

Caso Cerro Matoso a revisión por parte de la Corte Constitucional



Por: Ángela Rocío Uribe Martínez

Costa Rica, 8 de junio de 2018

En sentencia de revisión de acción de tutela, la Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia T- 733 de 2017, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos, se pronunció sobre la vulneración a los derechos fundamentales a la salud, consulta previa, goce de un medio ambiente sano con ocasión de la operación de la mina de extracción a cielo abierto de níquel más grande de Colombia, desarrollada por la empresa Cerro Matoso S.A. ¿CMSA-.

La sentencia abordó la resolución de los siguientes problemas jurídicos: 1. Legitimación activa para la defensa de las comunidades étnica. 2. Derecho fundamental a la consulta previa frente a proyectos licenciados con anterioridad a la Constitución de 1991. 4. Flexibilización del nexo de causalidad en materia de responsabilidad ambiental y; 5. Indemnización de perjuicios en la instancia de acción de tutela.

Para la resolución de la controversia se destaca que en el proceso se demostró, a través de estudios antropológicos, la existencia de 7 comunidades étnicas asentadas alrededor de la operación minero industrial de CMSA, en un radio de aproximadamente 6 Km de la planta de procesamiento.

En este caso, la Corte constitucional corroboró que existe una delicada situación de salud pública en la zona, que se caracteriza por enfermedades cutáneas, pulmonares, oculares, etc., cuya salvaguarda hace inminente el ejercicio de la acción de tutela.

A modo de conclusión, para el caso en concreto la Corte considera que existe una relación de causalidad adecuada y altamente probable, entre la actividad extractiva y (i) las diversas afecciones a la salud que padecen los integrantes de siete (7) comunidades indígenas (Torno Rojo, Bocas de Uré, Puerto Colombia, Unión Matoso en Puerto Flecha, Guacarí, en la Odisea; Centro América y Puente Uré) y del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, las cuales se encuentran ubicadas en inmediaciones de la mina; y (ii) las afectaciones al medio ambiente (agua, animales y plantas) y el peligro en el cual se encuentra su seguridad alimentaria, que padecen las referidas comunidades.

1 Aspectos probatorios

La Corte Constitucional realizó una valoración integral de las pruebas obrantes en el expediente y determinó cuál es el estado de salud que presentan los integrantes de las comunidades aledañas al complejo minero, así como la veracidad de los daños ecológicos aducidos en el proceso, afectaciones a la salud humana y al medio ambiente. Se describieron las características de la actividad extractiva para analizar la potencialidad de generar afectaciones y por último se examinó si existe una relación causal entre las acciones y omisiones imputables a Cerro Matoso S.A. y las afectaciones identificadas, para precisar el Vínculo de Causalidad.

A continuación, para fines didácticos, se desglosa la discusión probatoria dentro del proceso:

Ítem

Observación de CMSA

Medio de Prueba

Condiciones de Morbilidad derivadas de la actividad minera

Cerro Matoso S.A. no desvirtuó el acervo probatorio disponible relacionado con las condiciones de salud de la zona.

- Inspección Judicial 4 y 5 de diciembre de 2015, se recaudaron sin número de testimonios.

- Informe del Ministerio de Salud, donde el Hospital Local de Montelibano informa que la morbilidad en el municipio se asocia principalmente a infecciones respiratorias agudas, enfermedades del tracto respiratorio y de la piel.

- Defensoría del Pueblo informe donde señala que en la región hay un gran número de enfermos con deformaciones y al parecer un alto porcentaje de la población con cáncer.

Dictamen pericial de Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses ?INMLCF-: Estudio realizado a 1146 personas, para obtener un 95% de confianza. En apartes del informe se concluye que:

?41% de la población presenta manifestaciones irritativas de la vía aérea superior y mucosa conjuntival, aumenta el porcentaje en la población de Puerto Uré.

3.22% de los casos manifestaron irritación de la vía área inferior (tráquea, bronquios y pulmones)

41.32% manifestaciones dermatológicas, aumenta en la población de Pueblo Flecha.

12. %99 presentan hallazgos radiológicos como granulomas, engrosamiento de la cisura, cardiomegalia y tuberculosis. Quienes presentan granulomas (69 personas) hay que estudiarlos para saber qué tipo de tumores presentan. Se encontraron 2 casos de cáncer de pulmón y 3 de engrosamiento de la cisura pulmonar. Se encontraron 18 personas con cardiomegalia que puede ser causada por una infección o exposición a sustancias químicas.

Níquel en la sangre

El promedio de níquel en sangre fue de 10.53 mcg/lit , la mayor población con níquel en sangre está en San José de Puerto Uré. La Corte comparó el resultado con el estándar de 0,2 mcg/ lit de la Agencia para el Registro de Sustancias Tóxicas y Enfermedades del Departamento de EEUU y 0,59 mcg/lit del Instituto Nacional de Salud Pública de Quebec Canadá.

Níquel en orina

El promedio fue de 27,3 mcg/lit comparado con 1-2 mcg/lit la Agencia para el Registro de Sustancias Tóxicas y Enfermedades del Departamento de EEUU y 1.78 mcg/lit del Instituto Nacional de Salud Pública de Quebec Canadá.

