

Sentencia T-253/16

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DE DERECHOS COLECTIVOS-Caso en que se indica que la utilización del mercurio en extracción aurífera ha ocasionado contaminación en río, afectando a población indígena

DEFENSORIA DEL PUEBLO-Legitimación para interponer tutela cuando titular del derecho se lo solicite o se encuentra en situación de desamparo o indefensión

La jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que el Defensor del Pueblo está facultado para interponer acciones de tutela en representación de terceras personas, bajo estas precisas condiciones:(i) que el titular de los derechos haya solicitado actuar en su representación; o (ii) que la persona se encuentre desamparada e indefensa, esto es, que carezca de medios físicos y/o jurídicos, en aras de evitar o resistir la amenaza o violación a sus derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DE DERECHOS COLECTIVOS-Procedencia excepcional

Cuando la amenaza o vulneración de un derecho colectivo repercute en una lesión directa a los derechos fundamentales de las personas, la acción de tutela resultaría procedente.

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DE DERECHOS COLECTIVOS CUANDO EXISTE VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Requisitos de procedencia excepcional

(i) Que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea “consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo”; (ii) el peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva; (iii) la vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas en el expediente; y (iv) finalmente, la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y “no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un

derecho de esta naturaleza.

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DE DERECHOS COLECTIVOS-Improcedencia por ausencia de pretensiones encaminadas al amparo de derechos fundamentales subjetivos, como por la falta de individualización de las personas presuntamente afectadas

No se busca la protección de un derecho subjetivo en cabeza de uno o varios individuos determinados, sino que se proponen medidas generales, abstractas, dirigidas en beneficio de un número indefinido de personas, las cuales no están individualizadas. En modo alguno el accionante se preocupó por demostrar una amenaza o violación respecto de una o varias personas a las que se les estuviera quebrantando uno de esos derechos fundamentales del cual fuera titular o titulares. De hecho, haciendo un examen cuidadoso del expediente, no se encuentra prueba alguna o constancia médica con base en la cual se pueda aseverar que algún indígena padece de una enfermedad producida por causa o con ocasión de la presencia de mercurio en el río Caquetá y sus afluentes. Lo único que se menciona, de manera abstracta, citando a algunos doctrinantes, es que la presencia de mercurio en determinadas cantidades en el organismo humano puede afectar la salud.

Referencia: expediente T-5364540.

Acción de tutela instaurada por el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía –Corpoamazonía.

Magistrado ponente:

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por la Subsección A de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -Corpoamazonía.

I. ANTECEDENTES.

El señor Julián Andrés Fernández, en calidad de Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, presenta acción de tutela contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -Corpoamazonía, para la protección de los derechos fundamentales a la salud, al agua y a la integridad de los pueblos indígenas y el principio del interés superior del menor indígena de las comunidades que integra la Asociación de Autoridades Indígenas del Pueblo Miraña y Bora del Medio Amazonas - Asociación PANI.

1. Hechos.

El Director de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo indica que en la Amazonía colombiana hay una población indígena de 112.317 habitantes aproximadamente, que representa el 0.22 por ciento del total del país, localizados principalmente en los departamentos de Putumayo, Caquetá y Amazonas. Dicha población está distribuida en 62 grupos étnicos y 192 resguardos indígenas.

Destaca las conclusiones de estudios hechos por algunos doctrinantes sobre la relación particular de los aborígenes con la naturaleza, la cosmovisión ligada a la adaptación con dicho medio y el aprovechamiento de los recursos naturales.

Señala que la región amazónica es objeto de diversas actividades económicas, entre las cuales figura la minería, la cual pasó a convertirse en una de las principales amenazas a los ecosistemas y a la biodiversidad, pues genera la contaminación del agua por el uso de

mercurio. A su juicio, al ser los recursos hídricos y pesqueros una importante fuente de alimento e ingresos para la población indígena y campesina de la Amazonia, es evidente que están consumiendo alimentos y agua contaminada.

Dice que la presencia de mercurio en el organismo de mujeres y niños impacta su salud en aspectos neurológicos, sensoriales y reproductivos, no existiendo un ejercicio de prevención y control minero-ambiental eficiente por parte del Estado, respecto de las consecuencias nocivas de este metal, ligadas a la explotación minera.

Explica que los efectos del mercurio sobre las personas varían de acuerdo al tiempo de exposición. Así, los efectos agudos incluyen daño a los pulmones, náuseas, vómitos, diarrea, aumento de la presión arterial o del ritmo cardíaco, erupciones en la piel e irritación ocular. Agrega que las exposiciones crónicas al mineral afectan de forma sistémica al organismo generando cambios y afectaciones permanentes en diferentes órganos y funciones y, además, alteraciones sensitivas y motoras en el sistema nervioso central y en el cerebro, particularmente durante la infancia y la etapa prenatal, debido a que el mercurio tiene la capacidad de traspasar rápidamente la barrera placentaria cuando el feto está en formación o ingresar al organismo a través de la ingesta de leche materna.

Asimismo, afirma que la exposición al mercurio genera un cuadro caracterizado por síntomas de depresión y ansiedad, clasificados entre las manifestaciones más tempranas de la toxicidad; genera también alteraciones del sueño, irritabilidad, pérdida del interés, aumento de la fatigabilidad, lentitud psicomotora y dificultad para concentrarse.

Advirtió que un informe del Ministerio de Ambiente sobre la situación de la minería de oro, estimó que Colombia se encuentra dentro de los cinco (5) países con mayores índices de contaminación por mercurio y que dicho fenómeno está presente en diecisiete (17) departamentos, entre ellos Amazonas, Vaupés, Putumayo y Vichada.

Destacó que diferentes estudios hechos en el año 2000 sobre la situación en regiones como el Orinoco y Antioquia, pusieron en evidencia la manera como el mercurio es incorporado a la red trófica desde los pequeños organismos planctónicos hasta el receptor final humano, en medio de cuya cadena se encuentran los peces.

Señala que según el “Informe de resultados del estudio realizado sobre los impactos

generados por la minería ilegal en el territorio de la asociación PANI – Parque Nacional Natural Cahuinarí”, los niveles de mercurio en todas las muestras de plantas colectadas en las riberas inundables del río Caquetá presentan contenidos de mercurio; lo anterior teniendo en cuenta que los procesos fisiológicos y bioquímicos en las plantas se ven afectados por la exposición al mercurio sin importar el origen del mismo (aire, agua o suelo).

Menciona que fue identificada la presencia de mercurio en las muestras animales que fueron recolectadas (cangrejos y camarones), los cuales, en algunos casos, hacen parte de la dieta de las comunidades, por lo que se genera un potencial riesgo para el hombre en la medida que su consumo continuo generan en el cuerpo un proceso acumulativo del metal (bioacumulación).

Manifestó que en los resultados documentados pudo establecerse que la concentración de mercurio en el cabello de los habitantes de la ribera del río Caquetá está directamente ligada al consumo del pescado, lo que podría sugerir que la dieta es la principal fuente de incorporación del metal a esta población, cuyo derecho a la salud humana y ambiental, según indicó, está gravemente afectado.

Pone de presente el informe que contiene la advertencia de la Contraloría General de la República, donde dicho organismo de control identificó los cuerpos de agua contaminados con mercurio, producto de la explotación ilegal del oro aluvial. En dicho informe, con relación a los principales departamentos de la región amazónica, se especificó que la contaminación acuífera se centraba en Amazonas, Caquetá y Putumayo. De esta manera, concluye el accionante que el Estado, a través de las autoridades competentes, está faltando a las obligaciones de proteger y cumplir con el derecho fundamental al agua de las comunidades indígenas afectadas. Así, “el Estado ha faltado a su deber de adoptar medidas eficaces para impedir que terceros contaminen con mercurio las fuentes de agua, como tampoco ha realizado acciones positivas para que las comunidades indígenas disfruten del derecho al agua en condiciones de cantidad y salubridad suficientes para el consumo humano”.

Sostiene que “el Estado debe garantizar el derecho a la subsistencia de los pueblos indígenas, no solo mediante acciones de tipo preventivo o sancionatorio, como sería en este

caso, frente a aquellos que con ocasión de su actividad minera utilizan mercurio, sino también mediante la adopción de medidas reparatorias que mitiguen los daños ocasionados y propendan por que tales colectividades puedan ver realizado su derecho a la integridad cultural, social y económica que el Constituyente consagró a su favor”.

2. La solicitud de amparo.

El Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo pide al juez constitucional se tutelen los derechos fundamentales a la salud, al agua, a la integridad, al interés superior del menor y a la subsistencia de las comunidades de la Asociación PANI, extendiéndose el amparo “a las demás comunidades indígenas de la selva amazónica, que no siendo partícipes de la interposición de esta acción, estén siendo afectadas por la misma vulneración”. En consecuencia, solicita:

- “Ordenar al Ministerio del Interior en coordinación con el Ministerio de la Salud y Protección Social y el Instituto Nacional de Salud que diseñen e implementen, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, un Programa Integral con enfoque diferencial que garantice el derecho a la salud de Indígenas intoxicados con mercurio y un Plan Nutricional para disminuir el mercurio en las personas afectadas.
- En virtud del principio del interés superior del menor indígena y específicamente, para atender las necesidades de salud y alimentación equilibrada de la población infantil, ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, con el acompañamiento del programa presidencial “De Cero a Siempre”, diseñar conjuntamente con las entidades mencionadas en el punto anterior, los respectivos componentes que harán parte del Programa Integral que garantice el derecho a la salud y dentro del Plan Nutricional.
- Ordenar a CORPOAMAZONIA, prevenir y controlar los efectos nocivos de la actividad de extracción minera, especialmente cuando se utiliza mercurio u otro elemento tóxico para la salud humana e interponga ante la Fiscalía General de la Nación denuncia penal frente aquellas conductas que puedan constituir delitos.
- Ordenar al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con apoyo de otras autoridades ambientales competentes, elaborar el Plan Estratégico para la Reducción del Mercurio en la Minería aurífera o artesanal a pequeña escala, en cumplimiento del Convenio

de Minamata sobre Mercurio, del cual Colombia hace parte y por ende tiene carácter vinculante y de conformidad con el inciso segundo del artículo 3o del Decreto 1658 de 2013.

