

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
CORTE CONSTITUCIONAL**



SENTENCIA T-733 DE 2017

Ref.: Expedientes No.: T-4.126.294 y
T-4.298.584

Acciones de tutela formuladas por: (i) Javier Martín Rubio Rodríguez contra la sociedad BHP Billiton, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Salud y Protección Social, la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y el Instituto Colombiano de Geología y Minería -INGEOMINAS-; y por (ii) el Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, Israel Manuel Aguilar Solano y el Presidente del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, Luis Hernán Jacobo Otero contra el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Minería y la empresa Cerro Matoso S.A.

**Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS**

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Diana Fajardo Rivera, así como el Magistrado Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de amparo proferidos: (i) el 15 de julio de 2013 en instancia única por el Tribunal Superior de Montería, Sala Penal, mediante la cual decidió no tutelar los derechos fundamentales del señor Javier Rubio Rodríguez (**Expediente T-4.126.294**); y (ii) el 16 de diciembre de 2013, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio de la cual confirmó el fallo de primera instancia emitido 31 de julio de 2013 por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo Cundinamarca, por el cual fue negado el amparo solicitado por los señores Israel Manuel Aguilar Solano y Luis Hernán Jacobo (**Expediente T-4.298.584**).

I. ANTECEDENTES

A. HECHOS ALEGADOS POR LOS ACCIONANTES

Expediente T-4.126.294

El 28 de junio de 2013, el ciudadano Javier Martín Rubio Rodríguez, actuando en calidad de agente oficioso, formuló acción de tutela contra la sociedad BHP Billiton, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Salud y Protección Social, la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge -CVS-, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y el Instituto Colombiano de Geología y Minería -INGEOMINAS-, con base en los siguientes hechos¹:

1. El 30 de marzo de 1963, el Ministerio de Minas y Petróleos de aquel entonces y la compañía Richmond Petroleum Company of Colombia suscribieron por treinta años el contrato de concesión núm. 866,

¹ Visible a folios 1° y siguientes del cuaderno No. 1

sobre un área de 500 hectáreas, ubicadas en la región del Alto San Jorge, cuyo objeto era la exploración y explotación del níquel y de otros minerales asociados al mismo.

2. Mediante contrato adicional suscrito el 22 de julio de 1970, entre el Ministerio de Minas y Petróleos y los titulares de la concesión 866 de 1963 (Instituto de Fomento Industrial -IFI- y Compañía de Níquel Colombiano S.A.), se acordó que los dos contratos quedaban sujetos a las disposiciones pertinentes de las Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969, de los Decretos 805 de 1947 y 262 de 1968, y de las demás normas vigentes al tiempo de la celebración.
3. El 10 de febrero de 1971, se celebró entre el Instituto de Fomento Industrial -IFI- y la compañía de Níquel Colombiano S.A., el contrato de concesión núm. 1727, sobre un área de 186 hectáreas adyacentes a aquélla de la concesión 866.
4. Por autorización del Ministerio de Minas, ambos contratos, el 868 de 1963 y el 1727 de 1971, fueron traspasados a la Empresa Colombiana de Níquel S.A. Econíquel.
5. En 1980, las empresas Econíquel y Compañía de Níquel Colombiano S.A. cedieron sus derechos a la sociedad Cerro Matoso S.A., la cual inició actividades de explotación del níquel en 1982.
6. De conformidad con lo estipulado en las normas que regían ambos contratos, el período de explotación vencía el 30 de septiembre de 2012, esto es, al cumplirse el término de treinta (30) años.
7. El 13 de noviembre de 1996 se celebró un tercer contrato de exploración y explotación, el núm. 051-96M, según el cual el Gobierno Nacional otorgó a Cerro Matoso S.A. el derecho a explotar las áreas ya asignadas por las concesiones números 866 de 1963 y 1727 de 1971 hasta el año 2029, pudiendo prorrogarse este derecho hasta el año 2044.

8. Asegura el peticionario que, tal y como lo sostiene la Contraloría General de la República², el proyecto minero amparado por el contrato núm. 051-96M, referido en el hecho anterior, no cuenta con licencia ambiental, *“toda vez que a éste le fueron incorporadas las áreas de los contratos 866 y 1727, actualmente no cuentan con ninguna autorización ambiental que ampare las actividades de explotación que allí se realizan, conforme se dispone en el artículo 208 del Código de Minas, norma a la que se acogió CERRO MATOSO S.A. para estos dos contratos, pues los antiguos permisos ambientales con los que cuenta la empresa no cubren todo el territorio de explotación y por ende es necesario que la empresa minera trámite de manera prioritaria una licencia que comprenda todas las áreas de la concesión”*.
9. Explica el accionante que, con ocasión de la explotación minera, la cual se desarrolla en el epicentro del Resguardo Zenú del Alto San Jorge, y especialmente con la construcción en 1980 de unos hornos, *“los habitantes de los municipios cercanos a la mina empezaron a percatarse de un cambio drástico del entorno, sintiendo los impactos negativos en su territorio, el medio ambiente, sus fuentes hídricas y su salud”*.
10. Según el demandante, la empresa no ha adoptado los controles necesarios para evitar la contaminación de las fuentes hídricas, *“y con ocasión de dicha actividad ha proliferado el cáncer y el aumento de los casos de aborto entre sus habitantes, situaciones que no obstante las quejas y denuncias de la comunidad, no han sido atendidas”*.
11. Agrega que, según el mismo estudio de la Contraloría, *“Cerro Matoso S.A. no cuenta con estudios sólidos que permitan garantizar que se han mantenido las condiciones de calidad del aire ni de los recursos hídricos superficiales y subterráneos en los niveles que aseguren el buen estado de salud de los habitantes de las poblaciones aledañas a la explotación de la mina, por lo cual se*

² El accionante hace referencia a la “Función de Advertencia Rad: 2012EE0085413” emitida por la Contraloría General de la República el 14 de diciembre de 2012, con destino a las siguientes entidades: (i) Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, (ii) Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, y (iii) Ministerio de Minas y Energía.

pueden configurar pasivos sociales por problemáticas de salud pública derivados de la exposición de habitantes a elementos dañinos que se encuentran relacionados con el hierro y el níquel que se constituyen en el objeto y su posterior transformación en ferroníquel”.

12. Afirma que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sostuvo que *“no es posible hacer la prórroga de los contratos 866 de 1963 y 1727 de 1971 porque ya existe un acuerdo anterior entre el Ministerio de Minas y la multinacional para continuar con la explotación de níquel una vez los dos primeros contratos expiren el 30 de septiembre de 2012, y el Gobierno debe renegociar los términos del contrato que queda vigente, fue claro en señalar que esta podría darse, siempre y cuando se cumpla con los estándares de la legislación minera y ambiental, se proteja en toda su integridad el patrimonio de la Nación y los derechos sociales de todos los implicados en la actividad de la minería”.*

Expediente T- 4.298.584

Por su parte, los ciudadanos Israel Manuel Aguilar Solano (Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge) y Luis Hernán Jacobo (Presidente del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré) formularon acción de tutela el 17 de julio de 2013 contra el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Minería y la empresa Cerro Matoso S.A., aduciendo los siguientes hechos³:

1. El treinta (30) de marzo de 1963, el entonces Ministerio de Minas y Petróleos y la compañía Richmond Petroleum suscribieron el contrato de concesión núm. 866 de 1963, mediante el cual la empresa fue autorizada para explorar y explotar el níquel y otros minerales asociados, en un área de 500 hectáreas.
2. El área de la concesión núm. 866 de 1963 está ubicada en la jurisdicción de los municipios de Montelíbano, Puerto Libertador y San José de Uré, y colinda con el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Uré, en el municipio de Uré, y el Resguardo

³ Visibles a folio 1 y siguientes del Cuaderno No. 2

Zenú del Alto San Jorge.

3. La cláusula novena del contrato de concesión 866 de 1963 dispuso *“el período de explotación será de treinta años, contados a partir del vencimiento definitivo del período de montaje”*.
4. Por medio de escritura pública núm. 1.948 del 12 de julio de 1965, la sociedad Richmond Petroleum Company cambió su razón social a Chevron Petroleum Company of Colombia.
5. El 22 de julio de 1970, el Ministerio de Minas y Petróleos suscribió con los titulares de la concesión 866 de 1963 (IFI y Compañía de Níquel Colombiano S.A.) un contrato adicional.
6. Chevron Petroleum Company of Colombia traspasó a favor del IFI, una tercera parte de los derechos sobre el contrato de concesión núm. 866 de 1963. Las dos terceras partes restantes fueron traspasadas a la Compañía de Níquel Colombiano S.A., transacciones que fueron autorizadas por el Gobierno Nacional mediante la Resolución núm. 0001242 de 28 de julio de 1970.
7. La cláusula núm. 30 del contrato adicional dispuso: *“el período de explotación y de procesamiento del contrato adicional será de 25 años, prorrogables por 5 años más, previo acuerdo entre el Gobierno y el concesionario”*.
8. El 10 de febrero de 1971 el Ministerio de Minas y Petróleos, suscribió con el IFI y con la Compañía de Níquel Colombiano S.A., el contrato de concesión 1727 de 1971, sobre un área de 180 hectáreas adyacente a la concesión 866.
9. El área de concesión 1727 de 1971 está ubicada en la jurisdicción de los municipios de Montelíbano, Puerto Libertador y San José de Uré y colinda con el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Uré – en el municipio de Uré- y el Resguardo Zenú del Alto San Jorge.
10. La cláusula novena del contrato de concesión 1727 de 1971 señalaba que el período de explotación sería hasta de 30 años, contados a

partir del vencimiento definitivo del período de montaje.

- 11.El 20 de abril de 1971 el IFI traspasó a la Empresa Colombiana de Níquel S.A. (Econíquel), los derechos y obligaciones del IFI provenientes de los contratos de concesión 866 y 1727.
- 12.El 16 de abril de 1980, Econíquel y la Compañía Colombiana de Níquel Colombiano S.A. cedieron a la sociedad CERRO MATOSO S.A., sus derechos sobre los contratos de concesión 866 y 1727.
- 13.De conformidad con lo anterior, CERRO MATOSO S.A. podía explotar el área del contrato de concesión 866 de 1963 hasta el 30 de septiembre de dos mil siete (2007) y el área del contrato de concesión 1727 de 1971 hasta el 30 de septiembre de 2012.
- 14.El 10 de octubre de 1996, el Ministerio de Minas y Energía suscribió con CERRO MATOSO S.A. un otrosí al contrato de concesión 866 de 1963, por medio del cual la concesión se prorrogó por cinco (5) años, *“es decir, hasta el treinta (30) de septiembre de dos mil doce (2012). Con ello, el término para la explotación de minerales de las dos concesiones (866 y 1727) debía vencerse el treinta (30) de septiembre de dos mil doce (2012)”*.
- 15.El 13 de noviembre de 1996, el Ministerio de Minas y Energía la sociedad Minerales de Colombia S.A. (MINERALCO) celebraron con CERRO MATOSO S.A., contrato de exploración y explotación núm. 051, *“que le extendió a CERRO MATOSO S.A. el derecho a explotar las áreas de las concesiones 866 y 1727 hasta el año 2029, con la posibilidad de prorrogar este derecho hasta el 2044”*.
- 16.El contrato 051 de 1996 le otorga a CERRO MATOSO S.A. el derecho a explorar y explotar un área de 77.843 metros cuadrados, en la que se incluyeron las áreas de los contratos de concesión 866 y 1727. Sus cláusulas señalan que las áreas de estas dos concesiones quedarán incorporadas al contrato 051 después del vencimiento de los contratos 866 y 1727, es decir, CERRO MATOSO S.A. podía seguir explotando estas áreas hasta la terminación del contrato 051, el cual vence en el 2029, aunque puede prorrogarse hasta el 2044.

17.El literal b del numeral primero de la cláusula primera del contrato 051 de 1996 dispone que CERRO MATOSO S.A. tendrá el derecho a *“continuar, a partir de la expiración de las concesiones, la exploración, explotación y procesamiento del mineral de níquel y de los minerales que estén asociados o se obtengan como subproductos de dicho mineral, según la lista señalada en el Anexo 1 del presente contrato, que se encuentren dentro del área de las concesiones”*.

18.El 27 de diciembre de 2012, la Agencia Nacional de Minería y Cerro Matoso S.A. suscribieron el otrosí núm. 4 al contrato 051 de 1996, modificando aspectos sustanciales del contrato original. Los principales cambios son los siguientes:

- El contrato se prorrogó hasta el año 2044, bajo la condición que la empresa aumentara la capacidad de procesamiento del mineral. La cláusula tercera dispone que, si en el plazo de 10 años, contados a partir de la inscripción del otrosí en el registro minero, Cerro Matoso S.A. no incrementa la capacidad de procesamiento del mineral de 3 a 4.5 millones de toneladas por año, el contrato terminará en el año 2029.
- La Nación renunció a la reversión de los activos de las dos concesiones, a cambio de un aumento escalonado de las regalías.
- El período de explotación del contrato 051 se prorrogó por 5 años, es decir, hasta el 2021.
- En materia de inversión social se pactaron dos cosas: (i) antes del 31 de diciembre de 2016, Cerro Matoso S.A. deberá invertir 10 millones de dólares en programas sociales; y (ii) cada año la empresa deberá invertir el 1% de sus utilidades antes de impuestos, en programas de inversión social o 2.5 millones de dólares, si el 1% de sus utilidades es inferior a esa cifra.
- Respecto a los problemas de salud que presentan las comunidades de la zona, el otrosí se limita a señalar que Cerro Matoso S.A. realizará los estudios para establecer si existe una relación entre las enfermedades de la zona y la operación de la mina, con el fin de tomar las medidas correctivas.

- Se pactó una “cláusula ambiental” que es muy ambigua y que no le impone a Cerro Matoso S.A. el cumplimiento de obligaciones concretas. El contenido de la cláusula es el siguiente: *“CERRO MATOSO S.A. queda obligado, conforme a la Ley 99 de 1993, las leyes que la han modificado o reformado, así como las que resulten aplicables en el futuro al presente contrato y a sus decretos reglamentarios, incluyendo los regímenes de transición de dichas normas, a tomar las medidas técnicas y científicas tendientes a proteger el medio ambiente, y a efectuar las inversiones necesarias para realizar las labores de readecuación morfológica y recuperación ambiental del área de influencia directa o indirecta de las actividades que se desarrollen dentro del marco del contrato No. 051-96M, que se impongan en el instrumento de control ambiental correspondiente, incluyendo actividades tales como arborización y conservación de las fuentes y corrientes de agua que utilice en sus labores”*.

B. SOLICITUDES DE AMPARO.

Expediente T- 4.126.294

La solicitud de amparo formulada por el señor Rubio Rodríguez es la siguiente:

“1. Ordenar tutelar los derechos fundamentales invocados⁴ en la presente acción de tutela.

2. Ordenar en el término perentorio que se señale en la sentencia, que las accionadas cumplan con las medidas necesarias para garantizar la cesación de la vulneración de sus derechos fundamentales.”

Expediente T- 4.298.584

Las solicitudes presentadas por los señores Israel Manuel Aguilar Solano (Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge) y Luis Hernán Jacobo (Presidente del Consejo Comunitario de

⁴ A lo largo del amparo se invoca la protección de los derechos fundamentales al medio ambiente sano, a la salud, a la vida, a la salubridad pública y a la consulta previa.

Comunidades Negras de San José de Uré), consisten en lo siguiente:

“1. Se tutelen los derechos fundamentales de las comunidades étnicas del Resguardo Zenú del Alto San Jorge – Cabildo Indígena de Bocas de Uré, Cabildo Indígena Guacarí la Odisea, Cabildo Indígena La Libertad, Cabildo Indígena La Lucha, Cabildo Indígena de Centro América, Cabildo Indígena de Bello Horizonte, Cabildo Indígena de Mira Flor, Cabildo Indígena de Torno Rojo, Cabildo Indígena Puente de Uré y del Consejo de Comunidades Negras de Uré ubicadas en el Departamento de Córdoba, en los municipios de Montelíbano, Puerto Libertador y San José de Uré, a la participación a través de la consulta previa, tendiente a obtener el consentimiento previo, libre e informado, según sus costumbres y tradiciones; y por medio de este amparo se garantice la integridad cultural, social, económica y a la supervivencia, vulnerado con la firma del otrosí número cuatro (4) al contrato 051 de 1996, del 27 de diciembre de 2012, suscrito entre la Agencia Nacional de Minería y CERRO MATOSO S.A.

2. De conformidad con el numeral primero, se le ordene al Ministerio del Interior iniciar los trámites respectivos para que realice la consulta previa – con el lleno de los requisitos constitucionales, legales y con base en las reglas jurisprudenciales- expuestas por la Corte Constitucional- tendiente a obtener el consentimiento previo, libre e informado a todas las comunidades étnicas, que se encuentren dentro del área y/o aledañas del otrosí número cuatro (4) al contrato 051 de 1996, con la finalidad de buscar su consentimiento previo, libre e informado, ya que la explotación minera por parte de CERRO MATOSO S.A. causa un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

3. Antes de realizarse la consulta previa correspondiente se debe ordenar al Ministerio del Interior, con acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación para que se realicen capacitaciones a las comunidades étnicas, explicando de manera detallada, concreta y con tiempo suficiente, todo lo relacionado con el tema de consulta previa tendiente a obtener el consentimiento previo, libre e informado y lo concerniente a las consecuencias que tiene la explotación minera en las comunidades étnicas, en los ámbitos como los de su identidad e integridad cultural, su salud, sus condiciones de vida, su educación, su trabajo, los impactos al medio ambiente y en general en todo lo relacionado a la posible afectación directa que ellas puedan padecer, por causa de la explotación minera a las comunidades.

4. Se le ordene a la empresa CERRO MATOSO S.A. suspender de manera inmediata su actividad minera hasta que no se realice el proceso de consulta previa –con el lleno de los requisitos constitucionales, legales y con base en las reglas judiciales expuestas por la Corte Constitucional- tendiente a obtener el consentimiento previo, libre e informado. Tal suspensión no debe aparejar la vulneración de los derechos de terceros.

5. Se le advierta a la autoridad ambiental competente que debe abstenerse de otorgar la licencia ambiental a la empresa CERRO MATOSO S.A., hasta que se realice el proceso de consulta previa –con el lleno de los requisitos constitucionales, legales y con base en las reglas judiciales expuestas por la Corte Constitucional- con las comunidades étnicas.

6. Solicitar el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación dentro del proceso de consulta previa que se debe adelantar con las comunidades étnicas, con la finalidad de que realice seguimiento a los acuerdos que se establezcan y garantice su cumplimiento.

7. Solicitar que se investiguen los daños que han sufrido las comunidades indígenas y afrodescendientes como consecuencia de la explotación minera de níquel.

8. Que se le ordene al Ministerio de Minas y Energía, a la Agencia Nacional Minera, a CERRO MATOSO S.A. y a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, renegociar el contrato de explotación de níquel, de tal forma que se incorporen las preocupaciones y necesidades más sentidas de las comunidades indígenas y se les brinde un sistema de incentivos económicos derivados de la explotación de níquel”.

C. RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Expediente T- 4.126.294

En el proceso de amparo adelantado por el señor Rubio Rodríguez, las entidades accionadas guardaron silencio, tal y como lo afirma la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería en su fallo del 15 de julio de 2013 ⁵.

⁵ Visible a folio 31 del cuaderno 1.

Expediente T- 4.298.584

En el proceso cursado por los señores Israel Manuel Aguilar Solano (Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge) y Luis Hernán Jacobo (Presidente del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré), las entidades demandadas contestaron lo siguiente:

1. Ministerio de Minas y Energía

La apoderada especial del Ministerio de Minas y Energía respondió la petición de amparo, en el sentido de solicitar: (i) No acceder a las pretensiones de la demanda, por no existir vulneración alguna de derechos fundamentales imputable a su poderdante; y (ii) Declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva a favor del Ministerio de Minas y Energía.⁶

Luego de hacer un recuento sobre las competencias legales del Ministerio de Minas y Energía, la apoderada especial señala que para la época de suscripción de los contratos mineros números 866⁷ y 1727⁸, el Estado colombiano no había promulgado la Ley 21 de 1991, “*que avalará la aplicación del Convenio 169 de la OIT*”⁹, motivo por el cual no era procedente la realización de la consulta previa a las comunidades étnicas de la región para proceder a iniciar labores de explotación minera.

Agrega que, en el año 1996, cuando se autorizó a MINERALCO para la suscripción de un contrato de gran minería (051 de 1996), “*en el desarrollo de la primera etapa contractual (exploración), no era necesario surtir el proceso de consulta previa, por cuanto aún no se tiene certeza de las actividades mineras que se va a desarrollar, esto es, una vez presentado y aprobado el PTO (Plan de Trabajos y Obras de Explotación) ante la autoridad minera, en efecto, es cuando se va a iniciar la etapa de construcción, montaje y explotación que se debe adelantar tal obligación.*”¹⁰

⁶ Visible a folio 28 del cuaderno 2.1.

⁷ Año 1965

⁸ Año 1971

⁹ Visible a folio 35 del cuaderno 2.1.

¹⁰ *Ibidem*.

Señala asimismo que para la suscripción del otrosí número 4, la Autoridad Minera, hoy Agencia Nacional de Minería (ANM), estableció unas condiciones para prorrogar el contrato número 051 de 1996 y dar cumplimiento a las cláusulas contractuales de aquél, adicionar las áreas de los contratos 866 y 1727. Para tal efecto, la Autoridad Minera acudió en colaboración del Ministerio del Interior para adelantar el trámite de consulta previa y dicha entidad respondió lo siguiente:

“A. Que a la luz del Convenio 169 – art. 6- es consultable a los sujetos colectivos de protección especial lo relacionado con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

B. Se consultan obras, proyectos y actividades que afecten a los sujetos colectivos – Directriz Presidencial- 01 de 2010-.

C. Que en tratándose de prórrogas de los contratos, estos son sometidos a lo establecido en sus cláusulas, significando que estas son ley para las partes.

En suma, de manera general, las prórrogas de contratos no son consultables, ya que no se trata de un nuevo proyecto, obra o actividad, y no tiene la categoría de una medida administrativa sino de un asunto netamente contractual. ES EL CONCEPTO.”¹¹

Agrega que es innegable que los pueblos indígenas cuentan con el derecho a participar de manera activa y permanente en la toma de decisiones relacionadas con la explotación y el aprovechamiento de los recursos naturales existentes en sus tierras con el propósito de salvaguardar sus legítimos intereses. No obstante, lo anterior, el Convenio 169 de la OIT debe entenderse y aplicarse de forma armónica con la legislación colombiana, en los términos del artículo 34 del instrumento internacional:

“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente convenio, deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

Más adelante precisa:

¹¹ Visible a folio 36 del cuaderno 2.1.

“es claro que en materia minera es obligatorio, por mandato constitucional y legal, realizar la consulta previa cuando se va a desarrollar una actividad minera en zonas donde existan grupos étnicos. Sin embargo, es pertinente precisar el momento en el cual se configura la obligación de realizar la consulta previa, valga señalar que no es en todas las etapas del contrato de concesión minera es procedente la consulta sino únicamente cuando se tiene certeza de las actividades mineras que se van a desarrollar, esto es, una vez presentado y aprobado el PTO (Plan de Trabajos y Obras de Explotación) por la Autoridad Minera, ya que este momento contiene información detallada y precisa sobre la actividad minera que va a desarrollar el titular minero”¹².

Señala que es en la etapa de explotación el momento en el cual se hace real y efectiva la afectación del territorio donde se va a desarrollar la actividad minera y por lo tanto es allí cuando se hace procedente adelantar la consulta previa, en los términos del artículo 76 la Ley 99 de 1993.

Indica asimismo que, para poder adelantar actividades de explotación minera, es necesario contar previamente con la licencia ambiental, expedida por la Autoridad Ambiental competente (art. 85 de la Ley 685 de 2001).

A manera de conclusión explica que:

“para iniciar la etapa de explotación, valga la redundancia, momento en el cual se hace procedente adelantar la consulta previa, es necesario contar con la licencia ambiental debidamente expedida por el Ministerio de Ambiente, en ese sentido, se tiene como lógica consecuencia, que la consulta previa se debe realizar dentro del proceso de licenciamiento ambiental, en los términos del decreto 1320 de 1998, a efectos de poder iniciar trabajos y obras de explotación minera (...) la consulta previa debe surtirse dentro del trámite que adelante el Titular Minero para la obtención de la Licencia Ambiental, competencia que recae indiscutiblemente en cabeza del Ministerio de Ambiente. Adicionalmente, resulta ilustrativo recordar que, de conformidad con el artículo 205 de la Ley 685 de 2001, la licencia ambiental es un requisito sine qua non para adelantar las labores de

¹² Ibidem, folios 39 y 40.

construcción y montaje y explotación minera, de lo cual se desprende que al momento de la solicitud y otorgamiento del título minero por parte de la Autoridad Minera no existe obligación alguna de adelantar consulta previa sino hasta el momento en que se esté tramitando la referida licencia ambiental”.

Refiere asimismo que, con base en lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 99 de 1993, los derechos fundamentales presuntamente vulnerados (ambiente sano y salud), no se deriva responsabilidad alguna de la Nación- Ministerio de Minas y Energía, *“ya que esta Entidad no cumple funciones de autoridad ambiental, ni dentro de su competencia se encuentra la de ejercer control y vigilancia sobre las licencias ambientales otorgadas a los titulares mineros. Es decir, la autoridad competente o la dependencia encargada para responder por estos hechos es la Nación- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible- Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, o quien haga sus veces para el caso objeto de la litis, careciendo del Ministerio de Minas y Energía de legitimación en la causa por pasiva”*.¹³

Termina afirmando que, con base en el decreto 1320 de 1998, es la Autoridad Ambiental la encargada de realizar el procedimiento de consulta previa y de conceder la licencia ambiental a los contratos de concesión minera que se suscriban para la exploración y explotación de los recursos mineros, según sea el caso, *“funciones que están en cabeza del Ministerio del Medio Ambiente y de la Agencia Nacional de Minería. Así las cosas, el Ministerio de Minas y Energía no está legitimado en la causa por pasiva en la presente acción de tutela y por ende no es el llamado a satisfacer las pretensiones de los accionantes”*.

2. Ministerio del Interior

El Viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos, intervino en el proceso de la referencia para solicitar que fueran negadas las pretensiones de los accionantes.

Indica que mediante OFI12-0027802-DCP-2500, de fecha 28 de octubre de 2012, se aclaró que para el caso concreto no se debía agotar el trámite

¹³ Visible a folio 44 del cuaderno 2.1.

de la consulta previa, ya que *“no se trata de un nuevo proyecto, obra o actividad, y no tiene la categoría de una medida administrativa”*.¹⁴

No obstante, lo anterior, precisa que *“en caso de que la modificación del contrato implique una modificación del Plan de Manejo Ambiental o una nueva licencia ambiental, dicho acto administrativo sí está dispuesto a consulta previa”*.

Más adelante explica que, una vez consultadas las bases de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, se certifica que en la jurisdicción del municipio de San José de Uré, Departamento de Córdoba, figuran las siguientes comunidades indígenas:

“Puente Uré, constituido legalmente mediante Resolución No. 006 de fecha 28 de enero de 2009.

Unión Matoso, Bocas de Uré, constituida legalmente mediante Resolución No. 24 de fecha 26 de octubre 2011.

Bello Horizonte Dorada, Piedras Vivas Uré, Vida Nueva Brazo Izquierdo, dentro del proceso de constitución por parte del INCORA, hoy INCODER, para el denominado Resguardo Indígena Alto de San Jorge.”

Según oficio del 16 de septiembre de 2005, suscrito por el Coordinador GTT del INCODER, Sucre, las demás comunidades que conforman el proceso de constitución del Resguardo Alto de San Jorge son:

“En el municipio de Montelíbano: La Esperanza, Las Flores, Pica Nuevo, Puerto Nuevo, San Antonio Abajo, Villa Carmina y Villa Porvenir.

En el municipio de Puerto Libertador: Buenavista, Buenos Aires, Buenos Aires Gilgal, Caracolí, Centroamérica, El Tambo, Guacarí, La Candelaria, La Libertad, Pica Viejo, La Lucha, La Unión Morrocoy, Liboria, Mira Flor, Porvenir, La Rica, Rancho Grande, San Pedro, Santa Fe Alto San Jorge, Santa Fe Las Claras, Santuario, Tomo Rojo, Vende Aguas, Villanueva.

¹⁴ Visible a folio 55 del cuaderno 2.1.

Es de aclarar que no figura con registro ningún resguardo legalmente constituido para esa jurisdicción, por lo que respetuosamente se sugiere elevar petición sobre el particular al INCODER, como entidad competente de conformidad con el Decreto 2164 de 1995”.

3. Agencia Nacional de Minería

La apoderada judicial de la Agencia Nacional de Minería respondió la petición de amparo, en el sentido de oponerse por falta de legitimación por pasiva de su representada.

Inicia por señalar que, de la lectura del acápite de pretensiones, no resulta claro si lo que se busca es la protección del derecho fundamental a la realización de la consulta previa, o, por el contrario, que se brinde un sistema de incentivos económicos derivados de la explotación del níquel.

Luego de adelantar algunas reflexiones sobre la importancia de la consulta previa, indica que *“para poder adelantar actividades de construcción y montaje y explotación minera, es necesario con el Programa de Trabajos y Obras aprobado por la Autoridad Minera y la respectiva Licencia Ambiental expedida por la Autoridad Ambiental competente, requisitos con los cuales cuenta la empresa CERRO MATOSO S.A. para adelantar la explotación dentro del área del contrato No. 051-96M”*¹⁵.

Agrega que la obligación de adelantar la consulta previa, no se encuentra dentro del ámbito de competencias de la Agencia Nacional de Minería, *“quien desarrolla exclusivamente funciones de autoridad minera concedente en los términos establecidos en el Decreto 4134 de 2011. Vale la pena señalar que ninguna disposición legal impone como competencia de esta Agencia, la obligación de requerir a los solicitantes, en el momento de evaluar su propuesta de contrato de concesión, para que de manera previa agoten el procedimiento de la consulta previa”*.

En relación con el caso concreto, indica que las estipulaciones del contrato de concesión número 051-96M son jurídicamente viables, y, en consecuencia, no hay objeto ilícito, *“cuando en su clausulado reguló lo concerniente a la incorporación de las áreas de las concesiones 866 y*

¹⁵ Visible a folio 91 del cuaderno 2.1.