Hallazgos sobre medio ambiente

El MADS conceptuó que Colombia no cuenta con una normatividad que establezca niveles máximos permisibles de níquel, ni métodos para su medición, pese a los efectos cancerígenos demostrados.

Aguas de escorrentía de la Mina

Finalizan en un vertedero en la quebrada el Tigre y el municipio de Puerto Libertador dice que recibe la contaminación ambiental de la mina.

La Defensoría del Pueblo en su informe concluye que hay contaminación en la Quebrada Uré y el Tigre que el pescado se redujo en los cuerpos de agua e incluso se acabó en algunos.

El estudio de INMLCF da cuenta de graves afectaciones a las fuentes de agua, animales (caza y pesca) y los cultivos lo que pone en peligro la seguridad alimentaria y los cultivos.

Calidad del Aire

La empresa cuenta con permiso de emisiones atmosféricas, otorgado por la Corporación Autónoma de los Valles del Sinú y San Jorge ? CVS-. CMSA monitorea y remite periódicamente a la CVS y al MADS los estudios de evaluación de emisiones de las chimeneas que arrojan el 100% de cumplimiento de la legislación ambiental. En más de 30 años de actividad no han multado a la empresa. El modelo de dispersión de material particulado auditado anualmente por las autoridades mineras y ambientales no presenta concentraciones de elementos contaminantes al aire por encima de los límites legales.

También dan el argumento que: ?Los análisis de peligrosidad realizados al estéril de mina, la escoria con metal, la escoria sin metal y el carbón, concluyen que estos materiales no son corrosivos, no son reactivos, no son tóxicos por presencia de metales pesados y no son inflamables. Por lo tanto no se consideran peligrosos?.

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ?ANLA- y el Ministerio de Salud y Protección Social informaron de la presencia de nubes de escoria y dispersión de material particulado resultado de la explotación de ferroníquel.

Bloqueo y posterior sedimentación del Caño El Zaino

Los monitoreos a los vertimientos de agua de Cerro Matoso evidencian que el aporte de contaminantes a los cuerpos de agua naturales, son insignificantes y mucho menores a los que ya traen los mismos cuerpos de agua antes de pasar por CMSA. CMSA dice que se generó por la construcción de un canal perimetral que circunda el complejo minero. Se detectaron altas concentraciones de hierro en el Caño Zaino, y una disminución de las especies animales y vegetales en el afluente. En el año 2012, la CVS encontró valores de hierro que sobrepasan notablemente lo establecido en la Guía de Calidad del Aire de la OMS y el Decreto 1594 de 1984.

Flora y Fauna del Caño el Zaino.

La huella minera de Cerro Matoso es de cerca de 600 hectáreas, pero alrededor de la operación se han recuperado más de 1000 hectáreas de bosques que no existían a la llegada de Cerro Matoso. Este bosque se ha convertido en un corredor biológico esencial para diferentes especies ?algunas en vía de extinción a nivel mundial como el mono tití cabeza blanca-.

La consultora K2 determinó que las especies de aves en la zona se habían reducido.

Contexto económico y social

Dice el estudio de INMLCF 'La mina no emplea a la población de las comunidades. Se escucharon los requerimientos de la población sobre la mina, consideran que son ellos quienes deben solucionar los problemas de falta de vivienda, educación y trabajo'.

A continuación se resaltan las principales conclusiones en cuanto a la validez de los medios de prueba objeto de proceso.

1.1 Licitud y valor probatorio del contexto antropológico y social incluido en el dictamen pericial del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses -INMLCF-

A raíz de la objeción que presenta CMSA respecto de la solicitud de excluir del acervo probatorio el 'Contexto antropológico y Social' que hace parte del dictamen pericial rendido por INMLCF se abre la discusión sobre su licitud como medio y objeto de prueba.

En primera instancia, la Corte analiza que en el ámbito colombiano, una revisión de la legislación procesal evidencia que la prueba de contexto no figura enlistada como medio de prueba. Sin embargo, para el Alto Tribunal el silencio del legislador no significa inadmisibilidad de la prueba contextual, por cuanto, en los términos del artículo 165 del CGP se pueden practicar 'pruebas no previstas en este código', de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes, a condición de preservar los principios y garantías constitucionales.

En este punto, la sentencia hace un análisis sobre el uso del contexto como objeto de prueba y medio de prueba en diversas decisiones proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos 'CIDH- y la Corte Penal Internacional y de cómo en Colombia en materia penal existen 2 definiciones de la palabra contexto.

Para la Corte, si bien el contexto no se encuentra identificado como un medio de prueba, si puede ser introducido al proceso por un medio de prueba, como es el dictamen pericial y tendrá plena validez, siempre y cuando haya sido decretado como prueba, acoja los principios y reglas que orientan la práctica del peritaje, y se permita su controversia. Al respecto la Corte precisó que se dieron las condiciones para tener el dictamen pericial como medio de prueba y se pronunció señalando la improcedencia de la objeción por error grave formulada por la defensa, salvo lo relativo a las apreciaciones de carácter jurídico, las cuales no son admisibles conforme lo establece el artículo 226 del Código General del Proceso.

1.2 Los valores límite de concentración, función y significado probatorio.

Basándose en la discusión doctrinaria respecto de la naturaleza jurídica de los valores límites de concentración, la Corte Constitucional trae a colación una serie de afirmaciones que alertan sobre el examen del vínculo de causalidad entre la actividad contaminante y los daños ecológicos.