- Ordenar a los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Minas y Energía; Salud y Protección Social y Trabajo, elaborar y presentar un Plan de Acción para la erradicación del mercurio, dentro del plazo estipulado en el inciso 2° del artículo 3o del Decreto 1658 de 2013.
- Ordenar a CORPOAMAZONIA realizar una evaluación, seguimiento y monitoreo de las explotaciones auríferas dentro de su jurisdicción.
- Ordenar a CORPOAMAZONIA que decrete la suspensión de las explotaciones de minerales que generen impactos al medio ambiente e inicie los respectivos procesos sancionatorios.
- Ordenar a CORPOAMAZONIA que decrete la suspensión de las explotaciones de oro en las cuales se utilice el mercurio u otro elemento tóxico para la salud e inicie los respectivos procesos sancionatorios.
- Ordenar a CORPOAMAZONIA que realice el seguimiento al cumplimiento de resoluciones que cancelen permisos de extracción minera.
- Ordenar al Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM capacitar a CORPOAMAZONIA para el análisis de mercurio y cianuro en aguas, sedimentos y/o lodos, para que pueda realizar los respectivos monitoreos y pueda implementar un plan de emergencia y contingencia ambiental donde se atiendan los riesgos cuando se exceda los valores críticos permitidos.
- Ordenar al Ministerio de Minas y Energía y al Ministerio del Medio Ambiente, así como a las entidades que integran el Sistema Nacional Ambiental, SINA que se coordinen entre sí y compartan información, antes de otorgar los permisos, licencias o autorizaciones que establece la ley para explotar recursos naturales en las zonas en las cuales existen resguardos, reservas o territorios colectivos legalmente constituidos.
- Prevenir a las autoridades aquí señaladas, que permitan la participación de las

autoridades indígenas y/o de sus líderes dentro de los procesos correspondientes para adoptar las medidas de protección”. (Mayúscula y negrilla del texto).

3. Trámite constitucional de primera instancia y respuesta de las autoridades accionadas y vinculadas.

3.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la tutela mediante providencia del 03 de septiembre de 2015. Asimismo, al advertir que las pretensiones se encuentran encaminadas a que el Ministerio de Salud, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, el Sistema Nacional Ambiental -SINA, el Programa Presidencial “de Cero a Siempre”, el Ministerio del Trabajo y el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales -IDEAM realice, dentro del marco de sus competencias, las actuaciones tendientes a la protección de los derechos invocados, decidió vincular a tales entidades.

Del mismo modo, sin vincularlo al proceso, solicitó al Ministerio del Interior allegara certificación de existencia y población de las comunidades indígenas de la selva amazónica.

3.1. Respuesta del Instituto Nacional de Salud.

Esta entidad, por intermedio de la Jefe (E) de la Oficina Asesora Jurídica, informa que la Dirección de Redes en Salud Pública-DRSP, a través del Grupo de Salud Ambiental, ha adelantado estudios en diferentes regiones del país, incluyendo la Amazonia, determinando niveles de contaminación de mercurio. Indica que “algunos de estos estudios han estado directa o indirectamente relacionados con la explotación aurífera, dichos estudios se citan en el oficio N° 1000-001036 de fecha 22 de enero de 2015, enviado como respuesta al oficio N° 30116, relacionado con “Solicitud de información sobre mercurio en tejido humano en indígenas del Amazonas”, elevada por las Asociaciones PANI, ACIMA y ACITAVA, la cual adjunta (folios 86 a 88).

Aduce que dicho Grupo, en cumplimiento del Sistema de Vigilancia de la calidad de agua para consumo humano, ha analizado muestras del líquido tomadas cerca de las bocatomas de los municipios, sin que se detecten niveles de mercurio. Aclara, sin embargo, que “es posible que el mercurio metálico empleado en la actividad minera, debido a su naturaleza se precipita al fondo encontrándose más fácilmente en los sedimentos que en el agua, lo

cual es una posible causa de los resultados encontrados. Reportes en la literatura argumentan que el riesgo de contaminación puede ser bastante bajo debido a que este metal reside principalmente en los sedimentos y una vez resuspendido es rápidamente consumido por microorganismos y especies acuáticas ubicadas en la base de la cadena alimenticia”.

Sugiere que se realicen estudios que incluyan el análisis de pescado y biomonitoreo (determinación de mercurio en cabello y sangre) de la población en riesgo, ya que la vigilancia de la contaminación de cuerpos de agua y su respectivo muestreo dependen de factores como la distancia del afluente o de la zona de extracción minera que está vertiendo los residuos al punto de toma de la muestra, además, del caudal de la fuente de agua, ya que los metales pesados, por su condición química se precipitan al fondo acumulándose en sedimento y en la vegetación del lecho acuático, los microorganismos presentes en los sedimentos transforman el mercurio inorgánico en metil-mercurio, el cual a través de la cadena trófica es consumido por los peces y, finalmente, llega al hombre, por el consumo de pescado.

Destaca que se ha brindado asesoría técnica al Laboratorio de Salud Pública de la Secretaría de Salud del Amazonas, en relación con el marco general de política, la normatividad vigente, las generalidades y el ciclo de vida del mercurio, así como en la toma, conservación y transporte de muestras biológicas y ambientales; además, indica, que se ha ofrecido el seguimiento por laboratorio para fortalecer las determinaciones de metales pesados para dar respuesta a las solicitudes de las Autoridades Tradicionales Indígenas.

3.2. Respuesta de la Presidencia de la República.

La Presidencia de la República, a través de apoderada, considera que el accionante escogió una acción equivocada, por cuanto la protección de los derechos que señala como vulnerados, deben ser ventilados mediante acciones populares o de cumplimiento.

Solicitó que la tutela sea negada por falta de legitimación en la causa por pasiva, pues la Presidencia de la República no tiene la responsabilidad de atender los requerimientos hechos en la demanda, en la que no mencionó cuál pudo ser la acción u omisión de la entidad.

3.3. Respuesta del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales –IDEAM.

El IDEAM, por intermedio de su Director General, tras hacer un recuento de las funciones de la entidad, asegura que el instituto carece de legitimidad en la causa por no tener deberes funcionales relacionados con la situación expuesta en la demanda.

Sin embargo, menciona que en virtud de la colaboración armónica de los órganos del Estado, se encuentra en disposición de capacitar a cualquier entidad pública que así lo solicite respecto del análisis de mercurio y cianuro asociados a la calidad del agua, de acuerdo con los protocolos de monitoreo establecidos.

Señala que de ser necesaria la capacitación de que habla el accionante, se requiere de tiempo suficiente para realizar dicho ejercicio académico, pues tal circunstancia supone esfuerzos logísticos y administrativos de la entidad requirente de la capacitación, es decir, Corpoamazonia, así como de ese Instituto (instalaciones, personal, insumos).

3.4. Respuesta del Ministerio de Minas y Energía.

Este Ministerio, a través de apoderada, manifiesta que el demandante desconoce las actuaciones adelantadas por dicha cartera para el cumplimiento de las obligaciones señaladas en la Ley 1658 de 2013.

Explica que el ministerio puso en marcha el proyecto de inversión para la capacitación teórica y práctica dirigida a la reducción y eliminación del uso del mercurio a nivel nacional, en desarrollo del cual suscribió varios contratos interadministrativos con diferentes sectores con dicho propósito y en busca de la protección de la salud humana, los recursos naturales renovables y del ambiente.

Agrega que dichas acciones enfocadas especialmente al ámbito de la extracción aurífera, como técnica para esa actividad, abarcó regiones como los municipios de Suárez y Buenos Aires en Cauca, Vetás y California en Santander, Iquira y Tesalia en Huila, Arenal, Norosí, Rio Viejo y Tiquisio en Bolívar, Andes y Sotomayor y Llanada en Nariño.

Destaca que en el marco de aplicación de la ley 1658 de 2013, las gestiones llevadas a cabo por el ministerio están dirigidas a las personas que desarrollan la actividad minera en forma legal, pues la mitigación y control de la labor ilegal, en este campo, le compete a

otras autoridades nacionales, locales, ambientales y de policía y defensa.

A su juicio es clara la falta de legitimación en la causa por pasiva de la cartera de Minas, pues la contaminación descrita en la demanda es producida por personas indeterminadas que trabajan en la minería ilegal, “de lo que se infiere que quien está llamado a responder por la eventual vulneración, es este grupo indeterminado de personas y la autoridad minera y local competente para vigilar, controlar y detener las actividades de minería ilegal”.

Concluye que la parte actora cuenta con otros mecanismos para la protección de los derechos que considera vulnerados, que recaen “no sólo en una persona o comunidad sino a la Asociación de Autoridades Indígenas del Pueblo Miraña y Bora del Medio Amazonas –Asociación PANI”, por lo que “es claro que a la luz de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo y de la Carta Política de 1991, existen otras vías con las cuales se puede conminar a las personas y autoridades competentes al cumplimiento de las pretensiones hoy perseguidas”.

3.5. Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF.

El ICBF, por intermedio de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, da cuenta que en la sesión de concertación de la Mesa Regional Amazónica, cumplida en agosto de 2015, el instituto adquirió el compromiso de revisar las estrategias de recuperación nutricional en la región.

Menciona que incluso desde el año 2014, el ICBF implementó acciones para mejorar el estado nutricional de niños y niñas menores de cinco (5) años e inició el suministro de un aporte de alto valor nutricional para beneficiarios de la primera infancia, incluyendo menores de varias zonas pertenecientes a los pueblos Miraña y Bora, donde también desplegó diferentes gestiones para asistencia a los niños y niñas de tales comunidades. Presenta unos cuadros mediante los cuales pone de presente las actuaciones adelantadas por la Unidad Móvil Amazonas para la atención de los menores que hacen parte de las comunidades indígenas que se encuentran asentadas en ese Departamento.

