superficiales o subterráneas, interiores o marinas.

También queda prohibida la incorporación a esas aguas, en dichas cantidades y concentraciones, de otros materiales como basuras, desechos, excretas sustancias tóxicas o radiactivas, gases, productos agroquímicos, detergentes u otros semejantes.”

Artículo 164º.- “Corresponde al Estado la protección del ambiente marino, constituido por las aguas, por el suelo, el subsuelo y el espacio aéreo del mar territorial y el de la zona económica, y por las playas y recursos naturales renovables de la zona.

Esta protección se realizará con las medidas necesarias para impedir o provenir la contaminación de la zona con sustancias que puedan poner en peligro la salud humana, perjudicar los recursos hidrobiológicos y menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer los demás usos legítimos del mar.

Entre esas medidas se tomarán las necesarias para:

a.- Determinar la calidad, los límites y concentraciones permisibles de desechos que puedan arrojarse al mar y establecer cuáles no pueden arrojarse;

b.- Reglamentar, en coordinación con el Ministerio de Minas y energía, el ejercicio de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos u otros recursos minerales marinos y submarinos o existentes en las playas marítimas, para evitar la contaminación del ambiente marino en general”.

[189] “Artículo 42º.- Tasas Retributivas y Compensatorias. La utilización directa o indirecta

de la atmósfera, el agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio, sean o no lucrativas, se sujetará al pago de tasas retributivas por las consecuencias nocivas de las actividades expresadas.

(...)

Para la definición de los costos y beneficios de que trata el inciso 2o. del artículo 338 de la Constitución Nacional, sobre cuya base hayan de calcularse las tasas retributivas y compensatorias a las que se refiere el presente artículo, creadas de conformidad con lo dispuesto por el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974, se aplicará el sistema establecido por el conjunto de las siguientes reglas: a) La tasa incluirá el valor de depreciación del recurso afectado; b) El Ministerio del Medio Ambiente teniendo en cuenta los costos sociales y ambientales del daño, y los costos de recuperación del recurso afectado, definirá anualmente las bases sobre las cuales se hará el cálculo de la depreciación; c) El cálculo de la depreciación incluirá la evaluación económica de los daños sociales y ambientales causados por la respectiva actividad. Se entiende por daños sociales, entre otros, los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante. Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes; d) El cálculo de costos así obtenido, será la base para la definición del monto tarifario de las tasas.

(...)

Parágrafo.- Modificado por el art. 211, Ley 1450 de 2011. Las tasas retributivas y compensatorias solamente se aplicarán a la contaminación causada dentro de los límites que permite la ley, sin perjuicio de las sanciones aplicables a actividades que excedan dichos límites". (resaltado fuera del original).

[190] "Artículo 5º. Infracciones. Se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto-ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de

1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes en que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente. Será también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil.

Parágrafo 1°. En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla.

[191] Geneviève Viney y Patrice Jourdain,. “Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité”, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 55. Citado por Henao, Op. cit. p. 143.

[192] *Ibídem*.

[193] “Sobre este particular, es bueno recordar que el daño ambiental da lugar a la afectación de dos tipos de intereses: los personales y los naturales. Conforme con ello, el ordenamiento jurídico, al constituir los medios de defensa y garantía de los derechos, ha previsto la reparación a favor de las personas que puedan resultar afectadas en sus patrimonios y derechos (a través del resarcimiento propio de las acciones civiles - individuales y colectivas-), y la compensación o restauración para garantizar y asegurar los derechos de la naturaleza, concretamente, en relación con los derechos a mantener y regenerar sus ciclos vitales”. Corte Constitucional, sentencia C-632 de 2011.

[194] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo 16 de 2011, rad. 52835-3103-001-2000-00005-01, M.P. William Namen Vargas.

[195] “Así las cosas, el daño ambiental puro es cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, aire, flora), causados por cualquier actividad u omisión, que supera los niveles permitidos y la capacidad de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano; mientras que el daño ambiental impuro se define como la consecuencia de la afectación ambiental que repercute en el entorno de los seres humanos,

y supera los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de estos”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. CP. Ramiro Pasos Guerrero. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Radicado 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028).

[196] Ley 1437 de 2011, art. 145: “Reparación de los perjuicios causados a un grupo. Cualquier persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia [...]” [se destaca].

[197] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. CP. Ramiro Pasos Guerrero. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Radicado 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028).

[198] Página 94.

[199] “Por los motivos expuestos se considera que el único impacto sufrido por los pueblos indígenas que puede ser considerado como daño ambiental, es el daño cultural provocado por el desplazamiento forzado debido principalmente al impacto sufrido por tierras y ríos y por la disminución de las especies que servían para la cacería y la pesca tradicionales, lo que los ha obligado a modificar sus costumbres”. Página 154.

[200] “A number of the civil liability instruments discussed below establish threshold for environmental damage or adverse effects which are “significant”[200], or “serious”[200], or above “tolerable levels”[200], and the ILC Montreal Rules call on states to prevent “substantial injury”[200].

Establishing the appropriate threshold turns on the facts of each case, and may vary according to local or regional circumstances. The limited state practice supports the view that the threshold to be crossed may still be established at a relatively high level of environmental damage”. Sands. Op. cit. p. 879

[201] Directiva 2004/35/CE, art. 2.

[202] Directiva 2004/35/CE, anexo 1.

[203] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Art. 4.

[204] www.cica.es/aliens/gimadus. Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental. N° 3 de noviembre de 1999. Universidad de Sevilla. Área de Derecho Administrativo. Citado por Henao. Op. cit. p. 161.

[205] Casas, Sergio. “Responsabilidad por daños al medio ambiente”. En Lecturas sobre derecho al medio ambiente. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado, 2002. p. 157

[206] “Es el caso, por ejemplo, de la muerte de unas abejas por emisiones de flúor en el aire. Cuando las abejas mueren es muy difícil establecer cuál es la causa porque la industria de flúor se encontraba a kilómetros de distancia. Sin embargo, luego de excluir que las abejas estaban enfermas, que hubieran atrapado un gran frío por las heladas, “se juzga que a falta de otra causa la mortalidad de las abejas solo se podía explicar por la intoxicación del flúor”. Esta metodología se complementa con el método del “conjunto de presunciones graves y concordantes” que apuntan a esclarecer el nexo causal. Esta problemática de la causalidad en materia ambiental supone entonces olvidar que la única prueba viable es la directa y contundente, para permitir nuevas aproximaciones al fenómeno, gracias a las técnicas que se han reseñado”. Henao. Op. cit. p. 162.