El Alto Tribunal destaca que la doctrina especializada, haciendo referencia al artículo: 'Dependencia del Derecho Ambiental de los estándares técnicos para la toma de decisiones en situaciones de incertidumbre'[1] sostiene que si bien la fijación de 'Valores límites de emisión', busca minimizar los riesgos, la causación de daños ecológicos, y en últimas, señalar unos niveles 'tolerables' de contaminación, en la práctica, la construcción de tales estándares, al igual que su aplicación, sea por instancias reguladoras ambientales e incluso judiciales, ofrece serios reparos, entre los que destaca los siguientes:

'No está claro ni siquiera que exista algo así como un 'valor límite' a partir del cual un determinado agente físico o químico nocivo deja de serlo';

'Los Valores Límite de Emisión no pueden medir la acción combinada de los químicos en el medio ambiente, ni su efecto acumulativo;

? Se trata de parámetros generales y abstractos, ajenos a las circunstancias específicas y particulares de un determinado ecosistema;

? Si bien en los primeros años, los ?Valores límites de emisión? fueron considerados en términos de ?recomendaciones?, con el tiempo, se les ha pretendido revestir de ?certeza científica?, dotándolos incluso de un nivel normativo;

? En la construcción de los ?Valores límites de emisión? se ha denunciado que se protegen más a las industrias extractivas que a las poblaciones afectadas;

? Fallos judiciales en los cuales el acatamiento de los ?Valores límites de emisión?, por parte de determinada industria, han sido valorados como prueba inexorable de la inexistencia de un nexo causal, han sido duramente criticados, por cuanto, como se ha explicado, aquéllos no configuran una certeza científica acerca del carácter inane que ofrece cierto nivel de emisiones contaminantes.

? Debido a las numerosas críticas que ofrecen los referidos valores, en los últimos años se ha propuesto acoger un nuevo principio: ?tan bajo como sea razonablemente posible? (as low as reasonably achievable). Se trata de cambiar la pregunta según la cual ¿cuánto daño se puede causar?, por ¿cuánto daño se debe evitar? 301.

La Corte al hacer un análisis de derecho comparado reflexiona sobre lo dispuesto por la Directiva 2004/107/CE del 15 de diciembre de 2004, concluyendo que: ?Adviértase que los valores límites no son concebidos en términos de ?autorización para contaminar?; por el contrario, su fijación apunta es a ?evitar, prevenir o reducir? los efectos perjudiciales que causan en los seres humanos y el medio ambiente determinadas sustancias. De allí que, el control administrativo ambiental que se ejerce sobre los agentes contaminantes no puede limitarse a verificar el cumplimiento de unos valores considerados como ?máximos?.?[2] Igualmente cita la Corte lo pertinentemente señalado por la Organización Mundial de la Salud en cuanto a los niveles máximos establecidos en las Guías de Calidad de Aire de la OMS, cuando dice: ?hay que subrayar que los valores guía que se proporcionan aquí no pueden proteger plenamente la salud humana, porque **en las investigaciones no se han identificado los umbrales por debajo de los cuales no se producen efectos adversos** (?) se ha vinculado a la contaminación del aire una gama creciente de efectos adversos para salud, y en concentraciones cada vez más bajas.? 302

Para el caso en particular, dice la Corte que:

?si bien el irrespeto de los ?Valores límite de emisión? es un elemento de juicio muy fuerte al momento de establecer la existencia de un vínculo causal entre la conducta del agente contaminante y el perjuicio ambiental irrogado a una determinada comunidad, su acatamiento, per se, no desvirtúa la presencia de aquél. Será necesario, como se ha explicado, analizar todo el material probatorio (vgr. testimonios, documentos, contenido de la licencia ambiental, etcétera), tener en cuenta el contexto en el cual se ha emitido el material contaminante, sus particularidades en términos de peligrosidad para los organismos vivos, y aplicar una o varias de las teorías construidas judicialmente para analizar la existencia de un nexo causal en materia de responsabilidad por daños ambientales.?[3]

2 Derechos Fundamentales invocados, subreglas constitucionales y resolución del caso en concreto.

2.1 Legitimación por activa.

En el caso en concreto no se reconoció la calidad de agente oficioso del ciudadano que interpuso la acción de tutela, toda vez que se demostró que no pertenecía a ninguna de las comunidades y no pudo acreditar que las comunidades agenciadas se encontraban en total imposibilidad de actuar en su propia cuenta.

De otro lado, la Sala de revisión revocó la decisión de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, adoptada en sentencia de amparo del 31 de julio de 2013 donde se resolvió negar el amparo solicitado, con fundamento en que no se encontraba acreditada la existencia y representación del Resguardo Indígena Zenú el Alto San Jorge ni del Consejo Comunitario de

Comunidades Negras de San José de Uré y los demandantes no acreditaron la calidad con la que decían actuar.

Precisa la Corte Constitucional que la inexistencia jurídica de un resguardo, o su proceso de constitución, no imposibilita la facultad que tienen las poblaciones indígenas de formular una acción de tutela en pro de sus garantías constitucionales.

Respecto de las pruebas obrantes en el expediente éstas demuestran claramente que el Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de San José de Uré sí fue incluido en el Registro único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras; y además, que el ciudadano Luis Hernán Jacobo Otero fue elegido como el representante legal de la comunidad.