Aduce que la Defensoría del Pueblo no cumplió los requisitos de legitimación en la causa por activa porque no está demostrada la aquiescencia de las asociaciones indígenas para elevar la solicitud de amparo, en los términos del artículo 46 del decreto 2591 de 1991. Así,

Menciona que “de los medios probatorios señalados en el acápite de pruebas, no se evidencia la anuencia o interés de las asociaciones indígenas en promover la acción de tutela que nos ocupa”, o que estén en situación de desamparo e indefensión.

Finalmente, considera que dentro del plenario no existe medio probatorio alguno que determine la existencia de acción u omisión por parte del ICBF, como quiera que esa Entidad hace presencia institucional en el Departamento del Amazonas a través del Programa Día.

3.6. Respuesta del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Esta Cartera ministerial, a través de apoderada, se opone a la tutela al considerar que no es la entidad competente para expedir títulos mineros para proyectos de extracción de oro, ni para el seguimiento y control de las licencias otorgadas por las corporaciones autónomas regionales o por la ANLA. Destaca que ese Ministerio no es un ente ejecutor, sino el organismo rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, encargado de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio, como de definir las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y del ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible.

Explica que el Plan Único Nacional de Mercurio creado por la Ley 1658 de 2013, para identificar y ejecutar estrategias que protejan la salud y el medio ambiente de las emisiones y liberaciones de mercurio, se instituyó con los siguientes propósitos: (i) la erradicación del uso de mercurio en el sector minero a 2018, y (ii) el estudio de lo relacionado con las actividades industriales a 2023; para lo cual se articula el trabajo de 8 ministerios (Minminas, Mincomercio, Minambiente, Minsalud, Mintrabajo, Mintransporte, Minagricultura y Minrelaciones); en concordancia con el Convenio de Minamata sobre Mercurio y compromisos con la OCDE.

Sostiene que dicho Plan comprende objetivos de política pública, de vigilancia y control, de investigación, de concientización, de educación ambiental y comunicación social, entre otros, los cuales se lograrán a través de programas de fortalecimiento institucional, gestión ambiental, de salud pública, de seguridad y salud en el trabajo, sectorial -tecnológica y social, educación y comunicación, gestión del conocimiento e investigación aplicada, lo cual

busca la disminución y eliminación gradual del uso de mercurio y la reducción de emisiones y liberaciones del mismo.

Afirma que “en el 2014 se realizó un proceso de concertación del Plan Único Nacional de Mercurio, por parte de los 8 Ministerios antes citados, y que actualmente continua por parte de cada Ministerio la planificación de sus acciones específicas de acuerdo a sus competencias, así como por parte de los institutos y entidades adscritas, vinculadas o autónomas relacionadas, actividades que se realizan de manera paralela con acciones que se vienen desarrollando previas al Plan mencionado, como proyectos piloto, estudios y gestiones interinstitucionales”.

Solicita que se denieguen las pretensiones de la parte accionante en relación con ese Ministerio, pues dicha entidad no está legitimada en la causa por pasiva, en la medida de que no es competente para conocer de las pretensiones formuladas, así como tampoco ha vulnerado ni amenazado vulnerar derecho fundamental alguno.

3.7. Respuesta del Ministerio del Trabajo.

Este Ministerio, por intermedio del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, considera que la tutela debe ser declarada improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que la cartera de Trabajo no tiene competencia para la adopción de planes y acciones encaminadas a la reducción del uso del mercurio en la minería aurífera artesanal y de pequeña escala, ni para declarar derechos ni dirimir controversias relacionadas con esa actividad.

Agrega que en el presente asunto existen medios judiciales y procesales ordinarios apropiados para resolver las controversias que se derivan de la implementación del Plan Estratégico Nacional de Reducción del Mercurio en la Minería Aurífera Artesanal y de pequeña escala.

3.8. Respuesta de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía - Corpoamazonía.

Corpoamazonía, a través del Subdirector de Administración Ambiental, dio respuesta a la acción de tutela después de haberse dictado la sentencia de primera instancia.

Por lo anterior, estima que ha ejercido sus funciones de prevención, control, vigilancia y seguimiento de la actividad minera de su jurisdicción, garantizando la protección de los derechos fundamentales de la población indígena de la región.

3.9. Respuesta del Ministerio del Interior.

El Director de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, atendiendo el requerimiento del a-quo, sobre la “certificación de existencia y población de las comunidades indígenas de la selva amazónica”, señala que la “información es supremamente extensa contando con que abarca las comunidades indígenas ubicadas en cinco (5) departamentos que conforman la Amazonía colombiana”. Sin embargo, aportó la información de los Resguardos y Comunidades indígenas registradas en las bases de datos institucionales en el Departamento del Amazonas.

4. Del fallo de primera instancia.

La Sección Cuarta, Sub-sección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de septiembre 16 de 2015, declaró improcedente la acción de tutela al advertir falta de legitimación en la causa por activa del Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo.

Consideró que aun cuando la Defensoría del Pueblo tiene la facultad constitucional y legal de interponer tutelas en calidad de parte y en nombre de sujetos cuyos derechos sean amenazados o violados, también lo es que dicha posibilidad está sometida al cumplimiento de unas condiciones indefectibles, de acuerdo a la interpretación sistemática de los artículos 86 de la Constitución y 1º, 2º y 46 del decreto 2591 de 1991. Así, indicó que entre tales exigencias están la de que la tutela sea interpuesta en nombre de personas determinadas o determinables y que estas soliciten a la Defensoría del Pueblo su intervención en la interposición de la tutela a su favor.

De acuerdo a lo anterior, estimó que en el presente asunto las condiciones señaladas no se cumplen, pues no es posible establecer el número de personas cuya protección busca la tutela, ya que solamente el Departamento del Amazonas tiene cerca de 300 comunidades indígenas. Asimismo, señaló que “revisado el libelo de la acción se evidenció que el Defensor del Pueblo aduce que solicita que el amparo de tutela no solo cubija a las

comunidades indígenas de la Asociación de Autoridades Indígenas del Pueblo Miraña y Bora del Medio Amazonas – Asociación PANI, sino que se extienda a las demás comunidades indígenas de la selva amazónica, pues la contaminación con mercurio afecta toda la región y, por ende, la protección constitucional debe dirigirse a todas las comunidades afectadas por esa problemática ambiental”. En ese orden, advirtió que “el Defensor del Pueblo busca la protección de miles de indígenas que habitan dicha zona, por lo tanto, no es posible individualizar e identificar a cada una de las personas que hacen parte de ese grupo poblacional, situación que permite concluir que interpone la acción de tutela para la defensa de derechos de un grupo abstracto y general de personas, que aunque se encuentren en la misma situación fáctica no pueden ser individualizadas ni determinadas”.

De otra parte, destacó que en el expediente tampoco obra prueba que acredite que las comunidades indígenas de la Asociación de Autoridades Indígenas del Pueblo Miraña y Bora, hayan solicitado la intervención del Defensor del Pueblo para la interposición de la acción de tutela. Así, puso de presente que la citada Asociación PANI radicó una solicitud ante el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA, para obtener información sobre el mercurio en el tejido humano en los indígenas del Amazonas, lo cual denota que tiene los medios para ejercer la defensa de sus derechos fundamentales, por lo que no encuentra en una situación de desamparo o indefensión.

Finalmente, estimó que la Asociación PANI puede hacer uso de la acción popular, ante el Juez competente, para solicitar la protección de los derechos colectivos de las comunidades indígenas que se encuentran bajo su protección, pues el artículo 88 de la Constitución Política instituyó las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza. Por esta razón, “es dicho mecanismo judicial el procedente para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos de las comunidades indígenas de la región de la amazonia, en el cual se puede solicitar la práctica de pruebas y las medidas que se consideren necesarias para la efectiva protección de los citados derechos”.

5. La impugnación.

El Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, mediante escrito del 24 de septiembre de 2015, impugnó el fallo de primera instancia, sin exponer las razones de su inconformismo.

6. Del fallo de segunda instancia.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia de diciembre 03 de 2015, confirmó el fallo de primera instancia, luego de compartir las consideraciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Así, consideró que si bien en la demanda se pretende la protección del pueblo Miraña y Bora del Medio Amazonas, “los hechos de la demanda e incluso el acápite de concepto de la violación de los derechos fundamentales, permiten señalar que la tutela aspira a la protección de los pobladores indígenas de la totalidad de la Amazonía”. Igualmente, “muchas de las situaciones que sustentan la solicitud de amparo están referidas a hechos ocurridos en otras zonas del país y a indígenas ubicados en la ribera del río Caquetá, sin especificar qué sectores corresponden al grupo Miraña y Bora”.

De esta manera, señaló que no es posible establecer cuáles pobladores indígenas podrían ser beneficiarios concretos de la acción, como lo exige la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la tutela en nombre de un número plural de personas que deben ser individualizadas.

Advirtió que en el expediente no consta que la Asociación PANI haya solicitado a la Defensoría del Pueblo su intervención, no pudiéndose inferir su estado de indefensión respecto de la situación descrita en la demanda.

Puntualizó que al margen de la falta de legitimación en la causa por activa, la Asociación PANI “no es sujeto de especial protección en materia de derechos fundamentales, así sus integrantes, como personas naturales, tengan dicha condición reconocida constitucionalmente”.