[207] “En efecto, resalta la Sala que si bien dentro del material probatorio analizado no obra una prueba directa, como lo es un dictamen pericial, que acredite la repelida relación causal, el daño antijurídico le es imputable al Estado por la estructuración de una causa altamente probable deducida indiciariamente: la actividad de erradicación de cultivos ilícitos produjo de manera colateral la muerte del cultivo de lulo, lo cual se materializó en perjuicios en cabeza del demandante”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. CP. Ramiro Pasos Guerrero. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Radicado 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028).

[208] “Declárense responsables de la catástrofe ambiental, ecológica y económico-social de la cuenca hidrográfica del río Bogotá y de la contaminación de los ríos y quebradas afluentes del primero y de que dan cuenta las demandas, por acción a todos los habitantes e industrias de la cuenca que desde hace no menos de treinta años han venido realizando sus vertimientos domésticos e industriales, además de las malas prácticas agropecuarias y de disposición de residuos sólidos, entre otras, todos ellos como actores difusos, por

omisión a la nación – Ministerio de minas y energía – Ministerio de ambiente y desarrollo sostenible, Ministerio vivienda, ciudad y territorio, Ministerio de salud y protección social, Ministerio del trabajo, Ministerio de agricultura y desarrollo rural, a la Corporación autónoma regional de Cundinamarca, – car, al Departamento de Cundinamarca, al Distrito capital de Bogotá, y todos los municipios aferentes a la cuenca”. Consejo de Estado, Sección Primera, CP. Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia del 28 de marzo de 2014. Radicado 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP).

[209] Consejo de Estado, Sección Primera, CP. Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia del 28 de marzo de 2014. Radicado 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP).

[210] “El objetivo de la obligación de reparación que nace después de establecerse la responsabilidad no se reduce únicamente a la reparación material (restitutio in integrum), o a la reparación equivalente, ni siquiera a la simple compensación económica de los daños, sino que debe servir para aplicar el principio de prevención, en la medida en que se trata de orientar las actividades causantes del daño por la senda del ajuste, de la actualización y de la aplicación de medidas que impidan la continuidad de los daños y perjuicios que se causen, como la posibilidad de que el perjuicio termine siendo irreparable”. Briceño Chaves, Andrés Mauricio. “Aproximación a la reparación de los perjuicios ambientales en el Derecho Comparado”. Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo XII. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 429.

[211] Consejo de Estado, Sección Primera, CP. Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia del 28 de marzo de 2014. Radicado 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP).

[212] “La internalización de las externalidades ha dado lugar al campo de las economías ambientales que supone que la estimación de los recursos naturales está sujeta únicamente a las condiciones económicas y que todos los aspectos naturales se pueden reducir completamente a los precios del mercado (reales o ficticios). Para el relativamente nuevo campo de la economía ecológica, por el contrario, el valor de la naturaleza no se puede evaluar sólo en términos económicos. Existen procesos económicos y políticos que contribuyen a definir el valor de los recursos naturales que no se pueden reflejar en los precios del mercado. De hecho, en muchos casos los procesos económicos y ecológicos son inconmensurables hasta el punto de que las comunidades valoran el medio ambiente por

razones distintas a las económicas —por ejemplo, cuando consideran la naturaleza sagrada como no mercadeable”. Escobar. Op. cit. p. 101.

[213] Por ejemplo, análisis costo beneficio, el análisis de cambios en la productividad, la valoración de las conductas de defensa y mitigación, el método de los costos de viaje, el método de los precios hedonistas, el método de valoración contingente, así como los métodos de medición de los efectos de la contaminación sobre la salud.

[214] Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normativa ambiental: Manual conceptual y procedimental / Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales; Universidad de Antioquia. Corporación Académica Ambiental; Zárate Y., Carlos A.; et ál. (invest.). — Bogotá, D.C.: Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; Universidad de Antioquia, 2010. Disponible en <http://www.anla.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=1297&conID=4473>

[215] Disponible en <http://www.anla.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=1297&conID=4473>

[216] Resolución 2086 de 2010. Artículo 3. Criterios. Los siguientes son los criterios a tener en cuenta en la metodología para la tasación de las sanciones pecuniarias:

B: Beneficio ilícito

á: Factor de temporalidad

i: Grado de afectación ambiental y/o evaluación del riesgo

A: Circunstancias agravantes y atenuantes

Ca: Costos asociados

Cs: Capacidad socioeconómica del infractor

[217] Resolución 2086 de 2010. Artículo 7.

[218] Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normativa ambiental: Manual

conceptual y procedimental

[220] Decreto 2651 de 1991, Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales. Artículo 21: “En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:

1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo. (...)”. Ver también Ley 446 de 1998, artículo 10. Aunque ambas normas fueron derogadas, el propósito fue recogido dentro del nuevo Código General del Proceso.

[221] Código General del Proceso, art. 228 (2).

[222] Código General del Proceso, art. 232.

[223] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 9 de septiembre de 2010. Radicado: 17042-3103-001-2005-00103-01).

[224] Como ya se dijo, a la demanda se aportó Concepto Técnico del UMATA y el dictamen pericial realizado por Tecnólogo en Producción Agropecuaria, Zootecnista y Profesional Especializado de Corpoamazonía Regional Caquetá; estas pruebas, contrario a lo resuelto en primera instancia, serán valoradas pues a ellas se les dio traslado al demandado y ni siquiera las controvertió en la etapa de contestación (num. 1, art. 20, Decreto 2651 de 1991; Num. 1, art. 10, Ley 446/98 e inc. 3, art. 183, C.P.C.).