Principales subreglas definidas por la Corte en materia de legitimación por activa para representar a las comunidades étnicas:

- (i) La interposición de un amparo por parte de un ciudadano que actúa como agente oficioso de unas comunidades étnicas, se torna improcedente cuando éstas se encuentran en condiciones de promover su propia defensa.
- (ii) No se requiere que un cabildo o una parcialidad indígena haya sido reconocida como resguardo para poder invocar sus derechos fundamentales mediante una acción de tutela. Lo anterior debido al carácter declarativo y no constitutivo del acto administrativo que refiere la existencia de un resguardo indígena.
- (iii) No se precisa que el Ministerio del Interior certifique la inscripción de una población en el Registro de consejos comunitarios de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, para que ésta pueda formular acción de tutela en pro de sus garantías constitucionales.

2.2 Procedencia de la Consulta Previa en proyectos en curso.

Dice CMSA en su contestación de la demanda que: ?en gracia de discusión, resulta llamativo que el otrosí número cuatro, y no ninguno de los contratos estatales válidamente celebrados y ejecutados, sea el que hoy según los accionantes se erige como fuente de vulneración del derecho a la consulta previa buscando persuadir erróneamente al juez constitucional de que se trata en el fondo de una nueva relación jurídico contractual y no, como en estricto rigor lo es, de la continuación de una situación jurídica preexistente, donde el hecho principal es la persistencia de la operación minero-industrial iniciada hace casi 31 años?[4]

Para la resolución del conflicto planteado, la Corte precisa las siguientes subreglas constitucionales relacionados a la Consulta previa:

Derecho fundamental de las comunidades étnicas a ser consultadas de manera precedente a la aprobación o implementación de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente.

Como derecho fundamental es un instrumento básico para preservar la integridad de las comunidades étnicas, es una acción positiva de la comunidad internacional para salvaguardar la subsistencia y evitar la discriminación. Es una expresión del principio de democracia participativa del Estado Social de derecho, es el punto de partida y encuentro de todas las garantías que protegen la autonomía e integridad de las comunidades étnicas.

Sólo con un alto grado de autonomía es posible garantizar la supervivencia cultural de las comunidades étnicas.

Objetivos de la Consulta, el objetivo principal es llegar a un acuerdo entre las partes, que se garantice la protección de la autonomía y la identidad cultural de las comunidades étnicas. Que se construya en conjunto un conocimiento pleno sobre la manera en la cual podría verse afectada la comunidad.

Resulta obligatoria, por eso el concepto de afectación directa adquiere un especial valor en la solución del caso en concreto.

La afectación directa se puede definir como el impacto positivo o negativo, que tiene medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión de una determinada comunidad étnica. Existen unos escenarios específicos en los cuales se ha sostenido que existe una afectación directa: - Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros. - Presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional. - Decisiones sobre la prestación del servicio de educación que

afectan directamente a las comunidades. Y- Medidas legislativas.

No resulta válida la que se asimile a un mero trámite, se lleve a cabo solo con algunas de las comunidades, la que se celebre con personas que no han sido elegidas o autorizadas como representantes de las comunidades étnicas.

Debe tenerse en cuenta el posible incremento de los daños ambientales y el riesgo de alteración del equilibrio ecológico, que implica un proyecto de exploración y explotación mineras que tiene prevista una duración por varias décadas.

Para la resolución de este caso concreto, y así discernir sobre la violación o no del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas afectadas por la operación minera, la Corte entra en un análisis respecto de la necesidad de salvaguardar este derecho fundamental en el desarrollo de proyectos que vienen ejecutándose tanto con anterioridad a la constitución de 1991 como a los pronunciamientos de la misma Corte respecto de la protección de los derechos a la salud, al medio ambiente y a la consulta previa.

En ese sentido para comprender el análisis realizado por la Corte, es necesario remitirse al que el fallo señala sobre la protección al medio ambiente y la naturaleza jurídica de la licencia ambiental, así la Corte define que:

El derecho al medio ambiente es un derecho fundante de la CON/91

El derecho al medio ambiente prevalece sobre los derechos económicos de los particulares otorgados mediante licencias ambientales o contratos de concesión, cuando esté probado que la actividad genera daño o cuando exista mérito para aplicar el principio de precaución.

El estado tiene el deber de aplicar el principio de prevención, debe exigir las medidas necesarias para que el proyecto, obra o actividad preserve el medio ambiente.

La licencia ambiental es un instrumento esencial. ¿Es una autorización que da el Gobierno, que le da a su titular el derecho a realizar una actividad con efectos sobre el ambiente, es esencialmente revocable? El deber de prevención se ejerce, otorgando, negando o cancelando la licencia ambiental?. La licencia ambiental ¿se ha instituido como un medio de participación eficaz de las comunidades con el propósito de generar la menor afectación o el mayor resarcimiento de los impactos que se pueden generar con las explotaciones a los recursos naturales? [5]

Vigencia de los regímenes de transición de los diferentes decretos que reglamentaron la ley 99 de 1993. ¿contemplaron regímenes de transición que acompañaban la posibilidad de continuar las obras autorizadas al amparo de normas anteriores, con la facultad de exigir y/o ajustar periódicamente los planes de manejo ambiental, con el propósito de mantener el correspondiente monitoreo de las autoridades ambientales.?[6]

In dubio pro natura: ¿consistente en que ante una tensión entre principios y derechos en conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que lo suspenda, limite o restrinja?