Concluyó señalando que los derechos cuya protección se invocan en la demanda, en favor de las comunidades indígenas, tienen la naturaleza de derechos colectivos, por lo que su protección no es procedente a través de la acción de tutela sino por medio de la acción

popular.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos de esta corporación, el veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

2.1. El Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, interpuso acción de tutela con el fin de que se protejan los derechos fundamentales a la salud, al agua, a la integridad de los pueblos indígenas y el principio del interés superior del menor, de las comunidades que integra la Asociación de Autoridades Indígenas del Pueblo Miraña y Bora del Medio Amazonas – Asociación PANI. Al respecto indica que la utilización del mercurio en la extracción aurífera en pequeña escala que se lleva a cabo en la región, ha ocasionado la contaminación del río Caquetá, de cuyas aguas se sirven los indígenas para sus quehaceres diarios y de donde extraen el pescado que hace parte de su dieta alimenticia. Arguye que estudios han demostrado que a lo largo de la cuenca del río Caquetá, se ha detectado la presencia de mercurio en plantas, peces y seres humanos, lo cual supone una afectación a la salud y a la supervivencia de los indígenas, en especial a las mujeres y niños, así como una amenaza al ecosistema y a la biodiversidad. Aduce que el Estado no ha sido eficiente en el ejercicio de prevención y control sobre los efectos nocivos de la explotación minera, que se ha traducido en la contaminación de las fuentes hídricas y en la afectación a los derechos de la población indígena de la región.

2.3. La acción de tutela fue declarada improcedente por los jueces de instancia, quienes consideraron de manera uniforme que el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, carecía de legitimación en la causa por activa, de acuerdo a la normatividad y a la jurisprudencia, por dos razones: (i) no interpuso la acción de tutela en nombre de personas determinadas o determinables, ya que la protección

deprecada buscaba favorecer a todas las comunidades de la Asociación de Autoridades Indígenas del Pueblo Miraña y Bora del Medio Amazonas e, incluso, a los demás pobladores indígenas de la Amazonía, sin establecerse que personas serían las beneficiarias concretas de la acción; y (ii) no medió solicitud de la Asociación PANI para la interposición de la acción a su favor, como tampoco se evidenció que dicha asociación estuviera en estado de indefensión respecto a la problemática expuesta en la demanda, que le impidiera acudir directamente ante el juez constitucional. Igualmente, estimaron que los derechos invocados tienen la naturaleza de colectivos, cuyo amparo no es procedente a través de la acción de tutela, sino mediante las acciones populares.

2.4. De acuerdo con la situación fáctica planteada y las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, corresponde a la Sala Novena de Revisión, en primer término, determinar la procedibilidad de la tutela en el asunto sub judice. En punto a este tema, se estudiará (i) si tiene o no legitimación en la causa por activa el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo para interponer la demanda, y (ii) si es la acción de tutela el medio adecuado para debatir las circunstancias expuestas en la misma.

Para resolver los anteriores aspectos, la Sala reiterará la jurisprudencia relativa a (i) la legitimación por activa de la Defensoría del Pueblo y (ii) los criterios de procedibilidad de la tutela frente a la vulneración de derechos colectivos.

En segundo lugar, sólo de llegarse a la conclusión de que la tutela es procedente, la Corte deberá definir si las autoridades accionadas desconocieron los derechos fundamentales de los pobladores indígenas a que alude la demanda, por la supuesta deficiencia en el ejercicio de prevención y control sobre los efectos nocivos de la explotación aurífera, ante la contaminación con mercurio del río Caquetá y sus afluentes.

3. La legitimación por activa de la Defensoría del Pueblo para interponer acciones de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. La Corte Constitucional ha establecido que a pesar del carácter informal de la acción de tutela, no debe obviarse el cumplimiento de unas condiciones mínimas de procedibilidad[1]. Entre estos requisitos se encuentra el de la legitimación en la causa por activa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991[2]. Sobre

este aspecto, la Corte ha considerado lo siguiente:

“La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente [declarar improcedente el amparo]”[3].

3.2. La Constitución Política establece en su artículo 86 que la acción de tutela puede ser interpuesta por la persona que considere amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales, por sí misma o por quien actúe en su nombre. En el igual sentido, el artículo 282 de la Carta autoriza al Defensor del Pueblo para presentar acciones de tutela, “sin perjuicio del derecho que le asiste a los interesados”.

Respecto de esta última autoridad, el artículo 46 del Decreto 2591 de 1991, al desarrollar la norma constitucional, establece que “El Defensor del Pueblo podrá, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión”.

De acuerdo con esta disposición, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que el Defensor del Pueblo está facultado para interponer acciones de tutela en representación de terceras personas, bajo estas precisas condiciones: “(i) que el titular de los derechos haya solicitado actuar en su representación; o (ii) que la persona se encuentre desamparada e indefensa, esto es, que carezca de medios físicos y/o jurídicos, en aras de evitar o resistir la amenaza o violación a sus derechos fundamentales[4]”. [5]

3.3. De esta manera, la Corte desde muy temprano ha estimado que el Defensor del Pueblo y sus delegados, “sólo pueden actuar dentro de los precisos límites que la ley ha señalado a sus actuaciones, por lo tanto, no pueden de ninguna manera arrogarse la atribución de interponer acciones de tutela a su arbitrio, es decir, sin que esté justificado plenamente el supuesto fáctico que la norma exige para legitimar sus actuaciones, cual es, que el afectado en sus derechos fundamentales no pueda promover directamente su propia defensa, por hallarse en una situación de desamparo o indefensión, o que solicite la intervención de

dicho defensor”[6].

En el mismo sentido, se ha recordado que “la jurisprudencia de la Corte se ha limitado a aplicar lo ordenado por la Constitución y la ley en cuanto al campo de acción del agente oficioso, del Defensor del Pueblo y de los Personeros Municipales, en el sentido de no pasar por encima del querer de aquel que se presume interesado. Es decir, realmente, lo que pretenden las normas, y así lo ha entendido la Corte, es reconocer la capacidad de decisión de las personas, que actúen por su propia voluntad, cuando pretendan ejercer la acción de tutela. Asunto que adquiere mayor claridad e importancia, en esta clase de acciones, que, por su naturaleza, están desprovistas de formalidades, y pueden ser ejercidas por el afectado directamente, sin tener que acudir a un abogado o a un representante”.[7]

3.4. Así entonces, respecto de la primera condición, es necesario que la persona afectada haya solicitado la intervención de la Defensoría del Pueblo[8], lo cual debe estar acreditado en el proceso al menos de manera sumaria, para así garantizarse concomitantemente el derecho de acceso a la administración de justicia del representado, quien podría desistir del trámite cuando así lo considere conveniente[9]. En principio esta condición es exigida de manera general, a menos que la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales recaiga puntualmente sobre un menor de edad o un incapaz, en cuya circunstancia la Defensoría del Pueblo podría tramitar el amparo sin su anuencia[10].

3.5. En cuanto a la segunda condición, es decir, que la persona se encuentre en una situación de desamparo o indefensión, significa que debe establecerse la imposibilidad física o jurídica de que la persona pueda promover su propia defensa o, que existiendo los medios y elementos para ello, estos no tengan la virtualidad necesaria para oponerse o repeler la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales[11].

En consonancia con lo anterior, la Corte ha precisado que la Defensoría del Pueblo puede instaurar acciones de tutela en favor de las personas que se lo soliciten, en la medida de que estas sean determinadas o determinables[12]. Al respecto ha considerado:

“En efecto, la protección de estos derechos supone la plena identificación de las personas a cuyo favor actúa, en tanto que, a diferencia de otras acciones constitucionales como la acción popular, la tutela pretende, en primer lugar, la garantía de derechos subjetivos

constitucionalizados que se imponen de manera directa e inmediata a todas las autoridades y, en segundo lugar, la defensa de personas perfectamente individualizadas o claramente determinables.

De esta forma, aunque la acción de tutela es compatible con la protección de derechos fundamentales de un número plural de personas, ésta no es procedente para proteger derechos que no pueden individualizarse ni materializarse, pues esos adquieren la forma de intereses colectivos y su protección procede por vía de las acciones populares reguladas en el artículo 88 de la Constitución y la Ley 472 de 1998. En cuanto a la naturaleza de los derechos que se buscan proteger a favor de un grupo plural de personas, esta Corporación dijo:

“Un derecho individual no se convierte en colectivo por el sólo hecho de haber sido exigido simultáneamente con el de otras personas. Un derecho es individual o colectivo dependiendo, entre otros elementos, de quién sea su titular -una persona o una colectividad-, no de quién lo ejerza y mediante cuáles acciones judiciales lo haga. El derecho individual a recibir un determinado tratamiento no se convierte en colectivo por el hecho de ser reclamado al mismo tiempo por varias personas. De igual forma, un derecho colectivo no deja de ser tal, en razón a que sólo sea reclamado por una sola persona.”[13]

En estas circunstancias, procede la acción de tutela en defensa de un número plural de personas que se encuentran afectadas, cuando cada una de ellas es identificable e individualizable y, por ende, podría reclamar, en forma autónoma, el amparo de sus derechos amenazados o vulnerados. En caso contrario, esto es, cuando la parte demandante no puede determinarse o la pluralidad de personas reclama derechos que no son individuales, la acción de tutela resulta improcedente. En consecuencia, la Defensoría del Pueblo no podría interponer acción de tutela para la defensa de derechos de un grupo abstracto y general de personas, aunque éstas se encuentren en la misma situación fáctica”.[14]

3.6. De acuerdo a todo lo anterior, es claro que la Defensoría del Pueblo en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, está facultada para interponer acciones de tutela, de tal manera que si advierte de la amenaza o violación de derechos fundamentales de una

persona, podrá presentar la solicitud de amparo en nombre de la misma, siempre y cuando esta se lo solicite o se encuentre en situación de desamparo o indefensión[15]. En todo caso, la persona o personas en cuyo favor se actúa, deben ser individualizadas o determinables, para que la protección subjetiva de sus derechos pueda particularmente materializarse.

4. Los criterios de procedibilidad de la tutela frente a la vulneración de derechos colectivos. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. La Constitución Política ha estatuido dos mecanismos diferentes para que, a través de ellos, se logre obtener por un lado, la protección de los derechos fundamentales y, por el otro, la de los derechos colectivos. De esta manera, en los artículos 86 y 88, se consagró para el primer caso la acción de tutela y, para el segundo, las acciones populares y las de grupo.