[225] Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección B. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia del 30 de enero de 2013, radicado 18001-23-31-000-1999-00278-01(22060)

[226] Consultada el 10 de noviembre de 2014 en <http://zulia.tsj.gov.ve/DECISIONES/2010/FEBRERO/572-26-8U-346-08-8J-009-10-S.HTML>

[227] “Estimación de las pérdidas de la Infauna Bentónica por disminución de densidad de Donax Stratus.../”... Los resultados de la simulación realizada con el programa POBCHIP,

produjeron costos ambientales estimados, según la pérdida de organismos, en DIECIOCHO MIL NOVENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO BOLÍVARES (BS. 18.091.441.658,00) hoy DIECIOCHO MIL NOVENTA Y UNO, CON CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN BOLÍVARES FUERTES Y SESENTA Y SEIS CÉNTIMOS (18.091.441,66 BS F.), (tabla 1), dicho costo está compuesto por el valor de los organismos que mueren a causa del derrame petrolero (N° de muertos), mas el valor de aquellos organismos que no nacen, debido a que sus padres potenciales fueron muertos por el derrame petrolero (N° de no nacidos). La utilización de un valor de mercado ligeramente superior al actual lo consideramos correcto si se tiene en cuenta que no se está aplicando una actualización valor neto, por cambio temporal en el precio de mercado de la especie..."/" ... Tabla 1. Resultado de las simulaciones del modelo POBCHIP para chipichipis"

[228] "...2.- Valor de reposición de la arena como sustrato..."/" ...La arena de las zonas supralitoral, intermareal y sublitoral (zona de rompientes), es el medio esencial para la epifauna y la infauna. Para restaurar las condiciones que tenía antes del derrame petrolero, es necesario sustituir la arena petrolizada por arena limpia. El valor del daño al sustrato blanco (fondo arenoso) es equivalente al valor de reposición de la arena petrolizada, por arena limpia, y es la indemnización que el Estado venezolano cobrará por los daños al sustrato blanco. La estimulación produjo costos de CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES DE BOLÍVARES (BS. 485.000.000,00), hoy CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL BOLÍVARES FUERTES (BS. F 485.000,00). Sin embargo, existe demanda internacional por la arena para la construcción de playas artificiales. De considerarse éste como el precio de mercado de este bien las estimaciones pudieran proporcionar cifras aun mayores. En la tabla 2, se presentan los cálculos..."/" ...Tabla 2. Cálculos del valor de reposición de la arena dañada.

VARIABLES:

Metros cúbicos de arena petrolizada 100.000

Valor (Bs. del metro cúbico de arena limpia 4.850

Cotización del US\$ (Bolívares por \$) 485

RESULTADOS:

Costos en Bolívares 485.000.000,00 ”

[229] “..3.- Daños a la playa como balneario...”/”...El costo del día de playa, que es el valor que el turista está dispuesto a pagar, se calculó a partir del número de personas que anualmente visita la playa de Caimare Chico, estimándose en un millón de visitantes, y los gastos diarios que incurren por concepto de transporte, comida, bebidas y espectáculos, estimado en BS. 20.000,00, hoy BS F. 20,00, el área de cien mil metros cuadrados de balneario (2.000 metros de largo por 50 metros de ancho). Para estimar el daño real incurrido es necesario multiplicar el valor diario del balneario por el total de días que la playa ha permanecido cerrada...”/”... Así, con el empleo de la fórmula N° de visitantes al año dividido entre 365, multiplicado por gastos diarios promedio (Bs.) y por N° de días de cierre, se obtuvo un valor acumulado de OCHO MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL OCHENTA Y DOS BOLÍVARES (BS. 8.219.178.082,00), hoy OCHO MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE, CON CIENTO SETENTA Y OCHO BOLÍVARES FUERTES CON OCHO CÉNTIMOS (BS. F 8.219.178,08). En la tabla N° 3 se presenta los resultados...”/ ”

[230] Cálculo del valor de restitución de la calidad de agua en las costas afectadas...”/”...El promedio de hidrocarburos disuelto en el agua en las zonas afectadas por el derrame petrolero, es 8 mg/l. La fuente de esta contaminación del medio acuático, es el crudo enterrado en las zonas sublitorales (zona de rompientes), entre los Kilómetros 11 al 16 de la vía Caimare Chico — San Carlos. Las corrientes litorales en la dirección de San Carlos-Caño Sagua, se encargan de distribuir este contaminante a lo largo de toda la Costa Occidental del Golfo de Venezuela. Considerando que la extracción de más de 100.000, metros cúbicos de arena petrolizada, ubicados en esa zona de rompientes, mejorará la calidad de las aguas de la zona afectada, se estimó que los costos de recolección de la misma son un buen estimador del daño implícito al agua.

El costo operativo del plan nacional de contingencia para la extracción de la arena petrolizada de la zona de rompientes, es de DOS MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO MILLONES DE BOLÍVARES (BS. 2.425.000.000,00), hoy DOS MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO BOLÍVARES FUERTES (BS. F 2.425.000,00.); costo éste que se transfiere a la

medida del daño por contaminación de las aguas costeras. Esto se hace en base a que se está suponiendo que el propio medio natural se encargará de la destoxificación del cuerpo de agua hasta niveles semejantes a los que se encontraban antes del derrame petrolero..."/"..."Generalmente, en caso como éste, donde se dificulta la estimulación pecuniaria del daño sufrido por bienes que, como los ambientales, no suelen tener valor de mercado, en el mundo se ha optado por asumir como monto del daño ambiental el equivalente al costo de restauración del bien afectado, al estado que tenía con anterioridad..."/"..."IV CONCLUSIONES: El costo total incurrido por daños ambientales, es de VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTE MILLONES SEISCIENTOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA BOLÍVARES (BS. 29.220.619.740,00), hoy VEINTINUEVE MILLONES DOSCIENTOS VEINTE MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE BOLÍVARES FUERTES CON SETENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (BS. F 29.220.619,74) El resumen se presenta en la Tabla 4..."/"..."TABLA 4. Resumen de los costos por daños ambientales..."

[231] Unión Europea. Directiva 2004/35/CE.

[232] Unión Europea. Directiva 2004/35/CE. Art. 5.

[233] Ley 1333 de 2009, art. 36 y siguientes.