1727 a partir del momento en que se vencieran los plazos contractuales”¹⁶. Aunado a lo anterior, trae a colación el siguiente extracto del concepto rendido el 25 de septiembre de 2012 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

“Estima la Sala que el Contrato 051-96M, habiéndose ajustado a la normatividad entonces vigente, el decreto ley 2655 de 1988, conserva hoy toda su fuerza y validez, específicamente en cuanto a los derechos que adquirieron las partes y las obligaciones que asumieron, a pesar de que dicho decreto fue reemplazado por un nuevo estatuto minero, la ley 685 de 2001. Ello en virtud del principio consagrado en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, conforme al cual “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

En lo que atañe a la licencia ambiental, la representante de la Agencia señala que, mediante Oficio con radicado No. 20124001310671 del 7 de diciembre de 2012, se formularon algunas inquietudes a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, relacionadas con la vigencia del respectivo instrumento ambiental, solicitando informar si en la actualidad las operaciones que adelanta la empresa Cerro Matoso S.A., hoy bajo el contrato número 051-96M, requieren de una licencia ambiental, o si aquella otorgada en vigencia de los contratos 866 y 1727 que se incorporaron al área del contrato número 051-96M, continuaría amparando las labores que se adelantan en vigencia de este último contrato, *“máxime si se considera que la empresa presentó el día 27 de abril de 2012, un Programa de Trabajos y Obras PTO, para una porción del área total contratada que estará en explotación, la cual incluye las antiguas áreas de los contratos No. 866 y 1727”*.

En respuesta a dicha solicitud la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, mediante oficio del 11 de diciembre de 2012, indicó que la licencia con que cuenta CERRO MATOSO S.A. fue otorgada por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge, mediante resolución 244 del 30 de septiembre de 1981, *“sólo para el desarrollo de las actividades de explotación del proyecto (construcción, montaje, explotación, beneficio y transporte interno de los correspondientes minerales), correspondientes a las concesiones 866 y*

¹⁶ Visible a folio 92 del cuaderno 2.1.

1727. Es decir, que actualmente se cuenta con licencia ambiental para las áreas de los contratos antes señalados, áreas que se incorporaron al contrato 051-96M, por lo que se puede concluir que el contrato cuenta con licencia ambiental”¹⁷.

A renglón seguido, la Agencia trae a colación el siguiente extracto de un informe presentado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA:

“De acuerdo con los seguimientos realizados esta Autoridad, se puede concluir que la empresa viene aplicando el Plan de Manejo Ambiental establecido a través de la licencia ambiental, acorde con las medidas planteadas y en cumplimiento con los estándares fijados por la legislación nacional de vertimientos, emisiones atmosféricas y residuos sólidos, así mismo, se han venido implementado los programas de compensación forestal impuesta por la Autoridad Ambiental competente”.

Por otra parte, en relación con la suscripción del otrosí número 4 de 2012, la Agencia señala que, de conformidad con la respuesta que en su momento dio el Ministerio del Interior, la prórroga de un contrato de concesión no debe ser objeto de consulta previa.

Adicionalmente, explica que, en materia de responsabilidad social empresarial, el otrosí número 4 de 2012 incluye un conjunto de compromisos de la empresa con la preservación del medio ambiente y la salud de las poblaciones afectadas con el proyecto minero. Y agrega: *“En las zonas de influencia de la operación minero industrial no se cuenta con información objetiva sobre condiciones de salud de la población y sus factores asociados, por lo que no es posible establecer si dichas condiciones son similares a otros contextos de la región, no influenciados por la operación de CMSA. Adicionalmente, en dichas zonas existen situaciones asociadas con múltiples factores determinantes que pueden afectar las condiciones de salud de la población, como son los problemas de acceso a servicios de salud, las condiciones propias de estilo de vida de las personas, condiciones socioeconómicas y biogenéticas, entre otras, de las cuales tampoco se cuenta con información”.*

¹⁷ Visible a folio 94 del cuaderno 2.1.

4. Empresa Cerro Matoso S.A.

Juan Nicolás Rubio Guerrero, actuando en su condición de representante legal suplente de Cerro Matoso S.A., interviene en el proceso de la referencia con el fin de oponerse a las pretensiones de la demanda de amparo.

Inicia el demandado por señalar que, a su juicio, el objeto del litigio se limita a determinar si la omisión de la consulta previa a la suscripción del Otrosí número 4 al contrato 051-96, configura una vulneración a los derechos fundamentales de los accionantes.

Agrega que el señor Israel Aguilar Solano, integrante de la Comunidad Zenú, había previamente interpuesto una acción de tutela por los mismos hechos ante el Tribunal Superior de Montería, la cual fue fallada en contra de sus pretensiones, por lo que se estaría ante un caso de petición de amparo temeraria.

En relación con los hechos invocados por el peticionario, el representante de la empresa realiza algunas observaciones y precisiones:

Señala que la concesión 866 expiró el pasado 30 de septiembre de 2012; en 1963, la concesión se encontraba en jurisdicción del municipio de Montelíbano, exclusivamente, ya que la creación de los municipios de Puerto Libertador y San José de Uré fue posterior. De igual manera, precisa que la concesión 1727 de 1971 expiró el pasado 30 de septiembre de 2012.

En relación con la Resolución número 1906 del 16 de julio de 1979, proferida por el Ministerio de Minas, indica que *“La Resolución en cuestión aprobó la exploración y explotación conjunta de las Concesiones 866 y 1727 y no el inicio de un período de explotación; el cual en todo caso sí inició el 1 de octubre de 1982”*¹⁸.

En lo atinente al contrato 051-96M señala que *“de conformidad con el artículo 51, 81 y s.s. del decreto 2655 de 1988 (anterior Código de Minas), la incorporación automática al contrato 051-96M de las áreas objeto de las Concesiones 866 y 1727 a su expiración, y la continuidad de la*

¹⁸ Visible a folio 249 del cuaderno 2.1.

explotación de dichas áreas y del proyecto que involucran (iniciada en 1982) sin solución de continuidad”¹⁹. Que así mismo, “el área objeto del contrato 051-96M se redujo a cincuenta y dos mil ochocientas cincuenta (52.850) hectáreas y ocho mil ochocientos ochenta y dos (8.882) metros cuadrados mediante otrosí No. 1 de fecha 11 de abril de 2002”²⁰.

En lo que atañe a la suscripción del otrosí número 4 de 2012, la empresa accionada explica:

“Efectivamente las partes suscribieron en dicha fecha el mencionado otrosí No. 4 mediante el cual se modifican algunas de las cláusulas que por efecto de la incorporación de las áreas de las concesiones 866 y 1727 al mismo, debían ser modificadas; más una compilación de las modificaciones efectuadas mediante otrosíes anteriores (Nos. 1, 2 y 3) para generar un solo texto que facilitara la lectura e interpretación integral del contrato, razón por la cual en un gran número de las cláusulas se hace referencia expresa al texto del contrato 051 original o específicamente al otrosí No. 4, para hacer aún más claro qué aspectos del contrato no estaban sufriendo modificaciones mediante dicho otrosí.

Ahora bien, es del caso precisar desde ya que las modificaciones introducidas mediante el otrosí en ningún momento afectan sino que reconocen el objeto principal del contrato 051-96M desde la suscripción del mismo hace más de 17 años, como lo es la ininterrumpida continuación del proyecto de explotación que inició el 1 de octubre de 1982, bajo las concesiones 866 y 1727 y que hoy en día continúa bajo el contrato 051-96M con ocasión de la incorporación de las áreas de las mismas a éste (situación reconocida pero no modificada por el otrosí No. 4). Situación ésta que es de denotada importancia para el caso que nos ocupa puesto que indica claramente junto con toda la relación histórica realizada por el propio accionante, la total ausencia del principio de inmediatez en la tutela incoada”²¹.

En relación con las afectaciones al derecho a la salud de las comunidades indígenas, señala la empresa que *“no existe evidencia científica alguna que establezca una relación de causalidad entre los problemas de salud que*

¹⁹ Ibídem, folio 250.

²⁰ Ibídem.

²¹ Ibídem, folios 250 y 251.

pueda haber en las comunidades y la operación de CERRO MATOSO S.A.”²². Así mismo, en cuanto a la existencia histórica de las comunidades indígenas y afrodescendientes afirma que “No nos consta”²³.

Respecto a la contaminación ambiental, indica que: *“las emisiones al aire de CERRO MATOSO S.A. no tienen impacto en la calidad del aire de las comunidades vecinas toda vez que la calidad del aire en las comunidades alrededor de CERRO MATOSO S.A. es igual o mejor a la de cualquier poblado rural de Colombia”* ²⁴. En sentido similar, se pronuncia en relación con el tema del agua *“CERRO MATOSO S.A. no contamina ninguna fuente de agua. Las mediciones realizadas y verificadas por las autoridades ambientales, demuestran que la calidad del agua de las quebradas (Uré y El Tigre) aguas abajo de su paso alrededor de la operación de CERRO MATOSO S.A. es similar, y en ocasiones incluso mejor, que las de aguas arriba, debido al adecuado control y tratamiento que la Compañía realiza de sus vertimientos de aguas residuales”*²⁵.

En lo que respecta a la realización de la consulta previa, la empresa se opone alegando que:

*“las actividades mineras desarrolladas por CERRO MATOSO S.A., al ser anteriores incluso a la adopción del Convenio 169 de la OIT, con efectos vinculantes a partir de la expedición y publicación de la ley 21 de 1991 de un lado hace imposible la materialización de la pretensión de los accionantes de que se realice una consulta “previa”. De otra parte, 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”*²⁶.

²² Ibídem, folio 252.

²³ Ibídem, folio 253.

²⁴ Ibídem, folio 162.

²⁵ Ibídem, folio 260.

²⁶ Ibídem, folio 263.

En su opinión, el derecho fundamental a la realización de la consulta previa no puede conducir a romper o alterar el proceso de negociación, celebración y ejecución de la prórroga de un contrato celebrado y ejecutado desde años atrás.

Así mismo, se opone a que en sede de tutela se reconozcan indemnizaciones de perjuicios a las comunidades indígenas afectadas, como quiera que existen otras vías procesales adecuadas para ello.

Pasa la empresa demandada a exponer otros argumentos defensivos:

a. Improcedencia de la acción de tutela por no acreditar el requisito de inmediatez y la actuación temeraria de uno de los accionantes.

En relación con la falta de inmediatez, indica que el proyecto minero se viene desarrollando en la zona desde hace más de treinta años, con fundamento en diversos títulos mineros, frente a los cuales las comunidades accionantes nunca solicitaron la realización de la consulta previa. Además, casi un año después de la suscripción del otrosí número 4 de 2012, las comunidades vinieron a reclamar el derecho a ser consultados. En palabras de la empresa *“las comunidades en lugar de considerar el ejercicio del derecho a la consulta de manera previa como lo establece la ley 21 de 1991, pretenden hacerlo de manera posterior, desvirtuando el alcance del mismo y con un claro objetivo de remuneración económica”*.²⁷

Por otra parte, en cuanto al tema de la legitimación activa, argumenta la existencia de un fallo proferido en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, la cual fue despachada desfavorablemente, configurándose un caso de temeridad.

b. Buena fe de Cerro Matoso S.A.

La empresa insiste en que no puede confundirse su responsabilidad social, que la ha impulsado hacia la identificación de las necesidades de las comunidades, con el reconocimiento por parte de la compañía de una afectación directa causada a las mismas. Al respecto, señala que siempre

²⁷ Visible a folio 269 del cuaderno 2.1.

ha actuado de buena fe en relación con la expedición de las respectivas autorizaciones administrativas para el desarrollo de las actividades cuestionadas.

c. Naturaleza jurídica del otrosí e improcedencia de la consulta previa al momento de suscribirse.

Alega Cerro Matoso S.A. que el tema de consulta previa ha generado una enorme inseguridad jurídica y que por ende se requiere la expedición de una ley estatutaria sobre la materia.

Explica que a lo largo de tres décadas viene desarrollando su actividad minera y que con la celebración del otrosí número 4 las mismas se prorrogaron hasta el año 2029. Que igualmente se establecieron nuevas obligaciones a su cargo, tales como el pago de unas contraprestaciones adicionales, que van más allá de una simple regalía escalonada, así como el incremento de la inversión en programas sociales.

Indica que sólo con el inicio de las actividades mineras (de exploración o explotación) y dependiendo del desarrollo de la actividad, la presencia efectiva de comunidades étnicas en el área de influencia directa del proyecto podría considerarse que se generaría la afectación de aquéllas. En otras palabras, la simple suscripción de un contrato de concesión o de exploración y explotación como el 051-96M, o su prórroga no puede señalarse que se genera una afectación a las comunidades étnicas. El derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas sobre las medidas legislativas y administrativas que *“afecten directamente sus derechos colectivos”* a su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, no se predica del otorgamiento de una concesión minera o su prórroga, ya que la suscripción *per se*, un contrato o su prórroga no implica afectación de derechos fundamentales, ya que no se autoriza la realización de la actividad minera.

Así las cosas, la consulta previa debe realizarse en relación con decisiones administrativas que autoricen la ejecución de un determinado proyecto minero, siempre que con éste se afecte de manera directa a una comunidad indígena, *A contrario sensu*, *“no puede exigirse el procedimiento de consulta previa respecto de la modificación de un contrato, cuando éste*

no es una medida administrativa que pueda afectar directamente a las comunidades”.

A juicio de la empresa lo consultable, en los términos del Decreto 1320 de 1998, no es el otrosí, el otorgamiento o la modificación de “*los instrumentos de manejo ambiental aplicables al proyecto*”²⁸. En otras palabras, “*la medida administrativa que puede generar la afectación directa a las comunidades étnicas es la que autoriza el desarrollo de las actividades pactadas en el correspondiente contrato u Otrosí, esto es, la autorización de carácter ambiental que permite en la práctica se ejecuten las actividades propias del proyecto minero contratado*”.

Así las cosas, se deberá precisar el momento de la obtención de una licencia ambiental para el desarrollo de las actividades mineras en áreas nuevas del proyecto, es decir, aquellas no cubiertas por los instrumentos de manejo ambiental vigentes.

Insiste entonces la empresa en señalar que la suscripción del Otrosí número 4 no era objeto de consulta previa, puesto que no existe fundamento alguno para señalar que con ello se esté generando una afectación directa a las comunidades indígenas.

Adicionalmente, la legislación colombiana no exige la realización de una consulta previa antes del otorgamiento de un título minero, ya que éste por sí sólo no confiere un derecho autónomo y absoluto de explotación, sino que su ejercicio se encuentra supeditado a la obtención previa de una licencia ambiental.

Por último, señala que el otrosí número 4 no constituye una medida administrativa, ya que no se trata de un proyecto nuevo, sino que tan sólo reitera aquél existente desde hace más de treinta años.

d. La no generación de afectación derivada de la suscripción del Otrosí No. 4.

La empresa alega que sus actividades mineras iniciaron en 1982, “*las cuales a través de lo consagrado en el otrosí No. 4 no sufren modificación*

²⁸ Visible a folio 274 del cuaderno 2.1.

en cuanto a una posible afectación a las comunidades étnicas”. Lo anterior por cuanto “los impactos derivados de las actividades mineras no sufren modificación alguna en razón de la suscripción del mencionado otrosí, pues éste únicamente prorroga condicionalmente su plazo de ejecución y no incide en la forma en que se viene desarrollando la explotación minera. Como es bien sabido, los impactos y posibles afectaciones que se lleguen a generar con ocasión de un proyecto minero en el ambiente y en las comunidades que se encuentren en el área de influencia directa del mismo son objeto de análisis en el correspondiente instrumento de manejo ambiental, más no en el título minero”²⁹.

e. El objeto de la consulta previa es la identificación conjunta de impactos del proyecto y de las medidas de mitigación, compensación o corrección que se deben implementar frente a los mismos.

Indica la empresa que, en los términos de la jurisprudencia constitucional, el propósito de la consulta previa consiste en la identificación conjunta, entre el dueño del proyecto y las comunidades étnicas, de los impactos de aquél y de las medidas de mitigación, compensación o corrección que se deben implementar frente a los mismos. Por lo tanto, la consulta previa no tiene como objeto el reconocimiento anticipado de cualquier clase de daño o perjuicio futuro “*y mucho menos que se considere que fue ocasionado con anterioridad a las actividades objeto de consulta*”.

f. De la vulneración de los derechos a la salud, al trabajo y a la educación.

En lo que atañe al derecho a la salud, la empresa Cerro Matoso S.A. sostiene que la responsabilidad en la prestación de aquélla es del Estado colombiano.

No obstante, lo anterior, precisa que creó “*la Fundación Panzenú como institución prestadora de servicios de salud independiente, sin ánimo de lucro, a través de la cual se prestan los servicios de salud no sólo a los trabajadores de la empresa, sino que también se atiende a los miembros de las comunidades en sus necesidades de urgencia y consultas*

²⁹ Visible a folio 276 del cuaderno 2.1.

prioritarias. Y por ser la atención en salud, una responsabilidad del Estado, cuando los temas de salud exceden casos de urgencia o consultas prioritarias, se remiten al sistema general de salud a cargo del Estado”.

Agrega que le gira al Estado colombiano una suma considerable en regalías, con la cual se podría mejorar la prestación del servicio de salud.

Más adelante señala que: *“en cuanto a las enfermedades que se mencionan en el escrito de tutela y que según los accionantes padecen las comunidades étnicas que dicen representar, hay que destacar que en la petición de tutela no se mencionan los datos más básicos de las enfermedades a que se hace referencia en los hechos, tales como quiénes son las personas que las padecen, qué enfermedad en particular se predica respecto de cada una de ellas, cuándo la padecieron ni cuál es la descripción médica básica de la enfermedad, razón por la que resulta imposible tanto para los accionados como para el Despacho, concluir si es o no cierta la existencia de dichas enfermedades”*.³⁰

Insiste la empresa en que las enfermedades que padecen los indígenas son *“comunes a TODA comunidad humana y que por tanto este hecho confirma que la mención de las mismas en la tutela no se hace exclusivamente como sustento de la petición de consulta previa que reclaman y no para provocar un pronunciamiento sobre una supuesta vulneración del derecho a la salud por parte de CERRO MATOSO S.A.”*³¹.

g. Improcedencia de la tutela para solicitar la reparación a los daños que alega la comunidad Zenú.

La empresa se opone a la aplicación en el caso concreto de lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, por las siguientes razones:

Los afectados disponen de otro medio de defensa judicial para reclamar una indemnización. Además, *“en la jurisdicción contencioso administrativa, como en la jurisdicción ordinaria se encuentran los medios de control o el proceso declarativo de responsabilidad extracontractual para enervar los actos administrativos o la validez del contrato celebrado con la autoridad administrativa competente – lo cual*

³⁰ Visible a folio 278 del cuaderno 2.1.

³¹ *Ibidem*.

resulta improcedente por este medio- o la declaración de la existencia e intensidad del daño del que se pretenda su reconocimiento, siempre y cuando se honre la carga probatoria y argumentativa para acreditar los elementos, ya sea de la obligación reparatoria o que logren enervar la legalidad de los actos administrativos y/o los contratos legalmente celebrados con la autoridad competente. Incluso, aunque resulte antitécnica la clasificación, dentro de las acciones constitucionales se encuentra la acción de grupo, la cual sí tiene finalidad indemnizatoria.”³²

Aunado a lo anterior, la violación al derecho fundamental debe ser manifiesta, lo cual no sucede en el caso concreto, por cuanto no se acredita la exigibilidad de la realización de la consulta previa.

Por último, la vulneración debe ser consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria. Estima la empresa que tampoco se cumple con dicho requisito, por cuanto siempre ha actuado con la firme convicción de la constitucionalidad y legalidad de su actuación.

h. Observancia del principio de sostenibilidad fiscal frente a la solicitud de suspensión de las actividades mineras previstas en el contrato 051 de 1996, prorrogadas y modificadas por el otro sí No. 4.

La empresa Cerro Matoso S.A. solicita que el juez de amparo valore razonablemente los costos que se generarían por ordenar la suspensión de sus actividades mineras. En tal sentido, afirma que dicha decisión causaría graves daños a sus hornos calcinadores, ya que *“trabajan a 900° y los hornos de fundición a 1.600°. Cuando se trabaja a altas temperaturas, cualquier cambio brusco en las mismas (por ejemplo, al detener la producción de un horno de fundición) es capaz de generar las consecuencias anteriormente descritas”, esto es, “alteraciones estructurales irreversibles, daños y rupturas de equipos”³³.*

Adicionalmente, la orden de suspender la explotación de níquel llevaría a que no se recibieran los siguientes recursos económicos:

³² Visible a folio 282 del cuaderno 2.1.

³³ Visible a folio 287 del cuaderno 2.1.

“a) Aproximadamente USD\$ 750.000 por día corresponden al costo operativo, del cual el 80% (USD \$ 600.000 por día) es gasto en Colombia representado en compras de electricidad, gas, carbón, costo laboral, contratos de servicios y otros gastos que son significativos para la economía de la región (Córdoba) y para el país.

b) Aproximadamente USD \$750.000 por día corresponden al pago de regalías e impuestos a favor del Estado colombiano (Ver Anexo No. 5); y

c) Aproximadamente USD \$ 750.000 por día corresponden a las utilidades de los accionistas de CERRO MATOSO S.A. (USD\$ 750.000).

En línea con lo anterior, la interrupción súbita de la operación tendría un impacto económico significativo en todas aquellas partes conectadas de manera directa o indirecta con la operación o los beneficios que produce CERRO MATOSO S.A., lo cual incluye, naturalmente, a los accionistas de CERRO MATOSO S.A., pero también en gran medida al Estado colombiano y a la comunidad en general”.

i. Improcedencia de la solicitud de recibir por parte de las comunidades incentivos económicos directos derivados de la explotación del níquel.

Indica la empresa Cerro Matoso S.A. que, de conformidad con la Ley 1530 de 2012, la cual regula el Sistema Nacional de Regalías, los proyectos de inversión financiados con éstas, deben ser articulados con los planes y políticas de las comunidades étnicas. En consecuencia, resulta improcedente lo pretendido por los accionantes, en el sentido de crear un incentivo económico derivado de la explotación minera, ya que *“esto desvirtuaría el marco constitucional y legal del pago de las regalías que de acuerdo con la ley viene realizando CERRO MATOSO S.A., pues sería tanto como reconocer que los recursos mineros explotados no pertenecen al Estado sino al grupo beneficiario del incentivo”*. Y a renglón seguido señala:

“Cosa distinta es la inversión de recursos por parte de CERRO MATOSO S.A. como parte de sus programas de responsabilidad social empresarial, los cuales se enmarcan dentro de su ámbito de libertad y autodeterminación, y aquellos recursos que son usados, en el cumplimiento de las medidas de

mitigación, compensación o corrección impuestas en el correspondiente instrumento de manejo ambiental; o aquellos recursos que en ejercicio de su autonomía de la voluntad acordó desembolsar como inversión social regional o como inversión correspondiente a gestión social (cláusulas décima, numeral (6) y vigésima octava, numeral (1) del otrosí No. 4, respectivamente)”.

D. FALLOS DE INSTANCIA

Expediente T- 4.126.294

Sentencia de instancia única.

El Tribunal Superior de Montería, Sala Penal, mediante sentencia de amparo del 15 de julio de 2013, decidió no tutelar los derechos fundamentales del señor Javier Rubio Rodríguez.

La principal razón para negar el amparo fue la siguiente: ordenar la realización de una consulta previa en nada beneficiaría a una comunidad que ya se encuentra afectada, por lo que la mejor opción, en aras de proteger los derechos vulnerados, *“sería ordenar la indemnización por los perjuicios causados, por lo que se debería demostrar la efectiva la (sic) afectación que como consecuencia del proyecto minero se generó en la población y que merezcan ser resarcidos, lo cual en la presente no se hizo”*.

En lo atinente al tema de la licencia ambiental, el Tribunal señaló lo siguiente: *“no se demuestra que las accionadas se hayan negado al trámite de la licencia, y si en realidad se ha omitido dicho procedimiento, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para ello, pues de ser cierto lo afirmado por el accionante, ya el perjuicio está causado, siendo inane la acción de tutela para estos efectos, porque lo procedente sería entonces iniciar las acciones tendientes para el cobro de las indemnizaciones correspondientes como ya se dijo, previa la demostración de la causación de los perjuicios de orden económico que hubiese causado la empresa a las comunidades indígenas que habitan en la zona aledaña a la misma, pues nótese que han transcurrido más de 15 años del proyecto minero amparado por el contrato No. 051-96 y no consta que ante ellas se haya elevado solicitud alguna”*.

Finalmente, en relación con la afectación del derecho a la salud, estima el fallador que las alegaciones son genéricas, *“sin manifestar a qué personas los ha afectado, y mucho menos que las enfermedades que presentan sean consecuencia de la explotación minera, por lo que mal podría accederse a la tutela del derecho a la salud a un número indefinido de personas, sin pruebas que respalden tal proceder”*.

No obstante lo anterior, conminó a las entidades accionadas, esto es, la empresa BHP Billinton; el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; el Ministerio de Minas; el Ministerio de Salud; la Corporación de los Valles del Sinú y San Jorge; a la Agencia Nacional de Minería; a la Autoridad Nacional de Licencias y a Ingeominas, para que: *“dentro de los límites de sus funciones, realicen los estudios pertinentes para definir si, como consecuencia de la explotación minera, se ha afectado el derecho a la salud de las comunidades que viven a (sic) los alrededores, a fin de tomar los correctivos necesarios para evitar la vulneración de sus derechos fundamentales”*³⁴.

T-4.298.584

Sentencia de primera instancia.

La Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Sentencia de amparo del 31 de julio de 2013 resolvió negar el amparo solicitado por los señores Israel Manuel Aguilar Solano y Luis Hernán Jacobo.

La razón por la cual el Tribunal negó el amparo consistió 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; los demandantes no acreditaron la calidad con la que decían actuar, y del informe allegado por el Ministerio del Interior, entidad competente para el efecto, se *“encuentra acreditado que la única comunidad étnica registrada en la jurisdicción del municipio de San José de Uré y en la Región del Alto San Jorge es el Consejo Comunitario de Bocas de Uré representado legalmente por la señora*

³⁴ Visible a folio 37 del cuaderno No. 1.

Nazly Sofía Ibáñez Salas, es claro que no existe legitimación en la causa por activa en la acción de tutela ejercida”.

Impugnación

Los señores Israel Aguilar Solano y Luis Hernán Jacobo Otero impugnaron el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando que no se tuvieron en cuenta al momento de fallar las certificaciones expedidas por la Secretaría del Interior y Participación Ciudadana de Córdoba y del Ministerio del Interior, las cuales daban cuenta de sus calidades de representantes del Cabildo Indígena Zenú del Alto San Jorge y del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Uré, respectivamente ³⁵.

Sobre el fondo del asunto no se pronunciaron.

Oposición a la impugnación (Cerro Matoso S.A.)

El apoderado judicial de la empresa se opuso a los argumentos esgrimidos por los impugnantes, insistiendo en que el señor Aguilar Solano no se encuentra legitimado para interponer la acción de tutela, ya que: (i) El Resguardo Indígena Zenú que dice representar se encuentra en proceso de constitución; y (ii) en la demanda omitió señalar qué comunidades del futuro resguardo indígena Zenú podrían sufrir afectaciones directas por el desarrollo de la actividad minera de Cerro Matoso S.A.

Señaló que no se encuentra acreditada la existencia del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, ni que el señor Jacobo Otero lo represente ³⁶.

Sentencia de segunda instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2013, confirmó el fallo de primera instancia.

Previo al estudio de la impugnación, la Sección analizó si se estaba ante un caso de temeridad, dado que el Tribunal Superior de Montería,

³⁵ Visible a folios 25 y 28 del cuaderno No. 2 de la acción de tutela radicada bajo el número 4.298.584.

³⁶ Visible a folios 3 y 4 del cuaderno No. 3 de la acción de tutela radicada bajo el número 4.298.584.

mediante Sentencias del 4 de julio y 11 de septiembre de 2013, resolvió dos solicitudes de amparo aparentemente con elementos de juicio similares a los contenidos en el caso bajo estudio.

El Consejo de Estado concluyó que no se había configurado la temeridad por las siguientes razones.

En lo que atañe a la identidad de las partes, se concluyó que: *“la solicitud de amparo que aquí se analiza fue presentada por los señores Israel Manuel Aguilar Solano, en representación del grupo étnico indígena Zenú del Alto San Jorge y Luis Hernán Jacobo Otero, en representación del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Uré. En cambio, en las tutelas tramitadas ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, únicamente aparece como demandante el señor Aguilar Solano, en representación del grupo étnico indígena Zenú del Alto San Jorge. Es decir, no existe identidad de partes entre las mencionadas demandas de tutela”*.

Señaló que tampoco existía identidad alguna entre las pretensiones presentes en cada una de las peticiones de amparo elevadas. En efecto, mientras que en la primera se cuestionó el proceso de expedición de la licencia ambiental a favor de Cerro Matoso S.A.; en la segunda, se criticó la ausencia de la realización de una consulta previa relacionada con la suscripción del otrosí número 4 al contrato 051-96M de 1996.

En relación con la legitimación en la causa por activa, el Consejo concluyó que, según la certificación expedida por el Ministerio del Interior, el Resguardo del Alto San Jorge está en proceso de constitución, razón por la cual no puede contar con un representante legal. Otro tanto sucede con el Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Uré, el cual tampoco cuenta personería jurídica.

E. PRUEBAS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Dado el extenso caudal probatorio existente en el expediente, la Sala consideró necesario agruparlo temáticamente y adelantar algunas breves consideraciones sobre los contenidos de ciertas pruebas relevantes para la resolución del caso concreto.

a. Legitimación activa de los peticionarios

1. Comunidades étnicas

- Certificación expedida por la Comisión de Asuntos Indígenas Zona Norte para Córdoba y Sucre, fechada 20 de enero de 2003. En el documento se afirma que *“los 32 Cabildos Menores Indígenas Zenú elegidos y conformados por las mismas comunidades y posesionados ante el despacho de los Alcaldes Municipales de Puerto Libertador y Montelíbano, para llevar adelante el proceso de estudios socioeconómicos y etno jurídicos, para la creación del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge en los Municipios de Puerto Libertador y Montelíbano en el Departamento de Córdoba. Nombraron Gobernador Mayor Indígena Etnia Zenú al señor ISRAEL MANUEL AGUILAR SOLANO, como su representante legal según acta de posesión del día 19 del mes de enero de 2002, en la Alcaldía de Puerto Libertador”*³⁷.
- Certificación expedida el 6 de julio de 2009 por el Asesor para Asuntos Indígenas de la Gobernación de Córdoba, según la cual en los archivos de la Unidad de Asuntos Indígenas de la Secretaría del Interior y de Participación Ciudadana de la Gobernación de Córdoba, *“aparece como Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge el señor ISRAEL MANUEL AGUILAR SOLANO, identificado con CC. No. 78.585.323 expedida en Puerto Libertador”*³⁸.
- Comunicación remitida al señor Luis Hernán Jacobo Otero por la Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, del Ministerio del Interior, fechada 30 de marzo de 2011. En el texto del documento se afirma que la solicitud de conformación del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Uré *“fue aceptada por cumplir con los requisitos exigidos por el Decreto 3770 de 2008 en su artículo 15”*³⁹.