La regla general es que la acción de tutela no procede para la protección de los derechos colectivos, ya que esta ha sido establecida como mecanismo idóneo para la protección de los derechos puramente fundamentales, de carácter subjetivo e individual. Para la protección de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por alguna autoridad o por un particular, el ordenamiento diseñó las acciones populares, teniendo como finalidad: “a) evitar el daño contingente (preventiva), b) hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva), c) o restituir las cosas a su estado anterior”[16].

En desarrollo de esta norma constitucional, la Ley 472 de 1998 reguló el ejercicio de las acciones populares y de grupo, estableciendo en su artículo 2º que aquellas son medios procesales para la protección de los derechos colectivos. Asimismo, en el artículo 4º, dispuso que son derechos colectivos, entre otros: el goce de un ambiente sano (literal a); la existencia de un equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como de los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente (literal c); la salubridad pública (literal g); el acceso a los servicios públicos, y a que su prestación sea eficiente y

oportuna (literal j)). Igualmente, el artículo 9º dispone que “las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos o intereses colectivos”.

Así, la Corte Constitucional ha señalado que la defensa de los derechos e intereses colectivos tiene su razón de ser, por ejemplo, ante “aquellas actividades que ocasionen perjuicios a amplios sectores de la comunidad, como por ejemplo la inadecuada explotación de los recursos naturales, los productos médicos defectuosos, la imprevisión en la construcción de una obra, el cobro excesivo de bienes o servicios, la alteración en la calidad de los alimentos, la publicidad engañosa, los fraudes del sistema financiero, etc.”[17].

4.3. De esta manera, se tiene que el criterio para diferenciar la utilización de la acción de tutela y de la acción popular, radica en la naturaleza del derecho que se busca proteger. Así, ante la amenaza o vulneración de un derecho de carácter fundamental, no sería consecuente acudir a la acción popular, pues para ello está concebida es la acción de tutela. No obstante, en la práctica, la escogencia de una u otra acción no resulta obvia, sobre todo cuando la amenaza o vulneración, afecta tanto derechos fundamentales como colectivos.

Por tanto, cuando la amenaza o vulneración de un derecho colectivo repercute en una lesión directa a los derechos fundamentales de las personas, la acción de tutela resultaría procedente. Sobre este punto, ha dicho la Corte que “la protección de un derecho fundamental cuya causa de afectación es generalizada o común para muchas personas afectadas, que pueda reconocerse como un derecho colectivo, sólo es posible cuando se demuestra la afectación individual o subjetiva del derecho. Dicho de otro modo, la existencia de un derecho colectivo que pueda protegerse por vía de acción popular no excluye la procedencia de la acción de tutela cuando se prueba, de manera concreta y cierta, la afectación de un derecho subjetivo, puesto que “en el proceso de tutela debe probarse la existencia de un daño o amenaza concreta de derechos fundamentales, la acción y omisión de una autoridad pública o de un particular, que afecta tanto los derechos colectivos como los fundamentales de una persona o grupo de personas, y un nexo causal o vínculo, cierta e indudablemente establecido, entre uno y otro elemento, pues de lo contrario no precede la acción de tutela”[18]”[19].

4.4. Precisamente, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia de la

acción de tutela cuando los derechos fundamentales se vean afectados ante el desconocimiento de derechos de carácter colectivo, pero sujeta a los siguientes requisitos[20]:

“(i) que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea “consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo”;

(ii) el peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva;

(iii) la vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas en el expediente; y

(iv) finalmente, la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y “no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza” (se destaca).[21]

A estos cuatro requisitos para la procedencia de la tutela como mecanismo de protección de derechos colectivos en conexidad con derechos fundamentales, se ha agregado el de demostrar que la acción popular no es idónea, en el caso particular, para salvaguardar el derecho fundamental vulnerado o amenazado[22].

4.5. Como corolario de lo expuesto, a fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, el juez constitucional debe verificar si en el expediente aparece acreditado de manera fehaciente, “que la afectación del derecho colectivo también amenaza el derecho individualizado de la persona que interpone la acción de tutela, cuya protección no resulta efectiva mediante la presentación de una acción popular, sino que, por el contrario, debe ser evidente la urgencia en la intervención inmediata del juez de tutela”[23].

Finalmente, debe señalarse que cuando la acción de tutela es procedente en estos eventos y el amparo es concedido, el mismo debe encaminarse exclusivamente a la protección del derecho fundamental y no al colectivo, sin perjuicio de que el restablecimiento del primero implique a su vez el del segundo[24].

5. Caso concreto.

5.1. En atención a todo lo expuesto hasta este punto, la Sala de Revisión entra ahora a establecer si el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, tiene o no legitimación en la causa por activa para interponer la tutela objeto de estudio, y si la misma es el mecanismo adecuado para debatir las circunstancias expuestas en la demanda.

5.2. De manera preliminar, debe destacarse que el accionante en la demanda invocó claramente el ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 86 y 282 de la Constitución Política, así como el numeral 1º del artículo 10 de la Resolución Defensorial N° 638 de 2008. Igualmente, adujo que su legitimación se soportaba en los artículos 10 y 48 del decreto 2591 de 1991.

Así entonces, de conformidad con lo señalado en el punto 3 de la parte considerativa de esta sentencia, es claro que el Defensor del Pueblo está facultado constitucional y legalmente para interponer acciones de tutela en nombre de terceras personas, cuyos derechos fundamentales se vean amenazados o vulnerados. Para facilitar la labor del Defensor del Pueblo en ejercicio de esta facultad, en el artículo 8º de la Resolución Defensorial N° 638 de 2008[25], se delegó expresamente en la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales, así como en las defensorías regionales y seccionales, el ejercicio del litigio defensorial, a través de los mecanismos constitucionales y legales previstos en el ordenamiento jurídico[26].

Por tanto, para la Corte no hay duda alguna que el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, en virtud de la delegación referida, puede instaurar acciones de tutela en favor de terceros y en busca del amparo de sus garantías iusfundamentales.

5.3. Pese a lo anterior, en el asunto sometido ahora revisión, la Sala advierte que el accionante no cuenta con legitimación en la causa por activa, al no cumplir con las condiciones especiales definidas en la jurisprudencia. Veamos:

5.3.1. En primer término, se requiere que el titular de los derechos haya solicitado actuar en su representación. En esta ocasión, el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales

no manifestó ni acreditó, siquiera sumariamente, que la Asociación de Autoridades Indígenas del Pueblo Miraña y Bora –Asociación PANI, haya solicitado a la Defensoría del Pueblo actuar en su favor, con ocasión de la problemática descrita en la demanda, relacionada con la presunta afectación de sus derechos por la contaminación con mercurio del río Caquetá y sus afluentes. Mucho menos demostró que los demás pobladores indígenas de la Amazonía, sobre los cuales aboga se extienda el amparo deprecado, hayan pedido su intermediación.

Incluso, luego de proferida la decisión de primera instancia, en la cual se declaró improcedente la acción de tutela, entre otras razones, porque no se acreditó que la Asociación PANI haya solicitado a la Defensoría que fuera interpuesta la demanda en su nombre, el accionante en la impugnación no le mereció importancia pronunciarse al respecto ni aportó prueba sumaria que diera cuenta del cumplimiento de este requisito.

Igualmente, tampoco podría aducirse que la Defensoría actuó en calidad de agente oficioso, pues así no lo manifestó. Por el contrario, expresamente anunció las disposiciones sobre las que basaba su intervención, relacionadas con el ejercicio del litigio defensorial por solicitud. Igualmente, no acreditó lo exigido por la jurisprudencia constitucional[27], recogido en el artículo 38 de la resolución Defensorial N° 638 de 2008, según el cual, “cuando se advierta la necesidad de instaurar una acción de tutela en forma oficiosa, deberá acreditarse ante el despacho judicial competente la situación de desamparo e indefensión del titular de los derechos o que éste no está en condiciones de promover su propia defensa”.

5.3.2. A propósito de esto último, en cuanto al cumplimiento del requisito de que la persona se encuentre desamparada e indefensa, esto es, que carezca de medios físicos y/o jurídicos, en aras de evitar o resistir la amenaza o violación a sus derechos fundamentales, se tiene que el accionante tampoco manifestó ni mucho menos acreditó que la Asociación PANI estuviera en dicha situación. Pese a ello, la Sala se suma a la apreciación de los jueces de instancia, quienes advirtieron que la Asociación PANI, junto con otras agrupaciones indígenas, se ha apersonado de la problemática ligada a la actividad minera en la región, al punto que autónomamente, sin intervención de terceros, elevó derecho de petición el 30 de diciembre de 2014 al INVIMA, solicitando “información sobre mercurio en tejido humano en indígenas del Amazonas”, a fin de documentarse para emprender las acciones correspondientes. En el expediente se advierte a folio 86, que la respuesta a esta solicitud

le fue dada a la Asociación PANI por el Instituto Nacional de Salud, el 07 de enero de 2015, luego de ser trasladada por competencia a dicha entidad.

Adicionalmente, la Sala tiene conocimiento que la referida asociación es capaz de emprender por sí misma otro tipo de gestiones y trámites administrativos como judiciales y actuar como sujeto de derechos. Ciertamente, la Asociación PANI ha sido reconocida legalmente ante el Ministerio del Interior, ha firmado convenios con el Fondo Nacional de Regalías, ha suscrito convenios interadministrativos con Parques Nacionales Naturales de Colombia, ha sido reconocida por la Asociación de Autoridades Tradicionales como una entidad pública de carácter especial, ha sido también reconocida como autoridad indígena y miembro de la Organización de los Pueblos Indígena de la Amazonía Colombiana -OPIAC, ha participado en la Mesa Permanente de Coordinación Interinstitucional -MPCI, ha sido reconocida por el Estado como beneficiaria de transferencias, ha suscrito convenios con la Gobernación del Amazonas, ha interpuesto denuncias ante la Fiscalía General de la Nación y cuenta con una Secretaría de Gobierno que la representa legalmente, entre otras.