[234] Henao. Op. cit. p. 148.

[235] La jurisprudencia española encuentra en el “principio de reparación integral” la mejor forma de dar cumplimiento a la tutela judicial efectiva establecida en la Constitución (puede verse SSTs de 31 de octubre de 1990, de 29 de noviembre de 1990, de 21 de enero de 1991, de 12 de marzo de 1991, de 25 de junio de 1992). Así pues, la sentencia del TS de 12 de marzo de 1993 expresó que en el régimen de responsabilidad “rige el principio de reparación integral del daño sufrido por quien no tenía el deber de soportarlo, en función de otro principio implícito, el de la solidaridad social... nuestras sentencias ha[n] proclamado, sin desmayo alguno, que la indemnización debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos, hasta conseguir la reparación integral de los mismos y con ello la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado... Sólo así se cumple la exigencia constitucional de que la tutela sea efectiva y por lo tanto completa”. ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 12 de marzo de 1993, RJ 1993/4870.

[236] La jurisprudencia italiana de la Corte di Cassazione de 1989 determinó que conforme a lo establecido en el art.18 de la Ley de 8 de agosto de 1986, n.349, «... la condena a la restauración del lugar a costa del responsable... asume posición dominante entre las formas resarcitorias, en virtud de la derogación de lo consagrado en el segundo apartado del art.2058 cc; y constituye por tanto... la medida privilegiada a adoptar, siempre que sea posible, con preferencia de la condena al resarcimiento pecuniario, en cuanto a que esta sólo es idónea para suprimir la fuente de las secuelas de los daños futuros, de difícil previsión y mucho más opinable en cuanto a su cuantificación». ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sezioni Unite. Sentenza del 25 gennaio 1989, n.440. En la doctrina italiana, se ha señalado que conforme a lo establecido en la Ley n.349 de 1986, la «... alternativa del legislador obedecía a una precisa exigencia práctica: aquella de prestar, frente a la lesión de los bienes ambientales, y de conformidad con la naturaleza social de tal daño, una modalidad de resarcimiento que se traduzca en una sentencia de condena a la restauración a la situación precedente de manera que se permita a la “colectividad interesada en condiciones de gozar plenamente del bien dañado”». CECCHERINI. “Danno e riduzione in pristino nella legislazione ambientale”, en PERLINGIERI, P (a cura di). Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile. Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1991, pp.277 ss.

[237] Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección B. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia del 30 de enero de 2013, radicado 18001-23-31-000-1999-00278-01(22060). Pronunciamiento dentro de una demanda de reparación directa contra la Nación, presentada por un campesino que denunció a la sección Antinarcóticos de la Policía Nacional por haber realizado una fumigación con herbicidas químicos sin identificar, lo cual causó “daños graves e irreversibles” a sus hectáreas de cultivo

[238] Corte Constitucional, sentencia C-632 de 2011.

[239] Unión Europea. Directiva 2004/35/CE. Anexo II.

[240] En la sentencia T-294 de 2014, uno de los argumentos de las entidades demandadas para justificar la construcción de un residuo sanitario junto a una quebrada, era que la misma de por sí ya estaba contaminada, a lo que la Corte respondió: “El que las fuentes de agua que abastecen la vereda ya estuvieran contaminadas no exonera a las entidades

demandadas de su responsabilidad en la vulneración del derecho de acceso al agua potable de los habitantes de Cantagallo. Por el contrario, la agrava, toda vez que la decisión de autorizar y dar inicio a una actividad que incrementaría los niveles de contaminación del recurso hídrico en la zona, se adoptó a sabiendas de que las personas que la utilizan para su consumo no disponían de ninguna otra alternativa para acceder al líquido, y sin prever ninguna acción concreta para compensar la mayor afectación que se produciría como consecuencia de la construcción y operación del relleno sanitario”.

[241] Briceño Chaves, Andrés Mauricio. “Aproximación a la reparación de los perjuicios ambientales en el Derecho Comparado”. *Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiente*. Tomo XII. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2012. p. 444.

[242] Henao. *Op. cit.* p. 149.

[243] “Así las cosas, se acogerá la vista experta de estos especialistas en temas ambientales, como sin duda lo es el funcionario de Corpoamazonía (fl. 80, C.1°); por tanto, dado lo complejo que resulta la cuantificación económica según los mismos expertos, se ordenará a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, con el apoyo técnico de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -con jurisdicción en el Departamento del Caquetá-, financiar con su patrimonio “un proyecto de reforestación con especies maderables propias de la región, como el cedro, achapo, nogal, balso, carbonero, ahumado, etc.” Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección B. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia del 30 de enero de 2013, radicado 18001-23-31-000-1999-00278-01(22060).

[244] “Si los recursos naturales y/o servicios dañados no se restituyen a su estado básico, se efectuarán reparaciones complementarias. La finalidad de la reparación complementaria es proporcionar un nivel de recursos naturales y/o servicios—inclusive, si procede, en un paraje alternativo— similar al que se habría proporcionado si el paraje dañado se hubiera restituido a su estado básico. En la medida en que sea posible y adecuado, el paraje alternativo deberá estar vinculado geográficamente al paraje dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada”. Unión Europea. Directiva 2004/35/CE. Anexo II.

[245] “La reparación compensatoria se efectuará con el fin de compensar la pérdida provisional de recursos naturales y servicios durante la recuperación. Esta reparación

compensatoria consiste en aportar mejoras adicionales a las especies y hábitats naturales protegidos o a las aguas, ya sea en el paraje dañado o en un paraje alternativo, y no en compensar económicamente al público.” *Ibíd.*

[246] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Vs. Perú. Reparaciones, sentencia de noviembre 27 de 1998. Serie C, n°. 43.

[247] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. CP. Ramiro Pasos Guerrero. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Radicado 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028).