³⁷ Visible a folio 27 del cuaderno 2.2.

³⁸ Visible a folio 26 del cuaderno 2.2.

³⁹ Visible a folio 29 del cuaderno 2.2.

- Resolución número 0366 del 4 de abril de 2011, “*Por la cual se inscribe un Consejo Comunitario en el Registro Único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras*”, expedida por la Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras. En los términos del artículo 1º del acto administrativo, se inscribe en el referido Registro el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Uré, cuyo representante es el señor Luis Hernán Jacobo.⁴⁰
- Certificación expedida el 23 de julio de 2013, por el Director de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, según la cual el único Consejo Comunitario inscrito es aquel de Bocas de Uré (Resolución número 041 del 29 de mayo de 2013), cuya representante legal es la señora Nazly Sofía Ibáñez.⁴¹

2. Señor Javier Martín Rubio Rodríguez

- Interrogatorio de parte rendido el 10 de marzo de 2014 ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería. El peticionario manifestó lo siguiente: “*no soy miembro de ninguna comunidad étnica. La acción de tutela la interpuse en la calidad de agente oficioso, de conformidad con el artículo 10 del decreto 2591 de 1991*”⁴².
- Documento radicado el 27 de mayo de 2014 en la Secretaría de la Corte Constitucional, suscrito por el señor Israel Aguilar Solano, Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, donde se afirma: “*En nombre de los más de 17.000 (DIECISIETE MIL) indígenas pertenecientes al Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge afectados por la explotación de la mina de Cerro Matoso en el departamento de Córdoba, le manifiesto que ratifico la solicitud de tutela instaurada por el señor JAVIER MARTIN RUBIO RODRÍGUEZ en contra de la empresa Cerro Matoso SA y otros*”⁴³.

⁴⁰ Visible a folio 30 del cuaderno 2.2

⁴¹ Visible a folio 63 del cuaderno 2.1.

⁴² Visible a folio 55 del cuaderno 3.

⁴³ Visible a folios 71 y ss. del cuaderno 6.

b. Proceso de constitución del Resguardo Zenú Alto San Jorge, municipios de Puerto Libertador y Montelíbano. Departamento de Córdoba.

- Solicitud de constitución del Resguardo Zenú Alto San Jorge, fechada 28 de noviembre de 2012.⁴⁴
- Auto del 22 de octubre de 2012 del INCODER ordenando la práctica de una visita y la realización de un estudio socio-económico, jurídico y de tenencia de tierras.⁴⁵
- Estudio socio-económico, jurídico y de tenencia de tierras para la constitución del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, en los municipios de Puerto Libertador y Montelíbano, Departamento de Córdoba. Informe realizado en 2014 por los antropólogos Isabel Convers González y Martín Franco Angulo.⁴⁶ A lo largo del informe: (i) se describe físicamente el área del futuro Resguardo; (ii) se detallan aspectos etnohistóricos; (iii) se analizan temas socioculturales; (iv) se describen aspectos socio-económicos; (v) se examinan aspectos jurídicos de la tenencia de la tierra; (vi) se realiza un perfil de proyectos de infraestructura y desarrollo socio-económico; y (vii) se formulan unas conclusiones y recomendaciones.
- Censo de las Comunidades del Resguardo Zenú del Alto San Jorge, elaborado en 2012⁴⁷.
- Acuerdo número 336 del 27 de mayo de 2014 del INCODER, mediante el cual se constituye el Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge. El Resguardo comprende siete (7) predios del Fondo Nacional Agrario, cuya área total superficiaria es de 960 hectáreas y 1813 metros cuadrados, localizado en zona rural de los municipios de Puerto Libertador y Montelíbano, Departamento de Córdoba⁴⁸.

⁴⁴ Visible a folio 3 del cuaderno 17.

⁴⁵ Visible a folio 5 del cuaderno 17.

⁴⁶ Visible a folios 16 a 80 del cuaderno 17.

⁴⁷ Visible a folios 96 a 129 del cuaderno 17.

⁴⁸ Visible a folio 21 del cuaderno 13.

c. Reconocimiento como parcialidades indígenas a las Comunidades de Unión Matoso (Pueblo Flecha) y Bocas de Uré

- El Ministerio del Interior, mediante Resolución número 240 del 26 de octubre de 2011, reconoció como parcialidad indígena a las Comunidades Unión Matoso, asentada en el Corregimiento de Flechas, jurisdicción del área rural del Municipio de San José de Uré- Córdoba, cuya población es de cuatrocientas cuarenta personas (440), agrupadas en 93 familias. Así mismo se reconoció al señor Arnobis Antonio Romero Miranda, como Gobernador del Cabildo de dicha Comunidad. De igual manera, el Ministerio del Interior reconoció como parcialidad indígena a la Comunidad de Bocas de Uré, asentada en el corregimiento de Bocas de Uré, cuya población es de 239 personas, y al señor Nafer Manuel Álvarez Rangel como el Gobernador del Cabildo.⁴⁹

d. Necesidad de realizar una consulta previa en relación con la suscripción del otrosí número 4 del contrato número 051-96M

- Respuesta suscrita por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, fechada 26 de octubre de 2012, dirigida a la Agencia Nacional de Minería, según la cual, a la luz del Convenio 169 de la OIT, las prórrogas de los contratos estatales no son consultables.⁵⁰

e. Necesidad de realizar una consulta previa en relación con el proyecto de expansión minera de Cerro Matoso S.A. en la “Esmeralda”

- Certificación número 144 del 3 de febrero de 2014, suscrita por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Según este documento: *“se evidenció que el proyecto de la referencia se traslapa con zonas de asentamiento, tránsito, movilidad y prácticas productivas de las parcialidades indígenas Zenú Centroamérica y Puente Uré, vinculados al reguado San Jorge”*.

En conclusión: *“si la parte interesada decide ejecutar el proyecto de que trata esta certificación, deberá solicitar a la Dirección de*

⁴⁹ Visible a folio 83 del cuaderno 9.

⁵⁰ Visible a folio 64 del cuaderno 2.1.

Consulta Previa el inicio del proceso de consulta, conforme a los lineamientos del artículo 330 de la Constitución Política, los artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 1991, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 y la Directiva Presidencial 01 de 2010”.

f. Contratos de exploración y explotación minera, así como sus respectivos otrosíes

- Contrato de exploración y explotación suscrito el 13 de noviembre de 1996 entre el Ministerio de Minas y Energía, Minerales de Colombia MINERALCO S.A. y CERRO MATOSO S.A.⁵¹
- Otrosí número 1 al contrato número 051.96M entre Minerales de Colombia S.A. –MINERALCO S.A.- y CERRO MATOSO S.A.⁵²
- Otrosí número 2 al contrato número 051.96M entre Minerales de Colombia S.A. –MINERALCO S.A.- y CERRO MATOSO S.A.⁵³
- Otrosí número 3 al contrato número 051.96M entre Minerales de Colombia S.A. –MINERALCO S.A.- y CERRO MATOSO S.A.⁵⁴
- Otrosí número 4 al contrato número 051.96M entre Minerales de Colombia S.A. –MINERALCO S.A.- y CERRO MATOSO S.A.⁵⁵

g. Licencia ambiental y sus respectivas reformas

- Licencia ambiental expedida el 30 de septiembre de 1981 por el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge -CVS-.
- Resolución número 1609 del 11 de agosto de 2006, expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, *“Por la cual se modifica la Resolución No. 0000224 del 30 de septiembre de 1981 otorgada por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS a la empresa CERRO MATOSO*

⁵¹ Visible a folios 144 a 174 del cuaderno 2.1.

⁵² Visible a folios 77 a 79 del cuaderno 3A.

⁵³ Visible a folios 80 a 82 del cuaderno 3A.

⁵⁴ Visible a folios 183 a 189 del cuaderno 2.1.

⁵⁵ Visible a folios 190 a 203 del cuaderno 2.1.

S.A.”. En el artículo 1º de la Resolución se incluyó al proyecto existente de minería y beneficio del níquel, una nueva actividad denominada “*Recuperación de Níquel de la Escoria – RNE- ubicado en jurisdicción del Municipio de Montelíbano, Departamento de Córdoba*”.

h. Plan de manejo ambiental

- Plan de manejo ambiental unificado Cerro Matoso S.A., proyecto de explotación y beneficio de ferroníquel CMSA, expediente LAM 1459.

i. Permisos ambientales otorgados por la CVS y controles sobre contaminación

- Resolución número 0.8681 del 6 de diciembre de 2004, expedida por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS., “*Por la cual se otorga concesión de agua (sic) superficiales*”. Mediante este acto administrativo se autorizó a Cerro Matoso S.A. a captar aguas superficiales de la siguiente forma: (i) de la quebrada Uré, un total de 180 litros por segundo para uso industrial y doméstico, para abastecer a 1500 habitantes; y (ii) del río San Jorge, un caudal de 25.2 litros por segundo para uso doméstico, para abastecer a 2500 habitantes.
- Resolución número 1-6277 del 20 de junio de 2012, expedida por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS. En el texto del acto administrativo se le otorgó a Cerro Matoso S.A. una concesión de aguas subterráneas por cinco (5) años “*para aprovechar un caudal de ocho puntos, dos litros por segundo (8.2 l/s) y régimen de bombeo de quince horas por día (15 h/día).*”
- Convenio de Reconversión a Tecnologías Limpias número 1 celebrado el 1 de julio de 2010, entre la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS y la Empresa CERRO MATOSO S.A.
- Oficio núm. 040- 193 del 22 de enero de 2013, dirigido por el Director General de la CVS al Ministro de Ambiente y Desarrollo

Sostenible. Se trata de un informe dando cuenta de los permisos ambientales otorgados a favor de Cerro Matoso S.A., así como el seguimiento que se ha realizado sobre los mismos por parte de la CVS.

- Resolución número 1-6847 del 7 de febrero de 2013, expedida por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS, “*Por la cual se otorga un permiso de ocupación permanente de cauces*”. Mediante este acto administrativo se le otorgó un permiso a la empresa Cerro Matoso S.A. para que ejecutara una obra de control de erosión con la finalidad de controlar la amenaza erosiva del río San Jorge.
- Resolución número 1- 9125 del 15 de julio de 2013, expedida por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS, “*Por la cual se otorga una renovación de permiso de vertimiento*”⁵⁶.
- Resolución número 1- 6541 del 1 de octubre de 2012, expedida por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS, “*Por la cual se prorroga un permiso de emisiones atmosféricas*”.
- Informe rendido por la Secretaría General de la CVS el 18 de diciembre de 2014. En el documento y CD se relacionan los conceptos técnicos elaborados por la CVS, relacionados con la empresa Cerro Matoso S.A., referidos a los siguientes temas: (i) emisiones atmosféricas; (ii) aguas superficiales; (iii) aguas subterráneas; (iv) forestal; (v) fauna; (vi) monitoreo de agua; (vii) monitoreo de aire atmosférico; (viii) residuos peligrosos; y (ix) vertimiento.⁵⁷

j. Inversión realizada por CERRO MATOSO S.A. en educación.

- Cuadro con inversiones realizadas por CERRO MATOSO S.A.⁵⁸.

⁵⁶ Visible a folios 5483 del Folder 7.

⁵⁷ Visible a folios 129 y ss. del cuaderno 9.

⁵⁸ Visible a folios 315 a 330 del cuaderno 2.1.

k. Resultados de laboratorio

- Reporte de resultados de laboratorio ambiental. Universidad Pontificia Bolivariana, sobre la escoria con metal. 29 de julio de 2013.

l. Pruebas sobre afectaciones al medio ambiente y la salud de las poblaciones indígenas

- Acta de la inspección judicial realizada por la Corte Constitucional entre el 4 y 5 de diciembre de 2014.⁵⁹
- Declaración jurada que rinde la señora Petrona Isabel Hernández Arrieta, el 7 de mayo de 2014, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Uré.⁶⁰

m. Acuerdos suscritos entre las Comunidades Indígenas, el Gobierno Nacional y Cerro Matoso S.A

- Acta de entendimiento para la convivencia y para la promoción del desarrollo sostenible de las comunidades ubicadas dentro del área de influencia directa de la operación de Cerro Matoso S.A., suscrita el 29 de octubre de 2013.

n. Estudios técnicos sobre salud

- Análisis de situación de salud según regiones Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. Dirección de Epidemiología y Demografía. Grupo ASIS, 2013.

o. Estudios sobre la conservación de ecosistemas boscosos

- Documento titulado “Grado de afectación de ecosistemas boscosos conservados en la mina de ferro níquel Cerro Matoso S.A., Departamento de Córdoba. Estudio realizado por Cerro Matoso S.A. y Ambiental Consultores & Cía. Ltda., agosto de 2013.

⁵⁹ Visible a folios 33 y ss. del cuaderno 10.

⁶⁰ Visible a folio 49 del cuaderno 6.

p. Estudios sobre el impacto de las actividades de Cerro Matoso S.A. sobre las comunidades indígenas

- Trabajo de consultoría sobre formulación y estudio de alternativas de atención a diversas reclamaciones formuladas a la empresa Cerro Matoso S.A., por comunidades indígenas y afrodescendientes. Informe Final presentado a la empresa por Posse Herrera Ruíz, y elaborado por Roque Roldán Ortega, 24 de julio de 2014. En el estudio se analiza: la historia del Pueblo Zenú; la ubicación de las Comunidades Indígenas vecinas a la empresa; las eventuales responsabilidades de la compañía y se formulan unas recomendaciones.

q. Estudios sobre el licenciamiento ambiental de Cerro Matoso S.A.

- Concepto rendido el 27 de marzo de 2014 por “Red para la Justicia Ambiental en Colombia”⁶¹. Según el estudio, se configura una violación a los derechos a la salud y al medio ambiente sano, debido a la ausencia de un adecuado marco de licenciamiento ambiental para la mina de Cerro Matoso S.A. En materia de estudios científicos sobre los impactos que tiene en la salud la explotación del níquel, se cita uno elaborado por la Agencia para Sustancias Tóxicas y el Registro de Enfermedades (ATSDR), de los Estados Unidos, cuya referencia es la siguiente: CAS# 7440-02-0.

r. Manejo de las aguas

- Monitoreos compuestos de agua, mayo 2010, octubre de 2010, mayo 2011 y cuadro histórico de calidad del aire 2010 a 2012.⁶²
- Informe anual manejo de aguas de escorrentía en mina, botaderos de mina y RNE, documento elaborado por Cerro Matoso S.A., agosto de 2014.

⁶¹ Visible a folios 22 a 56 del cuaderno 4.

⁶² Visible a folios 332 a 381 del cuaderno 2.1.

s. Informes realizados por la Contraloría General de la República

- Informe emitido por la Contraloría Delegada del Medio Ambiente, enero de 2013. A lo largo del informe se analizan temas tales como: (i) desarrollo cronológico de las concesiones mineras 866-63 y 1727-71; (ii) la Declaración de Efecto Ambiental de 1981; (iii) verificación documental y de campo de las acciones adelantadas por Cerro Matoso S.A, en cumplimiento de las autorizaciones ambientales; (iv) complemento al estudio de impacto ambiental PMA del proyecto de recuperación de níquel de la escoria RNE de 2006; (v) seguimiento a los instrumentos administrativos de gestión ambiental por parte de la autoridad nacional de licencias ambientales; y (vi) conclusiones y resultados.⁶³
- Función de advertencia 2012EE0085413, remitido por la Contraloría General de la República al Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible; la Directora de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y al Ministro de Minas y Energía. A manera de conclusión, en el documento se afirma lo siguiente: “*se permite ADVERTIR al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales y al Ministerio de Minas y Energía sobre el riesgo que para los recursos y bienes públicos representa seguir adelantando actividades mineras por parte de CERRO MATOSO S.A. en ausencia de una licencia ambiental que ampare de forma integral las actividades de explotación que se desarrollan y se proyecten adelantar en el título minero 051-96M*”⁶⁴.
- Función de advertencia licencias ambientales 2012EE22137, remitido el 18 de abril de 2012 por la Contraloría General de la República al Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible y a la Directora General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. En este documento se sostiene lo siguiente: “*se permite ADVERTIR al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales sobre la debilidad normativa e institucional en el proceso de*

⁶³ Visible a folios 238 a 264 del cuaderno 3 A.

⁶⁴ Visible a folio 268 del cuaderno 3 A.

licenciamiento ambiental en el país, puesto de presente por parte de este ente de control en varias oportunidades”⁶⁵.

- Análisis técnico sobre el otrosí número 4 al contrato número 051-96M suscrito ente la Agencia Nacional Minera – ANM- y la empresa Cerro Matoso S.A. A manera de conclusión, se afirma en el documento lo siguiente: *“la CGR estima necesario que se efectúe una revisión a fondo al otrosí No. 4 al contrato No. 051-96M y se revoque y/o efectúen los ajustes correspondientes, por cuanto introduce modificaciones estructurales a un contrato de concesión minera en contravía de los fines esenciales del Estado, del principio de legalidad, de la seguridad jurídica y de la presunción de legalidad de los actos administrativos; en síntesis no se encuentra ajustado a la Constitución Política y a los principios que rigen el derecho y la función administrativa”*⁶⁶.
- Modelo de evaluación al sector minero a través de indicadores de progreso de la Comisión Andina de Juristas. Aplicación de indicadores de progreso en derechos humanos para el goce efectivo de los derechos a la salud, educación, trabajo y participación, en la población del San Jorge Cordobés. En este documento se relacionan diversos y profundos problemas estructurales que aquejan la prestación del servicio de salud en la región del San Jorge Cordobés⁶⁷.
- Respuesta de Cerro Matoso S.A. al informe ambiental elaborado por la Contraloría General de la República, 2014.

t. Informe de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios

- Informe de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, rendido ante la Corte Constitucional el 21 de marzo de 2014⁶⁸. En materia de salud se concluye afirmando que: *“En general existe mucha queja de las poblaciones por la salud, la cual no se*

⁶⁵ Visible a folios 269 a 273 del cuaderno 3 A.

⁶⁶ Visible a folios 275 a 295 del cuaderno 3 A.

⁶⁷ Visible a folios 296 a 315 del cuaderno 3 A.

⁶⁸ Visible a folios 392 a 425 del cuaderno 3 A.

podieron comprobar, ni se notaron en las visitas, se observó la gran ayuda de varios años atrás por parte de CERRO MATOSO y más bien la falta y presencia de la autoridad municipal y del Estado que es la que debe estar pendiente de los servicios públicos de su comunidad”. Y más adelante señala: “Son pocos o nulos los espacios de participación ciudadana que de oficio se promueven por parte de las autoridades ambientales con competencia sobre el proyecto en mención. Esta participación es fundamental para dar plenitud a la prerrogativa constitucional de salvaguardar el derecho a un ambiente sano”.

- Informe complementario de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, rendido el 9 de junio de 2014. Entre las conclusiones del informe se señala: *“se requiere de muestras de material particulado depositado en las cubiertas de las casas y el análisis de los resultados de las estaciones de aire, que se han ubicado en proximidades de las poblaciones. Exámenes médicos a la población, para establecer si los males son producidos por la incidencia de CERRO MATOSO, o por las condiciones sanitarias a las que la población se encuentra abocada en el momento actual”*.⁶⁹

u. Informe de la Defensoría del Pueblo

- Informe Defensorial explotación de níquel. Proyecto Cerro Matoso, Montelíbano, Córdoba, presentado el 2 de abril de 2014. En el informe se abordan los siguientes temas: (i) antecedentes del proyecto y estado actual del mismo; (ii) evaluación del caso; y (iii) recomendaciones. En materia de salud, el informe refiere: *“Uno de los principales cuestionamientos por parte de la comunidad frente a la actividad realizada por la Sociedad Cerro Matoso se relaciona con los efectos en la salud de la población, en este sentido, en el numeral (2) de la cláusula vigésima octava del otrosí No. 4 se indica que Cerro Matoso se compromete a realizar los estudios para establecer si existe una relación entre las enfermedades de la zona y la operación de la mina; sin embargo, la medida planteada no garantiza la imparcialidad de los estudios, pues serán estudios*

⁶⁹ Visible a folio 127 del cuaderno 3.

contratados por la misma Empresa, y lo que se esperaría es que sea el Estado el que efectúe los estudios”⁷⁰.

En cuanto a las emisiones atmosféricas, señala el informe: *“Las comunidades se quejan por la contaminación del aire y el agua. Denuncian que hay emisiones de aire contaminado, que algunos momentos son nubes de polvo. Se dice que por la noche sale un humo rojizo en el firmamento, que al parecer es cuando limpian los filtros de la planta, principalmente en verano, que, por la acción del viento, forma una nube que produce ardor en la piel y causa enrojecimiento de los ojos. Algunas comunidades dicen que el polvo brilla en las noches con la luz, se dice que es sílice”⁷¹.*

Y concluye afirmando: *“no se cuenta con estudios que demuestren que las enfermedades que se presentan en la región son ocasionadas por la actividad de explotación de níquel realizada por la Empresa Cerro Matoso, lo que hace imperativo que a corto plazo se realicen investigaciones técnicas por profesionales idóneos e imparciales que permitan determinar si el proceso minero industrial es el causante de dichas enfermedades”⁷².*

v. Etiqueta del producto

- Se allegó una muestra de la etiqueta que llevan los bultos de ferroníquel, donde se describe su proceso de extracción y producción ⁷³.

w. Planos del proyecto

- La Agencia Nacional de Minería aportó los planos relacionados con los programas de trabajo referentes al contrato de exploración y explotación No. 051-96. En los mismos se ilustran las zonas en las que la empresa Cerro Matoso S.A. planeó realizar trabajos de exploración para los años 2013, 2014 y 2015.

⁷⁰ Visible a folio 40 del cuaderno 5.

⁷¹ Visible a folio 50 del cuaderno 5.

⁷² *Ibidem*, folio 53.

⁷³ Visible en el cuaderno 11 B.

- Mapas remitidos por la Agencia Nacional Minera contentivos del área de exploración según los contratos 866-1727-051-96M y el Otrosí No.4.

F. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

A lo largo del proceso de revisión: (i) se denegó una solicitud de nulidad presentada por el apoderado de la empresa Cerro Matoso S.A; (ii) se aceptó el impedimento presentado por el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; (iii) se vincularon diversas entidades públicas y privadas; (iv) se practicaron numerosas pruebas de oficio, habiéndose respetado el principio de contradicción; (v) se tramitó una solicitud elevada por el apoderado de las comunidades étnicas, relacionada con la medición de sustancias químicas en la zona; y (vi) se resolvieron múltiples peticiones de la empresa Cerro Matoso S.A. respecto al dictamen pericial realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

1. Resolución de solicitud de nulidad formulada por la empresa accionada

Mediante Auto No. 117 del 5 de mayo de 2014, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, denegó la solicitud de nulidad de todo lo actuado formulada por la empresa Cerro Matoso S.A. el 5 de marzo de 2014 respecto del expediente T-4.126.294.

Recordó lo establecido en los Autos 309 de 2010 ⁷⁴ y 051 de 2014 ⁷⁵, en los que las Salas de Revisión vincularon directamente a distintas entidades con fundamento en los principios de celeridad y economía procesal señalados en el artículo 3 del decreto 2591 de 1991. Encontró que BHP Billinton había sido notificada desde el comienzo del proceso por los jueces de instancia, y según constaba en el certificado de existencia y representación legal de Cerro Matoso S.A., la dirección y el e-mail de notificación judicial coincidía con la misma de la primera empresa. En consecuencia, para la Sala estos hechos llevaron a concluir que la sociedad solicitante de la nulidad tuvo conocimiento de la acción de tutela desde que se notificó a la empresa principal, y en ese orden, no existía una violación al debido proceso de la persona jurídica. La Sala concluyó:

⁷⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“(…) no existe la nulidad alegada por la sociedad CERRO MATOSO S.A., vinculada en sede de revisión, toda vez que debía tener conocimiento del asunto desde la instancia de tutela ordinaria a través de la notificación de BHP Billinton, empresa que controla a aquella, y con quien comparte la dirección de notificación judicial. Aun aceptando que no hubo notificación en las instancias, es claro que la Corte tiene facultad para realizar esta vinculación directamente y continuar con el trámite, dada la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las comunidades indígenas involucradas y la gravedad de los riesgos que prima facie se advierte se ciernen sobre los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la comunidad aledaña. Es de resaltar que CERRO MATOSO S.A. se pronunció de fondo sobre las controversias que se formulan en el escrito de tutela a través del escrito allegado a esta Corporación el pasado 5 de marzo de 2014, ha solicitado copias de todo lo allegado al despacho sustanciador⁷⁶ y tiene a su disposición el expediente del asunto para pronunciarse sobre todo lo que estime conveniente”.

2. Aceptación de impedimento del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

El 5 de marzo de 2015, el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub manifestó su impedimento para continuar conociendo del proceso de la referencia. El 7 de abril del mismo año, la Sala Séptima de Revisión aceptó el impedimento, motivo por el cual el Magistrado Alberto Rojas Ríos fue designado en calidad de ponente.

3. Entidades públicas y privadas vinculadas en sede de revisión

Mediante Auto del 21 de febrero de 2014, fueron vinculadas: la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior; el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER⁷⁷; la Sociedad BHP Billinton- CERRO MATOSO S.A; la Contraloría General de la República; la Secretaría de Salud y de Asuntos Ambientales de la Gobernación de Córdoba; y las Alcaldías de Montelíbano, Puerto Libertador y San José de Uré.

⁷⁶ “Mediante escrito del 27 de marzo de 2014”.

⁷⁷ Visible a folio 6 del cuaderno 4.

4. Pruebas practicadas de oficio

- Auto del 13 de marzo de 2013. Se invita a un conjunto de entidades universitarias para que rindan un concepto sobre el expediente de la referencia ⁷⁸.
- Auto del 21 de febrero de 2014. Se comisiona a la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería para que practique un interrogatorio de parte al señor Javier Martín Rubio Rodríguez, accionante en el proceso de la referencia.
- Auto del 11 de abril de 2014. Se le solicita a la comunidad indígena Zenú, que ratifique la solicitud de amparo elevada en su nombre por el señor Javier Martín Rubio Rodríguez.
- Auto del 30 de octubre de 2014. Se ordena la práctica de una inspección judicial en las áreas circundantes a la zona de influencia del proyecto y de las actividades de exploración y explotación minera de Cerro Matoso S.A. ⁷⁹.
- Auto del 12 de noviembre de 2014. Se solicita a la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios participar en la realización de la inspección judicial ⁸⁰.
- Auto del 30 de enero de 2015. Se ordena al Ministerio del Interior remitir los censos de las poblaciones indígenas y afrodescendientes, ubicadas en la zona de explotación de Cerro Matoso S.A. De igual manera, se ordena al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, disponer de un equipo especializado que se traslade a los territorios de las comunidades étnicas y practique unos exámenes médicos, a efectos de determinar el origen de las enfermedades sufridas por aquéllas.
- Auto del 25 de mayo de 2015. Se ordena a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, la remisión de unos mapas donde se muestre la extensión de la zona de explotación minera de Cerro

⁷⁸ Visible a folio 8 del cuaderno 4.

⁷⁹ Visible a folio 5 del cuaderno 9.

⁸⁰ Visible a folio 59 del cuaderno 9.

Matoso S.A. De igual manera, se le pide al INCODER rendir un informe sobre la delimitación de los territorios de las diversas comunidades étnicas.

- Auto del 5 de junio de 2015. Se ordena a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, remitir diversos documentos sobre el licenciamiento ambiental de la empresa Cerro Matoso S.A.
- Auto del 28 de julio de 2015. Se ordena a la empresa Cerro Matoso S.A, asumir la totalidad de los gastos que implica la realización del dictamen pericial solicitado por ella, en el curso de la diligencia de inspección judicial realizada el 4 de diciembre de 2014.
- Auto del 10 de febrero de 2016. Se concede al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el término improrrogable de seis (6) meses para culminar las labores relacionadas en auto del 30 de enero de 2015.

5. Solicitud de aclaración por parte del apoderado de las comunidades étnicas

Mediante Auto del 30 de enero de 2015, la Sala Séptima de Revisión decretó como prueba que la Dirección de Asuntos Indígenas Rom y Minorías y la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, en el término de quince (15) días hábiles, realizaran un informe de los censos de cada una de las comunidades indígenas asentadas en el área de influencia del proyecto de la explotación de la mina de Cerro Matoso⁸¹.

Adicionalmente, en la referida providencia, la Sala Séptima de Revisión ordenó que:

“El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con base en los censos entregados por el Ministerio del Interior, dispusiera de un equipo médico especializado, entre toxicólogos, laborales, y epidemiólogos, con el objetivo de practicar entrevistas y exámenes médicos a las comunidades accionantes, cuyos integrantes alegaban

⁸¹ Visible a folios 224 al 229, cuaderno No. 10.

presentar irritaciones en los ojos, erupciones y rasquiña en la piel y dificultades respiratorias con ocasión de las actividades de explotación que ejecuta Cerro Matoso S.A. Como resultado de las nombradas actividades científicas, se dispuso que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entregará a la Corte un dictamen pericial o informe técnico en el que formulará las conclusiones en relación con la explotación adelantada por Cerro Matoso S.A, y los presuntos impactos a la salud”⁸².

En relación a la orden impartida en Auto del 30 de enero de 2015, el Instituto Nacional de Medicina Legal llevó a cabo el 5 de abril de 2016 una jornada de información y socialización a las comunidades asentadas en el área de influencia de la explotación de Cerro Matoso S.A.

De la actividad realizada, surgió la inconformidad del apoderado de las comunidades Indígenas Zenú, radicada mediante escrito el 8 de abril de 2016 en la Secretaría General de la Corte Constitucional, basada en que en el espacio de socialización, el Gobernador Local del Cabildo Bocas de Uré, señor Nafer Álvarez Rangel preguntó textualmente: *“si los estudios se limitaban a medir el níquel o se tendrían en cuenta otros químicos contaminantes”*. Al respecto, la respuesta del funcionario fue: *“Medimos sólo el níquel”*⁸³.

Manifiesta que el ordinal segundo del Auto del 30 de enero de 2015, señaló que: *“las entrevistas, exámenes médicos y todo lo que se estime conveniente, en relación con las personas asentadas en el área de influencia de la mina, se ordenarán con ocasión de las actividades de explotación que ejecuta Cerro Matoso S.A.”*⁸⁴, por lo que solicitó al Despacho que aclarara al Instituto Nacional de Medicina Legal, que *“los exámenes médicos que realice, no se limitaran a la medición del níquel”*⁸⁵.

Ante esta petición, el Despacho consideró necesario que el Instituto Nacional de Medicina Legal se pronunciara en relación con la solicitud elevada por el apoderado de los accionantes, e igualmente, que la empresa Cerro Matoso S.A. ejerciera su derecho contradictorio al respecto.

⁸² Ídem.

⁸³ Visible a folios 310 al 312, cuaderno No. 10.