¿De los puntos analizados previamente se colige que la expedición de la licencia ambiental no trae consigo, *per se*, un aval abstracto e infinito para la explotación de recursos naturales, al punto que el acto contentivo de aquella puede ser modificado o inclusive revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito de su titular, cuando se advierta el incumplimiento de los términos de la misma, o bien, si se encuentran gravemente comprometidos mandatos constitucionales como la protección del ambiente, la consulta previa de las comunidades afectadas o la conservación del patrimonio natural o cultural de la Nación.?[7]

Concluye la Corte que la discusión sobre la legalidad del acto administrativo emitido por la CVS que otorga la licencia ambiental en el año 1981 para la operación de CMSA desborda la competencia del juez de amparo[8], sin embargo para la Corte el juez de amparo sí está en capacidad de: ¿examinar si una determinada licencia ambiental tiene la capacidad de prevenir daños a las comunidades circundantes; tanto más y en cuanto aquella fue expedida antes de 1991. Luego de analizar el escueto texto de la licencia ambiental otorgado por la CVS en el año de 1981, frente al alcance que de la licencia ambiental han definido diferentes fallos del Alto Tribunal constitucional, la Corte concluye que:

¿Si bien es cierto que la licencia ambiental con la cual viene operando la empresa Cerro Matoso S.A, fue expedida de conformidad con la legislación vigente para el año 1981 y bajo los mandatos de la Constitución de 1886; y además, que ciertas disposiciones legales transitorias han permitido su extensión en el tiempo, también lo es que existen serias dudas sobre su vigencia actual, las

cuales le permiten al juez de tutela, con miras a garantizar la seguridad jurídica y a prevenir ulteriores daños a los derechos fundamentales, ordenar a la empresa accionada la expedición de una nueva licencia ambiental, en los términos y condiciones que serán indicadas más adelante.?

En este punto, es necesario advertir que de lo obrante en la parte motiva de la sentencia no se observa que la Corte haya analizado cada una de las resoluciones otorgadas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, cuyo objeto fue la modificación de la licencia ambiental otorgada por la CVS en el año de 1981 para determinar si su contenido salvaguarda los principios contenidos en la Constitución de 1991.

De otro lado, entra la Sala a discutir si ¿Podía CMSA alegar la plena vigencia y ejecutoriedad del Documento de Evaluación y Manejo Ambiental -DEMA - presentado por CMSA en 1998? Esto por cuanto, a la fecha del fallo ahora en estudio, el Decreto 883 de 1997 que reglamentó dicho instrumento de gestión ambiental fue declarado nulo mediante decisiones del Consejo de Estado en Sentencia proferida el día 26 de febrero de 1998, Rad: 4500 y el 20 de agosto de la misma anualidad, Rad: 4599 y 4647.

Respecto de tal situación la Corte concluye que para este caso en especial:

¿Con ello, se corrobora que: (i) El DEMA ha sido el principal instrumento de control ambiental del complejo minero, (ii) Pese a sus irregularidades, el DEMA continua vigente para la empresa demandada, y (iii) El licenciamiento ambiental aprobado en 1981 tiene tal indeterminación que no contempla límite alguno a la explotación de recursos naturales, y ha tenido que ser complementado con permisos puntuales otorgados por la CVS.?

3 ¿Cómo concluyó la Corte Constitucional que si existía nexo causal entre el accionar de la empresa y los daños a la salud y al medio ambiente aducidos por los habitantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes?

En esta sentencia, la Corte precisa que el principio de causalidad en materia de responsabilidad se flexibiliza en materia ambiental, dadas las dificultades probatorias en este ámbito. A continuación resumiremos el análisis realizado para llegar a tan importante conclusión.

La Corte analiza el concepto de nexo de causalidad en materia medioambiental, la determinación de las causas y la prueba de las mismas, se pronuncia por primera vez sobre las relaciones entre los ¿valores límites de emisión? y el nexo de causalidad.

Señala la Corte que en derecho comparado se han creado diversas teorías sobre el vínculo de causalidad entre el daño ambiental y la acción u omisión de determinado agente contaminante. Las cuales a pesar de sus diferencias tienen en común: flexibilizar la visión tradicional del derecho civil en la materia. Así la Corte presenta un análisis sobre las diferentes teorías en que reposa la responsabilidad, respecto de las cuales a continuación se resume lo estudiado a cabalidad en el fallo en estudio.

Teoría de la causa alternativa o disyuntiva: se exime al demandante de probar el nexo causal cuando, dado el elevado número de posibles agentes contaminantes, resulta materialmente imposible para la víctima acreditar quién fue exactamente el responsable del daño reclamado. En estos supuestos, se hacen solidariamente responsables todos los sujetos-agentes demandados, con lo cual se refuerza la protección de las víctimas.

Teoría de la condición peligrosa: si la acción u omisión crea un peligro o riesgo capaz de provocar el suceso dañoso, aquélla puede considerarse como la causa eficiente del daño irrogado, según una valoración ex post.