[248] “- Finalmente, esta Presidencia considera que también existen suficientes indicios para demostrar la existencia de un número excesivo de muertes por cáncer en el área de la Concesión, e inclusive muchas de las personas entrevistadas durante inspecciones judiciales declararon padecer o tener algún ser cercano padeciendo con algún tipo de cáncer, sin embargo debemos notar que no se ha demandado la reparación de casos particulares de cáncer, ni están identificados tales casos, por lo que no son reparables, sino que por el contrario, se considera que esta prueba en conjunto con la estadística refleja un agravante al problema de salud pública referido anteriormente. Considerando que la falta de individualización de las víctimas no libera de la responsabilidad de reparar tal daño, lo que conviene analizar es quién seña el beneficiario de dicha reparación, por lo que, atendiendo al hecho de que ha quedado probado la existencia de un grave problema de salud pública, cuyas causas son razonablemente atribuibles a la explotación petrolera, resulta necesario que la medida de mitigación ordenada para cubrir el problema de salud pública originado por la conducta de Texpet, se dirija también a mitigar este problema de salud pública, quedando de este modo acrecentada en OCHOCIENTOS MILLONES DE DÓIARES (USD\$800.000.000,00) la condena para la provisión de fondos de un plan de salud que deberá necesariamente incluir tratamiento para las personas que padezcan de cáncer que pueda ser atribuido a la operación de Texpet en la Concesión.” P. 184

[249] “También, dentro de las medidas de mitigación se atiende el daño cultural, por ser consecuencia de la conducta del demandado la ocurrencia de las afectaciones descritas en los pueblos indígenas, se ordena la implantación de un programa de reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica, cuyos costos deberán también Ser cubiertos por la demandada, en un monto CIENTO MILLONES DE DÓLARES (USD\$100.000.000,00) valor

obtenido en base a los costos para cuatro años de nueve millones y medio de dólares, del proyecto CAIMAN, referido por el perito Gerardo Barros en su informe pericial (ver cuerpo 1576 y 1577), Y que puede compartir sus objetivos con la medida de mitigación aquí ordenada, pero que deberá además duplicar esfuerzos para recuperar la organización y los valores comunitarios y reafirmar la identidad étnica de los diferentes pueblos, por un tiempo de al menos 20 años, lo que aumenta proporcionalmente los costos". p 184

[250] "de modo que los actos de la demandada mientras operaba la Concesión, su beneficio económico obtenido, los actos de sus representantes, y su manera de proceder en este proceso, hacen apropiada la aplicación de esta sanción, pero no en la suma pretendida por los actores ni bajo la forma de un pretendido enriquecimiento injustificado, sino que esta presidencia, según sana crítica, impone una penalidad punitiva equivalente a 100% adicional de los valores sumados de las medidas de reparación, lo que resulta adecuado con la finalidad punitiva y disuasoria de este tipo de indemnizaciones, teniendo propósito a la vez ejemplarizantes y disuasivos, queriendo reconocer a las víctimas y garantizar la no-repetición de inconductas similares. Sin embargo, considerando que ya se ha condenado al demandado a la ., reparación del daño, y por cuanto sirve a los mismos fines ejemplarizantes y disuasorios, esta penalidad civil podrá ser reemplazada, a lección del demandado, por una disculpa pública a nombre de Chevron Corp., ofrecida a los afectados por las operaciones de Texpet en el Ecuador. Este reconocimiento público del daño causado deberá publicarse a más tardar dentro de 15 días, en los principales medios de comunicación escritos en el Ecuador y en el país del domicilio de la demandada, en tres días distintos, lo cual en caso de cumplirse, será considerado como una medida simbólica de reparación moral y de reconocimiento de los efectos de su inconducta, así como garantía de no repetición" Página 185.

[251] Decreto 2811 de 1974, art. 27-29. Derogados posteriormente por la Ley 99 de 1993, art. 118.

[252] Ley 99 de 1993, art. 1 (12). Ver también artículo 2: "El Ministerio del Medio Ambiente formulará, junto con el Presidente de la República y garantizando la participación de la comunidad, la política nacional ambiental y de recursos naturales renovables, de manera que se garantice el derecho de todas las personas a gozar de un medio ambiente sano y se proteja el patrimonio natural y la soberanía de la Nación."

[253] Uno de los residentes relató “Cantagallo es una tierra olvidada que los gobiernos jamás los han beneficiado con ningún proyecto, escuela, puesto de salud, parque recreacional, nada, y que ahora les traen un ‘basurero’ que estaba proyectado para realizarse en Laguneta”.

[254] Nótese en el derecho comunitario europeo también se prevé que: “La autoridad competente invitará a las personas a que se refiere el apartado 1 del artículo 12 y, en cualquier caso, a las personas en cuyas tierras hayan de aplicarse las medidas reparadoras a presentar sus observaciones y las tendrá en cuenta”. Directiva 2004/35/CE, artículo 7.

[255] Razzaque, Jona. “Participatory rights in natural resource management: the role of communities in South Asia”. En *Environmental law and justice in context*. Ebbesson, Jonas and Okowa, Phoebe. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Traducción libre.

[256] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA/SerieL/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/indice.htm>

[257] “El acceso a la información es un prerrequisito para la participación pública en la toma de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y el privado. Las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, de conformidad con lo que prescribe el artículo 13 de la Convención Americana. Las leyes nacionales disponen que las partes que soliciten autorización para llevar a cabo proyectos que puedan afectar el medio ambiente deben realizar, como condición previa, evaluaciones de las repercusiones ambientales y suministrar otra información específica. No obstante, las personas que residen en los sectores afectados han indicado que carecen de la información más básica sobre las actividades de explotación que se están realizando localmente y sobre los riesgos potenciales para su salud. El Gobierno deberá tomar medidas para que las personas que podrían verse afectadas tengan fácil acceso a dicha información, que por ley deberá suministrarse.” (subrayado fuera del original).

[258] “La participación pública en la toma de decisiones permite, a quienes tienen en juego sus intereses, expresar su opinión en los procesos que los afectan. La participación del

público está vinculada al artículo 23 de la Convención Americana, donde se establece que todos los ciudadanos deben gozar del derecho de “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”, así como al derecho de recibir y difundir información. Conforme a lo que se señala en el Decreto 1802, si bien la acción ecológica requiere la participación de todos los sectores sociales, algunos, como las mujeres, los jóvenes, las minorías y los indígenas, no han podido participar directamente en dichos procesos por diversas razones históricas. Sería menester informar a los individuos afectados y oír su opinión respecto a las decisiones que los afectan”. (subrayado fuera del original).