⁸⁴ Visible a folios 224 al 229, cuaderno No. 10.

⁸⁵ Visible a folios 310 al 312, cuaderno No.10.

En Auto del 15 de abril de 2016, el Despacho resolvió correr traslado por el término de tres (3) días, contados a partir de la recepción de la respectiva comunicación, al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a la empresa Cerro Matoso S.A., para que se pronunciaran sobre el contenido de la solicitud radicada ante la Corte Constitucional el 8 de abril del año en curso, por el apoderado de Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, en el sentido de no limitar la recolección de muestras al níquel⁸⁶.

El apoderado judicial de Cerro Matoso S.A manifestó que:

“Basados en el marco fijado por la Corte Constitucional, donde aprobó la metodología propuesta por el Instituto de Medicina Legal el 22 de Julio de 2015 para llevar a cabo la prueba pericial, se tiene que no es cierto que lo único que aquella analizará es el níquel en la orina, debido a que se realizarán diferentes estudios científicos, entre los que se encuentran, (i) analizar el contexto de las comunidades; (ii) estudiar los informes de los hospitales sobre las enfermedades crónicas no transmisibles; (iii) realizar un análisis toxicológico y ambiental; (iv) llevar a cabo una valoración médica completa de las personas seleccionadas de manera aleatoria y (v) realizar radiografía de tórax y toma de muestra de orina y sangre a los seleccionados”⁸⁷.

Afirmó que el apoderado de las comunidades solicitó al Ministerio de Salud la inclusión de otras mediciones, petición que fue negada pues éstas no eran pertinentes para el objeto de estudio, respondiendo: *“es de resaltar que las observaciones realizadas en cuanto a la adición de nuevos parámetros en las diferentes matrices ambientales, no presentan suficiente sustento técnico para respaldar dicha solicitud, es así que se evaluaron las observaciones teniendo en cuenta el conocimiento de la zona y la reglamentación ambiental y sanitaria vigente.”*⁸⁸

Cerro Matoso S.A expresó que resulta improcedente la medición de elementos como mercurio y plomo, porque los procesos productivos de la empresa excluyen éstos, como tampoco la generación de otro tipo de

⁸⁶ Visible a folios 334 al 337, cuaderno No.10.

⁸⁷ Visible a folios 343 al 349, cuaderno No. 10.

⁸⁸ Observaciones a términos de referencia del estudio de determinantes sociales y ambientales en comunidades del área de influencia de Cerro Matoso S.A. Ministerio de Salud. En respuesta al señor José Javier de la Hoz.

mineral o metal o residuo tóxico que genere afectaciones a las personas, y que su actividad no guarda relación con la explotación multi-metales como el oro, en que podrían ser utilizadas sustancias como arsénico o mercurio. Concluyendo que las operaciones de la empresa no tienen nada que ver con metales pesados como los mencionados por el apoderado de las comunidades.

Trajo como fundamento de lo anteriormente mencionado, el hecho que en 2013 se realizaron estudios a la zona de explotación por parte de la Universidad Pontifica Bolivariana ⁸⁹, donde se aplicaron pruebas de corrosividad, reactividad, inflamabilidad y toxicidad por metales pesados, en las piscinas de embalses 1 y 2, de acuerdo con el Decreto 4741 de 2005 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Afirmó el apoderado, que se realizó la prueba de estos porque los residuos denominados “LODOS DE PISCINA EMBALSE 1 Y LODOS DE PISCINA EMBALSE 2”, se generan durante las operaciones de dragado provenientes de los embalses 1, 2 y 3. Estos reciben las aguas provenientes de los procesos de granulación de metal, granulación de escoria y recuperación de níquel en escoria donde son bombeadas para su posterior reutilización, y uno de los procesos donde se generan aguas residuales industriales es de recuperación de escoria con metal.

Manifestó también que el estudio consistió en la realización de un análisis CRTI2 para los suelos de los embalses 1 y 2 de Cerro Matoso S.A, y una muestra control (Hacienda Ibagué), destacándose en las muestras recogidas el 04 y 05 de Julio de 2013 que “*los residuos no eran corrosivos, no son reactivos, ni tóxicos por presencia de metales pesados y no son inflamables*”⁹⁰, todo esto basándose en un análisis CRTI realizado bajo los estándares establecidos por las metodologías EPA (*Environmental Protection Agency*) “*Analytical Methods for the National Sewage Sludge Survey*” y la parte 261 del CFR EPA 40, y en la normatividad colombiana de acuerdo a los lineamientos del Decreto 4741 de 1005 y en la Resolución 0062 de 2007 del IDEAM.

Aseguró que ninguno de los análisis que han sido realizados por la Autoridad Ambiental competente durante años, han evidenciado hallazgos

⁸⁹ Visible a folios 363 al 403, cuaderno No.10.

⁹⁰ Ídem.

relacionados con la presencia de los minerales o productos señalados por el apoderado de las comunidades en su escrito, ni tampoco el hallazgo de estas sustancias en concentraciones elevadas, y que las que se han encontrado corresponden a bacterias como E Coli que son totalmente ajenas a la operación de Cerro Matoso S.A.

Por estas razones, el apoderado de la parte accionada manifestó que *“la medición de minerales diferentes al níquel no es necesaria, razonable, ni justificable técnicamente y por ende no tiene la pertinencia necesaria para toda la prueba; siendo por esto que dentro de su experticio no fueron considerados por Medicina Legal y fueron rechazados por el Ministerio de Salud para el estudio de salud”*⁹¹.

Como último punto, señaló que el níquel presente en las operaciones de la empresa es predominantemente insoluble, contrario a lo que manifiesta el apoderado de las comunidades, razón por la cual su eliminación por la orina no es el indicador biológico de la exposición.

La Subdirección de Servicios Forenses de Medicina Legal respondió la solicitud impetrada por el apoderado del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, en el sentido de no limitar la recolección de pruebas de las muestras al níquel:

“El 5 de abril de 2016 se llevó a cabo la jornada de información y socialización de los procedimientos que se están adelantando en las comunidades aledañas a la Mina Cerro Matoso; en dicha reunión se explicaron los procedimientos de manera detallada y dentro de ello se especificó que el informe pericial solicitado por la Honorable Corte Constitucional con motivo de las acciones de tutela comprendía cuatro (4) elementos fundamentales, así:

1. Estudio de contexto que comprende aspectos históricos, sociales y económicos de la explotación minera y el entorno.
2. Análisis de los estudios ambientales que diversas Entidades y aun la misma empresa Cerro Matoso S.A han efectuado en la zona.

⁹¹ Visible a folios 310 al 312, cuaderno No.10.

3. Análisis de la información sobre enfermedades transmisibles, recaudada por el Ministerio de Salud a partir de la atención prestada a pacientes en las diferentes entidades de Salud con cobertura en las comunidades a estudiar.

4. Los resultados del estudio de los pacientes a través de la toma de una muestra representativa de la población, mediante la aplicación de una encuesta, la realización de exámenes físicos, pruebas de laboratorio de química sanguínea, análisis toxicológico, toma de RX; entre otros”⁹².

Afirmó que ante lo señalado en el punto 4 ⁹³ del escrito del apoderado de las comunidades, está de acuerdo en su totalidad, haciendo claridad que es igual estudiar uno o varios metales.

En relación con el punto 5 ⁹⁴, manifestó que hay algunos elementos que no son susceptibles de medición en exposiciones crónicas como los solventes; que existen otros componentes particulados que se diagnostican mediante estudios de RX de pulmones tales como las sílices, y respecto a otros que su presencia anormal se puede evidenciar por alteraciones en el examen físico o en los análisis de química sanguínea.

Informó que en las muestras biológicas recolectadas se pueden estudiar otro tipo de sustancias si el examen físico indicara tal necesidad.

6. Peticiones de la empresa Cerro Matoso S.A. -CMSA- relacionadas con el dictamen pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses -INMLCF-

El día 19 de diciembre de 2016, la Subdirectora de Servicios Forenses y el Jefe de la Oficina Jurídica de la Subdirección de Servicios Forenses del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses allegaron a la Corte el texto denominado “*Estudio Pericial de Exposición a Níquel en las Comunidades Indígenas y Afrocolombianas de los Municipios de Montelíbano, San José de Uré y Puerto Libertador, Departamento de Córdoba. Año 2016*” (322 folios).

⁹² Visible a folios 338 al 342, cuaderno No. 10.

⁹³ Visible a folios 309 al 312, cuaderno No. 10.

⁹⁴ *Ibidem*.

El Despacho, mediante Auto del 16 de enero de 2016, resolvió:

“**CORRER TRASLADO**, por el término de tres (3) días, contado a partir de la recepción de la respectiva comunicación, el contenido del dictamen pericial titulado: “*Estudio Pericial de Exposición a Níquel en las Comunidades Indígenas y Afrocolombianas de los Municipios de Montelíbano, San José de Uré y Puerto Libertador, Departamento de Córdoba. Año 2016*”. Para tales efectos, el expediente quedará a disposición de las partes y de los intervinientes acreditados en la Secretaría General de la Corte”.

El 18 de enero de 2016, la Subdirectora de Servicios Forenses y el Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, radicaron Oficio No. 038-SSF-2016, junto con sus anexos, en el cual se afirma:

“Teniendo en cuenta que en la página 169 del informe pericial de exposición a Níquel en las comunidades indígenas y afrocolombianas se hizo referencia a la posible presencia de Níquel en frascos de orina y tubos tapa lila usados para la recolección de las muestras en el estudio llevado a cabo en los municipios de Montelíbano, San José de Uré y Puerto Libertador del Departamento de Córdoba; comedidamente nos permitimos allegar el informe de resultados remitidos por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, en donde se concluye: **“los frascos para la recolección de muestras de orina no tienen niveles de níquel detectables dentro de su composición; los tubos tapa lila para recolección de muestras de sangre no tienen niveles de níquel detectables dentro de su composición”**. (Negrillas originales).

Por lo anterior, se concluye que los recipientes usados para la recolección de las muestras biológicas (frascos para orina y tubos tapa lila para recolección de sangre) se encuentran libres de níquel”.

El Despacho, mediante Auto del 20 de enero de 2016, ordenó correr traslado a las partes y a los intervinientes acreditados, por el término de tres (3) días, contados a partir de la recepción de la respectiva comunicación, a efectos de que se pronunciaran sobre el contenido del Oficio No. 038-SSF-2016 y sus anexos, suscrito por la Subdirectora de Servicios Forenses y el Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto de Medicina Legal y Ciencias

Forenses.

El 23 de enero de 2017, la empresa Cerro Matoso radicó ante la Corte un escrito titulado: “*POSICIÓN Y FUNDAMENTACIÓN TÉCNICA DE CERRO MATOSO SA FRENTE AL DICTAMEN DE MEDICINA LEGAL RENDIDO DENTRO DE LAS ACCIONES DE TUTELA: T-4.126.294 Y T-4.298.584*”.

En su escrito, Cerro Matoso S.A. formuló las siguientes peticiones:

- 1) “Se allega al expediente el "documento técnico" suministrado junto al presente memorial. Sin perjuicio de la objeción parcial respecto del informe médico, se solicita que el "documento técnico", sea considerado y apreciado como ejercicio del derecho de defensa de la empresa y, de igual modo, como esfuerzo honesto y objetivo de colaboración con el juez constitucional y con la comunidad para entender el alcance e implicaciones de la problemática de salud analizada.
- 2) Se disponga para mejor ilustración de la Sala, la celebración de una audiencia técnica con la intervención de los peritos y los asesores técnicos de las partes, en lo que concierne al tratamiento, alcance y consecuencias de las inconsistencias formuladas por el Instituto de Medicina Legal en torno de las pruebas de sangre y orina, que a su turno constituyen la base de la objeción parcial que se formula al informe médico.
- 3) Se disponga previamente a dicha audiencia técnica, para su mejor desarrollo, la oportunidad y entrega por las partes de un listado con las preguntas que ellas formulen.
- 4) Como producto de lo señalado en este memorial y en el documento técnico que se aporta, se declare que el informe social ha desconocido el alcance fijado al peritazgo y, por tanto, no habrá de tenerse como prueba. De manera subsidiaria, se solicita que al momento de su valoración, se tome en cuenta lo expuesto en este escrito y en el documento técnico que se entrega y que hace parte de la respuesta de CMSA, todo lo cual le resta valor científico al informe social por los errores graves que vician sus asertos.

- 5) Como producto de lo señalado en este memorial y en el documento técnico frente a las glosas realizadas al informe médico, se solicita que en la medida en que las inconsistencias denunciadas respecto de los niveles de níquel en sangre y orina llegaren a implicar una manipulación indebida de uno de los componentes de la prueba, en aplicación del artículo 29 de la Constitución se excluya del peritazgo los componentes viciados de ilegalidad. En cualquier caso, frente a los elementos del peritazgo objeto de glosa se solicita que al momento de su valoración, se tenga en consideración las razones de hecho y derecho aquí expuestas que censuran el valor científico de los segmentos del dictamen que se cuestionan.
- 6) Dado que el oficio No 038-SSF-2017 de la Subdirección de servicios Forenses, se refiere únicamente a la "composición" de los frascos de orina y tubos tapa lila usados para la recolección de muestras, se insiste en que se objeta la prueba en lo que atañe a los niveles de níquel en sangre y orina. Definitivamente, las demás fuentes de inconsistencia deben ser resueltas de manera definitiva, puesto que la única no se refiere solo a la composición de los frascos. A este respecto se pide, como se señala en el punto 2 de este acápite de solicitudes, se decrete una audiencia pública técnica, en los términos indicados, con participación de los expertos internacionales consultados por el INMLCF, con el objeto de que se establezcan las causas, naturaleza y alcance de las inconsistencias que el propio Instituto advierte y se determine científicamente la forma de resolverlas o interpretarlas, incluyendo la posibilidad de repetición de la prueba o su práctica en el contexto del estudio de mayor espectro que ha sido diseñado por el Ministerio de Salud y en el que ha participado la Organización Panamericana de Salud.
- 7) De manera específica, se solicita al INMLCF aclarar y responder a las siguientes preguntas relacionadas con el estudio realizado:
 1. ¿Tiene conocimiento el INMLCF sobre las condiciones contractuales pactadas en virtud del Otrosí No. 4 al Contrato No. 051-96M?
 2. ¿Por qué se obvian en el informe y en el análisis algunas condiciones socio-demográficas que son determinantes directos de salud para algunos hallazgos clínicos obtenidos en el Estudio, como las antropogénicas, sociales y naturales, al igual que mediciones ambientales existentes, dado su impacto en el entendimiento y

comprensión del origen de los fenómenos de salud observados en las comunidades?

3. ¿Cuál es la descripción y análisis que se hace del fenómeno salud-enfermedad en la región del Alto San Jorge a partir de la información y registros existentes que estuvieron disponibles para el Estudio y el comportamiento de la morbilidad identificada para las comunidades AID? ¿Se encontraron variaciones en las primeras causas de enfermedad para todo el municipio o región, frente a las encontradas en las comunidades AID?
4. ¿Puede el INMLCF, a partir de los resultados del Estudio, si los resultados de los análisis estadísticos lo confirman - sí o no - establecer una relación de causa directa entre los síntomas y la operación de CMSA.?
5. ¿Por qué razón el INMLCF no hace referencia a los resultados de los estudios de calidad ambiental existentes (matrices agua, aire) alrededor de la operación de CMSA y en la región, habida cuenta de que son elementos indispensables para un análisis de relación o causalidad en un estudio como el solicitado por la Corte Constitucional?
6. ¿Puede el INMLCF confirmar si los hallazgos radiológicos tienen relación causal - si o no - con la operación de CMSA?
7. ¿Cuál fue el análisis o registros obtenidos con relación a las diferentes especies de níquel presentes en el suelo del cerro de CMSA, en los suelos de las comunidades y de la región?
8. ¿Por qué razón el INMLCF omite la relevancia de los efectos de la salud generados por las diferentes especies de níquel, toda vez que los análisis estadísticos confirman que no existe correlación alguna entre irritación de vías aéreas inferiores, las manifestaciones clínicas y los hallazgos radiológicos, siendo este el principal efecto potencial a la salud de la exposición a la especie de níquel procesada por CMSA?
9. ¿Puede el INMLCF confirmar, sí o no, si el Estudio evidencia alguna relación directa entre los valores de las pruebas de níquel y las enfermedades detectadas específicas?

10. ¿Cuáles fueron los análisis tenidos en cuenta por el INMLCF sobre la calidad de agua vertida por CMSA y los de calidad del agua alrededor de la operación y de la región? Si no se tuvieron en cuenta, ¿por qué razón fueron omitidos, toda vez que en un estudio de salud como el solicitado por la Corte Constitucional se hacía necesario identificar las posibles fuentes de contaminación que estuvieran presentes y afectando la salud de las comunidades?
11. ¿Cerro Matoso incumple con la normatividad existente y referenciada por el INMLCF en su Estudio, con relación a la calidad de agua en vertimientos?
12. ¿Puede el INMLCF explicar por qué si se era consciente de que los efectos a la salud dependen directamente de la especie de níquel presente y sus respectivas concentraciones, se omite dicha caracterización o el resultado de ella como punto de partida o referente esencial para el análisis debido en el desarrollo del Estudio?
13. ¿Bajo qué parámetros se decidió la referenciación de los niveles de níquel en las distintas pruebas?
14. ¿Los parámetros de referencia utilizados fueron a partir de qué tipo de estudios y en relación con qué tipo de especie de níquel?
15. ¿Cómo se realizó la estandarización de la prueba y qué resultados se obtuvieron en su momento?
16. ¿Puede confirmar el INMLCF si técnicamente se puede establecer algún tipo de relación entre los niveles de níquel y los síntomas presuntos detectados, habida cuenta de que los sanos obtuvieron aparentemente niveles mayores en dichas mediciones?
17. ¿Qué limitaciones existen en la realización de las pruebas biológicas para níquel?
18. ¿Normativamente, cuál es el indicador biológico de exposición aceptado para la exposición a óxidos de níquel?

19. ¿Por qué razón las pruebas de níquel en sangre y en orina, deben ser concordantes entre sí? ¿Qué explica entonces la heterogeneidad encontrada en los resultados?
20. ¿Puede confirmar el INMLCF que al encontrar los niveles más bajos de níquel en las personas con síntomas de la piel, se debe a un origen en otros determinantes sociales o biológicos de la salud diferentes al níquel?
21. ¿Cuáles fueron los hallazgos específicos de las 31 personas valoradas en el estudio, pero que fueron identificados como NO residentes permanentes y cotidianos del área de influencia directa? ¿Por qué razón, si esta condición de residencia era esencial para poder esclarecer los objetivos del estudio, este grupo no tuvo un análisis especial al respecto de sus determinantes?
22. ¿Puede confirmar - sí o no - el INMLCF que con rigor técnico epidemiológico el Estudio no encontró ninguna causa directa entre la explotación de níquel de CMSA y los síntomas de salud manifiestos por las comunidades?
23. ¿De qué manera se controlaron los diferentes sesgos para el Estudio, en especial en lo relacionado con la detección de morbilidad sentida?
24. ¿Qué indica o cómo se interpreta que las lesiones de piel encontradas fueron "inespecíficas"?
25. ¿A qué tipo de especie de níquel - a partir de la evidencia científica - está demostrado científicamente que existe sensibilización o generación de alergias en la piel?
26. ¿Qué tipo de lesiones produce la dermatitis alérgica al níquel y cuáles fueron los tipos de lesiones en piel encontradas en las personas evaluadas?
27. ¿Cuál es la explicación de los determinantes de salud probables y presentes para la detección de los casos de tuberculosis encontrados en la comunidad?

28. ¿Cuáles fueron las condiciones de cobertura y accesibilidad a los servicios de salud detectadas en el análisis de contexto y epidemiológico realizado?

Durante el término de traslado del dictamen pericial se recibieron además los siguientes escritos:

- Oficio No. 10881 del 27/01/2017 de Gilberto Augusto Blanco Zúñiga, Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios, -relacionado con el Oficio B-044/17-, recibido en Secretaría el 27 de enero del 2017, en 3 folios.
- Copia del Oficio SGC No. 20172810001471 del 2001/2017 de Gina Paola Montoya Baena, Profesional Especializada Grupo de Participación Ciudadana y Comunicaciones del Servicio Geológico Colombiano del Ministerio de Minas dirigido a la Agencia Nacional de MINERIA, -relacionado con el oficio B-050/17-.
- Oficio de Carol Eugenia Rojas Luna, apoderada de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, -relacionado con el oficio B-053/17.
- Oficio No. 2017004820-2-000 del 23/01/2017 de Carol Eugenia Rojas Luna, apoderada de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, -relacionado con el oficio B-053/17-.
- Oficio No. B-052/2017 suscrito por el Director Jurídico del Ministerio de Salud.

En atención a las solicitudes realizadas por la empresa Cerro Matoso S.A, el Magistrado Sustanciador, mediante Auto del 17 de febrero de 2017, decidió lo siguiente:

*“**PRIMERO. DISPONER** que el documento titulado “Posición y fundamentación técnica de Cerro Matoso SA frente al dictamen de medicina legal rendido dentro de las acciones de tutela: T-4.126.294 Y T-4.298.584”, junto con sus respectivos anexos, aportados por la empresa Cerro Matoso S.A., sean valorados en la Sentencia.*

SEGUNDO. NEGAR la solicitud formulada por Cerro Matoso SA, en el sentido de celebrar una audiencia con la intervención de peritos y asesores técnicos de las partes.

TERCERO. DISPONER que el valor probatorio del “Contexto antropológico y social”, elaborado por Gabriel David Liévano Gutiérrez, Profesional Universitario Forense del Grupo Nacional de Clínica y Odontología Forense del IMLCF sea examinado en la Sentencia.

CUARTO. DISPONER que la solicitud de declaratoria de ilegalidad de los exámenes de orina y sangre sea resuelta en la Sentencia.

QUINTO. ACCEDER a la solicitud formulada por Cerro Matoso SA, en el sentido que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, responda el siguiente cuestionario: (...)”⁹⁵.

SEXTO. DISPONER que, una vez el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses dé respuesta al referido cuestionario, se le correrá traslado a las partes e intervinientes acreditados en el proceso, por el término de tres (3) días, contado a partir de la recepción de la respectiva comunicación, para que se pronuncien al respecto. Para tales efectos, el expediente quedará a disposición de aquéllos en la Secretaría General de la Corte.”

El 21 de abril de 2017, la Subdirección de Servicios Forenses del INML allegó respuesta al cuestionario formulado por la empresa CMSA, del cual se dio traslado a las partes e intervinientes del proceso para que se pronunciaran al respecto. Se recibieron escritos por parte de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana, el Ministerio de Salud y Protección Social, la Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía, el apoderado de CMSA y la firma encargada de la defensa de los demandantes.

Por último, el 8 de junio de 2017 el apoderado de las comunidades accionantes remitió a la Corte un listado de pobladores de la zona, en el cual se enuncian las afecciones de salud que tendría cada persona. Mediante Auto del 23 de junio de 2017 se puso a disposición dicho documento con el objeto de que las entidades accionadas ejercieran su

⁹⁵ El cual se refiere a las 28 preguntas mencionadas con anterioridad.

derecho a la defensa. Únicamente se pronunciaron la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, la Contraloría Delegada para el sector Minas y Energía, y el apoderado de la empresa CMSA, quien también allegó un escrito contentivo de sus principales argumentos en contra de las peticiones del amparo de la referencia.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de la referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el Reglamento de la Corporación.

B. PROBLEMAS JURÍDICOS Y ESTRUCTURA DEL FALLO

Tomando en consideración las peticiones de amparo, las respuestas de las entidades accionadas, las decisiones proferidas por los jueces de instancia y el abundante material probatorio obrante en el expediente, la Corte agrupa los problemas jurídicos conforme a las siguientes temáticas:

I. Legitimación activa

- a. ¿Un ciudadano puede actuar como agente oficioso de unas comunidades indígenas y afrodescendientes, cuando quiera que estas se encuentran en condiciones de acudir ante la justicia constitucional?
- b. ¿Se precisa que un cabildo o una parcialidad indígena haya sido reconocido como resguardo, a efecto de poder invocar sus derechos fundamentales en sede de tutela?
- c. Un líder de una comunidad afrodescendiente, quien ya no ejerce la representación legal de ésta, ¿puede formular una acción de tutela en defensa de los derechos del grupo étnico?

II. Derecho fundamental a la consulta previa

- a. ¿La obligatoriedad de la consulta previa se encuentra supeditada al inicio o creación de una nueva medida administrativa, o, por el contrario, también resulta imprescindible frente a medidas ya vigentes, pero cuya modificación redunde en una afectación directa a las comunidades étnicas?
- b. ¿Se requiere de un proceso administrativo de licenciamiento ambiental para que exista la obligación de realizar consulta previa a las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas por una medida?
- c. ¿Se vulnera el derecho fundamental a la consulta previa de una comunidad étnica, cuando se ha suscrito un otrosí que “*sustituye integralmente*” el contrato con base en el cual se han desarrollado actividades de exploración y explotación mineras en su área de injerencia?

III. Derechos fundamentales al medio ambiente sano y a la salud

- a. ¿La pervivencia de una licencia ambiental que rige los efectos de un proyecto de explotación minera a cielo abierto, bajo los lineamientos fijados con anterioridad al régimen constitucional actual, constituye una amenaza a los derechos fundamentales al medio ambiente sano y a la salud de las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas?
- b. ¿La ausencia de una normatividad específica, clara y suficiente en el ordenamiento jurídico colombiano sobre los valores límite de concentración aplicables al hierro y al níquel, representa un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente al medio ambiente y los derechos fundamentales involucrados?
- c. ¿El cumplimiento de valores límite de concentración constituye un elemento probatorio suficiente para acreditar la ausencia de nexo causal entre actividades de explotación minera y la causación de daños a la salud humana y al medio ambiente?

La complejidad jurídica y técnica que ofrece la resolución de los referidos problemas, amén de la necesidad de valorar adecuadamente las pruebas obrantes en el proceso, lleva a la Corte a construir un breve contexto conformado por: (i) El panorama actual de la mina de Cerro Matoso S.A; (ii) La historia y localización de las comunidades indígenas y afrodescendientes que se ubican en la zona de influencia directa de las actividades de la empresa; y (iii) Las relaciones contractuales que han regido la explotación minera desde 1980, así como la evolución de su licenciamiento ambiental.

Seguidamente, la Corte aborda los aspectos probatorios. Para ello: (i) Se enlistan las pruebas pertinentes para resolver el caso concreto; (ii) Se examina la licitud y el valor probatorio del “*Contexto antropológico y social*”, incluido en el dictamen pericial rendido por el INMLCF; y (iii) Se determina la validez de los exámenes de sangre y orina realizados por el Instituto.

A continuación, esta Corporación examina las siguientes grandes temáticas: (i) Legitimación activa; (ii) Derecho fundamental a la consulta previa; y (iii) Derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud.

C. CONTEXTO EN EL QUE SE INSCRIBE EL CASO CONCRETO

Es importante tener en cuenta que, tal y como lo ha sostenido ésta Corporación, el juez constitucional cuenta con amplias facultades para interpretar la petición de amparo ⁹⁶. De allí que su papel, al momento de conocer de una acción de tutela, no se encuentre restringido a decidir sobre el problema jurídico planteado por los accionantes, sino que su deber se extiende a analizar de manera amplia y suficiente el caso concreto, con miras a identificar problemas constitucionalmente relevantes, para su consecuente resolución.

La Sala incluirá una descripción de todo el contexto en el cual se inscribe el presente caso, apoyándose para ello en el material probatorio obrante en el expediente. Se examinará: (i) el panorama actual de la mina de Cerro Matoso S.A; (ii) la historia y localización de las comunidades indígenas y

⁹⁶ Ver, por ejemplo, Sentencias T-463 de 1996, T-205 de 2010, T-755 de 2010, T-484 de 2011, T- 1081 de 2012, T-389 de 2012 y T-521 de 2015, entre otras.

afrodescendientes que se ubican en la zona de influencia directa de las actividades de la empresa; y (iii) las relaciones contractuales que han regido la explotación minera desde 1980, así como la evolución de su licenciamiento ambiental.

1. Panorama actual de la mina de Cerro Matoso S.A.



Cerro Matoso S.A. opera la cuarta mina de níquel a cielo abierto más grande del continente y la cuarta a nivel mundial. Su producción anual es de cuarenta mil (40.000) toneladas de níquel y ferroníquel⁹⁸, su perímetro aproximado es de diecinueve (19) kilómetros y su área de veinticinco (25) kilómetros cuadrados. Aspectos que se ilustran en el siguiente mapa:

⁹⁷ Imagen tomada de Google Maps. Cerro Matoso. Montelíbano, Córdoba.

⁹⁸ Rendón, M. *Desarrollo de Montelíbano y Unión Matoso, a partir de la explotación de Cerromatoso SA 2005-2015*, Universidad del Rosario, 2016.



De manera general, las secciones del área de operaciones de Cerro Matoso S.A incluyen una planta de fundición y procesamiento industrial del níquel, varias presas de sedimentación, botaderos de escoria con metal y sin metal, y principalmente, una zona de explotación minera que se encuentra bordeada por un canal perimetral. Estas secciones se identifican a continuación:



2. Historia y localización de las comunidades indígenas y afrodescendientes ubicadas en la zona de influencia directa y aledaña a la zona de explotación mineras

Para realizar un adecuado examen de las alegadas violaciones a los derechos fundamentales de las comunidades étnicas -indígenas y afrodescendientes-, se requiere analizar aspectos que van más allá del relato que aportan los accionantes. De allí que, con base en el abundante material probatorio obrante en el expediente, la Sala construirá un contexto, a semejanza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.1 Localización histórica del pueblo Zenú

Antes de la conquista española, el pueblo Zenú se encontraba conformado por tres (3) grandes provincias: Finzenú, Panzenú y Zenufana. El Finzenú se localizaba en la sabana y colinas al este del río Sinú; el Panzenú entre las estribaciones de la cordillera occidental y el río Cauca, en la sabana del río San Jorge; y el Zenufana se situaba al este del Panzenú, al otro lado del río Cauca.⁹⁹ Estaban organizados en 103 cacicazgos, distribuidos en el territorio de las tres provincias, entre las que se mantenía un constante intercambio económico.

Territorio Histórico de los Zenú al momento de la conquista



Mapa tomado de: Clemencia Plazas y Ana María Falchetti de Sáenz, *El Legendario Zenú*, Boletín del Museo de Oro, año 4, septiembre-diciembre de 1981.
<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/publicacionesbanrep/bolmuseo/1981/bol12/mosep2.htm>

⁹⁹ Visible en Convers y Angulo, *Estudio Socioeconómico y de tenencia de tierras para la constitución del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, en los municipios de Puerto Libertador y Montelíbano, Departamento de Córdoba*, Bogotá, 2014.