Lo anterior para denotar que la Asociación PANI no carece de los medios físicos o jurídicos para actuar ante las entidades gubernamentales o judiciales, en ejercicio de sus derechos constitucionales y legales, en otras palabras, no se encuentra en una situación de desamparo o indefensión, que le impida abogar directamente por sus propios intereses.

Adicionalmente, esta Corporación ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de las comunidades étnicas, “se encuentran legitimados para enervar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas (...).”.[28]

De acuerdo a lo anterior, aun en la hipótesis de que la Asociación PANI no pudiese ejercer por sí misma la defensa de sus propios derechos, se tiene que esta es miembro de la Organización de los Pueblos Indígena de la Amazonía Colombiana -OPIAC, la cual ha sido reconocida también por la Corte Constitucional como representante de los derechos de las asociaciones que agrupa. Así, por ejemplo, en la sentencia SU-383 de 2003, esta Corporación reconoció a la OPIAC el derecho de presentar acción de tutela en nombre de los pueblos que hacen parte de la organización. En esa oportunidad estimó la Corte: “De modo

que si los grupos indígenas de la Amazonía Colombiana, la comunidad internacional y el Estado colombiano le están reconociendo a la Organización demandante capacidad de interlocución y legitimidad representativa para intervenir en nombre de los grupos indígenas de la Amazonía colombiana, no le sería dable al Juez Constitucional negarle a la misma su derecho a demandar la protección constitucional de los pueblos que agrupa”.

Esto con el fin de subrayar la ausencia de indefensión o desamparo en cabeza de la Asociación PANI, que si bien puede actuar a nombre propio en defensa de sus derechos, también puede, dada la eventualidad, ser representada por la Organización Indígena de la Amazonía Colombiana, en la interposición de acciones constitucionales.

5.3.3. Finalmente, respecto al cumplimiento de la última exigencia jurisprudencial, relacionada con que la Defensoría del Pueblo puede instaurar acciones de tutela en favor de las personas que se lo soliciten, en la medida de que estas sean determinadas o determinables, la Sala encuentra que tampoco este requisito es reunido.

En efecto, tal y como lo advirtieron los jueces de instancia, en esta ocasión no es posible determinar los indígenas respecto de los cuales el accionante pretende la protección de sus derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por la contaminación con mercurio del río Caquetá, sus flujos y otras fuentes hídricas de la región.

Si bien el accionante en la introducción de la tutela anuncia actuar a favor del pueblo Miraña y Bora del Medio Amazonas, en los hechos de la demanda como en el acápite de concepto de la violación de los derechos fundamentales, se orienta a buscar la protección de los pobladores indígenas de toda la Amazonía. Incluso, expresamente solicita que el amparo se extienda “a las demás comunidades indígenas de la selva amazónica, que no siendo partícipes de la interposición de esta acción, estén siendo afectadas por la misma vulneración” (destaca la Sala).

Los hechos de la demanda dan cuenta de la supuesta afectación de los indígenas por la contaminación de los ríos y afluentes de distintos departamentos que conforman la región amazónica, con ocasión de la utilización del mercurio en la minería de baja escala. Aun cuando el accionante refiere a que el problema afecta al pueblo Miraña y Bora, con base en un estudio adelantado sobre dicha etnia, hace igualmente referencia a hechos ocurridos en otras regiones de la geografía nacional y a los pobladores indígenas ubicados en la cuenca

del río Caquetá, sin precisar qué sectores a lo largo de los 750 kilómetros de longitud del río en el territorio colombiano, corresponden al pueblo Miraña y Bora.

El Director de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, no logró certificar la población de las comunidades indígenas de la selva amazónica, por cuanto la “información es supremamente extensa contando con que abarca las comunidades indígenas ubicadas en cinco (5) departamentos que conforman la Amazonía colombiana”. No obstante, aportó la información de los Resguardos y Comunidades indígenas registradas en las bases de datos institucionales en el Departamento del Amazonas, que dan cuenta de cientos de comunidades, lo cual supone la presencia de miles de indígenas en la región.

El Ministerio anexó una relación de los resguardos y comunidades ubicadas en el departamento del Amazonas, entre las que se encuentran Aduche, Arara, Camaritagua, Comeyafu, Curare-Los ingleses, Isla de Ronda, Leticia Tarapacá, La Playa, Miriti-Paraná, Moncagua, Macedonia, El vergel, Zaragoza, Monochoa, Nazarteh, Nonuna de Villazul, Predio Putumayo, Puerto Córdoba, Puerto Sabalo Los Monos, Puerto Santander, Puerto Triunfo, Ríos Cotuche y Putumayo, San Antonio de Los Lagos, San José del Río, San Juan de Los Parentes, Santa Sofía y El progreso, Ticuna, Cocaíma y Yagua de Puerto Nariño, Yaigoje del Río Apaporis, Castañal, Santa Clara de Tarapotó, Veinte de Julio, Patrullero, Valencia, Puerto Esperanza, Villa Andrea, Santa Teresita, Nuevo Paraíso, Los Baos, El Progreso y Uitiboc. Estos resguardos y/o comunidades reúnen varios pueblos o etnias, y están dispersas en diferentes municipios, corregimientos, veredas y demás zonas rurales del departamento (folios 210 a 227).

De esta manera, al abarcar la demanda un número indeterminado de indígenas, se concluye que la acción de tutela busca el amparo de un grupo general y abstracto de personas, que si bien podrían estar en una misma situación fáctica, no están individualizadas y no son determinables. Por tanto, en el presente asunto no es posible establecer cuales pobladores indígenas podrían ser beneficiarios concretos de la acción de tutela, imposibilitando vincular mediante una decisión única a un grupo de personas no identificadas, que probablemente se encuentran en situaciones distintas y sobre las que no existe noticia respecto de sus condiciones particulares, por lo que una protección subjetiva no podría materializarse.

5.4. Como corolario de todo lo anterior, la Sala concluye que el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, carece de legitimación en la causa por activa en el presente caso, por lo que la acción de tutela resulta improcedente.

5.5. Aun cuando lo anterior es suficiente para declarar la improcedencia de la tutela, y como quiera que los jueces de instancia consideraron además que las pretensiones de la demanda estaban orientadas a la protección de derechos de carácter colectivo, susceptibles de una acción popular, la Sala entrará a determinar si era la acción de tutela el medio adecuado para debatir las circunstancias expuestas en la misma.

5.5.1. En la demanda se señala que “el Estado ha faltado a su deber de adoptar medidas eficaces para impedir que terceros contaminen con mercurio las fuentes de agua, como tampoco ha realizado acciones positivas para que las comunidades indígenas disfruten del derecho al agua en condiciones de cantidad y salubridad suficientes para el consumo humano”. En ese entendido, las pretensiones de la tutela se centran en buscar que las autoridades accionadas mitiguen las consecuencias de la supuesta contaminación con mercurio del río Caquetá, sus afluentes y otros ríos, diseñando e implementando programas que garanticen el derecho a la salud y un plan nutricional para disminuir el mercurio en las personas posiblemente afectadas. Asimismo, se busca que se prevenga y controlen “los efectos nocivos de la actividad de extracción minera, especialmente cuando se utiliza mercurio u otro elemento tóxico para la salud humana”. En el mismo sentido, se pretende que se elabore “el Plan Estratégico para la Reducción del Mercurio en la Minería aurífera o artesanal a pequeña escala, en cumplimiento del Convenio de Minamata sobre Mercurio”, como un “Plan de acción para la erradicación del mercurio”. En el mismo orden, se busca que se realice “una evaluación, seguimiento y monitoreo de las explotaciones auríferas”, se “decrete la suspensión de las explotaciones de minerales que generen impactos al medio ambiente”, se implemente “un plan de emergencia y contingencia ambiental donde se atiendan los riesgos cuando se exceda los valores críticos permitidos”, entre otras medidas similares.

5.5.2. Como se evidencia, la demanda está orientada a que se implementen una serie de mecanismos para mitigar los efectos nocivos de la contaminación con mercurio de las fuentes hídricas de la región, es decir, propende por la protección de derechos e intereses colectivos, tales como el goce de un ambiente sano[29], la existencia de un equilibrio

ecológico, el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales[30], como la preservación y restauración del medio ambiente y la salubridad pública[31].

De esta manera, como se aprecia de las pretensiones de la demanda, no se busca la protección de un derecho subjetivo en cabeza de uno o varios individuos determinados, sino que se proponen medidas generales, abstractas, dirigidas en beneficio de un número indefinido de personas, las cuales, como atrás se señaló, no están individualizadas. En modo alguno el accionante se preocupó por demostrar una amenaza o violación respecto de una o varias personas a las que se les estuviera quebrantando uno de esos derechos fundamentales del cual fuera titular o titulares. De hecho, haciendo un examen cuidadoso del expediente, no se encuentra prueba alguna o constancia médica con base en la cual se pueda aseverar que algún indígena padece de una enfermedad producida por causa o con ocasión de la presencia de mercurio en el río Caquetá y sus afluentes[32]. Lo único que se menciona, de manera abstracta, citando a algunos doctrinantes, es que la presencia de mercurio en determinadas cantidades en el organismo humano puede afectar la salud.

5.5.3. Así entonces, ante la ausencia de pretensiones encaminadas al amparo de derechos fundamentales subjetivos, como por la falta de individualización de las personas presuntamente afectadas, en esta oportunidad tampoco se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la procedencia de la acción de tutela, en los eventos en que los derechos fundamentales puedan verse afectados frente al desconocimiento de derechos de carácter colectivo.

Ciertamente, no puede establecerse la conexidad que debe existir entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, como tampoco puede indicarse quien es la persona directa o realmente afectada en sus derechos, así como que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales son hipotéticas, pues en el expediente no se encuentra ninguna acreditada.

En consecuencia, en esta oportunidad, para la Sala los derechos cuya protección se invocan en la demanda a favor de las comunidades indígenas, tienen la naturaleza de derechos de carácter colectivo y, por tanto, su protección no es procedente mediante la acción de tutela, sino a través de la acción popular, que se constituye en el mecanismo eficaz e idóneo para la protección de los intereses y derechos del pueblo Miraña y Bora como de los demás

pobladores indígenas de la Amazonía.