Teoría de la Causa Real: Ante los tribunales americanos, el demandante debe demostrar la existencia de un nexo causal, dentro del ámbito de las posibilidades, de más del 50%. Si la Corte encuentra que era más probable que los daños se ocasionaran, sin que mediara la conducta del demandado, la petición de reparación es rechazada.

Teoría de la Causa próxima: la responsabilidad puede ser vinculada con la conducta que ocasionó el daño, sólo si aquélla se encuentra lo suficientemente cerca de éste, en términos de tiempo y espacio.

Teoría de la Conjetura: La víctima sólo tiene que demostrar la existencia de algunos signos que indiquen la existencia de una conexión entre el perjuicio y la conducta dañina.

Teoría de las Probabilidades: se le impone una responsabilidad proporcional a la persona, de conformidad con la probabilidad de causalidad o la fracción atribuible del daño.

Teoría de la Causalidad Adecuada: una conducta sólo puede ser causa de un daño si es apta para generar el resultado o

implementar significativamente el riesgo de causarlo.

Presunción de la causalidad, inversión de la carga de la prueba y carga dinámica de la prueba: En el derecho comparado los legisladores han empleado distintas técnicas, encaminadas a favorecer la postura de las víctimas.

Dice la Corte Constitucional al referirse a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre responsabilidad por el daño ambiental que:

¿Admitiendo que la responsabilidad por daños ambientales es de carácter objetivo, es decir que no es necesario demostrar la existencia de culpa o dolo en el demandado, la Corte Suprema de Justicia insiste en que le corresponde a la víctima entrar a probar el perjuicio y el nexo causal, dice la Corte Constitucional que: ¿hasta el momento, no se ha considerado que, en lo atinente a los daños ambientales, se presume la existencia de un vínculo de causalidad entre la acción u omisión del agente contaminante y el daño ecológico. Tampoco se ha acudido al expediente de la inversión de la carga de la prueba, o al manejo dinámico de la misma?[9]

Respecto de las decisiones del Consejo de Estado, señala la Corte Constitucional que: ¿Una breve revisión de esos fallos, evidencia una flexibilización en materia de prueba del nexo causal?[10] El Consejo de Estado al resolver los casos de daños ocasionados por la aspersión de glifosato ha acogido la teoría de la ¿causa más probable?.

Luego de la definición del concepto de flexibilización del nexo de causalidad en materia ambiental ¿La existencia de una licencia ambiental y permisos en materia de emisiones atmosféricas y vertimientos de agua a las fuentes hídricas, aunada a la ausencia de sanciones impuestas por las correspondientes autoridades ambientales y al seguimiento y monitoreo constantes por parte de las mismas, daría a pensar que le asiste razón a la empresa accionada, y que en consecuencia, se debilitaría la presencia de un nexo causal entre sus actividades mineras y las afectaciones que sufren los peticionarios, en materia de salud, al igual que el medio ambiente.?[11]

Para la Corte la licencia ambiental de CMSA no se ajustaría a los estándares de la Constitución de 1991, por lo siguiente:

¿ Se presentaron varias irregularidades en los instrumentos ambientales que rigen las operaciones extractivas (DEMA y PMA);

¿ El ordenamiento jurídico colombiano no fija Valores Límite de forma clara, específica y suficiente para los contaminantes producidos por el complejo minero de CMSA;

¿ Las mediciones realizadas por la empresa accionada incurren en varias imprecisiones;

¿ Existen múltiples errores y omisiones en los Autos y Resoluciones emitidos por los órganos de control;

¿ Se ha comprobado la emisión de nubes de escoria que afectan las comunidades étnicas;

¿ La entidad demandada presenta de forma contradictoria la dirección de los vientos en la zona;

¿ Se corrobora que han tenido lugar concentraciones excesivas de sustancias químicas en los recursos atmosféricos e hídricos de la zona de influencia del complejo minero;

¿ Los hallazgos del dictamen pericial del INML aportan elementos que fortalecen la existencia de un nexo causal con las actividades de CMSA.

Respecto de la vigencia de la licencia ambiental, en el proceso CMSA demostró que su licencia ambiental y sus posteriores modificaciones le otorgan el derecho a continuar operando hasta el 2044 y para sus respectivas prórrogas, interpretación que es ratificada por el ANLA, sin embargo en el expediente obran las siguientes interpretaciones contrarias a esta tesis:

Contraloría General de la República: ?? esta "licencia" desapareció del ámbito jurídico, a partir del 1 de octubre de 2012, al

incorporarse las áreas del Contrato 866 y 1727 a las del Contrato 051-96M (área en exploración), tal y como se dispone en el artículo 208 de la Ley 685 de 2001, de manera tal que las áreas inicialmente cobijadas por los dos contratos 866 y 1727, hoy día en explotación, no cuentan con licencia ambiental.

Defensoría del Pueblo: ¿No hay claridad sobre la vigencia de la licencia ambiental para la operación del proyecto, como se recuerda, esta data de 1981 cuando las condiciones eran totalmente diferentes: Para la Contraloría General no está vigente, para ANLA sí. Independientemente de ello, sin olvidar las consecuencias jurídicas que ello implica, se puede considerar que el instrumento de seguimiento y control ambiental no está actualizado a la situación.?