A partir del año 1550 se inició el período colonial, con la repartición de los indígenas entre las distintas encomiendas. Los documentos oficiales de la época no los denominaba “Zenúes”, sino que empleaban el nombre del correspondiente encomendero¹⁰⁰.

Hacia el S. XVIII surgieron las primeras ciudades que se extienden por la región. Y a partir del S. XIX, la dinámica económica y social de la zona se caracterizó por la llegada de las misiones, el surgimiento de las grandes haciendas ganaderas y las sucesivas explotaciones de recursos en el territorio indígena.

2.2 Comunidades Zenúes del Alto San Jorge

Las comunidades Zenúes del Alto San Jorge provienen originariamente de San Andrés de Sotavento por migraciones que se dieron a partir de 1959, buscando mejores condiciones de vida. El territorio donde actualmente habitan es considerado ancestral, por cuanto estos sitios fueron ocupados por los Zenúes prehispánicos, según su tradición oral y prácticas socio-culturales¹⁰¹.

En cuanto a sus creencias religiosas, veneran seres sobrenaturales subterráneos y acuáticos, que adoptan apariencia humana o animal. Estas divinidades son denominadas “encantos”, dominan el nivel de las aguas, los vientos, los truenos y los rayos. Pueden atrapar el espíritu de una persona y llevarlo a sus cuevas y laberintos subterráneos, donde abundan animales tales como el conejo, el armadillo, el ñeque y la guatinaja. Según sus mitos, los encantos son los dueños de los animales y ocasionalmente les ofrecen presas de caza a los seres humanos.

El principal “encanto” es el caimán de oro que se encuentra en un río subterráneo. Quienes se aventuran a perforar la tierra para extraerlo, son devorados por la bestia o transformados en hombre-caimán.

En los últimos años, según los estudios antropológicos realizados ¹⁰², en

¹⁰⁰ Clemencia Plazas y Ana María Falchetti, *El legendario Zenú*, Boletín del Museo del Oro, Bogotá, 1981.

¹⁰¹ INCODER, Resolución número 336 del 28 de agosto de 2014, visible a folio 8 del cuaderno 13.

¹⁰² Visible en Convers y Angulo, *Estudio Socioeconómico y de tenencia de tierras para la constitución del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, en los municipios de Puerto Libertador y Montelíbano, Departamento de Córdoba*, Bogotá, 2014.

términos generales, los indígenas Zenú del Alto San Jorge han venido fortaleciéndose cultural y organizativamente. La lucha por la tierra ha logrado cohesionar al grupo, en defensa de su cultura y autonomía. Sin embargo, según los expertos:

“Otro aspecto que se plantea como amenaza para la sobrevivencia del pueblo Zenú es la explotación de los recursos mineros, que desde que hicieron presencia en la región, han perdido gran parte de sus tierras y han afectado la salud de las personas y su supervivencia física y cultural. La destrucción de los bosques para pastar ganado por parte de terratenientes ha hecho desaparecer montes sagrados y santuarios antiguos. Igualmente, las cuevas de peregrinación están tapadas”.¹⁰³

En lo que concierne al número de habitantes, de conformidad con el censo realizado en 2012, la población indígena Zenú del Alto San Jorge asciende a 1301 personas, equivalente a 315 núcleos familiares.

2.3 Constitución del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INDODER, mediante Resolución número 336 del 28 de agosto de 2014¹⁰⁴, constituyó el Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, sobre el terreno que corresponde a siete (7) predios del Fondo Nacional Agrario, cuya área total es de 960 hectáreas y 1.813 metros cuadrados, localizado en zona rural de los municipios de Puerto Libertador y Montelíbano, en el Departamento de Córdoba.

De conformidad con Oficio 2420 del 25 de junio de 2015¹⁰⁵ de la Dirección Técnica de Asuntos Indígenas del INCODER, el Resguardo Indígena del Alto San Jorge se encuentra en la zona de influencia *directa y circundante* de explotación del proyecto de explotación de Cerro Matoso.

2.4 Tiempo de permanencia de las comunidades en el área de influencia de Cerro Matoso S.A.

En cuanto al tiempo que llevan asentadas las comunidades indígenas en

¹⁰³ *Ibidem*, p. 31.

¹⁰⁴ Visible a folios 8 y ss. del cuaderno 13.

¹⁰⁵ Visible a folio 4 del cuaderno 13.

dichos territorios, en el texto de la Resolución número 336 del 28 de agosto de 2014, proferida por el INCODER, se lee:

“Las comunidades indígenas Zenúes del Alto San Jorge provienen originariamente de San Andrés de Sotavento por migraciones que se dieron a partir del año **1959**, buscando mejores condiciones de vida. El territorio donde habitan actualmente lo consideran **ancestral**, por cuanto estos sitios de habitación y recorridos fueron ocupados por los Zenúes prehispánicos, según la tradición oral y las prácticas socio culturales y políticas que han venido ejerciendo sus miembros, a través de la historia”.

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, en respuesta al oficio OPTB-617 de 2015, da cuenta de la existencia de siete (7) comunidades en el área de influencia de Cerro Matoso S.A.:

“De acuerdo con lo establecido en los estudios ambientales para el caso del medio socioeconómico las siete (7) comunidades más cercanas asentadas alrededor de la operación minero industrial de CMSA (en un radio de aproximadamente 6 Km de la planta de procesamiento”) se consideran como parte del Área de Influencia Directa (AID) del proyecto minero industrial de CMSA. Dichas comunidades son: Centro América, la Odisea, Unión Matoso (Pueblo Flecha), Puente Uré, Torno Rojo y Puerto Colombia que son cabildos indígenas Zenú, los cuales están asociados al Resguardo Indígena del Alto San Jorge. Y la Comunidad de Bocas de Uré, que pertenece al Consejo de Comunidades Negras Eduardo Marcelo”.

Las anteriores afirmaciones contrastan con la postura sostenida por la empresa Cerro Matoso S.A.:

“Se afirma en algunas de las acciones de tutela entabladas contra Cerro Matoso que las comunidades Zenú comprometidas en las demandas llevarían cincuenta (50) o más años **operando como comunidades indígenas en la región**. Esta afirmación carece de toda demostración y no hay elementos de apoyo conocidos para sustentarla. Ninguna de tales comunidades aparece en los informes y estudios más serios realizados por las dependencias del Estado que tienen la responsabilidad y la información más confiable para hacerlo.” (negritas agregadas)¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Argollado número 19. Las comunidades indígenas vecinas a la empresa minera Cerro Matoso S.A. y el proceso de su formación.

Y más adelante afirma:

“Está acreditado que, a la llegada de la Empresa Cerro Matoso a la región al finalizar la década de los **años 70**, la mayoría de las comunidades que tienen actualmente alguna vecindad en sus asentamientos con esta empresa, ya tenían sus espacios de asentamiento donde actualmente se encuentran, pero ninguna afirmaba ni reclamaba el carácter de comunidad o parcialidad indígena. También se encuentra acreditado que (sic) en ningún caso la Empresa realizó negociaciones con los miembros de estas comunidades para modificar sus respectivos espacios de vida, ni para adquirir por compra o negociación los lotes de tierra de los que eran poseedores”.¹⁰⁷ (negrillas agregadas).

De manera complementaria, la empresa presenta el siguiente cuadro explicativo:

Reconocimiento de comunidades de la etnia Zenú. Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior	
Puente Uré	Resolución No. 006 del 28 de enero de 2009
Guacarí- La Odisea	Resolución No. 006 del 28 de enero de 2009
Centroamérica	Resolución No. 006 del 28 de enero de 2009
Torno Rojo	Resolución No. 107 del 24 de diciembre de 2009
Pueblo Flecha	Sin información
Bocas de Uré	Resolución No. 241 del 26 de octubre de 2011
Puerto Colombia	En proceso de reconocimiento

¹⁰⁷ *Ibidem.*

Luego de transcribir el anterior cuadro, la empresa concluye lo siguiente:

“Las fechas que se anotan en el cuadro, ponen de presente que con anterioridad al inicio de las actividades de la empresa y, aún después de la adopción legislativa del convenio 169 de la OIT, conforme al medio de prueba previsto para la época, **no existían tales comunidades con la connotación que ahora poseen**. Posteriormente, la Corte Constitucional ha señalado la posibilidad de acreditar por otros medios dicha calidad. A este último respecto huelga apuntar que, a lo largo de varios lustros de presencia de la compañía en la zona, **nunca se manifestaron tales comunidades como comunidades indígenas**, diferenciadas de otros grupos sociales asentados en la región, sino que coexistieron en condiciones de mayor o menor asimilación o integración al campesinado tradicional de la zona. Sólo en una época muy reciente, diferentes líderes comunitarios de la región han promovido un proceso de recuperación de valores étnicos y culturales, todo lo cual resulta encomiable, pero como suceso posterior en el tiempo no puede jurídicamente reclamar para sí los efectos de la retroactividad”.
(negritas agregadas).

Existen, por tanto, dos visiones opuestas sobre existencia de las comunidades indígenas y su permanencia en la zona de influencia del proyecto minero:

El INCODER sostiene que las comunidades llegaron a la zona hacia el año 1959 y que consideran su territorio como ancestral y sagrado. Para ello se soporta en un Informe realizado en 2014 por los antropólogos Isabel Convers González y Martín Franco Angulo.¹⁰⁸ A lo largo del informe: (i) se describe físicamente el área del futuro Resguardo; (ii) se detallan aspectos etnohistóricos; (iii) se analizan temas socioculturales; (iv) se examinan aspectos socioeconómicos; (v) se describen temas jurídicos relacionados con la tenencia de la tierra; (vi) se realiza un perfil de proyectos de infraestructura y desarrollo socioeconómico; y (vii) se formulan unas conclusiones y recomendaciones.

En igual sentido, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, en respuesta al oficio OPTB-617 de 2015, da cuenta de la existencia de siete (7) comunidades en el área de influencia de Cerro Matoso S.A.: seis

¹⁰⁸ Visible a folios 16 a 80 del cuaderno 17.

(6) indígenas y una (1) afrodescendiente.

La empresa Cerro Matoso S.A., por el contrario, afirma que: (i) desde la década de los años setentas las comunidades ya se encontraban asentadas en zonas vecinas a la explotación minera; (ii) en aquel entonces no “operaban como comunidades indígenas”; (iii) sólo hasta el año 1999 afirmaron su carácter indígena; (iv) la empresa en ningún momento realizó negociaciones con los integrantes de aquéllas para “modificar sus respectivos espacios de vida”; y (iv) hasta el año 1999 esos “núcleos de población” funcionaban “en forma normal” como “juntas de acción comunal, asociaciones de padres de familia y otras organizaciones de vecinos, propias de comunidades campesinas”.

Examinando el acervo probatorio recaudado, la Corte considera que le asiste la razón a la postura según la cual las comunidades étnicas se encontraban en la zona de influencia de la empresa antes del inicio de la explotación minera, por cuanto: (i) existe un estudio científico serio en la materia, realizado por un equipo de antropólogos expertos en temas indígenas; (ii) las aseveraciones de la empresa se fundan en “el estudio del abogado Roque Roldán”¹⁰⁹, es decir, un profesional que no acreditó experticia alguna en el tema; y (iii) los actos de reconocimiento que realizan las autoridades públicas sobre la existencia de grupos étnicos, tienen carácter declarativo y no constitutivo.

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación la Sentencia T-792 de 2012, en punto a los criterios para identificar a las comunidades indígenas:

“sintetizando los pronunciamientos hechos en el ámbito internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional, una comunidad es susceptible de ser considerada como indígena, cuando satisface el criterio subjetivo de (i) auto reconocimiento como comunidad étnica y culturalmente diversa, y presente algunas de las siguientes características más o menos objetivas: (ii) el linaje ancestral, esto es, la descendencia de habitantes de la América precolombina; (iii) la conexión con un territorio, entendido este como el ámbito cultural en el que desarrolla su vida la comunidad y no solo con un espacio geográfico predeterminado; o (iv) la

¹⁰⁹ Argollado número 19. Las comunidades indígenas vecinas a la empresa minera Cerro Matoso S.A. y el proceso de su formación.

presencia de instituciones, costumbres y comportamientos colectivos distintivos y específicos.

Por supuesto, los criterios mencionados no constituyen una lista taxativa que la autoridad judicial o administrativa deba verificar antes de proteger una comunidad indígena. Tampoco se trata de una lista que las comunidades indígenas “deban” cumplir a cabalidad. La Corte ha mencionado estos criterios de forma meramente enunciativa, de modo que, a partir de la presencia de algunos o todos de ellos, pueda recaudarse información suficiente que lleve a la certeza en relación con la composición étnica de una comunidad.”

En el caso concreto, las comunidades accionantes: (i) se auto reconocen como indígenas; (ii) descienden de habitantes precolombinos; (iii) desarrollan una vida ancestral sobre sus territorios; y (iv) poseen sus propias autoridades.

2.5 Conformación de las comunidades indígenas y afrodescendientes localizadas en la zona de influencia del proyecto Cerro Matoso S.A.

La Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, en oficio dirigido el 13 de marzo de 2015 ¹¹⁰ al Subdirector de Servicios Forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal, da cuenta del censo realizado a las comunidades indígenas “ubicadas en la zona de influencia del proyecto de la Mina Cerro Matoso”. Las referidas comunidades son las siguientes:

Municipio de Puerto Libertador

- Comunidad Torno Rojo. Parcialidad registrada mediante Resolución número 0107 del 24 de diciembre de 2009, conformada por 86 familias.
- Comunidad Guacarí-La Odisea. Parcialidad indígena registrada mediante Resolución número 0006 del 28 de enero de 2009, integrada por 99 personas.

¹¹⁰ Visible a folio 5 del cuaderno 16

- Comunidad Centroamérica. Parcialidad indígena registrada mediante Resolución número 006 del 28 de enero de 2009, conformada por 288 indígenas.

Municipio de San José de Uré

- Comunidad de Bocas de Uré. Parcialidad indígena registrada mediante Resolución número 0024 del 26 de octubre de 2011, cuya población asciende a 239 personas, agrupadas en 62 familias.
- Comunidad de Unión Matoso o Pueblo Flecha. Parcialidad indígena registrada con Resolución número 0024 del 26 de octubre de 2011, cuya población total es de 440 personas, agrupadas en 93 familias.
- Comunidad de Puente Uré. Parcialidad indígena registrada con Resolución número 0006 del 28 de enero de 2009, conformada por 88 integrantes.
- Resguardo indígena Zenú del Alto San Jorge, integrado por 1301 personas, agrupadas en 315 familias.
- Comunidad indígena de Puerto Colombia. Según el Ministerio del Interior *“se comprueba que no cuenta con registro oficial por parte de este despacho, de tal suerte que permita llevar consecuentemente el registro de sus censos. No obstante, indicamos que dicha colectividad elevó recientemente solicitud de estudio etnológico para ser atendido en el marco de nuestras competencias”*.¹¹¹
- Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré. Integrado por 592 personas, integradas en 348 familias, de conformidad con censo realizado en 2014.¹¹²

¹¹¹ Visible a folio 7 del cuaderno 16.

¹¹² Visible a folio 21 del cuaderno 16.

Puente Uré	1,683
Torno Rojo	4,984
Centro América	4,241
San José de Uré	No se registra ¹¹⁴

Así las cosas, *prima facie*, las comunidades accionantes se encontrarían localizadas relativamente lejos del centro de explotación minera. No obstante lo anterior, con base en la aplicación web *Google Maps*, la Corte constató que: (i) las distancias fueron tomadas con base en la ubicación de los edificios y la planta de la empresa, y no con fundamento en el límite externo de la explotación minera; y (ii) no figura la ubicación de los vertederos de escoria del complejo minero. De tal suerte que, las verdaderas distancias son las siguientes:

Nombre	Distancia en metros según CMSA	Distancia verdadera en metros
Puerto Colombia	5,213	750
Pueblo Flecha	3,719	902
Guacarí-La Odisea	5,990	4,130
Bocas de Uré	4,640	3,850
Puente Uré	1,683	1,360
Torno Rojo	4,984	4,150
Centro América	4,241	3,400
San José de Uré	No se registra	10,150

Con el fin de comprender la verdadera cercanía entre las distintas comunidades indígenas con el área de explotación minera de Cerro Matoso S.A, a continuación, se incluyen imágenes de distintas secciones del complejo de la empresa en las cuales se puede evidenciar la presencia de cada una de las comunidades mencionadas:

¹¹⁴ En concepto de la empresa, el Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de San José de Uré no se encuentra en su Área de Influencia Directa.

Comunidad Puerto Colombia:

-Escala 500 mts:

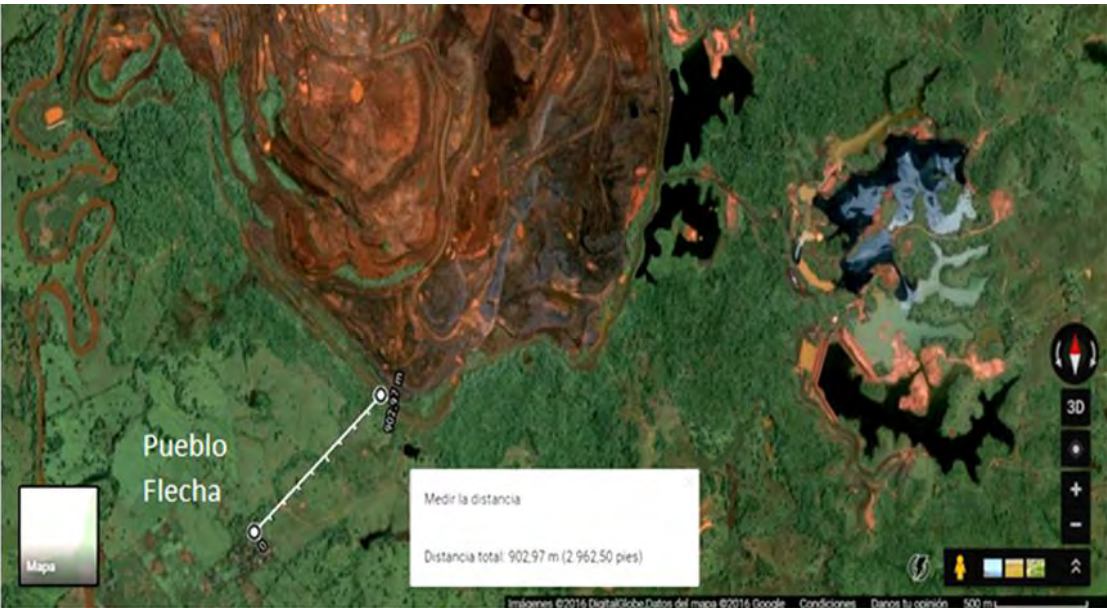


-Escala 100 mts:



Comunidad Pueblo Flecha o Unión Matoso:

-Escala 500 mts:



-Escala 200 mts:



Comunidad -Guacarí-La Odisea:

-Escala 1 Km:



-Escala 500 mts:



Comunidad de Bocas de Uré:

-Escala 1 Km:



-Escala 500 mts:

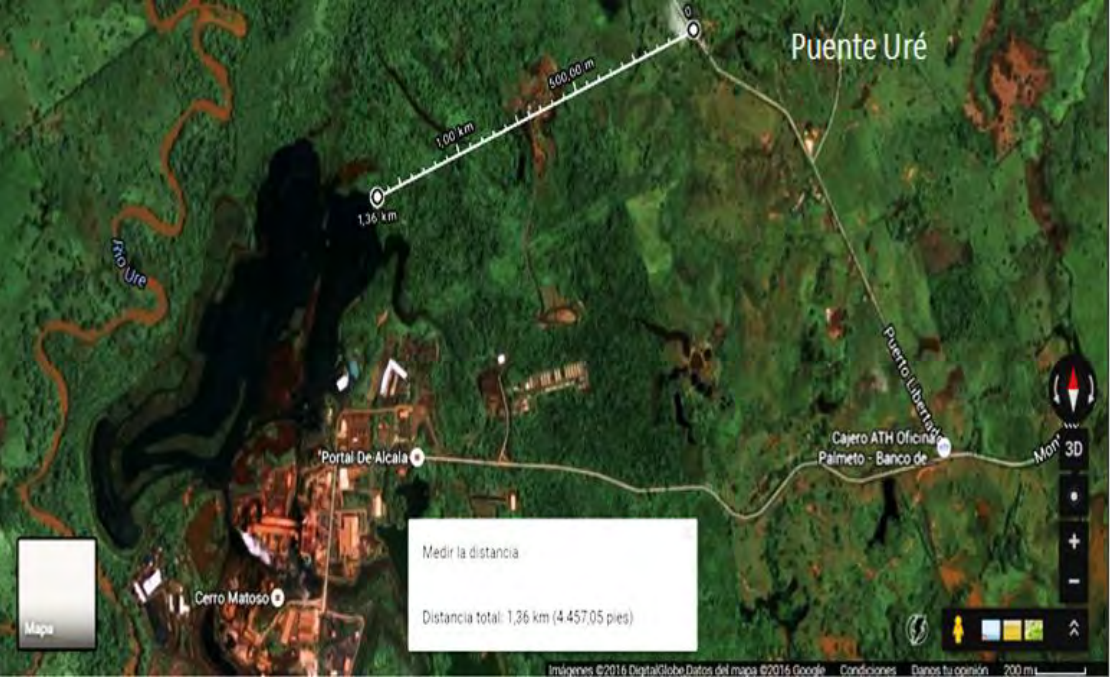


Comunidad Puente Uré:

-Escala 500 mts:



-Escala 200 mts:



Comunidad Torno Rojo:

-Escala 2 Kms:



-Escala 1 Km:



Comunidad Centro América:

-Escala 1 Km:



-Escala 500 mts:



Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de San José de Uré:

-Escala 2 Kms:

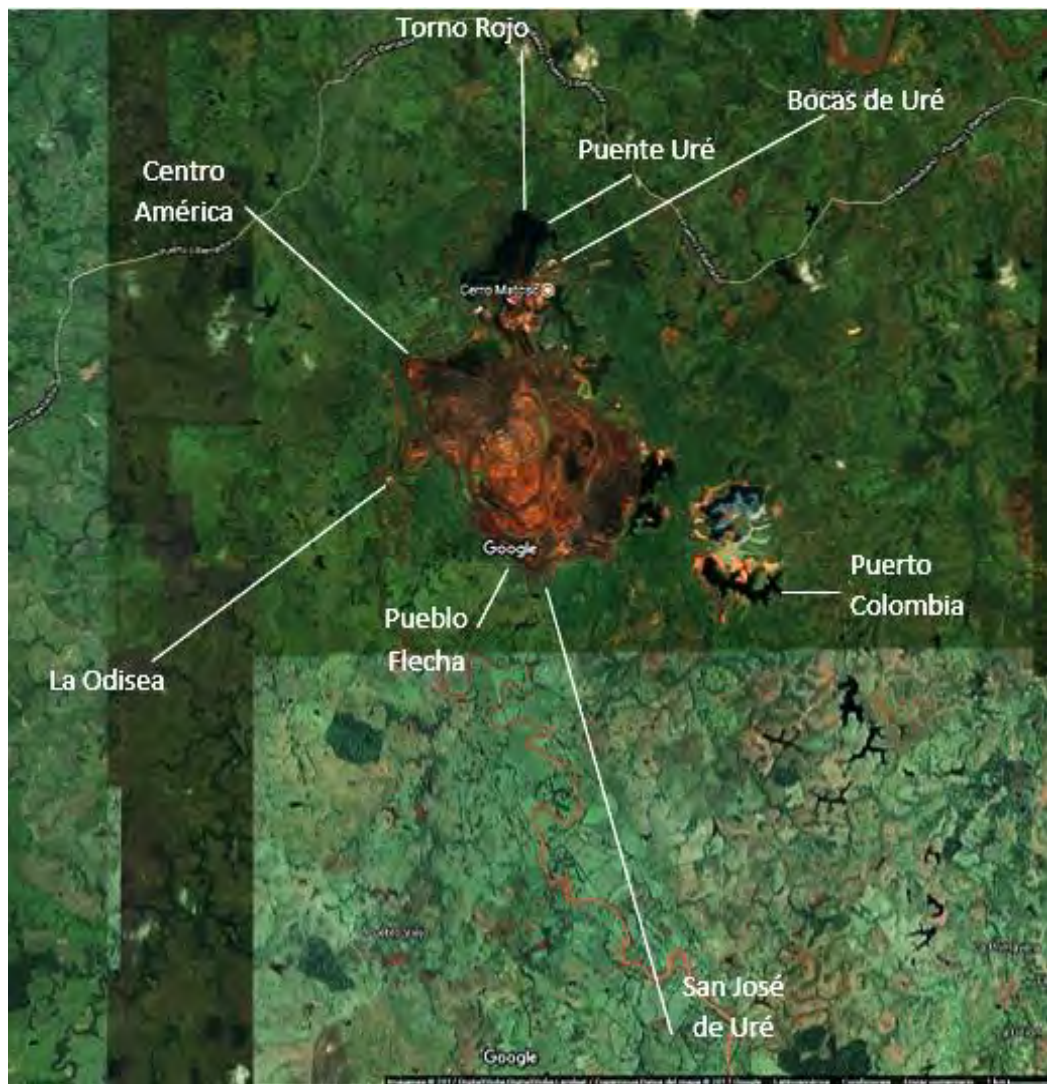


-Escala 1 Km:



Con base en estas imágenes, la Sala diseñó un mapa general en el cual se encuentra el área de operaciones de la empresa Cerro Matoso S.A y cada una de las comunidades localizadas en su zona de influencia:

-Escala 1 Km:

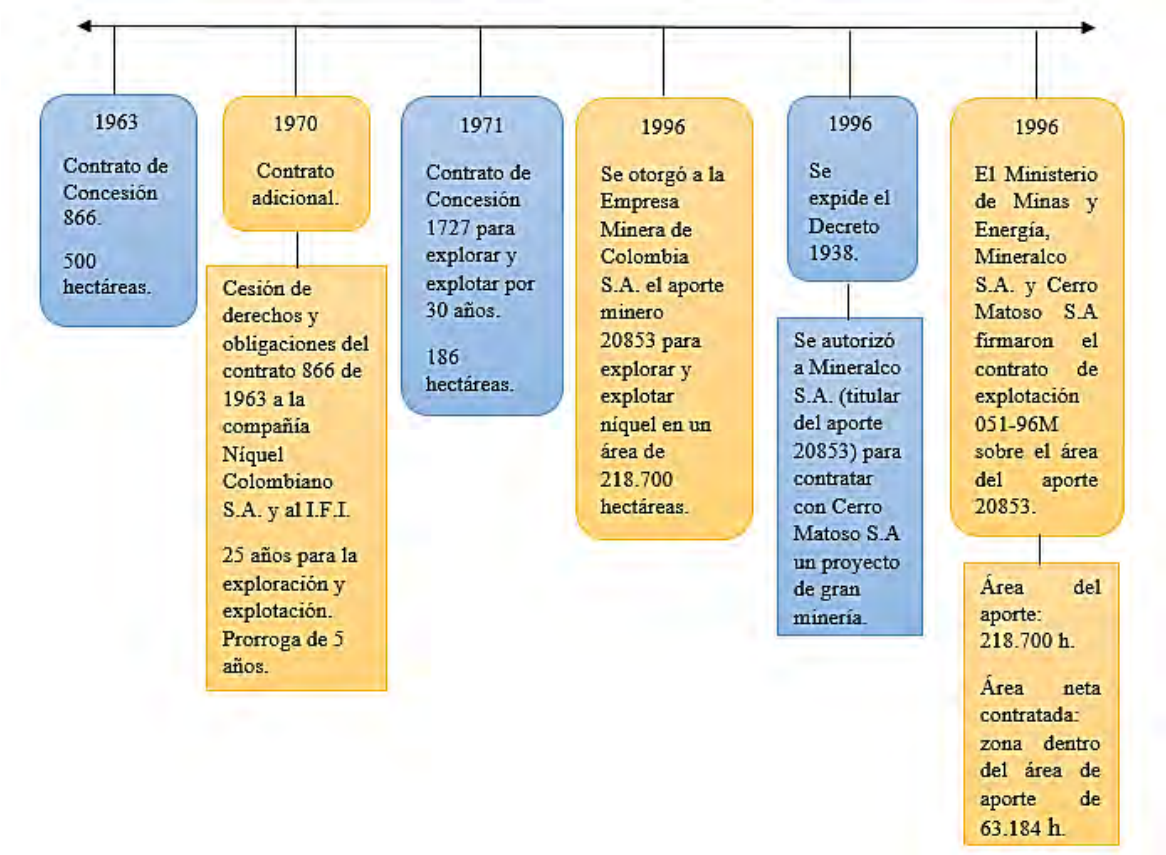


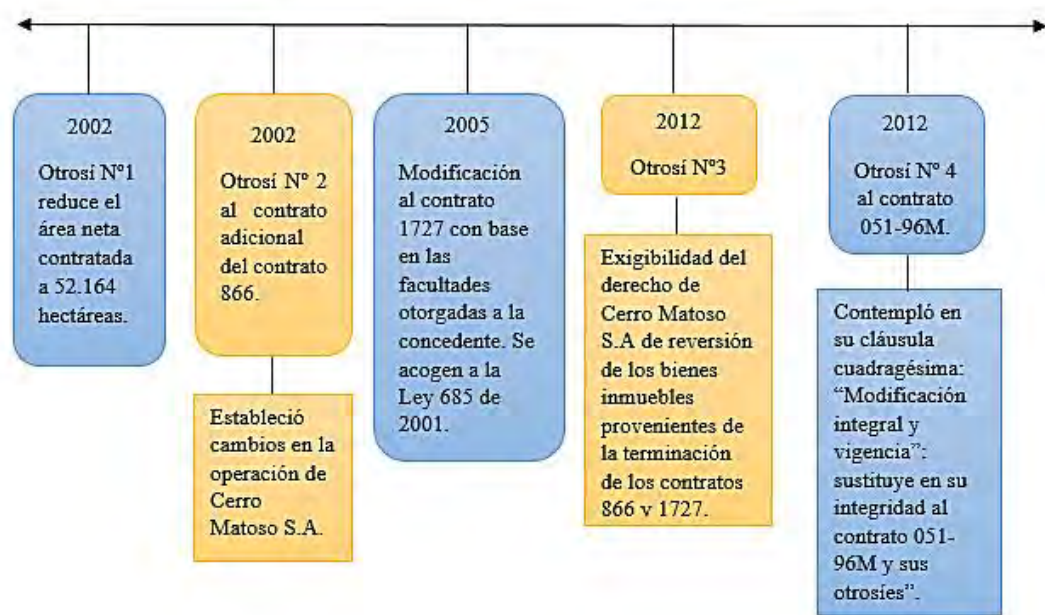
3. Historia de las actividades de exploración y explotación mineras de la empresa Cerro Matoso S.A.