5.5.4. No sobra destacar que similar apreciación tuvo esta Corporación, cuando en un caso de connotaciones equivalentes, donde los pueblos indígenas de la Amazonía desplegaron las acciones correspondientes para contrarrestar la utilización del glifosato en la región, en el sentencia SU-383 de 2003[33], la Corte no concedió la protección transitoria de los intereses colectivos de los habitantes de la región amazónica, incluidos los pueblos indígenas y tribales de la región a la vida, a la salud y a un ambiente sano, “porque para el efecto el artículo 88 constitucional prevé el mecanismo de las Acciones Populares, el que, además, permite al juzgador adoptar medidas cautelares, para evitar la realización de daños ambientales inminentes e irreparables”.

5.5.5. Asimismo, como argumento adicional, en este punto no debe perderse de vista que por los presupuestos fácticos expuestos en la demanda, las autoridades implicadas[34], el alcance de las pretensiones, la envergadura de los derechos involucrados y las repercusiones en la política pública en la materia, el carácter expedito y sumario de la acción de tutela, no puede asegurar la intensa actividad probatoria que exige el conocimiento de la problemática. Por tanto, esta situación refuerza aún más la necesidad que este tipo de debates puedan valorarse en mejor forma en el marco de una acción popular, donde el juez cuenta con amplias facultades en materia probatoria, para reunir los elementos necesarios para determinar el grado de vulneración o amenaza del derecho colectivo invocado. En este sentido, por ejemplo, “podrá ordenar a las entidades públicas y a sus empleados rendir conceptos a manera de peritos, o aportar documentos u otros informes que puedan tener valor probatorio. Así mismo, podrá requerir de los particulares certificaciones, informaciones, exámenes o conceptos”[35]. También, el juez popular dispone de los recursos necesarios para evaluar la situación de amenaza, toda vez que puede “c) ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo”[36]. Así, puede también tomar las medidas cautelares necesarias para controlar las actividades que originan la contaminación de los ríos, pues de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso[37], el juez podrá, a petición de parte o de oficio, “decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado”. Del mismo modo, se indica que

puede “a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando”[38].

Pese a la improcedencia de la presente acción de tutela por las razones expuestas a lo largo de esta decisión, no significa que la Defensoría del Pueblo, la Asociación de Autoridades Indígenas de los Pueblos Miraña y Bora del Medio Amazonas, como los demás pobladores de la región, puedan posteriormente acudir ante el juez en ejercicio de la acción popular en busca de la protección de sus derechos colectivos[39] e, incluso, reunidos los requisitos jurisprudenciales, en acción de tutela.

5.6. Finalmente, en gracia de discusión, se advierte que algunas de las pretensiones de la demanda van encaminadas al cumplimiento de las disposiciones de la Ley 1658 de 2013[40], de la Ley 99 de 1993[41] respecto de las funciones de Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía –Corpoamazonía[42], así como a la observancia de las funciones legales de los Ministerios de Salud y Protección Social, Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Minas y Energía, por lo que para este tipo de pretensiones se puede acudir a la acción de cumplimiento contemplada en el artículo 87 de la Constitución Política[43] y desarrollada en la Ley 393 de 1997.[44]

Dicha vía judicial resulta idónea para este propósito, pues a través de ella la parte interesada puede lograr que el juez ordene a la autoridad concerniente el cabal cumplimiento de normas vigentes con fuerza de ley o de actos administrativos, cuando la administración, estando obligada a actuar de determinada manera, de acuerdo al ordenamiento jurídico, no lo hace o se niega a hacerlo. Del mismo modo, la aptitud de este mecanismo es apropiada, en la medida que la ley estableció un trámite especial, expedito, preferencial y con términos perentorios, que prevalece sobre cualquier otro proceso que se encuentre al despacho, con excepción del habeas corpus y la acción de tutela.

6. Conclusiones.

En esta oportunidad la Sala consideró improcedente la acción de tutela, al encontrar que el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo no tiene legitimación en la causa por activa, en la medida que no acreditó que la Asociación PANI haya solicitado interponer la acción de tutela en su favor. Igualmente, se estableció que la referida Asociación no se encuentra en situación de desamparo o indefensión, que le impida

acudir directamente ante el juez constitucional en defensa de sus propios intereses. Del mismo modo, se advirtió que la acción de tutela no fue interpuesta a favor de personas individualizadas o determinables, pues además de la Asociación PANI, el accionante pretende el amparo de los pobladores indígenas de toda la región amazónica, comprendiendo cientos o miles de personas. Finalmente, en esta oportunidad los derechos cuya protección se pretende, son de carácter colectivo, no siendo procedente para este fin la acción de tutela sino la acción popular, así como que, para lograr la observancia de las obligaciones y funciones legales por las entidades accionadas, existe la acción de cumplimiento.

III. DECISIÓN

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, de diciembre 03 de 2015, que a su vez confirmó el fallo dictado por la Sección Cuarta – Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de septiembre 16 de 2015, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- Por Secretaría General, LIBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-253/16

LEGITIMACION POR ACTIVA DE PERSONERO MUNICIPAL PARA INTERPONER ACCION DE TUTELA-Debió declararse la improcedencia de la tutela por cuanto resultaba difícil verificar la voluntad de 112.000 indígenas para ser representados por el funcionario accionante (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DE DERECHOS COLECTIVOS-La Corte Constitucional ha considerado procedente la tutela en asuntos relacionados con el derecho fundamental al agua, al medio ambiente sano, a la protección frente al ruido y la contaminación (Aclaración de voto)

La segunda es que la Sala sostuvo que la acción de tutela es improcedente frente asuntos ambientales. Esta afirmación, sin duda, debe matizarse puesto que la Corte Constitucional ha considerado procedente la tutela en diversos asuntos, relacionados con el derecho fundamental al agua, al medio ambiente sano, a la protección frente al ruido y la contaminación, entre otros aspectos. En realidad, estos problemas pueden ser objeto de la acción de tutela, de la acción popular y de políticas públicas, lo que debe evaluarse a partir de cada caso. En materia de tutela, por ejemplo, el punto central para determinar la procedencia se encuentra en que se demuestre la afectación individual del accionante.

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DE DERECHOS COLECTIVOS-Para declarar la procedencia, se debe demostrar la afectación de los accionantes (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-5364540

Magistrado Ponente:

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Novena de Revisión, aclaro mi voto a la sentencia T-253 de 2016. De acuerdo con la ratio decidendi (o la razón que sirve de fundamento central a la sentencia), esta resulta improcedente porque fue interpuesta por un personero, en nombre de 112.000 indígenas que habitan en el Departamento del Amazonas. En esos términos, resultaba para la Sala difícil verificar la voluntad de los pueblos para ser representados o, dicho en otros términos, ratificar ante estos la legitimación del funcionario accionante.

Sin embargo, estimo que la Corte tenía la obligación de desplegar una actuación más dinámica, en pro de la defensa de los derechos presuntamente desconocidos, especialmente, como órgano con amplísimas facultades para la dirección de un trámite de esta naturaleza. Así, si bien resultaba difícil ratificar la gestión realizada por la Defensoría del Pueblo a nombre de 112.000 indígenas, lo cierto es que el órgano del Ministerio Público también afirmó actuar, específicamente, en nombre de los pueblos Bora y Miraña, y la Corte no adelantó actuación alguna para ratificar ante ellos la legitimación de las actuaciones de la defensoría, debiendo hacerlo, en virtud del carácter informal de la acción de tutela, y el papel activo que debe desempeñar el juez constitucional (especialmente esta Corte) para la protección de los derechos fundamentales.

La segunda es que la Sala sostuvo que la acción de tutela es improcedente frente a asuntos ambientales. Esta afirmación, sin duda, debe matizarse puesto que la Corte Constitucional ha considerado procedente la tutela en diversos asuntos, relacionados con el derecho fundamental al agua, al medio ambiente sano, a la protección frente al ruido y la contaminación, entre otros aspectos. En realidad, estos problemas pueden ser objeto de la acción de tutela, de la acción popular y de políticas públicas, lo que debe evaluarse a partir de cada caso. En materia de tutela, por ejemplo, el punto central para determinar la procedencia se encuentra en que se demuestre la afectación individual del accionante.

Por ello, si bien en este caso comparto la decisión adoptada por la Sala, me aparto en cambio de la metodología utilizada para su solución, ajena al desempeño de las facultades constitucionales del juez de tutela, como el decreto de las pruebas de oficio, la obligación de dar prevalencia al derecho sustancial y la necesidad de ejercer estas funciones de forma

más vigorosa frente a grupos vulnerables. Ignoro si, de haber adelantado tales actuaciones la respuesta habría sido distinta, pero era deber de este Tribunal poner el máximo de sus capacidades para averiguarlo.

Fecha ut supra,

María Victoria Calle Correa

Magistrada

[1] Al respecto, en la Sentencia T- 317 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, esta Corporación manifestó que: “De acuerdo con el principio de informalidad, la acción de tutela no está sometida a requisitos especiales ni fórmulas sacramentales que puedan implicar una prevalencia de las formas sobre la búsqueda material de protección de los derechos de las personas que la invocan. Así, por ejemplo, la tutela puede ser solicitada de manera verbal en caso de urgencia, o cuando el solicitante sea menor de edad, o no sepa escribir; no se requiere de apoderado judicial; y no es necesario citar el artículo en el que se encuentra la norma constitucional infringida, siempre que se identifique de manera suficiente cuál es el derecho que se considera amenazado o violado, y se narren los hechos que lo originan”.