[259] Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151

[260] Par. 87.

[261] “98. Tal como ha quedado acreditado, la restricción aplicada en el presente caso no cumplió con los parámetros convencionales. Al respecto, la Corte entiende que el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la observancia de los límites convencionales (supra párrs. 77 y 88 a 93), crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo”.

[262] Ley 99 de 1993, art. 68: “De la Planificación Ambiental de las Entidades Territoriales. Para garantizar la planificación integral por parte del Estado, del manejo y el aprovechamiento de los recursos naturales a fin de garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución Nacional, los planes ambientales de las entidades territoriales estarán sujetos a las reglas de armonización de que trata el presente artículo.

[263] “Declárense responsables de la catástrofe ambiental, ecológica y económico-social de la cuenca hidrográfica del río Bogotá y de la contaminación de los ríos y quebradas afluentes del primero y de que dan cuenta las demandas, por acción a todos los habitantes e industrias de la cuenca que desde hace no menos de treinta años han venido realizando

sus vertimientos domésticos e industriales, además de las malas prácticas agropecuarias y de disposición de residuos sólidos, entre otras, todos ellos como actores difusos, por omisión a la nación - Ministerio de minas y energía - Ministerio de ambiente y desarrollo sostenible, Ministerio vivienda, ciudad y territorio, Ministerio de salud y protección social, Ministerio del trabajo, Ministerio de agricultura y desarrollo rural, a la Corporación autónoma regional de Cundinamarca, - car, al Departamento de Cundinamarca, al Distrito capital de Bogotá, y todos los municipios aferentes a la cuenca”. Consejo de Estado, Sección Primera, CP. Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia del 28 de marzo de 2014. Radicado 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP).

[264] Corte Constitucional, sentencias SU-961 de 1999, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-1084 de 2006, T-594 de 2008, T-265 de 2009, T-328 de 2010, T-1028 de 2010 y T-187 de 2012, entre otras.

[265] Corte Constitucional, sentencia T-328 de 2010. En igual sentido la sentencia T-1028 de 2010.

[266] Expedida el 11 de enero de 1989. Diario Oficial No. 38.650.

[267] La sentencia T-488 de 2014, al abordar el caso de los baldíos, presentó una ratiocinio similar: “Con la evolución institucional y sofisticación de los Estados modernos, los ciudadanos han delegado gran parte de su ejercicio soberano en los poderes constituidos, sean estos elegidos popularmente o no. Se ha forjado así un extenso cuerpo de funcionarios que de una u otra forma administran el patrimonio público y con ello direccionan el accionar mismo del Estado. Es en virtud de lo anterior que el interés colectivo a la defensa de lo público se erige como “uno de los derechos de mayor connotación en el Estado de Derecho colombiano” teniendo en cuenta que es a través del patrimonio público que el Estado da cumplimiento a los fines para los cuales fue estatuido. La celosa defensa de lo público más que un fin en sí mismo, constituye el medio para materializar los postulados superiores de convivencia, libertad, igualdad y paz que la Constitución Política prescribe.”

[268] Publicado en el Diario Oficial No. 39.013, del 7 de octubre de 1989. La acción popular del presente expediente, por su parte, fue admitida mediante auto del 12 de octubre de la misma anualidad.

[269] Corte Constitucional, sentencias SU-515 de 2013 y SU-915 de 2013.

[270] Corte Constitucional, sentencias SU-159 de 2002, T-043 de 2005, T-295 de 2005, T-657 de 2006, T-686 de 2007, T-743 de 2008, T-033 de 2010, T-792 de 2010, entre otras.

[271] Sentencias T-284 de 2006 y T-466 de 2012.

[272] Sentencia T-060 de 2012

[273] Es ese sentido las sentencias T-510 de 2011, T-064 de 2010 y T-456 de 2010.

[274] Corte Constitucional, sentencia SU-198 de 2013.

[275] Sentencias T-538 de 1994, SU-159 de 2002 y T-061 de 2007.

[276] Sentencia T-442 de 1994.

[277] Sentencia SU-159 de 2002.

[278] Sentencia T-060 de 2012, cita original con pies de página.

[279] - “Si bien es cierto, existió un daño ecológico, el cual puede ser perseguido por los perjuicios a través de la acción de responsabilidad civil correspondiente, también es cierto que en la actualidad, después de 20 años este despacho no puede afirmar si aún el daño ecológico continúa, por el contrario, del expediente se infiere que lo que se persiguen son los efectos económicos indirectos del siniestro ocurrido el 19 de junio de 1989, los cuales no tienen cabida en la acción incoada” Cuaderno de tutela, folio 20.

- “Esta sala encuentra que no existe por parte de la Sociedad Dow Química de Colombia S.A. comportamiento que lesione o amenace lesionar el ecosistema de la bahía de Cartagena, ni está probado que persistan en el tiempo efectos nocivos para el medio ambiente derivados de los hechos ocurridos el 19 de junio de 1989, sin que ello implique desconocer su ocurrencia, aceptada por la parte accionada en el escrito de contestación de la demanda”. Cuaderno de tutela, folio 24.

[280] “En términos generales la compañía compró pescado por una cantidad aproximada a

las diez y ocho (18) toneladas, pagando inicialmente precios superiores al mercado por kilo, a setecientos pesos (700) el kilo” Así lo reconoció el señor Oswaldo Parrera, en su calidad de Representante legal de Dow Química en interrogatorio de parte rendido el 27 de enero de 1992. Ver Cuaderno Pruebas Practicadas sin la Presencia del Juez, folio 202.

[281] Según se narró durante la inspección judicial practicada el 31 de enero de 1992. Cuaderno 3, folio 255 y siguientes.

[282] “Los diques nuevos, contruidos para los tanques 17-D-01 y 17-D-02 operan ahora independientemente y no unidos como cuando ocurrió el derrame. Además fueron hechos en forma monolítica, con concreto reforzado y con aditivos de impermeabilización. La capacidad total de los diques equivale a: la capacidad total del tanque, más dos horas del sistema contra incendio o 24 horas de agua lluvias, lo que sea mayor. El tanque 17-D-01 tiene una capacidad de 40 metros cúbicos y los diques tienen 120 metros cúbicos de capacidad.