Tras realizar una descripción de la historia y localización de las comunidades étnicas, la Corte considera necesario hacer un análisis detallado de la evolución de las operaciones de la empresa accionada. Dada la importancia que tiene este aspecto para el caso concreto, se realizará la siguiente división: (i) cambios en las relaciones contractuales de Cerro Matoso S.A; y (ii) evolución del licenciamiento ambiental.

3.1. Cambios en las relaciones contractuales de Cerro Matoso S.A.

Las actividades de exploración y explotación mineras en el área mencionada, han sido objeto de distintas relaciones contractuales con el transcurso de los años. El presente acápite, tiene como propósito presentar una línea de tiempo que ilustre los cambios que éstas han tenido, y posteriormente, explicar en detalle cada contrato, modificación u Otrosí que se ha celebrado.





3.1.1 Contrato de concesión número 866 de 1963

Los yacimientos existentes en Cerro Matoso fueron descubiertos a principios de la década de 1950 por el geólogo chileno Enrique Hubach, quien adelantaba una actividad exploratoria para la compañía Shell ¹¹⁵. Para la misma época, la empresa americana Richmond Petroleum Company, detectó en la zona unas reservas de hierro. En 1956, Richmond presentó al gobierno colombiano una propuesta para celebrar varios contratos de exploración y explotación de hierro, níquel, cobalto y cromo en ésta área. La ubicación del yacimiento se encuentra en el municipio de Montelíbano, Departamento de Córdoba, distante a veintidós (22) kilómetros del casco urbano y su área de influencia se extiende a los municipios de Montelíbano, Puerto Libertador y San José de Uré.

Bajo la vigencia del Decreto 805 de 1947, el 30 de marzo de 1963 el Ministerio de Minas y Petróleos suscribió con la empresa Richmond Petroleum Company of Colombia, un contrato mediante el cual se otorgó una concesión para explorar y explotar unos yacimientos de níquel, en un globo de terreno de **500 hectáreas**, en el municipio de Montelíbano, por un término de treinta (30) años.

¹¹⁵ Defensoría del Pueblo, *Informe defensorial explotación níquel proyecto Cerro Matoso, Montelíbano, Córdoba, Bogotá, 2014.*

El 2 de julio de 1970, mediante escritura pública, y previa resolución ejecutiva del Gobierno Nacional autorizando esta operación, la Chevron Petroleum Company of Colombia (antes Richmond Petroleum Company), cedió los derechos y obligaciones emanadas del contrato de concesión número 866 de 1963, en dos terceras partes a la Compañía de Níquel Colombiano S.A. y una tercera parte al Instituto de Fomento Industrial -IFI-.

El 22 julio de 1970, se suscribió un contrato adicional reconociéndole al concesionario el derecho a explorar y explotar el níquel y demás minerales que se encuentren en el terreno, y se le faculta para procesarlos. Se acordó que la capacidad anual de la planta de procesamiento sería de treinta y siete millones quinientos mil (37'500.000) libras de níquel contenidas en el ferroníquel. Igualmente se estableció que el período de explotación y de procesamiento del contrato original sería de veinticinco (25) años, prorrogable por cinco (5) años más, previo acuerdo entre el concesionario y el Gobierno Nacional¹¹⁶.

El 20 de abril de 1971, mediante escritura pública número 1598 de la Notaría 10 de Bogotá, y previa autorización del Ministerio de Minas y Petróleos, el Instituto de Fomento Industrial IFI, traspasó a la Empresa Colombiana de Níquel SA (Econíquel), los derechos y obligaciones del IFI, provenientes del convenio de concesión celebrado entre el Gobierno Nacional, el IFI y la Compañía de Níquel S.A, para la exploración, explotación y procesamiento de los minerales níquel y otros, que se encuentren en el globo de terreno de quinientas (500) hectáreas ubicadas en el municipio de Montelíbano.

El 16 de abril de 1980, mediante escritura pública 1431 de la Notaría Séptima (7) de Bogotá, Econíquel y la Compañía Níquel Colombiano SA, cedieron sus derechos en el contrato de concesión 866 de 1963, a la sociedad Cerro Matoso S.A.

3.1.2 Contrato de concesión número 1727 de 1971

El 10 de febrero de 1971 se suscribió el contrato de concesión número 1727 cuyo objeto era el aprovechamiento total de níquel en un área de **186**

¹¹⁶ *Ibidem*.

hectáreas en el municipio de Montelíbano, y en el cual se establece que *“el período de explotación será hasta de treinta (30) años, contados a partir del vencimiento definitivo del período de montaje”*.

El 22 de julio de 2005, se suscribió una modificación al contrato de concesión, con base en la facultad otorgada a la concedente en el artículo 317 del Código de Minas (Ley 685 de 2001) y por la Resolución 180074 del 27 de enero de 2004.

El 6 de diciembre de 2007, Cerro Matoso S.A solicitó la prórroga de las concesiones 866 y 1727, por un período adicional de treinta (30) años, “en virtud de las estipulaciones del artículo 77 de la Ley 685 de 2001, aplicable después de la modificación integral de los contratos del año 2005”.

Los dos contratos de concesión, 866 de 1963 y 1727 de 1971, estuvieron vigentes hasta el 30 de septiembre de 2012¹¹⁷. Como se puede evidenciar en el siguiente mapa, la zona de explotación minera de Cerro Matoso S.A se encuentra en el área de los dos contratos de concesión ya referidos.



¹¹⁷ *Ibidem*.

3.1.3 Contrato de exploración y explotación número 051-96M

El 12 de septiembre de 1996, el Ministerio de Minas y Energía expidió la Resolución 701076, por medio de la cual otorgó a la empresa Minerales de Colombia S.A. Mineralco S.A., el aporte número 20853, para la exploración y explotación de minerales de níquel y asociados existentes en un área de doscientas dieciocho mil setecientas (218.700) hectáreas, en jurisdicción de Montelíbano, Puerto Libertador y Planeta Rica, en el Departamento de Córdoba, dejando a salvo las áreas cubiertas por solicitudes y títulos mineros de terceros que se hallaban vigentes a la fecha de expedición de la Resolución.

La Resolución 701076 de 1996, en su artículo tercero, dispuso que las áreas de los contratos de concesión números 866 de 1963 y 1727 de 1971, entrarían a formar parte del aporte, una vez vencido su término contractual.

El 28 de octubre de 1996, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1938 autorizando a Mineralco S.A. (titular del aporte minero 20853), para contratar directamente con Cerro Matoso S.A., un proyecto de “gran minería para la exploración y explotación de minerales de níquel y asociados dentro del área de dicho aporte”, negocio jurídico que sería regulado por el Código de Minas.

El 13 de noviembre de 1996, el Ministerio de Minas y Energía, Mineralco S.A. y Cerro Matoso S.A., firmaron un contrato de exploración y explotación en virtud del aporte número 051-96M, sobre el área del aporte minero número 20853, del cual era titular Mineralco S.A. En la cláusula segunda del contrato, se mencionan las siguientes áreas:

- Área del aporte: 218.700 hectáreas comprendidas dentro de las coordenadas señaladas en la Resolución 701076 de 12 de septiembre de 1996.
- Área total contratada: es una zona dentro del área de aporte de **77.483 hectáreas**.
- Área neta contratada: es el área resultante de **excluir** del área total contratada las áreas correspondientes a los Contratos de Concesión

No. 866 y 1727, compuestas de dos globos de terrenos de 500 y 186 hectáreas, respectivamente.

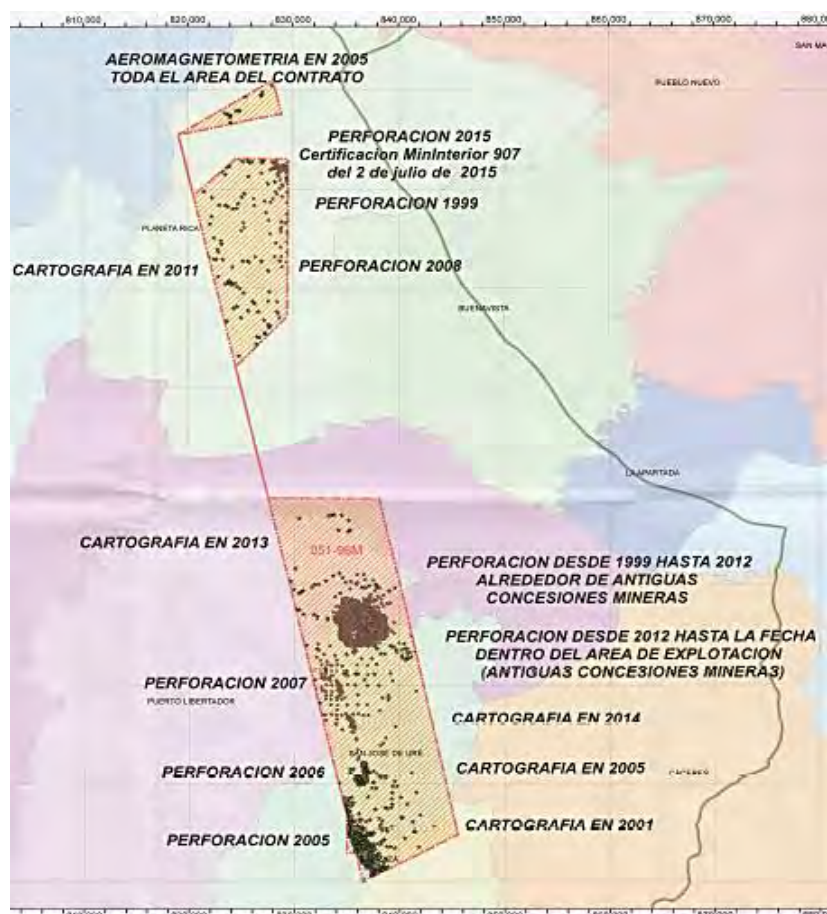
Se acordó que las áreas correspondientes a estos contratos de concesión entrarían a ser parte del Contrato 051-96M, una vez terminará su vigencia.

El 11 de abril de 2002, se suscribió el **otrosí número 1**, modificadorio del área del contrato de exploración y explotación número 051-96M, entre Minercol Ltda. y la sociedad Cerro Matoso S.A., con el fin de modificar el área contratada por la devolución de unas zonas y la incorporación de otras licencias, **reduciendo el área neta contratada a 52.164 hectáreas.**

El 29 de mayo de 2002, la Empresa Nacional de Minera Ltda. Minercol Ltda., actuando como autoridad minera delegada por el Ministerio de Minas y Energía, mediante **otrosí número 2** al contrato adicional del contrato de concesión 866 (inscrito en el Registro Minero Nacional el 9 de julio de 2002), acordó con Cerro Matoso S.A, la modificación del contrato adicional del 6 de agosto de 1970, estableciendo cambios en la operación de Cerro Matoso S.A, entre otros aspectos, en lo relacionado con el almacenamiento, la explotación, la disposición y los impactos negativos de la carga (porción mineral de hierro compactado que cubre el depósito niquelífero).

El 26 de septiembre de 2012, la Autoridad Minera y Cerro Matoso S.A. suscribieron el **otrosí número 3**, difiriendo temporalmente la exigibilidad de su derecho de reversión de los bienes muebles e inmuebles provenientes de la terminación de los contratos de concesión números 866 y 1727, por el término comprendido entre el 1 de octubre de 2012 y el 30 de diciembre del mismo año.

El área objeto del Contrato de exploración y explotación número 051-96M, correspondiente a cincuenta y dos mil ciento, sesenta y cuatro (52.164) hectáreas, se ilustra en el siguiente mapa:



118

3.1.4 Otrosí número 4 al contrato número 051-96M, suscrito entre Minerales de Colombia S.A. MINERALCO y Cerro Matoso S.A. (objeto central de discusión en el presente asunto)

El 27 de diciembre de 2012, la Agencia Nacional de Minería y la sociedad Cerro Matoso S.A. suscribieron el otrosí número 4 al contrato número 051-96M, firmado entre Minerales de Colombia S.A. MINERALCO y Cerro Matoso S.A. En su cláusula cuadragésima, referente a “Modificación integral y vigencia”, se afirma:

“El presente otrosí No. 4 sustituye en su integridad al contrato 051-96M y sus otrosíes No. 1, 2 y 3 y rige retroactivamente a partir del 1 de octubre de 2012”. (negrillas y subrayados agregados).

A pesar de la claridad de la referida cláusula, en su defensa, la empresa Cerro Matoso S.A. afirmó lo siguiente:

¹¹⁸ Los puntos de color café que se muestran en el mapa, indican las zonas en las cuales Cerro Matoso S.A ha efectuado perforaciones mineras.

“El otrosí No. 4 tiene por objeto modificar algunos aspectos del contrato 051, cuyo objeto no fue sustituido y continúa siendo la explotación del yacimiento de níquel”.¹¹⁹

De igual manera, en cuanto a las disposiciones legales aplicables al otrosí número 4, en el considerando número 40 se consigna lo siguiente:

“El presente otrosí se atiende a las disposiciones legales aplicables al contrato No. 051-96M, en virtud del artículo 351 de la **Ley 685 de 2001**, particularmente las contenidas en los artículos 78, 79, 82, 83, 84 y 86 del **Decreto 2655 de 1988**, y de conformidad con las reglas incorporadas en el Decreto 1938 del 28 de octubre de 1996”.

La mención al anterior Código de Minas (Decreto 2655 de 1988), como fundamento legal del otrosí número 4 de 2012, se funda en que el contrato 051-96M se encontraba regulado por aquél. Sin embargo, este Código de Minas fue derogado por la Ley 685 de 2001, sin que se hubiera previsto un régimen de transición:

“ARTÍCULO 361. DEROGACIONES. Deróganse todas las disposiciones contrarias a las del presente Código, en especial las del Decreto 2655 de 1988 (Código de Minas), los Decretos 2656 y 2657 de 1988.

Se deja a salvo lo previsto para los Fondos de Fomento minero establecidos por las leyes o decretos preexistentes.

ARTÍCULO 362. VIGENCIA. El presente Código rige desde su promulgación”.

Sobre esta situación, la Contraloría General de la República, en su “Análisis Técnico sobre el otrosí No. 4 al contrato No. 051-96M suscrito entre la Agencia Nacional Minera - ANM y la empresa Cerro Matoso S. A.”, emitido el 5 de mayo de 2013, sostiene lo siguiente:

“Introducir modificaciones estructurales a un contrato de concesión minera, aplicando una norma derogada hace más de once años, va en contravía de los fines esenciales del Estado, del principio de legalidad, de la seguridad jurídica y de la presunción de legalidad de los actos administrativos; razón

¹¹⁹ Visible a folio 12 del cuaderno 18.

por la cual, no se encuentra ajustado a la Constitución Política y a los principios que rigen el derecho y la función administrativa”.

En relación con la duración de la concesión minera, en el considerando número 41 se especifica que:

“Las Partes han acordado extender el Contrato 051-96M hasta el año 2044, teniendo en cuenta la prórroga de quince (15) años prevista en el numeral (2) de la Cláusula Tercera de este último.”

Respecto al área total contratada, en la cláusula segunda del otosí número 4 se indica que corresponde a un único polígono que hacía parte del área del aporte No. 20853, de cincuenta y dos mil ochocientos cincuenta (52.850) hectáreas y ocho mil ochocientos ochenta y dos (8.882) metros cuadrados de extensión, localizada en jurisdicción de los municipios de Tarazá, Cáceres, Planeta Rica, San José de Uré, Montelíbano y Puerto Libertador (Departamento de Córdoba).

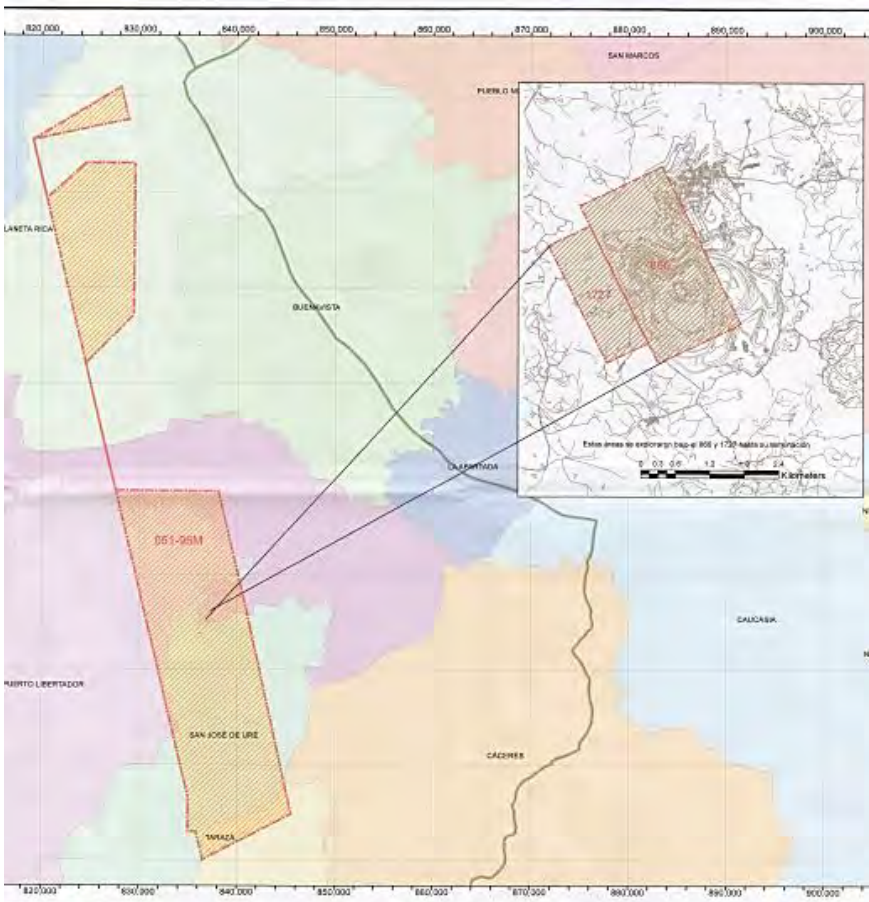
Con la suscripción del otosí número 4, se incrementaron las hectáreas objeto del contrato 051-96M. Lo anterior, se debió a que el área correspondiente a las concesiones 866 de 1963 y 1727 de 1971 pasó a ser parte de su área neta contratada. Con anterioridad a la suscripción del otosí, el mencionado contrato tenía como objeto cincuenta y dos mil, ciento sesenta y cuatro **(52.164) hectáreas**, con la inclusión de las áreas de los contratos de concesión, su objeto pasó a ser de cincuenta y dos mil ochocientos cincuenta **(52.850) hectáreas**.

La cláusula mencionada establece:

“No obstante, a partir del 1 de octubre de 2012 se entiende que el Área Neta Contratada incluye las seiscientos ochenta y seis hectáreas (686 has.) correspondientes al Área de las Concesiones, para un total de cincuenta y dos mil ochocientos cincuenta (52.850) hectáreas y ocho mil ochocientos ochenta y dos (8.882) metros cuadrados (sin perjuicio de las disposiciones específicas relativas al Área de las Concesiones previstas en el Contrato).

Con la incorporación del Área de las Concesiones No. 866 y 1727 al Área Neta Contratada, esto es, a partir del primero de octubre de 2012, el Área Neta Contratada es igual al Área Total Contratada”.¹²⁰

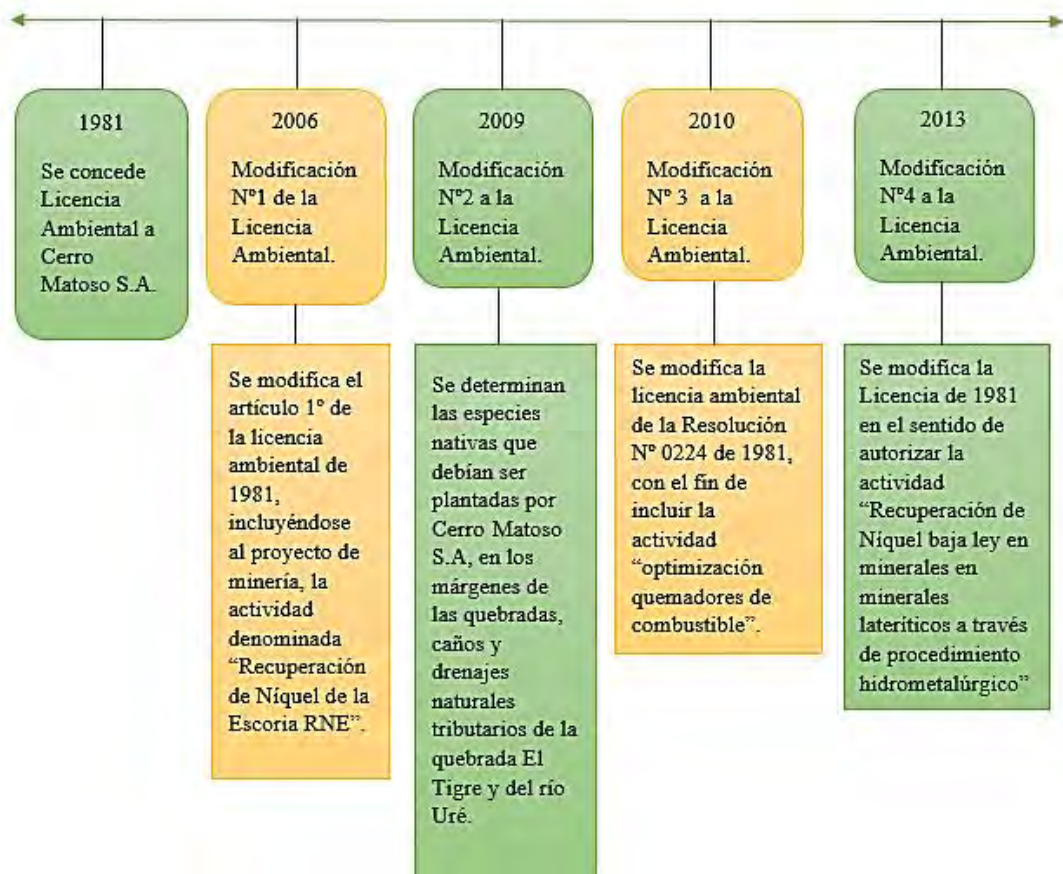
En consecuencia, el siguiente mapa ilustra el área total del Contrato 051-96M, con posterioridad a la firma del Otrosí número 4:



3.2. Evolución del licenciamiento ambiental de Cerro Matoso S.A.

La Sala explicará la evolución que ha tenido el licenciamiento ambiental de la empresa accionada desde la década de 1980 hasta la actualidad. Para ello, se analizará el contenido de la licencia ambiental otorgada por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Sinú y del San Jorge, el objeto de las modificaciones que ésta ha tenido y se enunciarán todos los permisos ambientales que han sido otorgados a Cerro Matoso S.A. De manera previa, se incluirá una línea de tiempo que ilustra a grandes rasgos la evolución mencionada.

¹²⁰ Visible a folio 63. Cuaderno 18A



3.2.1 Licencia ambiental aprobada mediante Resolución número 224 del 30 de septiembre de 1981, expedida por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS.

El 30 de septiembre de 1981, la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS, mediante Resolución número 224, le concedió a la sociedad Cerro Matoso S.A, la “licencia exigida por el artículo 28 del Decreto 2811 de 1974”.

A efectos de contar con la claridad necesaria sobre el marco normativo vigente al momento de expedirse la referida licencia ambiental a favor de Cerro Matoso SA, se procede a transcribir las normas pertinentes del Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974):

“TITULO VI.

DE LA DECLARACION DE EFECTO AMBIENTAL

ARTÍCULO 27. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, que proyecte realizar o realice cualquier obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental, está obligada a declarar el peligro presumible que sea consecuencia de la obra o actividad.

ARTÍCULO 28. Para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquiera otra actividad que, por sus características, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, será necesario el **estudio ecológico y ambiental previo** y, además, **obtener licencia**. (negritas agregadas)

En dicho estudio se tendrán en cuenta, aparte de los factores físicos, los de orden económico y social, para determinar la incidencia que la ejecución de las obras mencionadas pueda tener sobre la región”.

Además de la presentación de un “estudio ecológico y ambiental previo” y la obtención de una licencia, el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, traía las siguientes disposiciones sobre los “efectos ambientales de los recursos naturales no renovables”:

“TITULO IV.

DE LOS EFECTOS AMBIENTALES DE LOS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES

ARTICULO 39. Para **prevenir** y para **controlar los efectos nocivos** que puedan producir en el ambiente el uso o la explotación de recursos naturales no renovables, podrán señalarse **condiciones y requisitos** concernientes a:

a). El uso de aguas en el beneficio o el tratamiento de minerales, de modo que su contaminación no impida ulteriores usos de las mismas aguas, en cuanto estos fueren posibles;

- b). El destino que deba darse a las aguas extraídas en el desagüe de minas;
- c). El uso de aguas en la exploración y explotación petrolera, para que no produzca contaminación del suelo ni la de aguas subterráneas;
- d). El uso de aguas utilizadas para la recuperación secundaria de yacimientos de hidrocarburos o gases naturales, para que no produzcan riesgos o perjuicios ambientales.
- e). Trabajos graduales de defensa o de restauración del terreno y de reforestación en las explotaciones mineras a cielo abierto, en forma que las alteraciones topográficas originadas en las labores mineras sean adecuadamente tratadas y no produzcan deterioro del contorno;
- f). Lugares y formas de depósito de los desmontes, relaves y escoriales de minas y sitio de beneficio de los minerales;
- g). Las instalaciones que deban constituirse, en las explotaciones de hidrocarburos y gases naturales y las precauciones para que los derrames de petróleo y escapes gaseosos no dañen los contornos terrestres o acuáticos;
- h). Los lugares, las formas de lavado y las condiciones de operación de los buques y demás vehículos que transportan sustancias capaces de ocasionar deterioro ambiental.” (Negrilla no incluida en el texto original)

El texto de la licencia ambiental otorgada a favor de Cerro Matoso S.A. es el siguiente:

116.0
005191
RESOLUCION No. 00-02-24

30 SEP 1981

"Por la cual se concede una licencia"

EL DIRECTOR EJECUTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE LOS VALLES DEL SINÚ Y DEL SAN JORGE, CVS EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES Y ESTATUTARIAS, Y

Notificación 16 Oct 1981

CONSIDERANDO :

Que en el sitio denominado Cerromatoso, localizado en el Municipio de Montelíbano, se iniciará una explotación de mineral de níquel, por la Sociedad de Economía Mixta "Cerro Matoso S.A.",

Que los artículos 27 y 28 del Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al medio ambiente (Decreto 2811/74), ordenan que para adelantar cualquier actividad susceptible de producir contaminación, es necesario elaborar un estudio de efecto ambiental y obtener licencias, con base en tal estudio;

Que la Sociedad "Cerro Matoso S.A.", ha presentado el estudio de efecto ambiental relativo a la explotación de níquel de la mina de Cerro Matoso y solicitado la licencia respectiva, por intermedio de su representante legal,

Que la CVS, previo el análisis de dicho estudio lo encuentra ajustado a las condiciones y requisitos que deben aplicarse para tal clase de trabajo,

RESUELVE :

ARTICULO PRIMERO.- Concédase a la Sociedad "Cerro Matoso S.A.", la licencia exigida por el artículo 28 del Decreto 2811 de 1.974.-

ARTICULO SEGUNDO.- Contra esta providencia procede el recurso de reposición, dentro de los términos señalados por el Decreto 2733 de 1.959.-

ARTICULO TERCERO.- Esta Resolución rige a partir de la fecha de su expedición

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Montería, a 30 SET. 1981

PEDRO NEL GARCIA ESPÍTA
Director Ejecutivo CVS

Corporación Autónoma Regional
de los Valles del Sinú y del San Jorge
C. V. S.
ROOSEVELT MORALES ALEAÑ
Secretario General CVS
SECRETARÍA

Confrontando el contenido de la Resolución número 224 del 30 de septiembre de 1981 proferida por la CVS, con las disposiciones pertinentes del Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, se constata lo siguiente:

- En el texto del acto administrativo se afirma que Cerro Matoso

S.A. presentó el correspondiente “estudio de efecto ambiental”, el cual, según la autoridad ambiental de la época “se encuentra ajustado a las condiciones y requisitos que deben aplicarse para tal clase de trabajo”.

- La administración ambiental, en el texto de la Resolución 224 de 1981, no adoptó ninguna de las medidas previstas en el artículo 39 del Decreto 2811 de 1974, con el fin de prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de níquel, por ejemplo: uso y tratamiento de las aguas; desagües; reforestación; tratamiento de escoriales; entre otras.

Bajo la vigencia de esta licencia ambiental, se expidió el Decreto 2655 de 1988 (Código de Minas) cuyo artículo 246 disponía:

CAPÍTULO XXVI

CONSERVACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

“Licencia ambiental. Con la excepción contemplada en el artículo 168 de este Código, el título minero lleva implícita la correspondiente licencia ambiental, o sea, la autorización para utilizar en los trabajos y obras de minería, los recursos naturales renovables y del medio ambiente, en la medida en que sean imprescindibles para dicha industria, con la obligación correlativa de conservarlos o restaurarlos si ello es factible, técnica y económicamente”.

La Corte Constitucional, en sentencia C-216 de 1993, declaró inexecutable la citada disposición legal, por considerar que desprotegía por completo el medio ambiente y los recursos naturales. En palabra de esta Corporación:

“Como puede verse, la disposición que se considera, caracterizada por la amplitud y la tolerancia en favor de la actividad minera, con evidente sacrificio del necesario cuidado del ambiente y los recursos naturales renovables, es abiertamente incompatible con tan apremiantes y concluyentes prescripciones constitucionales. En consecuencia, será declarada inexecutable”.

Con la entrada en vigencia de la Ley 99 de 1993, el seguimiento de la licencia ambiental pasó a ser competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

3.2.2 Primera modificación de la licencia ambiental: Resolución número 1609 del 11 de agosto de 2006, expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante Resolución número 1609 del 11 de agosto de 2006¹²¹, modificó el artículo 1º de la Resolución número 224 de 1981, emitida por la CVS a la empresa Cerro Matoso SA, en el sentido de incluir al proyecto existente de minería, una nueva actividad denominada “Recuperación de Níquel de la Escoria RNE”, ubicado en jurisdicción del municipio de Montelíbano, Departamento de Córdoba.

En el texto de la Resolución: (i) Se incluye la construcción de una nueva planta para procesar 374 millones de toneladas de escoria granulada por año; (ii) Se aceptan las medidas de manejo ambiental en el documento “Complemento de la EIA/PMA proyecto Recuperación de Níquel de la Escoria”, presentado por Cerro Matoso S.A.; (iii) Se afirma que debe darse especial protección al cauce de la quebrada El Tigre; (iv) La empresa debe dar cumplimiento a los diseños y medidas de manejo ambiental propuestas para la adecuación y operación del botadero de escoria sin metal; (v) La empresa debe adelantar un programa de diseño paisajístico y repoblación vegetal en el área del botadero de escoria sin metal; (vi) Se prevé que, en caso de llegarse a un acuerdo con la vereda Pueblo Flecha, éste deberá anexarse a los informes de cumplimiento ambiental; y (v) Se incluye el deber de remitir informes de cumplimiento ambiental.