Dentro del proceso obra prueba de que CMSA aceptó que ¿Respecto a los valores límites de emisiones de níquel, la empresa Cerro Matoso S.A afirma que ¿en Colombia no existe normatividad de calidad del aire relacionada con el níquel? motivo por el cual CMSA ejerce sus controles con base en : (i) los criterios de calidad del aire de la Unión Europea, incluidos en la directiva 2004 / 107 CE del Parlamento y el Consejo Europeo, la cual incluye como medida máxima de níquel en el aire 0.02 ¿g/m³ (promedio diario); y (ii) los Criterios Ambientales de Calidad del Aire de la Provincia de Ontario, Canadá, donde el límite máximo es 0.02 ¿g/m³ (promedio anual) y/o 0.1 ¿g/m³ (promedio diario).

El principal interrogante de la Corte, una vez demostrado que no existe en Colombia un valor límite de emisión para el níquel, es ¿Cómo se supone que las diversas autoridades ambientales han venido monitoreando, durante décadas, el funcionamiento del complejo minero de Cerro Matoso SA? Tal omisión en materia de regulación configura además una grave vulneración del principio constitucional y ambiental de prevención.

Al analizar los estudios de calidad de aire de CMSA la Corte resalta que la red de monitoreo de calidad de aire está compuesta por 5 estaciones de monitoreo que hay 2 comunidades una indígena y la otra negra que no están dentro del monitoreo.

En el proceso se demostró a través del dictamen de medicina legal y de los conceptos de la CVS que en Colombia no hay un límite de concentración máxima de níquel para determinar la calidad de agua para consumo humano y que tampoco hay un límite de concentración de níquel para vertimientos en cuerpo de agua. En el expediente obra concepto técnico de la CVS donde señala la evaluación del muestreo de las aguas de la quebrada Uré, la quebrada Saíno, Pozo subterráneo de agua para consumo de la comunidad de caña flecha donde se concluye que se cumple con el parámetro existente en el país para concentración de níquel para destinación del recurso hídrico para consumo agrícola.

La Corte analiza los estudios técnicos allegados por CMSA sobre la calidad del aire y concluye que: ¿iv) Aunque CMSA sostiene que aplica normatividad foránea, plantea que su cumplimiento no exime de riesgos para la salud y el medio ambiente; (v) La accionada reconoce que la aplicación de estos valores requiere tener en cuenta el contexto particular de cada operación minera; y (vi) Pese a la ausencia de una normatividad clara al respecto, la empresa en cuestión reitera su cabal cumplimiento?[12].

Cuestiona también la Corte Constitucional la imprecisión de las mediciones realizadas por la empresa accionada, para el Alto Tribunal los resultados de los estudios de calidad del aire que determinan el cumplimiento de las normas existentes no son suficientes para romper el vínculo de causalidad entre la actividad minera y las afectaciones encontradas: ¿Las anteriores limitaciones en los modelos utilizados para medir las emisiones de níquel, confirman lo afirmado previamente en esta providencia: los niveles máximos de emisión no pueden ser considerados en términos de verdades científicas absolutas e irrefutables con lo cual, su estricto o aparente cumplimiento, no se traduce en un rompimiento automático del vínculo de causalidad entre la actividad minera y las afectaciones a la salud y al medio ambiente.?

El principal interrogante de la Corte, una vez demostrado que no existe en Colombia un valor límite de emisión para el níquel, es ¿Cómo se supone que las diversas autoridades ambientales han venido monitoreando, durante décadas, el funcionamiento del complejo minero de Cerro Matoso SA? Tal omisión en materia de regulación configura además una grave vulneración del principio constitucional y ambiental de prevención.

En el proceso se demostró que la CVS no ha realizado estudios de calidad del aire en esta zona, según afirma la CVS por falta de

recursos. Para la Corte esta respuesta de la autoridad ambiental demuestra que: ¿se está ante una labor de monitoreo, vigilancia y control ambiental, a todas luces, insuficiente, dado que se soporta en información brindada por la misma entidad objeto de seguimiento.?[13]

Observa la Corte que debido a las irregularidades encontradas, la Contraloría General decidió proferir una Función de Advertencia a las siguientes entidades: (i) Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, (ii) Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, y (iii) Ministerio de Minas y Energía. En los siguientes términos[14]:

¿La Contraloría General de la República haciendo uso de las facultades constitucionales y legales que le han sido conferidas, con fundamento en el Numeral 7° del artículo 5o del Decreto Ley 267 de 2000, en ejercicio de la vigilancia fiscal que le compete y de acuerdo a las consideraciones expresadas por el ente de control en los estudios adelantados previamente, profiere FUNCIÓN DE ADVERTENCIA con el fin de advertir sobre el riesgo que para los recursos y bienes públicos representaría seguir adelantando actividades de explotación por parte de Cerro Matoso S.A. en ausencia de una licencia ambiental que ampare de forma integral las actividades de explotación del título minero correspondiente al Contrato de concesión 051 - 96M?.

4 INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN SEDE DE TUTELA

En sede de tutela es posible decretarla en abstracto y de oficio cuando se verifican los presupuestos establecidos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a saber:

El accionante carece de otro mecanismo judicial para obtener el respectivo resarcimiento;

La violación del derecho fundamental es manifiesta y consecuencia de una actuación arbitraria; y

La indemnización resulta necesaria para asegurar el goce efectivo de la garantía vulnerada.