(...)

Los diques son ahora completamente cerrados, es decir, no tienen válvulas de salida de líquidos. En caso de lluvia, el agua se analiza primero y cuando se comprueba que no tiene ningún tipo de contaminante, es bombeada a los canales de aguas lluvias mediante el uso de una bomba portátil. En caso de encontrar algún contaminante, el agua se reusa, se trata o se incinera.” Cuaderno Anexos A, B, C al informe pericial del proceso Nr. 1329 contra Dow Química de Colombia S.A. folio 52.

[283] Inderena. Informe 054 del 5 de julio de 1989. Cuaderno Primeras Investigaciones adelantadas por el Inderena, folio 179.

[284] Inderena. Resolución 0768 del 5 de julio de 1989. Cuaderno Primeras Investigaciones adelantadas por el Inderena, folio 77.

[285] “La respuesta a la primera pregunta se puede dar estimando la cantidad de sustancia que cayó al agua con base en datos de concentración de clorpirifos en momentos posteriores al derrame. Para esta estimación se hace necesario aplicar varios métodos especiales. Luego, conociendo esta estimación es posible restituir el campo espacio-

temporal contaminado por la sustancia con base en el método hidrodinámico de modelación numérica. Además, la escala espacial se delimita por las fronteras físicas de la región y por las escalas características de la advección y la difusión turbulenta de la sustancia, mientras que la escala temporal lo es, a su vez, por el tiempo utilizado por la degradación química de la sustancia.

(...)

Para los cálculos fueron utilizados datos y mediciones directas del viento y las mareas en las estaciones del Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas y el aeropuerto Rafael Núñez para el período analizado”. Cuaderno Anexos A, B, C al informe pericial del proceso Nr. 1329 contra Dow Química de Colombia S.A., folios 16-20

[286] Inderena. Informe técnico 051 de 1989. Cuaderno Primeras Investigaciones adelantadas por el Inderena, folios 8-9.

[287] “El derrame del insecticida Lorsban 4E en las instalaciones de la empresa Dow Química de Colombia ocurrido el 19 de junio, fue ocasionado muy probablemente por la apertura indebida de la válvula de paso hacia el tanque 17D-05, por parte de un funcionario de la empresa; lo que ocasionó el sobrellenado del mismo y el derramamiento de aproximadamente 6.500 lts. del insecticida”

[288] “El material sellante de las juntas del dique, constituido por brea, no es el indicado para ser utilizado con este tipo de producto, dado que es fácilmente atacado (disuelto) por el Xileno, que es solvente y constituyente mayoritario de la fórmula del producto”.

[289] “A pesar de haber ocurrido el incidente a las cinco (5.00 pm) del día 19 de junio de 1989, y no obstante la gravedad de la situación la empresa sólo reportó al Inderena los hechos hasta el día 20 del mismo mes a las 3.00 pm” Inderena. Resolución 0682 de 1989

[290] Inderena. Resolución 0682 de 1989. Cuaderno 1. Folios 27 y siguientes.

[291] “La causa principal de la fuga del producto químico Lorsban ocurrido el pasado 19 de junio/1989, se debió a un error operacional, específicamente en una de las válvulas del tanque pequeño, la cual se encontró abierta, haciendo que este se rebosara y permitiera el escape del insecticida”. Concepto del 14 de julio de 1989. Cuaderno 9, folio 81

[292] Cuaderno 2, folio 173. Decisión del 13 de febrero de 1990. El mismo fallo agrega que: “por otra parte, la existencia de un vicio oculto que pretende dejar por sentado la memorialista al decir que las fisuras en el dique de contención no podían ser detectadas, se desvirtúan simplemente al mencionar que como se consigna en declaraciones, estas fisuras ya habían sido reparadas con brea, luego si se conocía la existencia de esas grietas en el sector, no se puede afirmar lo oculto e imposible de descubrir el daño”.

[293] Lorsban 4E Spill Report - Cartagena. July 11 de 1989. Cuaderno Primeras Investigaciones adelantadas por el Inderena. Folios 245 y ss.

[294] Lorsban 4E Spill Report - Cartagena. July 11 de 1989. Cuaderno Primeras Investigaciones adelantadas por el Inderena. Folios 245 y ss

[295] Material Safety Data Sheet, Dow Chemical Europe. Cuaderno 1, folios 40 y ss. Traducción libre.

[296] EPA Pesticide Fact Sheet. Name of chemical: Chlorpyrifos. Trade name: Lorsban for households products, Lorsban for agricultural products September 30, 1984. Cuaderno 1, folios 45 y ss. Traducción libre.

[297] Cuaderno 7, folio 870.

[298] Laboratorio de investigaciones químicas y toxicología del medio ambiente. Consultora de Dow Chemical desde 1981 hasta ese momento.

[299] Centro de Tecnología Química y Agrícola de la Compañía Dow Química de Midland, Michigan. USA.

[300] Dow Química de Colombia, Cartagena.

[301] Cuaderno 3, folio 299.

[302] Cuaderno 7, folio 860. “EL procedimiento fue primitivo. Se recogió un baldado de agua de cada lado del bote. Se dejó que se asentara y luego se vertió en un recipiente de vidrio. El agua se examinó visualmente para detectar la presencia de zooplancton (movimiento) y algas (color)”

[303] “En el país este tipo de valoraciones es de reciente aplicación y por tanto su desarrollo es incipiente. (...) No fue posible determinar el daño causado por el tóxico a nivel de contaminadores primarios, como también de aquellas especies con tallas menores a las mínimas reportadas por este informe. Por lo tanto, puede afirmarse con base en este criterio que los valores establecidos se encuentran por debajo de los que realmente serían de contar el país con una información más amplia en este sentido”. Cuaderno 3, folio 279.