Adicionalmente, en relación con la CVS, la empresa Cerro Matoso S.A. se compromete a lo siguiente: (i) Renovar y/o actualizar el permiso de vertimiento otorgado mediante Resolución núm. 3852 de 2002, con el fin de adecuarlo a la descarga de los excedentes de agua del proyecto RNE; (ii) Previa a la puesta en marcha de la nueva planta, deberá

¹²¹ Visible en el argollado número 6 Licencia de Cerro Matoso S.A.

tramitar el correspondiente permiso de emisiones atmosféricas; (iii) Otro tanto deberá hacer en relación con la cobertura boscosa. De igual manera, la empresa se compromete a reforestar 98 hectáreas, mediante la siembra de una especie de guadua, al lado y lado de los márgenes de las quebradas, caños y drenajes naturales tributarios de la quebrada El Tigre y del río Uré.

**3.2.3 Segunda modificación de la licencia ambiental:
Resolución número 0621 del 31 de marzo de 2009,
expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y
Desarrollo Territorial**

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante Resolución número 0621 del 31 de marzo de 2009, modificó el artículo sexto de la Resolución 1609 de 2006, en el sentido de hacer unas precisiones sobre las especies nativas que deben ser plantadas por la empresa Cerro Matoso S.A, en los márgenes de las quebradas, caños y drenajes naturales tributarios de la quebrada El Tigre y del río Uré.

**3.2.4 Tercera modificación de la licencia ambiental:
Resolución número 0664 del 31 de marzo de 2010,
expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y
Desarrollo Territorial**

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante Resolución número 0664 del 31 de marzo de 2010, modificó el artículo primero de la Resolución 0224 del 30 de septiembre de 1981, con el fin de incluir al proyecto existente de minería y beneficio de ferroníquel, la actividad denominada “Optimización Quemadores de Combustible”.

En esencia, se trataba de la construcción de un silo de 200 toneladas para el almacenamiento de combustible para secadores y calcinadores.

**3.2.5 Cuarta modificación de la licencia ambiental:
Resolución número 0684 del 2 de julio de 2013,
expedida por la Agencia Nacional de Licencias
Ambientales**

La Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, mediante

Resolución número 0684 del 2 de julio de 2013, modificó la Resolución 0224 del 30 de septiembre de 1981, en el sentido de autorizar la actividad denominada “Recuperación de Níquel Baja Ley en Minerales Lateríticos a través de proceso Hidrometalurgico”.

3.2.6 Permisos ambientales otorgados por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Sinú y del San Jorge

El 25 de agosto de 2015, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Sinú y del San Jorge remitió un oficio contentivo de los permisos que ha otorgado a la empresa Cerro Matoso S.A.:

Listado de permisos vigentes de la empresa Cerro Matoso S.A.					
Permiso	Referencia	Nº Acto Administrativo	Fecha Expedición Acto	Seguimiento	Resultados seguimiento
Agua Subterránea	Concesión Pozos Complejo Habitacional Tacasaluma	Res 1,3034	20-feb-2009	Permiso de concesión de aguas subterráneas vencido. CMSA manifestó su deseo de sellar el pozo y la CVS envió los lineamientos trazados por la Corporación para el sello.	
Agua Subterránea	Concesión Pozos Complejo Operacional Katuma y Jagua	Res 1,5538	3-ago-2011	Seguimiento semestral de volúmenes captados.	Caudales acordes a la concesión.

Agua Subterránea	Concesión Pit's de la mina	Res. 1,6277 Res. 1,6803	20-jun-2012 18-ene-2013	Recurso de reposición en el que confirma en todas sus partes la Res. 1,6277 del 20 de junio de 2012	
Agua Superficial	Concesión Ríos San Jorge y Uré	Res. 0,8681 Res. 0,8944	06-dic-2004 31-mar-2005	Permiso en trámite de renovación	
Vertimiento	Permiso Vertimiento Planta	Res. 1.1873	10-dic-2007	Evaluación semestral de monitoreos compuestos de aguas residuales.	Monitoreos acorde a Decreto 1594/84, artículos 72,74 y 38.
Vertimiento	Permiso Vertimiento Ciudadela	Res. 1,3100 Res. 1,3812	19-mar-2009 24-nov-2009	Permiso en trámite de renovación	
Vertimiento	Permiso Vertimiento Escorrentía Mina - Dique Norte y Sur	Res. 1,4442	13-ago-2010	Evaluación semestral de monitoreos compuestos de aguas residuales.	Monitoreos acorde a Decreto 1594/84, artículos 72,74 y 38.
Emisiones atmosféricas	Permiso Emisiones Línea 1	Res. 1.1248	27-abr-2007	Visitas de seguimiento semestral, acompañamiento y evaluación anual de monitoreos isocinético. Contaminante criterio PM10 (Material Particulado)	Los informes de monitoreo isocinético cumplen con los niveles máximos permisibles de contaminantes (Resolución 909 de 2008).

Emisiones atmosféricas	Permiso Emisiones Recuperación de Níquel en Escoria	Res. 1,2571 Res. 1,3045	19-sep-2008 24-feb-2009	Permiso en trámite de renovación	
Convenio Reconversión de Tecnologías Limpias	Líneas de producción 1 y 2.	Res. 1.4099 Convenio 01	07-abr-2010 01-jun-2010	Visitas de seguimiento (12) sobre cronograma de reconversión de equipos de control.	Cumplimiento del cronograma acorde al Decreto 948 de 1995
Permiso Global de emisiones atmosféricas	línea 1 y 2 de producción Recuperación de Níquel de la Escoria	Res. 1,6541	1-oct-2012	Envío de informe trimestral, Visitas de seguimiento semestral, acompañamiento y evaluación anual de monitoreos isocinético.	Los informes de monitoreo isocinéticos cumplen con los niveles máximos permisibles de contaminantes (Resolución 909 de 2008).

D. ASPECTOS PROBATORIOS

Debido a la relevancia que tiene el acervo probatorio en este caso concreto, y el copioso expediente susceptible de análisis por parte de la Corte Constitucional, se dedica un acápite de la presente sentencia para desarrollar los siguientes puntos:

- Presentar un listado con las pruebas pertinentes que obran en el expediente, clasificando cada elemento bajo los siguientes criterios descriptores: (i) Legitimación activa de los accionantes; (ii) Efectos medioambientales de la actividad minera de CMSA; y (iii) Condición de salud de las comunidades étnicas presuntamente afectadas;
- Resolver las objeciones presentadas por la empresa accionante,

respecto a la licitud y el valor probatorio del “contexto antropológico y social” incluido en el dictamen pericial presentado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses;

- Determinar la validez de los exámenes de sangre y orina realizados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, como parte de su objetivo de dilucidar el grado de afectación de las comunidades indígenas y afrodescendientes involucradas.

1. Listado de las pruebas pertinentes que obran en el expediente.

Descriptores	Pruebas
Legitimación activa	-Certificación de la Comisión de Asuntos Indígenas Zona Norte para Córdoba y Sucre, del 20 de enero de 2013.
	-Certificación del Asesor para Asuntos Indígenas de la Gobernación de Córdoba, del 6 de julio de 2009.
	-Comunicación remitida al señor Luis Hernán Jacobo Otero por la Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, del Ministerio del Interior, fechada 30 de marzo de 2011
	- Resolución número 0366 del 4 de abril de 2011, expedida por la Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.
	- Certificación expedida el 23 de julio de 2013, por el Director de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior.

	- Interrogatorio de parte rendido el 10 de marzo de 2014 ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, de Señor Javier Martín Rubio Rodríguez.
	-Documento radicado el 27 de mayo de 2014 en la Secretaría de la Corte Constitucional, suscrito por el señor Israel Aguilar Solano, Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge.
Efectos medioambientales de la actividad minera de CMSA	-Licencia ambiental expedida el 30 de septiembre de 1981 por el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS.
	- Resolución número 1609 del 11 de agosto de 2006, expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, “Por la cual se modifica la Resolución No. 0000224 del 30 de septiembre de 1981 otorgada por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS a la empresa CERRO MATOSO S.A.”.
	-Monitoreos compuestos de agua, mayo 2010, octubre de 2010, mayo 2011 y cuadro histórico de calidad del aire 2010 a 2012.
	-Convenio de Reconversión a Tecnologías Limpias número 1 celebrado el 1 de julio de 2010, entre la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS y la empresa Cerro Matoso S.A.
	-Función de advertencia 2012EE0085413, remitido por la Contraloría General de la República al Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible; la

	Directora de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, y al Ministro de Minas y Energía.
	-Función de advertencia licencias ambientales 2012EE22137, remitido el 18 de abril de 2012 por la Contraloría General de la República al Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y a la Directora General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.
	Análisis técnico de la Contraloría General de la República sobre el otrosí número 4 al contrato número 051-96M suscrito ente la Agencia Nacional Minera – ANM- y la empresa Cerro Matoso S.A.
	-Análisis de situación de salud según regiones Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. Dirección de Epidemiología y Demografía. Grupo ASIS, 2013
	-Informe emitido por la Contraloría Delegada del Medio Ambiente, enero de 2013.
	- Oficio núm. 040- 193 del 22 de enero de 2013, dirigido por el Director General de la CVS al Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, sobre los permisos ambientales otorgados a favor de Cerro Matoso S.A.
	- Reporte de resultados de laboratorio ambiental. Universidad Pontificia Bolivariana, sobre la escoria con metal. 29 de julio de 2013.
	-Documento titulado “Grado de afectación de ecosistemas boscosos conservados en la mina de ferro níquel Cerro Matoso S.A., Departamento de Córdoba. Estudio realizado por Cerro Matoso S.A. y Ambiental Consultores & Cía. Ltda, agosto de 2013.

	-Informe de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, rendido ante la Corte Constitucional el 21 de marzo de 2014.
	- Concepto rendido el 27 de marzo de 2014 por “Red para la Justicia Ambiental en Colombia”.
	- Informe Defensorial explotación de níquel. Proyecto CERRO MATOSO, Montelíbano, Córdoba, presentado el 2 de abril de 2014.
	-Declaración jurada que rinde la señora Petrona Isabel Hernández Arrieta, el 7 de mayo de 2014, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Uré.
	- Informe complementario de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, rendido el 9 de junio de 2014.
	-Informe anual manejo de aguas de escorrentía en mina, botaderos de mina y RNE, documento elaborado por Cerro Matoso S.A., agosto de 2014.
	- Respuesta de Cerro Matoso S.A. al informe ambiental elaborado por la Contraloría General de la República, 2014.
	-Acta de la inspección judicial realizada por la Corte Constitucional entre el 4 y 5 de diciembre de 2014.
	-Informe rendido por la Secretaría General de la CVS el 18 de diciembre de 2014.
	- Plan de manejo ambiental unificado Cerro Matoso S.A., proyecto de explotación y beneficio de ferroníquel CMSA, expediente LAM 1459. 2015.

	-Estudio Pericial de Exposición a níquel en las Comunidades indígenas y afrocolombianas de los municipios de Montelíbano, San José de Uré y Puerto Libertador; Departamento de Córdoba, Colombia. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Año 2016
	-Respuesta de la empresa Cerro Matoso S.A al informe pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
Condición de salud de las comunidades étnicas	- Análisis de situación de salud según regiones Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. Dirección de Epidemiología y Demografía. Grupo ASIS, 2013.
	-Informe emitido por la Contraloría Delegada del Medio Ambiente, enero de 2013.
	-Informe de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, rendido ante la Corte Constitucional el 21 de marzo de 2014.
	- Informe Defensorial explotación de níquel. Proyecto Cerro Matoso, Montelíbano, Córdoba, presentado el 2 de abril de 2014.
	-Declaración jurada que rinde la señora Petrona Isabel Hernández Arrieta, el 7 de mayo de 2014, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Uré.
	- Informe complementario de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, rendido el 9 de junio de 2014.
	-Informe Final presentado por la empresa por Posse Herrera Ruíz, y elaborado por Roque Roldán

	Ortega, 24 de julio de 2014, sobre las reclamaciones formuladas por las comunidades indígenas y afrodescendientes.
	- Modelo de evaluación al sector minero a través de indicadores de progreso de la Comisión Andina de Juristas. Aplicación de indicadores de progreso en derechos humanos para el goce efectivo de los derechos a la salud, educación, trabajo y participación, en la población del San Jorge Cordobés.
	- Respuesta de Cerro Matoso S.A. al informe ambiental elaborado por la Contraloría General de la República, 2014.
	-Acta de la inspección judicial realizada por la Corte Constitucional entre el 4 y 5 de diciembre de 2014.
	-Testimonios de integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes presuntamente afectadas.
	-Estudio Pericial de Exposición a níquel en las Comunidades indígenas y afrocolombianas de los municipios de Montelíbano, San José de Uré y Puerto Libertador; Departamento de Córdoba, Colombia. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Año 2016
	-Respuesta de la empresa Cerro Matoso S.A al informe pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

2. Licitud y valor probatorio del “*contexto antropológico y social*” incluido en el dictamen pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Durante el término de traslado del dictamen pericial elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses -INMLCF-, el apoderado de la empresa Cerro Matoso S.A formuló la siguiente solicitud:

“Como producto de lo señalado en este memorial y en el documento técnico que se aporta, se declare que el informe social ha desconocido el alcance fijado al peritazgo y, por tanto, no habrá de tenerse como prueba. De manera subsidiaria, se solicita que al momento de su valoración, se tome en cuenta lo expuesto en este escrito y en el documento técnico que se entrega y que hace parte de la respuesta de CMSA, todo lo cual le resta valor científico al informe social por los errores graves que vician sus asertos”¹²².

Su reproche apunta en un doble sentido: (i) Excluir del acervo probatorio la parte del informe del INMLCF referente al “*Contexto antropológico y social*”, por “*no corresponder a una prueba formalmente decretada*”¹²³; y (ii) Objetar por error grave el mismo.

A efectos de resolver las peticiones formuladas por CMSA, la Corte analizará el tema de la validez del “*contexto antropológico y social*”, tomando en cuenta para ello: (i) Las diversas acepciones de la palabra “*contexto*”; (ii) El contexto como objeto y medio de prueba; (iii) Las diversas funciones que éste cumple; y (iv) Sus metodologías de construcción. Seguidamente, resolverá las solicitudes de la empresa accionada.

2.1 Las diversas acepciones de la palabra “contexto”

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la palabra “contexto” como un: “*Entorno físico o de situación, político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, en el que se considera un hecho*”.

¹²² Visible a folio 40 del cuaderno 21

¹²³ Visible a folio 27 del cuaderno 21

En materia de derechos fundamentales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo largo de los años, ha empleado diversos términos encaminados a describir el entorno en el cual tuvo lugar una determinada violación grave de derechos: *modus operandi*, práctica, patrón estructural, situación estructural, patrones de conducta, estructura de actuación, y recientemente, contexto.

En asuntos de restitución de tierras, la palabra “contexto”, ha sido entendida como la reconstrucción de unas dinámicas políticas, sociales, económicas y culturales “que propiciaron el proceso de despojo o abandono de un predio o predios solicitados en restitución. Para ello se adelanta un estudio de aquellas relaciones de poder entre sujetos y territorio que de algún modo precipitaron el rompimiento del vínculo entre el solicitante y el predio” ¹²⁴.

Los Tribunales Penales Internacionales, por su parte, emplean las expresiones “situación” o “contexto”, no siempre como sinónimos. Así, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en sentencia del 7 de mayo de 1997, en el asunto Fiscal vs. Dusko Tadic, consideró lo siguiente:

“El contexto inherente al conflicto.

Para situar en el contexto los elementos de prueba vinculados con los cargos expuestos en el escrito de acusación, y especialmente el primero de ellos (persecución), resulta importante evocar, previamente, el marco histórico, geográfico, administrativo y militar en el cual se sitúan los hechos señalados por los elementos de prueba”¹²⁵.

En el ámbito de la Corte Penal Internacional, con base en el texto del Estatuto de Roma, se suele diferenciar entre “situación o contexto” y “caso concreto”. La Sala de Cuestiones Preliminares, en decisión del 17 de enero de 2006¹²⁶, en el asunto Lubanga, precisó que la “situación o contexto” se encuentra definida por parámetros temporales, territoriales y

¹²⁴ G. L. Rodríguez Medina, “Investigaciones especiales: el análisis de contexto como aporte a la práctica judicial de restitución de tierras”, *La restitución de tierras en Colombia: del sueño a la realidad*, Bogotá, Unidad de Restitución de Tierras, 2014, p. 380.

¹²⁵ TPIY, Sala de Primera instancia, sentencia del 7 de mayo de 1997, asunto Fiscal vs. Dusko Tadic, IT-94-I-T.

¹²⁶ ICC-01/04-101, Situación de la República Democrática del Congo, caso “Fiscal vs. Thomas Lubanga”, auto 01 del 17 de enero de 2006, proferido por la Sala de Cuestiones Preliminares.

eventualmente personales (vgr. situación de la República Democrática del Congo), en tanto que el caso concreto, evidencia que uno o varios crímenes de competencia de las CPI fueron cometidos, por determinados delincuentes contra ciertas víctimas.

En otras palabras, una situación o contexto es entendida por el tribunal mencionado como un gran universo de conductas delictivas, ejecutadas por diversos actores armados, en una determinada región, dentro de ciertos límites temporales, de conformidad con un plan criminal. Por el contrario, el “caso concreto” corresponde a un hecho delictivo específico, cuya perpetración se inscribe en ese gran marco fáctico y temporal.

En Colombia, en materia penal, coexisten dos definiciones de la palabra contexto:

La Directiva 01 de 2012, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”, entiende por contexto lo siguiente:

“Marco de referencia contentivo de aspectos esenciales, acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual se ha perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares colaboran con aquellos. Debe igualmente comprender una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicación y mantenimiento de redes de apoyo, entre otros. No bastará con la descripción de la estructura criminal o una enunciación de las víctimas, sino que se deberá analizar su funcionamiento.

La creación de contextos persigue: (i) conocer la verdad de lo sucedido; (ii) evitar su repetición; (iii) establecer la estructura de la organización delictiva; (iv) determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo y de sus colaboradores; (v) unificar actuaciones al interior de la Fiscalía, con el fin de lograr esclarecer patrones de conducta, cadenas de mando fácticas y de iure; y (vi) emplear esquemas de doble imputación penal, entre otros aspectos”.

El Decreto 3011 de 2013, por su parte, diferencia entre contexto y patrón macro criminal, en los siguientes términos:

“Artículo 15. Definición de contexto. Para efectos de la aplicación del procedimiento penal especial de justicia y paz, el contexto es el marco de referencia para la investigación y juzgamiento de los delitos perpetrados en el marco del conflicto armado interno, en el cual se deben tener en cuenta aspectos de orden geográfico, político, económico, histórico, social y cultural. Como parte del contexto se identificará el aparato criminal vinculado con el grupo armado organizado al margen de la ley, y sus redes de apoyo y financiación.

Artículo 16. Definición de patrón de macro-criminalidad. Es el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un período de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos. La identificación del patrón de macro-criminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables del desarrollo o, realización de un plan criminal y contribuye a develar, la estructura y modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación.

La identificación del patrón de macro-criminalidad debe buscar el adecuado esclarecimiento de la verdad sobre lo ocurrido en el marco del conflicto armado interno, así como determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo armado organizado al margen de la ley y de sus colaboradores”.

En definitiva: no existe una única definición del término “contexto”. En ocasiones, se emplea como sinónimo de *modus operandi* o patrón macrocriminal, en otras, se alude a “pruebas sociales” o “contexto social y antropológico”. A pesar de la polisemia, es posible encontrar un cierto denominador común: se trata de un marco de referencia, usualmente limitado geográfica y temporalmente, encaminado al análisis de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual, según el caso y la jurisdicción: (i) Se han perpetrado delitos de *lesa humanidad* o de guerra por parte de grupos criminales; (ii) Se está ante una

situación estructural de violación de derechos fundamentales; o (iii) Existen patrones criminales explicativos de la ejecución de planes de despojos de tierras, por ejemplo.

En otras palabras, el empleo del contexto no se limita a materias penales, sino que abarca toda suerte de fenómenos objeto de prueba. Se trata, en consecuencia, de una metodología dirigida a examinar los hechos del proceso de manera mucho más integral, a efectos de comprenderlos en su real dimensión y, de esta forma, aplicar las consecuencias jurídicas correspondientes.

2.2 El contexto como objeto y medio de prueba

En derecho probatorio se suele diferenciar entre objeto y medio de prueba. Para Mixán Mass, *“objeto de prueba es todo aquello que constituye materia de la actividad probatoria. Es aquello que requiere ser averiguado, conocido y demostrado. Debe tener la calidad de real o probable o posible.”*¹²⁷

Objeto de prueba es todo aquello que puede ser probado, ser reconstruido históricamente en el proceso. Se trata de algo que existió, existe o puede llegar a existir, y no simplemente de lógica, como sería la demostración de la validez de un silogismo jurídico. Al respecto, expresa Alsina que *“objeto de prueba son los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende”*; al decir de Sentís Melendo *“son los elementos que existen en la realidad”*¹²⁸.

En conclusión, por objeto de prueba se entiende aquello sobre lo que puede o debe recaer la prueba, esto es, los elementos fácticos sobre los cuales se apoyan las pretensiones de los sujetos procesales. Responde a la pregunta: ¿Qué debe probarse en juicio?

El medio de prueba constituye el canal mediante el cual se incorpora el elemento de prueba al proceso. Se trata de instrumentos regulados por la ley. En términos de Bentham¹²⁹, los medios de prueba son los elementos que sirven para cumplir los fines procesales de la prueba judicial, en el

¹²⁷ Mixán Mass, Florencio. *Teoría de la Prueba*. Trujillo, Perú. Edit. BLG. 1992. p. 180

¹²⁸ Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires, 1979.

¹²⁹ Bentham, *Tratado de la prueba judicial*, París, 1825.

marco de un debido proceso judicial. Responde al interrogante: ¿Cómo debe probarse?

Así las cosas, se pregunta: ¿es necesario probar la existencia del contexto (objeto de prueba) ?, y ¿cómo se incorpora el contexto al proceso (medio de prueba)?

En el sistema americano de protección de derechos humanos, es recurrente el uso del contexto, como objeto y medio de prueba. Así, por ejemplo, en el asunto Veliz Franco y otros vs. Guatemala ¹³⁰, en el acápite de “hechos”, la Corte Interamericana expresó:

“Como lo ha hecho anteriormente, la Corte recuerda que, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, “ha conocido de diversos contextos históricos, sociales y políticos que permitieron situar los hechos alegados como violatorios de [derechos humanos] en el marco de las circunstancias específicas en que ocurrieron”. Además, en algunos casos el contexto posibilitó la caracterización de los hechos como parte de un patrón sistemático de violaciones a los derechos humanos y/o se tomó en cuenta para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado”.(...)

Con base en lo anterior, la Corte se referirá seguidamente a aspectos relativos a la prueba del contexto y, posteriormente, a la situación en Guatemala relativa a homicidios por razón de género, actos violentos contra mujeres e impunidad en la investigación, y la eventual sanción de los mismos. Sin embargo, previamente a abordar estas materias hará alusión a la invisibilidad de la violencia contra la mujer en el caso de Guatemala, pues esta situación, por una parte, permite entender la ausencia de datos estadísticos oficiales respecto de los delitos por razón de género, pero además constituye un elemento del contexto de la violencia homicida que afecta de manera específica a las víctimas mujeres”.

Adviértase la manera en la cual la Corte refiere que “*en algunos casos el contexto posibilitó la caracterización de los hechos*” (**medio de prueba**) y en otros se refiere a la necesidad de la “*prueba del contexto*” (**objeto de prueba**). En otras palabras, es necesario demostrar la existencia de un contexto (vgr. una situación estructural de vulneración de derechos

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 19 de mayo de 2014, asunto Veliz Franco y otros vs. Guatemala.

humanos, la presencia de ataques sistemáticos contra opositores políticos, desconocimientos masivos de los derechos de las minorías, entre otros), y una vez probado éste, sirve para explicar y articular casos concretos.

En materia de **contradicción** del contexto, en la práctica del sistema interamericano, el Estado puede asumir diversas posturas: (i) Allanarse; (ii) Guardar silencio; (iii) Aceptar el contexto, pero rechazar los hechos; (iv) Reconocer los hechos y rechazar el contexto; (v) Alegar la inexistencia de un vínculo entre hechos y contexto; o (vi) Rechazar hechos y contexto.

En el ámbito colombiano, una revisión de la legislación procesal evidencia que la prueba de contexto no figura enlistada como *medio de prueba*. Al respecto, el artículo 165 del Código General del Proceso reza:

“**ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA.** Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales”.

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.

Si bien no existe en el ordenamiento jurídico una prueba autónoma de contexto, éste puede ser incorporado al proceso a través de los medios de prueba existentes, como es el caso del peritaje.

En materia penal, por ejemplo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 23 de noviembre de 2016, mediante la cual fue condenado el General (r) Miguel Maza Márquez, reconoció pleno valor probatorio al contexto elaborado por la Fiscalía General de la

Nación, el cual fue introducido al proceso mediante informes de Policía Judicial:

“En efecto, conforme al régimen probatorio de la Ley 600 de 2000, rige la libertad probatoria para demostrar los hechos de interés al proceso judicial, y sus conclusiones se pueden soportar en cualquiera de los medios probatorios señalados por el legislador (art. 233). En este caso, la Fiscalía encontró conducente, pertinente y útil ordenar la reconstrucción histórica del **contexto** en que sucedieron los hechos, a fin de delimitar circunstancias y entornos de la presencia de las autodefensas del Magdalena medio y, especialmente, la siniestra del narcotráfico liderada por Pablo Escobar Gaviria en los años ochenta.

Ello se logró a través de los **informes de policía judicial** 41200-686749 del 12 de junio de 2012, 687925 y 691996 del 15 y 29 de junio siguiente —respectivamente—¹³¹, elaborados por investigadores de la Sección de Análisis Criminal de la Fiscalía General de la Nación”. (Negritillas agregadas)

En este orden de ideas, un “*Contexto antropológico y social*”, incorporado en un peritaje rendido por el INMLCF, tendrá plena validez y utilidad para el análisis del caso concreto, siempre y cuando haya sido decretado como prueba, acoja los principios y reglas que orientan la práctica del peritaje, y sea sometido a controversia.

2.3 Diversas funciones del contexto

El empleo del contexto dependerá de la naturaleza del ámbito en el cual se pretenda aplicar.

En la jurisprudencia de la Cte. IDH el contexto está asociado al examen de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos. En muchos casos, aquél ha resultado fundamental al momento de insertar un caso concreto en un conjunto mayor de situaciones asociadas que configuran un patrón o un problema estructural de violaciones a derechos fundamentales. Lo anterior, con miras a determinar la responsabilidad internacional de un determinado Estado.

¹³¹ Folios 128, 139 y 146 del cuaderno 72.

En materia de justicia penal internacional, por ejemplo, la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional, en sentencia del 14 de marzo de 2012, en el asunto Lubanga ¹³², empleó el contexto con los siguientes fines: (i) determinar los límites geográficos y temporales del conflicto armado, en el cual el acusado cometió el reclutamiento de menores; (ii) comprender las causas de las hostilidades; (iii) probar la existencia y la clase de conflicto armado; (iv) ayudar a establecer la responsabilidad penal del acusado; (v) acreditar el elemento psicológico del crimen de reclutamiento de menores; (vi) establecer que, si bien el condenado no reclutó directamente a los menores de edad, sí tenía el control y mando sobre la organización criminal; y (vii) demostrar la participación del acusado en el diseño y ejecución del plan criminal.

En lo que respecta a la aplicación de la Ley de Víctimas en Colombia, la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras de Antioquia, en sentencia del 8 de abril de 2015 ¹³³, usó el contexto para lo siguiente: (i) Probar la existencia de fenómenos de violencia regional y en determinados predios; (ii) Analizar la veracidad de los testimonios; (iii) Determinar la existencia de buena fe exenta de culpa; y (iv) Ayudar a determinar que los hechos victimizantes guardaran relación con el conflicto armado interno.

La jurisdicción de justicia y paz, por su parte, ha estimado que el contexto cumple los siguientes objetivos: (i) Establecer los ejes transversales a partir de los cuales se pueda articular explicaciones y miradas panorámicas a un fenómeno de violencia y macro criminalidad disímil y dinámico; (ii) Brindar una lectura cercana a la realidad social a través de un análisis regional en la que se muestre el comportamiento de los actores del conflicto interno; y (iii) Establecer las principales fases de la evolución del conflicto, enfatizando la concurrencia simultánea de varios actores en un mismo espacio geográfico¹³⁴.

La Corte Constitucional, en su Sentencia T-565 de 2011 empleó el contexto, a efectos de determinar la subsidiariedad de la acción de tutela:

¹³² ICC-01/04-01/06, sentencia del 14 de marzo de 2012, asunto Fiscal vs. Thomas Lubanga.

¹³³ Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras, sentencia del 8 de abril de 2015.

¹³⁴ Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Sentencia contra Salvatore Mancuso y otros líderes paramilitares.

“La situación personal del tutelante y el contexto socio – político existente, hace que no sea razonable exigirle acudir a las acciones policiva y civil, dentro de la oportunidad legal dispuesta en el Código de Policía de Santander y en el Código Civil.” (subrayado agregado)

El Consejo de Estado, por su parte, refiere al “*indicio contextual*”, en los siguientes términos:

*“Toda esa cadena de hechos indicadores marca la creación de un indicio contextual de graves violaciones originadas por los paramilitares, lo que significó para el Estado, en el orden de reforzar la vigilancia y la protección de las personas que habitaban esa región, pues bien se conocía la existencia de estos grupos armados, así como la modalidad de sus operaciones, las que fueron repetitivas, y en las que un gran número de civiles fueron víctimas, siendo ello motivo de reproche...”*¹³⁵ (subrayado agregado)

En conclusión: el contexto está llamado a cumplir diferentes propósitos en función de la clase de proceso de la cual se trate, en todo caso, permite una mejor comprensión del caso concreto y del ámbito en el cual éste tiene lugar.