[2] Artículo 10: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.// También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

[3] Sentencia T-799 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[4] Sentencias T-161 de 1993 M.P. Antonio Barrera C. y T-682 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[5] Sentencia T-299 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[6] Sentencia T-493 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[7] Sentencia T-420 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

[8] En aplicación de este primer requisito, la Corte en sentencia T-462 de 1993, estimó que la acción de tutela interpuesta por un personero municipal en nombre de los empleados de la administración de un municipio por la falta de cancelación de sus salarios y prestaciones resultaba improcedente en vista de que no se advertía desamparo o indefensión y de que “en el expediente no aparece prueba alguna de solicitud elevada por los empleados del municipio de Riohacha con miras a promover la intervención del Personero ante la jurisdicción constitucional”. A igual conclusión arribó en la sentencia T-420 de 1997, en el caso de una acción de tutela impetrada por un personero municipal en nombre de los empleados de la personería que dirigía por la ausencia de pago de sus salarios.

[9] Al respecto, el Decreto 2591 de 1991, artículo 26, dispone en lo pertinente: “El recurrente podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente. Cuando el desistimiento hubiere tenido origen en una satisfacción extraprocesal de los derechos reclamados por el interesado, el expediente podrá reabrirse en cualquier tiempo, si se demuestra que la satisfacción acordada ha resultado incumplida o tardía.”

[10]Cfr., T-682 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[11]Ibíd.

[12] Por ejemplo, en la sentencia T-078 de 2004, la Corte concluyó que era improcedente la tutela interpuesta por un personero municipal en nombre de “las familias desplazadas y no desplazadas, asentadas en zonas de alto o mediano riesgo en la Ciudad de Florencia” pues la parte afectada no era determinada ni determinable. La Sala de Revisión en esa ocasión determinó que la entidad accionante tiene el deber de individualizar los sujetos presuntamente afectados, haciéndolos determinables.

[13] Sentencia T-1189 de 2003., M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[14] Sentencia T-896 A de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Reiterada en sentencia T-690 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[15] Cfr., sentencia T-039 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[16] Ver Sentencia C-644 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[17] Ver Sentencia C-377 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[19] Sentencia T-659 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[20] Ver entre otras, T-1451 de 2000, SU-116 de 2001, T-288 de 2007, T-659 de 2007 y T-517 de 2011.

[21] Sentencia T-710 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[22] En este sentido ha dicho la Corporación: “Esta breve referencia muestra que en principio la Ley 472 de 1998 es un instrumento idóneo y eficaz para enfrentar las vulneraciones o amenazas a los derechos colectivos. (...). En tales circunstancias, la entrada en vigor de una regulación completa y eficaz sobre acciones populares implica que, fuera de los cuatro requisitos señalados (...), para que la tutela proceda en caso de afectación de un derecho colectivo, es además necesario, teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la tutela (CP art. 86), que en el expediente aparezca claro que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo, por ejemplo porque sea necesaria una orden judicial individual en relación con el peticionario. En efecto, en determinados casos puede suceder que la acción popular resulta adecuada para enfrentar la afectación del derecho colectivo vulnerado, pero ella no es suficiente para amparar el derecho fundamental que ha sido afectado en conexidad con el interés colectivo. En tal evento, la tutela es procedente de manera directa, por cuanto la acción popular no resulta idónea para proteger el derecho fundamental. Pero si no existen razones para suponer que la acción popular sea inadecuada, entonces la tutela no es procedente, salvo que el actor recurra a ella “como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente resuelve la acción popular en curso y cuando ello resulte indispensable para la protección de un derecho fundamental”. En el mismo sentido pueden consultarse entre otras las sentencias SU- 257 de 1997, T- 576 de 2005, SU-1116 de 2001.

[23] Sentencia T-517 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[24]Cfr. Sentencia SU- 1116 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[25] “Por medio de la cual se precisan y complementan los lineamientos generales para el Litigio Defensorial en aplicación de los Mecanismos de Protección de los Derechos Constitucionales y se dictan otras disposiciones”.

[26] La norma dice lo siguiente: “ARTÍCULO 8º. DELEGACIÓN DE FUNCIONES. Delégase en la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales y en las Defensorías Regionales y Seccionales, bien directamente o a través de apoderados judiciales, el ejercicio del litigio defensorial, a través de los mecanismos constitucionales de protección de los derechos, conforme a lo establecido en la Constitución Política, la ley, y en los términos de la presente resolución. // Los funcionarios delegatarios serán responsables de las actuaciones y omisiones de carácter administrativo que se originen en desarrollo de la presente delegación, particularmente en el control de gestión. // PARÁGRAFO. Siempre que lo considere necesario, el Defensor del Pueblo, podrá reasumir directamente o por medio de un delegado especial cualquiera de las funciones relacionadas con el litigio defensorial, sin necesidad de acto administrativo que así lo declare y revisar los actos expedidos por el delegatario”.

[27] En sentencia T-493 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, esta Corporación señaló: “En el caso de la agencia oficiosa de derechos ajenos la Corte ha exigido que para hacer uso de ella es necesario que el titular de los derechos fundamentales no esté en condiciones de promover su propia defensa, lo cual debe manifestarse en el escrito de tutela o encontrarse probado en el expediente. La exigencia de manifestar en la demanda de tutela que el titular de los derechos no puede interponer directamente la acción encuentra justificación sólo cuando los derechos sometidos a debate interesan únicamente a su titular y no cuando revistan un interés general o colectivo”.

[28] Sentencia T-049 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[29] El derecho colectivo al medio ambiente sano refiere al “conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica, individual, lo cual garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo en el medio social”. Sentencia T-366 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[30] Es el derecho a que las generaciones presentes y futuras aseguren un ambiente propicio para su desarrollo y el de los recursos naturales que le permitan satisfacer sus necesidades, mediante el aprovechamiento racional en la utilización y explotación de los recursos y en la debida planeación ambiental del crecimiento socioeconómico. Está íntimamente ligado con el derecho a gozar de un ambiente sano, ya que del manejo racional de los recursos va a depender también la preservación del medio ambiente.

[31] El Consejo de Estado ha definido la salubridad pública como “la garantía de la salud de los ciudadanos” e implica “obligaciones que tiene el Estado de garantizar las condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad (...) Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 3 de septiembre de 2009 y radicación 85001233100020040224401.

[32] En sentido similar, mediante la sentencia T-576 de 2005, la Corte negó la tutela interpuesta por dos ciudadanas para que EMPOCALDAS S.A. adopte las medidas necesarias para eliminar los problemas de salubridad pública que se presentan en la región donde viven por la obstrucción de las tuberías de alcantarillado. La Sala Novena de Revisión no accedió a las pretensiones porque “las peticionarias no demostraron la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, pues dentro del expediente, no obra prueba alguna que acredite que producto de esta situación, ellas o miembros de su núcleo familiar padezcan o estén sobrellevando problemas de salud, o haya sido afectado su derecho o a la integridad personal. Por el contrario, sí existe documentación e informes técnicos que señalan la supuesta existencia de un derecho colectivo vulnerado que afecta a los residentes de un sector de La Dorada”.

[33] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[34] De los hechos y pretensiones, entre otras entidades, que deberían ser vinculadas ante una eventual acción popular sobre el tema, estarían Parques Nacionales Naturales de

Colombia, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Sostenible, a la Agencia Nacional de Minería, a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, a la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca, a las Gobernaciones de los Departamentos del Putumayo, Amazonas y Caquetá, a la Policía Nacional – Unidad contra la Minería Ilegal, al Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAC, a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación.

[35] Artículo 28, Ley 472 de 1998.

[36] Artículo 25, Ibíd.

[37] El Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, artículo 234, otorgó un mayor alcance a esta facultad del juez administrativo, estableciendo que ante una situación de urgencia es posible que decrete una medida cautelar sin necesidad de notificar a la parte demandada. Asimismo, el juez puede celebrar pactos de cumplimiento para la protección inmediata y concertada de los derechos colectivos afectados, pacto que se constituye en una sentencia anticipada (artículo 27 Ley 472 de 1998). De manera que a través de la acción popular es posible que el juez administrativo decrete medidas cautelares en cualquier tiempo y de forma urgente cuando las circunstancias así lo demanden.

[38] Al respecto, puede en el auto del 29 de julio de 2004, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, el Consejo de Estado dejó en firme las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal Administrativo de Boyacá, quien en aplicación del principio de precaución, había ordenado a los demandados abstenerse, provisionalmente, a autorizar o permitir el almacenamiento o depósito en la ciudad de Tunja de materiales tóxicos.

[39] De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 472 de 1998, el ejercicio de la acción popular no tiene término de caducidad definido, por lo que puede ser ejercida en cualquier tiempo mientras subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo.

[40] “Por medio de la cual se establecen disposiciones para la comercialización y el uso de mercurio en las diferentes actividades industriales del país, se fijan requisitos e incentivos para su reducción y eliminación y se dictan otras disposiciones”

[41] “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”.

[42] Según el artículo 35 de la Ley 99 de 1993, Corpoamazonía además de ejercer las funciones propias de las Corporaciones Autónomas Regionales, tendrá como encargo principal promover el conocimiento de los recursos naturales renovables y del medio ambiente del área de su jurisdicción y su utilización, fomentar el uso de tecnología apropiada y dictar disposiciones para el manejo adecuado del ecosistema Amazónico y el aprovechamiento sostenible y racional de sus recursos naturales renovables y del medio ambiente, así como asesorar a los municipios en el proceso de planificación ambiental y reglamentación de los usos del suelo y en la expedición de la normatividad necesaria para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural de las entidades territoriales de su jurisdicción. Asimismo, es función principal de Corpoamazonía proteger el medio ambiente del Sur de la Amazonía colombiana como área especial de reserva ecológica, de interés mundial y como recipiente singular de la biodiversidad del trópico húmedo. En desarrollo de su objeto deberá fomentar la integración de las comunidades indígenas que tradicionalmente habitan la región, al proceso de conservación, protección y aprovechamiento sostenible de los recursos y propiciar la cooperación y ayuda de la comunidad internacional para que compense los esfuerzos de la comunidad local en la defensa de ese ecosistema único.

[43] “Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

[44] “Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”.