[304] “La incidencia del insecticida en el medio marino, como se mencionó en el punto anterior, fue de efectos letales, en vista al alto grado de toxicidad del compuesto químico en organismos marinos. Sin embargo, la fácil degradabilidad del químico, en el medio acuoso, característica de éste, e incrementada por la acción fotoquímica y bacteriana, hace que su permanencia en el medio tienda a desaparecer en muy poco tiempo (aproximadamente 20 días).” Cuaderno Primeras Investigaciones adelantadas por el Inderena, folio 81.

[305] Cuaderno 2, folio 171.

[306] Así lo señaló Gerente General del Inderena de aquel entonces, Manuel Rodríguez Becerra, en declaración rendida el 29 de enero de 1992: “es del caso subrayar que los manglares [la zona donde se derramó el producto era uno de los pocos sectores de manglar que aún quedaban] juegan un papel insustituible en la cadena alimentaria de la vida acuática de los mares y son fundamentales para el equilibrio del ecosistema. Por esa razón los daños que se hagan al manglar tienen consecuencias de muy diverso tipo. Así, por ejemplo, con la destrucción de los manglares disminuye la población de vida acuática y se pueden extinguir muchas especies que dependen fundamentalmente para su vida del manglar” Cuaderno 2, folio 236.

[307] Aunque el dictamen fue controvertido por Dow Química y el juez llegó a decretar oficiosamente nuevo dictamen, la propia compañía demandada solicitó mediante memorial suscrito el 22 de marzo proceder a dictar sentencia inmediatamente así: “El proceso se encuentra agotado en todas sus etapas, incluso desde el año 2001 (...) en cuanto al dictamen pericial oficiosamente decretado: debo llamar la atención de que, desde entonces, han transcurrido cerca de diez años sin que dicha prueba se haya practicado,

reiterándose así la inconducencia de la anotada prueba” Cuaderno 9, folio 1131.

[308] “1- Empleando un modelo hidrodinámico en tres dimensiones se ha calculado el campo de las corrientes para las situaciones climáticas y de mareas presentadas durante el período comprendido entre el 19 de junio y el 05 de julio de 1989, en el cual se registraron los efectos del componente químico clorpirifos sobre la bahía de Cartagena.

2- Los resultados del modelo presentan oscilaciones periódicas de las corrientes relacionadas con la influencia de las mareas. El viento fue relativamente débil durante el periodo de acción de la sustancia, menor a 6 m/s, lo que indica un mayor aporte de las mareas en la formación del campo de corrientes.

[309] “La respuesta a la primera pregunta se puede dar estimando la cantidad de sustancia que cayó al agua con base en datos de concentración de clorpirifos en momentos posteriores al derrame. Para esta estimación se hace necesario aplicar varios métodos especiales. Luego, conociendo esta estimación es posible restituir el campo espacio-temporal contaminado por la sustancia con base en el método hidrodinámico de modelación numérica. Además, la escala espacial se delimita por las fronteras físicas de la región y por las escalas características de la advección y la difusión turbulenta de la sustancia, mientras que la escala temporal lo es, a su vez, por el tiempo utilizado por la degradación química de la sustancia”. Cuaderno Anexos A, B, C al informe pericial del proceso Nr. 1329 contra Dow Química de Colombia S.A., folio 16.

[310] Cuaderno Anexos A, B, C al informe pericial del proceso Nr. 1329 contra Dow Química de Colombia S.A., folio 38.

[311] Cuaderno Anexos A, B, C al informe pericial del proceso Nr. 1329 contra Dow Química de Colombia S.A., folio 43.

[312] En este sentido le cabe razón al apoderado de la parte demandada cuando objetó la estimación de perjuicios presentada por la prueba pericial: “Los peritos incurrieron en el error grave de evaluar “el valor total de las pérdidas del sector pesquero (pescadores y comerciantes pesqueros)” cuando lo que se les pidió justipreciar fue algo completamente diferente: ¿cuál es el monto del daño ambiental causado por el vertimiento, traducidos en pesos colombianos?”

[313] Ministerio de Agricultura, Ministerio de Desarrollo Económico, Ministerio de Salud, Secretario General de la Presidencia de la República, Gerente General Inderena, Gerente General ICA, Presidente Andi. Cuaderno Primeras Investigaciones adelantadas por el Inderena, folio 68.

[314] Cuaderno 1, folio 31.

[315] “En la bahía de Cartagena, en la que no ha sido posible contener la contaminación del Canal del Dique, por el que llegan a la bahía los detritus de más de media Colombia, entre ellos los del Río Bogotá, verdadera cloaca”. Cuaderno 1, escrito de contestación Dow Química, folio 106. En los alegatos de conclusión, la postura de la accionada se mantuvo en la misma dirección: “de tal suerte que la pequeñísima parte de ese producto que alcanzó a llegar a la bahía de Cartagena no cayó en aguas puras, sino muy por el contrario, contaminadas, a tal punto que estaba prohibida la pesca en esas aguas no solamente industrial sino artesanal y aún de mera subsistencia”. Cuaderno 8, folio 1024”

[316] “el día 19 de junio de 1989 ocurrió un derramamiento del producto Lorsban en la planta de Dow Química de Colombia S.A., del cual alcanzó a llegar a la bahía, ya de suyo contaminada en la forma atrás descrita, un residuo de alrededor de 20 a 30 litros, que es el que ha dado origen a este pleito, desatado como “tempestad en un vaso de agua”. Cuaderno 1, contestación de la demanda, folio 107.

[317] “de tal suerte que la pequeñísima parte de ese producto que alcanzó a llegar a la bahía no cayó en aguas cristalinas sino, por el contrario, contaminadas a tal punto que estaba prohibida la pesca en esas aguas no solamente industrial sino artesanal y aún de mera subsistencia”. Cuaderno 1, contestación de la demanda, folio 105.

[318] Cuaderno 1, contestación de la demanda, folio 136.

[319] Cuaderno de revisión, folio 42.

[320] Cuaderno de revisión, folio 43.

[321] En los términos del Decreto 1120 de 2013 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Por el cual se reglamentan las Unidades Ambientales Costeras (UAC) y las comisiones conjuntas,

[322] M.P. Alejandro Martínez Caballero

[323] “Sentencia T-864 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero’

3 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[325] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[326] M.P. Alejandro Martínez Caballero.