En la Sentencia T-574 de 1996, relativa al vertimiento de petróleo en cercanías del municipio de Tumaco, la Corte consideró que si bien se debía amparar el derecho fundamental a la libertad de oficio de los pescadores de la comunidad de Salahonda, no era procedente ordenar la indemnización de perjuicios por cuanto subsistían otros medios judiciales.

Sin embargo, en este caso en concreto, al tratarse de sujetos de especial protección constitucional, categoría que abarca las personas de la tercera edad, padres y madres cabezas de familia, personas con discapacidad, las comunidades indígenas y afrodescendientes, personas víctimas de desplazamiento forzado entre otras, la Sala destaca el contexto de convulsión y exclusión social de estas poblaciones, así como los hallazgos expuestos a lo largo del presente fallo, circunstancias que permiten cuestionar: (i) la posibilidad real de los demandantes para acceder oportunamente a las acciones ordinarias dispuestas en el ordenamiento jurídico; y (ii) la efectividad de estos mecanismos para la protección de sus derechos fundamentales y la reparación de los perjuicios causados.

En conclusión, determina la Corte Constitucional que la acción de tutela se constituye en el medio más expedito, correspondiente, idóneo y eficaz para efectuar la indemnización en atención a: (i) criterios de justicia material; (ii) el acceso efectivo a la administración de justicia; (iii) la protección de los derechos fundamentales menoscabados; y (iv) las especiales circunstancias de vulnerabilidad de los accionantes.

Así entonces se condena en abstracto, en los términos del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a la empresa Cerro Matoso S.A. al pago de los perjuicios a las personas integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, de conformidad con los hechos probados en esta providencia. Según aclara la misma Corte Constitucional el juez de instancia que proceda a liquidar no se limita al daño emergente pues puede abarcar una amplia gama de perjuicios diferentes.

5 Conclusiones:

Es preocupante que la falta de certeza jurídica en materia de explotación de recursos naturales conlleve a la presentación de casos como el estudiado por la Corte Constitucional en sentencia T- 733 de 2017, que no será el último que cuestione el régimen de

licencia ambiental frente a la protección de los derechos a la salud y al medio ambiente sano.

Este fallo decreta la obligación de responder por el daño a la salud humana, al medio ambiente y la vulneración a otros derechos fundamentales tras aplicar la teoría de la flexibilización del nexo de causalidad como elemento fundamental de la responsabilidad.

Esta decisión debe hacernos cuestionar que, hoy en día, no basta acreditar el acatamiento irrestricto de los valores límite para el uso y aprovechamiento de recursos naturales y así como demostrar el cumplimiento de obligaciones legales ante las autoridades ambientales o mineras, es necesario responder cuál es la naturaleza jurídica de la licencia ambiental, cuál es el papel de las labores de seguimiento para los proyectos sometidos a licencia ambiental, cómo se hace partícipe a las comunidades de los beneficios a largo plazo del desarrollo de proyectos, cómo las comunidades participan y son actores principales a lo largo de la vida útil del proyecto y luego en la toma y puesta en práctica de las decisiones post- minería.

El estado colombiano no puede estar en la posición de abandonar al inversionista y a la comunidad a su suerte, esperando que cada uno por su camino obtenga los máximos beneficios para lograr su desarrollo. Los recursos naturales son bienes escasos cuya explotación se ha convertido en un pilar del desarrollo de la sociedad, pero sin el respeto a la salud humana, al medio ambiente, la promoción de los derechos humanos y las libertades públicas, seguirá siendo un desarrollo incompleto que no promueva la paz del país.

La promoción en el ejercicio de las libertades públicas debe ir de la mano con la protección de los derechos fundamentales, la comunidad debe ser informada y capacitada continuamente para hacer realidad el principio de acceso a la justicia ambiental.

El riesgo de someter el acceso a la justicia ambiental únicamente al ejercicio de la acción de tutela genera un desmedro de la acción constitucional, por ello los operadores jurídicos estamos en la obligación de exigir entre otros mecanismos la entrada en funcionamiento de la Fiscalía para Asuntos Ambientales, así como la profesionalización y promoción de fiscales especializados en delitos ambientales.

En cuanto a las medidas para facilitar la prueba de la producción del daño ambiental si bien es cierto que el Código General del Proceso incorpora las figuras de la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba, es necesario emprender un análisis de las causas que se constituyen en barreras del derecho al acceso a la justicia, pues si bien este caso se trataba de comunidades vulnerables, existen muchos otros casos donde la comunidad no se encuentra empoderada para exigir la resolución de los conflictos ambientales, mediante las acciones civiles ordinarias o de ser el caso mediante el efectivo ejercicio de las acciones de grupo de qué trata la ley 472 de 1998.

[1] EMBID Tello, Antonio, en Evaluación de Impacto Ambiental, Bogotá. Universidad Externado de Colombia 2.012.

[2] Corte Constitucional Colombia T733/2017. Pág. 281

[3] *Ibíd*em pág. 282.

[4] Folio 22 del fallo

[5] Sentencia 733/2017. Pág. 248

[6] *Ibíd*em pág. 256

[7] *Ibíd*em pág. 260

[8] Pág. 345

[9] *Ibíd*em pág. 246.

[10] *ibíd*em Pág. 276

[11] PAG 339

[12] *Ibíd*em pág. 364.

[13] *Ibíd*em pág. 370.

[14] *Ibíd*em pág. 373.