2.4 Metodologías empleadas para la construcción del contexto

El punto de partida es el siguiente: no existe una única metodología para la construcción de un contexto. Todo dependerá de los fines para los cuales vaya a emplearse y de los Protocolos que diseñe el respectivo grupo investigativo o unidad especializada encargada de dicha actividad. Al respecto, la Corte en Sentencia C-694 de 2015 afirmó:

“El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, al igual que la Corte Penal Internacional, cuentan con unidades especializadas de analistas, encargadas de construir los contextos de macrocriminalidad, los cuales cumplen las siguientes funciones: (i) estructuran y orientan las investigaciones; (ii) ayudan a seleccionar la forma de autoría y participación que será empleada por los fiscales; (iii) permiten asociar casos; (iv) y constituyen un medio de prueba (testigo experto), el cual, junto con las demás evidencias (testimonios, documentos , etcétera),

¹³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de julio de 2014.

llevarán a determinar el grado de responsabilidad de un acusado en la comisión de crímenes internacionales. En otras palabras, estas investigaciones internacionales se realizan en contexto, en el sentido de orientar la elaboración de programas metodológicos y la recolección de evidencia (medio) y, a su vez, conducen a construir contextos (fin)”.

En el mismo fallo, la Corte referenció las dos variedades de fuentes usualmente empleadas en la construcción de contextos:

“Se denominan fuentes primarias de investigación todas aquellas que tienen un origen judicial (vgr. sentencias, declaraciones, peritazgos, documentos, etcétera). A su vez, las fuentes secundarias son todas aquellas que no tienen carácter judicial (vgr. informes de ONG y organismos internacionales, información de prensa, archivos históricos, etcétera). Los analistas de contexto transforman esas fuentes en productos de análisis criminal (mapas, estadísticas, informes de contexto, tablas, cuadros, etc.), las cuales deben ser incorporadas como pruebas al respectivo proceso judicial, y en esa medida, ser objeto de controversia”.

Fuentes primarias y secundarias suelen ser empleadas por los encargados de construir un contexto, personas que, en muchas ocasiones, cultivan distintas ciencias sociales: antropólogos, sociólogos, politólogos, entre otros.

Cabe asimismo señalar que los hechos de cada caso alimentan la construcción del contexto y a su vez, éste ayuda a explicarlos y a probarlos. Hechos y contexto conforman una verdadera unidad cognitiva.

2.5 Resolución de las peticiones formuladas por CMSA

El apoderado de la empresa Cerro Matoso S.A solicita a la Corte excluir del acervo probatorio una parte del dictamen pericial rendido por el INMLCF, titulado “*Contexto antropológico y social*”, elaborado por Gabriel David Liévano Gutiérrez, Profesional Universitario Forense del Grupo Nacional de Clínica y Odontología Forense. De igual manera, lo objeta por error grave.

a. La licitud del decreto y práctica de la prueba

En relación con la exclusión del “*Contexto antropológico y social*”, como se ha explicado, si bien no hace parte de la lista de medios de prueba enlistados en el artículo 165 del Código General del Proceso, en nuestro sistema rige el principio de libertad probatoria. Además, aquél aparece incorporado en el texto de un dictamen pericial y no fue presentado como una prueba independiente.

Según el apoderado de CMSA el referido “*Contexto antropológico y social*”, no fue decretado por la Corte, razón por la cual debe ser excluido del acervo probatorio. La Corte no comparte tales afirmaciones, por las razones que pasan a explicarse:

En los términos del artículo 29 Superior, “*Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”. En diversas ocasiones, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la licitud de las pruebas¹³⁶, en tanto que componente esencial del derecho fundamental al debido proceso, y la aplicación de la regla de exclusión.

El Código General del Proceso consagra, a su vez, el principio de necesidad de la prueba en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 164. NECESIDAD DE LA PRUEBA. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”.

En el caso concreto, la Corte Constitucional mediante Auto del 30 de enero de 2015 decretó, entre otras, la siguiente prueba:

“SEGUNDO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, ORDENAR al Instituto Nacional de Medicina Legal que con base en sus competencias legales dispuestas en los artículos 34, 35 y 36 de la Ley 938 de 2004, que con base en los censos e información poblacional remitida por el Ministerio del Interior mencionados en el numeral anterior, en un término de tres (3) meses que no podrá superar,

¹³⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002 y C-591 de 2005, especialmente.

a) disponga de un equipo médico especializado, entre toxicólogos, laborales, epidemiólogos, y los especialistas que considere necesarios, b) fije fecha y comunique a las entidades que la acompañarán y c) se traslade a las parcialidades indígenas, al resguardo Zenú del Alto San Jorge y al Consejo Comunitario de comunidades negras de San José de Uré, todos ubicados en los municipios de Puerto Libertador, Montelíbano y San José de Uré en el departamento de Córdoba, con el fin de practicar entrevistas, exámenes médicos, y todo lo que estime conveniente, a las personas allí asentadas que alegan presentar irritaciones en los ojos, erupciones y rasquiña en la piel y dificultades respiratorias con ocasión de las actividades de explotación que ejecuta Cerro Matoso S.A. Dichas actividades médicas deberán realizarse con observancia de los valores de la ética médica, como el consentimiento previo, libre e informado de las personas involucradas”.

Con base en la información de campo recopilada por el grupo médico especializado, el Instituto Nacional de Medicina Legal, deberá allegar a la Corte Constitucional un dictamen pericial o concepto técnico en el que formule unas conclusiones en relación con la explotación adelantada por Cerro Matoso y los presuntos impactos a la salud.” (subrayados agregados)

Como puede advertirse, esta Corporación le ordenó al INMLCF la realización de un dictamen pericial, con miras a formular unas conclusiones en “*relación con la explotación adelantada por Cerro Matoso y los presuntos impactos a la salud*”, lo cual constituye uno de los aspectos centrales de las peticiones de amparo, amén de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Para tales efectos, el INMLCF debía contar con un equipo conformado por médicos especializados, entre toxicólogos, laborales, epidemiólogos, y “*los especialistas que considere necesarios*”.

El referido equipo debía practicar entrevistas, exámenes médicos, “*y todo lo que estime conveniente*”, a las personas allí asentadas que alegan presentar irritaciones en los ojos, erupciones y rasquiña en la piel, dificultades respiratorias, entre otros, con ocasión de las actividades de explotación que ejecuta Cerro Matoso S.A.

El 28 de julio de 2016, el INMLCF rindió ante la Corte Constitucional¹³⁷ un informe dando cuenta de los avances en la realización del dictamen pericial. Al respecto, se comenta que, bajo la coordinación de la Subdirección de Servicios Forenses (SSF) se conformó el siguiente equipo de trabajo:

Tabla 3. Personal humano participante en el estudio con el respectivo perfil y función desempeñada en el estudio. Municipio de Montelíbano, San José de Uré, y Puerto Libertador; Córdoba Colombia. Año 2016

No.	Nombre	Perfil	Cargo	Función desempeñada
1	Christinne Alexandra Jarvis Pinzón	Médica	Contratista	Examen médico
2	Isaí José Velásquez Ramos	Médico	Contratista	Examen médico
3	Eugenio Correa Parra	Médico	Planta	Examen médico -(hasta 30 de abril)
4	José Fernando Marín	Médico	Planta	Examen médico (hasta el 23 de abril)
5	Carlos Cediel Díaz	Médico	Planta	Examen médico
6	Gisela Jiménez	Médica	Planta	Examen médico
7	Camilo García Jauregui	Médico	Planta	Examen médico (a partir del 28 de abril)
8	Elizeth Nicolasa Soto	Médica	Planta	Examen médico (a partir del 28 de abril)
9	Eva María López de la Espriella	Enfermera	Contratista	Toma de signos y consentimiento informado
10	Tatiana Patricia Sierra Hernández	Enfermera	Contratista	Toma de signos y consentimiento informado
11	Carmen Helena Vergara Hernández	Bacterióloga	Contratista	Toma y embalaje de muestras
12	Marcela Álvarez Gómez	Bacterióloga	Contratista	Toma y embalaje de muestras
13	Adrián Marcelo Quintero Jiménez	Técnico de radiología	Contratista	Radiología

¹³⁷ Visible a folios 238 y ss del cuaderno 11

14	Juan Fernando Zapata	Técnico de radiología	Planta	Radiología
15	Luis Fernando López Lázaro	Técnico de sistemas	Contratista	Apoyo informático
16	Damaris Heredia Meló	Epidemióloga	Planta	Epidemióloga de campo, líder de terreno
17	Jhon Henry Romero Quevedo	Epidemiólogo	Planta	Diseño metodológico, muestreo censal. Encuestador
18	Gabriel David Liévano Gutiérrez	Antropólogo	Planta	Análisis de contexto. Entrega y- revisión de listas de asistencia con la comunidad -
19	Carol Paola Chavarro Gómez	Antropólogo	Contratista	Análisis de contexto: - entrevistas y visita a comunidad
20	Oscar Alfonso Carvajal Mendoza	Conductor - todero	Planta	Apoyo administrativo
21	Germán Londoño	Conductor - todero	Planta	Conductor y apoyo logístico
22	Jhon Martín Sánchez	Conductor	Planta	Conductor - y apoyo logístico
23	Jesús Rico	Conductor -	Planta	Conductor y apoyo logístico
24	Martha Yaneth Páez Páez	Asistente	Planta	Recepción
25	Jackeline Villarreal Quintero	Asistente	Planta	Recepción - apoyo administrativo.
26	Cristina Quiróz	Asistente	Planta	Encargada de cadena de custodia de las muestras
27	Oscar Hernández Ragua	Asistente	Contratista	Apoyo administrativo
28	Carlos Mario Gómez Bermúdez	Fotógrafo	Planta	Fotografía
29	Fideligno Pardo Sierra	Administrativo	Planta	Coordinador del trabajo de campo
30	Julio Alberto Guacaneme Gutiérrez	Administrativo	Planta	Enlace administrativo central
31	Martha Elena Pataquiva Wilches	Administrativo	Planta	Enlace administrativo central

En el mismo documento, se describen los siguientes alcances y objetivos específicos del dictamen pericial:

“Alcance

Diseñar, elaborar y hacer entrega a la Honorable Corte Constitucional de un informe pericial en el cual se determinen las diferentes concentraciones de níquel en muestras biológicas de las poblaciones indígenas y afro colombianas circundantes a la mina de CMSA, en los municipios de Montelíbano, San José de Uré y Puerto Libertador, y se describan los signos, síntomas y/o enfermedades prevalentes en dicha población, para que sus resultados sean utilizados como elemento materia de prueba en el proceso judicial que se adelanta entre las comunidades involucradas y la empresa CMSA.

Objetivos específicos

-Describir las características étnicas y sociodemográficas de la población en estudio.

-Caracterizar las manifestaciones clínicas que aquejan la población de esta región.

-Determinar la prevalencia de signos, síntomas y/o enfermedades dermatológicas, respiratorias, oftalmológicas, reproductivas, inmunológicas y/o congénitas existentes en la población objeto de estudio.

-Identificar posibles factores de riesgo que puedan estar contribuyendo a la morbilidad sentida de la población.

-Establecer la presencia de níquel en muestras biológicas (sangre y orina) con la metodología analítica validada para ello.

-Desarrollar un análisis de contexto -diferencial- de los efectos de la explotación de ferro níquel en la mina de Cerromatoso.” (Negrillas y subrayados agregados)

También se da cuenta de la conformación y actividades realizadas por el equipo de contexto del INMLCF:

“4.1. Actividades realizadas por el equipo de contexto”

Dado que desde la etapa de planeación de la intervención pericial se planteó la necesidad de presentar las evidencias en contexto, es decir, dar cuenta de las características específicas de las comunidades accionantes, su entorno y abordar las problemáticas de salud, territoriales y culturales desde un enfoque diferencial, se constituyó un equipo de contexto conformado por los antropólogos Carol Paola Chavarro y Gabriel D. Liévano. Este equipo construyó una metodología para abordar de manera diferencial las problemáticas asociadas a la demanda instaurada por las comunidades.

Si bien se planteó en la etapa exploratoria un informe diferencial basado en las particularidades etnológicas del pueblo Zenú, la observación en campo llevó a alterar necesariamente esta aproximación. El resguardo del alto San Jorge no se presenta como una entidad político-cultural al estilo del resguardo de San Andrés de Sotavento. Su constitución es muy reciente y obedece más a reivindicaciones de tipo político-territorial, acceso a recursos y exigibilidad de derechos básicos (incluyendo aquellos específicos a pueblos indígenas y comunidades Afrocolombianas) que a una reconstitución identitaria y de prácticas y usos tradicionales. A esto se suma que el Pueblo Zenú ha sufrido, como efecto de la conquista y otras agresiones a su Integridad cultural, la pérdida de importantes referentes étnicos y culturales como la lengua propia, el liderazgo tradicional y prácticas económicas y rituales tradicionales. Sin embargo, su búsqueda de constitución como resguardo ha sido exitosa y son de hecho reconocidos por las autoridades competentes como indígenas Zenú y sujetos de los derechos reservados a las comunidades indígenas.

Es por esto que, en vez de una descripción específica de la comunidad como indígena, se partirá de este derecho constituido y reconocido, como punto de partida en el abordaje del contexto de la prueba pericial. Así, si bien no se procederá a una caracterización etnológica de las comunidades, se les presentará como sujetos de derechos específicos en un probable contexto de abandono y vulneración de dichos derechos como se ha constatado de manera preliminar en las entrevistas y recorridos llevados a

cabo en campo y el cual se puede explicar a partir de la bibliografía sobre las dinámicas de los impactos socio- ambientales analizada de manera inicial por el equipo”. (Negrillas y subrayados agregados).

El apoderado de la empresa Cerro Matoso S.A, en memorial remitido a la Corte el 18 de abril de 2016, con ocasión de una solicitud formulada por el abogado de los accionantes relacionada con los diversos minerales que venía examinando el INMLCF, afirmó:

“No es cierto que lo único que va a analizar Medicina Legal es níquel en la orina, ya que tal y como se señaló expresamente en la reunión de socialización llevada a cabo el 5 de abril de 2016, con la participación de CMSA y las comunidades, esta entidad con la autonomía científica que ninguna parte puede cercenarle acometerá la tarea impuesta por la Corte y, en consecuencia, procederá a realizar las siguientes funciones:

(i) analizar el contexto de las comunidades bajo el área de influencia de CMSA; (ii) analizar los informes que tienen los hospitales del sistema de salud sobre las enfermedades crónicas no transmisibles de dicha población; (iii) llevar a cabo un análisis toxicológico y ambiental; (iv) llevar a cabo una valoración médica completa de las personas seleccionadas de manera aleatoria para el examen; y (v) llevar a cabo a cabo una radiografía de tórax y la toma de muestra de orina y sangre a las personas seleccionadas de manera aleatoria para el examen”. (Negrillas y subrayados agregados).

Obsérvese que la empresa Cerro Matoso S.A, quien financió la práctica del dictamen pericial, tenía pleno conocimiento de las actividades que venía realizando el INMLCF, aceptando no sólo la práctica de unos exámenes médicos, sino además la realización de un contexto sobre las comunidades indígenas y afrocolombianas que habitan en cercanías de la mina.

Entiende además la Corte que el objetivo del dictamen pericial no se limitaba a la toma de unas muestras biológicas y a la realización de unos exámenes médicos y radiológicos, sino que, dada la complejidad que ofrece el tema, era preciso tomar en consideración aspectos de orden geográfico, ambiental, cultural, económico y sanitario, (contexto) que permitieran hacer una lectura más integral de los resultados obtenidos.

En tal sentido, llama la atención que CMSA, en su escrito de objeciones del dictamen pericial, afirme:

“Con toda certeza la intervención del área de antropología no resultaba superflua, como apoyo al equipo de profesionales de la medicina, siendo importante introducir un elemento de mediación cultural en los dos sentidos, al involucrar la práctica de pruebas propias de la medicina occidental en comunidades indígenas y al ser el contexto social y cultural un elemento importante para comprender las dinámicas de salud...¹³⁸” (negritas y subrayados agregados).

(...)

Se recalca, una vez más, que es razonable, pertinente y se está de acuerdo en que los aspectos sociales, pueden y deben ser parte del análisis de contexto como elemento importante para entender las dinámicas de salud de la comunidad, pero éste no fue el foco del estudio”. (negritas y subrayados agregados).¹³⁹

En conclusión: el “*Contexto antropológico y social*”, que hace parte del dictamen pericial rendido por el INMLCF, no será excluido del acervo probatorio, en la medida en que su práctica fue legalmente decretada por la Corte Constitucional, se incluyó como parte de los objetivos específicos planteados por el Instituto para la realización del peritaje, y contó con la aceptación y pleno conocimiento de la empresa accionada.

b. Las objeciones por error grave

Durante el término de traslado del dictamen pericial, el apoderado de CMSA objetó por error grave el “*Contexto antropológico y social*”, alegando que:

- Desborda el objeto de la prueba decretada;
- Contiene imprecisiones y anacronismos como son las alusiones al marco contractual o al estatus de reconocimiento de las comunidades en la zona;

¹³⁸ Visible a folio 21 del cuaderno 21

¹³⁹ *Ibidem*, p. 21.

- Carece en su estructura, metodología, fuentes, análisis y desarrollo de rigor científico y las condiciones previstas en el artículo 226 del Código General del Proceso;
- Se fundamenta casi exclusivamente en fuentes con un claro sesgo ideológico, como son los documentos emanados de organizaciones no gubernamentales “*que se caracterizan por su proselitismo contra la actividad minera*”;
- No incorpora documentos obrantes en el expediente;
- Continuamente realiza consideraciones de carácter jurídico; y
- Como consecuencia de lo anterior, “*se trata de un documento carente de las más mínimas condiciones de imparcialidad y objetividad*”¹⁴⁰.

El Magistrado Ponente, mediante Auto del 17 de febrero de 2017 dispuso que “el valor probatorio del “*Contexto antropológico y social*”, elaborado por Gabriel David Liévano Gutiérrez, Profesional Universitario Forense del Grupo Nacional de Clínica y Odontología Forense del INMLCF, contando con la colaboración del Carol Paola Chavarro Gómez, será examinado en la Sentencia”, dado que el Código General del Proceso, en su artículo 228 señala como novedad que: “*En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave*”.

Sobre la naturaleza del “error grave”, la Sala de Casación Civil, en Sentencia del 13 de septiembre de 2011 (Expediente No. 34387) consideró:

“la objeción por error grave se puede formular contra los dictámenes periciales, conforme a lo establecido por el artículo 238 del C. de P. C. Desde hace un buen tiempo, la Corte Suprema de Justicia ha venido manejando como criterio para determinar cuándo el error es grave, a tenor de lo establecido en el artículo 238 del CPC, el del “error manifiesto de hecho”, esto es, aquel que “debe ser manifiesto, protuberante, además de

¹⁴⁰ Visible a folio 20 del cuaderno 21

importante cuantía si se trata de regulaciones numéricas como avalúos o respecto a un punto importante en los demás casos”.

Dicha postura inicial de la Corte Suprema de Justicia, ha sido matizada por la Sala en sus precedentes, entendiéndose por error grave “...una falla de entidad en el trabajo de los expertos”, de ahí que no cualquier error tenga esa connotación. Ahora bien, la prosperidad de la objeción supone que el objetante acredite las circunstancias que, su juicio, originan el error; para ello puede solicitar las pruebas que estime pertinentes o, si lo considera suficiente, limitarse a esgrimir los argumentos que fundamentan su objeción”. A lo que se agregó, en posterior precedente, que se, “... requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas”.

Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos”. Recientemente, el precedente de la Sala señala que para la configuración del error grave, “... el pronunciamiento técnico impone un concepto equivocado o un juicio falso sobre la realidad, pues las bases sobre las que está concebido, además de erróneas, son de tal entidad que provocan conclusiones equivocadas en el resultado de la experticia. En consecuencia, resultan exigentes los parámetros para la calificación del error grave, quedando claro, que aún la existencia de un “error”, no significa automáticamente la calificación de “error grave”.”

A efectos de determinar la validez de las diversas críticas formuladas por CMSA al “*Contexto antropológico y social*”, la Corte analizará la metodología y el trabajo realizado, para luego avanzar algunas consideraciones sobre el mismo. Labor que se orientará por los dictados del artículo 226 del Código General del Proceso:

“Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo

mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones”

De conformidad con el informe rendido el 28 de julio de 2016 por el INMLCF a la Corte Constitucional ¹⁴¹, la metodología empleada por el grupo de contexto fue la siguiente:

“Búsqueda y recolección de información bibliográfica y otras fuentes (medios de comunicación impresos y digitales; artículos académicos sobre minería, economías extractivas, Cerro Matoso, impactos socio-ambientales de la minería, poblaciones indígenas y afro descendientes) para articular un estado del arte sobre las temáticas de minería, sus problemáticas y una caracterización matizada de las poblaciones accionantes en el proceso.

Visita preliminar a comunidades: se inicia el contacto con las comunidades accionantes, se hacen las presentaciones de rigor y se establece una línea base con respecto a las problemáticas que las llevan a iniciar el proceso de acción de tutela. En esta visita, se llevan a cabo reuniones con las autoridades legítimas de cada comunidad y se les Interroga sobre las motivaciones que llevan a iniciar el proceso de exigibilidad de derechos, contactos con la empresa Cerro Matoso, las condiciones en las que estas se desarrollaron y expectativas sobre el proceso. De esta visita se elabora un informe preliminar y se hacen acuerdos para el trabajo de campo.

Levantamiento de información en campo I: los profesionales llevan a cabo recorridos por las comunidades registrando impresiones y realizando entrevistas semi-estructuradas a la población que giran en torno a territorialidad, economía, tejido social y posibles daños a estos y otros aspectos derivados de las actividades mineras. Estos recorridos fueron debidamente registrados en archivos de voz y fotográficos, así como en un informe escrito.

Levantamiento de información en campo II: en esta segunda parte se llevó a cabo un taller de reflexión siguiendo la metodología del "Inventario de daños" con líderes y lideresas de la comunidad para acceder a

¹⁴¹ Visible a folios 238 y ss del cuaderno 11

información sobre los daños en salud (desde la perspectiva de las comunidades) producto de las actividades mineras. De este taller se obtuvo registro filmico.

Análisis de información de campo: la información recopilada en campo es revisada y analizada por el equipo de contexto para ser integrada al informe pericial.

Consolidación de información: el equipo de contexto consolida los informes de estado del arte y el informe de campo en un informe preliminar.

Informe pericial: el equipo de contexto escribe el informe pericial a ser entregado a la Corte Constitucional para su evaluación”.

En el texto del dictamen pericial, se describe asimismo la metodología empleada:

“METODOLOGÍA Y ALCANCE

Tratándose de un documento orientado a enmarcar los derechos de las comunidades accionantes de manera diferencial, se llevó a cabo un acopio de información secundaria (informes, textos académicos y archivos de prensa), actividad que se adelantó al inicio de la labor y con independencia del trabajo de campo.

Durante el trabajo de campo se llevaron a cabo 2 grupos focales en torno a la definición y caracterización de la percepción de las comunidades en cuanto a la posible vulneración de sus derechos al medio ambiente sano, consulta previa y a la salud con líderes y población aleatoriamente seleccionada para tal fin, así como entrevistas a líderes/as de las comunidades accionantes y representantes de la empresa Cerro Matoso S.A. (CMSA).

El presente acápite del concepto pericial (Contexto) tiene como finalidad presentar un marco de referencia sobre la historia, situación, conflictos y derechos de las comunidades accionantes y del tema de las economías extractivas a través de un estudio de bibliografía pertinente y fuentes primarias (entrevistas), de manera que la autoridad competente pueda

llegar a una decisión de manera informada y entendiendo claramente el contexto diferencial de los derechos en cuestión. Así, este aparte es referente para el trato de la información pericial”¹⁴².

Como puede advertirse, a diferencia de lo sostenido por CMSA, los dos antropólogos responsables de la construcción del “*Contexto antropológico y social*”, acogieron una metodología propia de las ciencias sociales, consistente en recolectar y sistematizar diversas fuentes documentales (fuentes secundarias) para luego realizar un trabajo de campo, consistente en entrevistas individuales y talleres con las comunidades afectadas (fuentes primarias), con miras a verificar y confrontar la información y los resultados obtenidos.

Una revisión de la bibliografía empleada para la construcción del contexto, evidencia su amplitud y confiabilidad ¹⁴³. A lo largo de una decena de páginas se incluyen más de 190 referencias bibliográficas, entre las cuales, se encuentran artículos académicos, publicaciones científicas, documentos de entidades oficiales del ámbito nacional e internacional, sentencias judiciales, leyes, planes de desarrollo de los municipios involucrados, entre otros.

También se incluyen las transcripciones de las siguientes entrevistas, en el Anexo E del dictamen pericial (pp. 266 a 317):

- Cacique Mayor Israel Aguilar. Guacarí-La Odisea;
- Grupo focal Torno Rojo
- Grupo focal Pueblo Flecha

En cuanto a la estructura del “*Contexto antropológico y social*”, éste comprende:

“15. RESULTADOS DEL CONTEXTO ANTROPOLÓGICO Y SOCIAL

15.1. OBJETIVO

15.2. METODOLOGÍA Y ALCANCE

15.3. PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

15.3.1. Tierra y territorio

15.3.2. Organización y representación de los pueblos indígenas

¹⁴² Visible a folio 175 del cuaderno 19

¹⁴³ Visible a folios 240 a 255 del cuaderno 19.

15.4. CONTEXTO JURÍDICO

15.4.1. Legislación Ambiental

15.4.2. Generalidades del Código Minero, Ley 685 de 2001

15.4.3. Minería y medio ambiente

15.4.4. Áreas de Reserva

15.5. CONTEXTO ECONÓMICO DEL EXTRACTIVISMO

15.6. CONSULTA PREVIA

15.6.1. El carácter previo de la consulta

15.6.2. La consulta debe ser adecuada y accesible

15.7 .SALUD

15.8 .MEDIO AMBIENTE SANO

15.9. DAÑO E IMPACTO COLECTIVO

15.10. DAÑO MORAL COLECTIVO DE ÍNDOLE AMBIENTAL

15.11. EL PUEBLO ZENÚ DEL RESGUARDO DEL ALTO SAN JORGE

15.11.1.Sistema de producción

15.11.2.Necesidades básicas insatisfechas (NBI) y pobreza

15.11.3.Organización social y política

15.11.4.Problemáticas actuales

15.11.5.Generalidades sobre el municipio de Puerto Libertador

15.11.6. Constitución del Resguardo Indígena del Alto San Jorge

15.11.7. Guacarí (La Odisea)

15.11.8. Centro América

15.11.9. Torno Rojo

15.11.10. Puente Uré

15.11.11. Puerto Colombia

15.11.12. Pueblo Flecha

15.11.13. Bocas de Uré

15.11.14. Problemáticas a las que hace referencia la comunidad

15.12. EL CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE SAN JOSÉ DE URÉ

15.12.1. El marco normativo de los derechos territoriales

15.12.2. Situación geográfica

15.12.3. Historia

15.12.4. Principales celebraciones, conmemoraciones, rituales colectivos

15.12.5. Caracterización actual

15.12.5.1. Alimentación

15.12.5.2. Necesidades básicas insatisfechas

15.12.5.3. Salud

15.12.5.4. Conflicto y violencia (Negrete Barrera, 2012)

15.12.5.5. La problemática ambiental de la minería

- 15.12.6. Población afrodescendiente en San José de Uré
- 15.13. CERRO MATOSO
- 15.13.1. Cronología del Contrato de Cerro Matoso
- 15.14. CONCLUSIONES DEL CONTEXTO SOCIAL Y ANTROPOLÓGICO
- 15.15. RECOMENDACIONES PARA AMINORAR LOS IMPACTOS MENCIONADOS
- 16. BIBLIOGRAFÍA
- 17. ANEXOS

En pocas palabras, el “*Contexto antropológico y social*” adelanta un análisis general sobre el régimen jurídico extractivo en Colombia y la consulta previa, para luego avanzar en un examen en profundidad sobre los daños ambientales que han sufrido las comunidades accionantes. Seguidamente, se realiza un estudio pormenorizado de cada grupo poblacional, tomando en consideración aspectos geográficos, históricos, culturales, ambientales, económicos, y sobre todo, de necesidades básicas insatisfechas.

En cuanto a las apreciaciones de carácter jurídico que realizan los peritos, en especial, las relacionadas con la necesidad de adelantar una consulta previa, las condiciones del contrato de concesión y las particularidades del régimen legal minero, la Corte considera que le asiste razón a la empresa Cerro Matoso S.A, por cuanto tales valoraciones exceden el contenido de un dictamen pericial, en los términos del artículo 226 del Código General del Proceso:

“**ARTÍCULO 226. PROCEDENCIA.** La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito.

No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas”. (negrillas agregadas).

Por el contrario, los apartes del “*Contexto antropológico y social*” relacionadas con las afectaciones ambientales y de salud que han sufrido

las comunidades indígenas y afrodescendientes aledañas a la mina de Cerro Matoso, serán valoradas conjuntamente con el abundante acervo probatorio obrante en el expediente, ciñéndose a las reglas de la sana crítica.

En conclusión: (i) Un análisis de contexto consiste en una metodología específica dirigida a examinar el marco geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual ha tenido lugar un fenómeno objeto de prueba; (ii) El contexto tiene como finalidad aportar una visión integral de los hechos del proceso, a efectos de comprender su verdadera dimensión y el ámbito en el cual se presentaron; (iii) El Código General del Proceso no incluye el contexto como un medio de prueba, sin embargo, este puede ser incorporado al proceso a través de otro medio bajo el principio de libertad probatoria, a condición de respetar los derechos de defensa y contradicción; (iv) El “*Contexto antropológico y social*” elaborado por el INMLCF no fue aportado como medio de prueba autónomo, aquel aparece incorporado en el texto de un dictamen pericial; (v) Su práctica fue legalmente decretada por la Corte Constitucional, se incluyó como parte de los objetivos específicos planteados por el INMLCF para la realización del peritaje, y contó con la aceptación y pleno conocimiento de la empresa accionada; (vi) La metodología utilizada, la extensa bibliografía que se incluyó en el dictamen y el estudio pormenorizado que se realizó de cada grupo poblacional, permite concluir la pertinencia y validez del mencionado peritazgo, a fin de ser avalado como parte del acervo probatorio obrante en el expediente; y (vii) Las apreciaciones de carácter jurídico realizadas por los peritos no son admisibles según el CGP, por lo tanto, no serán tenidas en cuenta por esta Corporación.

3. Validez de los exámenes de sangre y orina realizados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Durante el término de traslado del dictamen pericial elaborado por el INMLCF, el apoderado de la empresa Cerro Matoso S.A también formuló la siguiente solicitud:

“Como producto de lo señalado en este memorial y el documento técnico frente a las glosas realizadas al informe médico, se solicita que en la medida en que las inconsistencias denunciadas respecto de los niveles de níquel en sangre y orina llegaren a implicar una manipulación indebida de

uno de los componentes de la prueba, **en aplicación del artículo 29 de la Constitución se excluya del peritazgo los componentes viciados de ilegalidad.** En cualquier caso, frente a los elementos del peritazgo objeto de glosa se solicita que al momento de su valoración, se tenga en consideración las razones de hecho y de derecho aquí expuestas que censuran el valor científico de los segmentos del dictamen que se cuestionan”¹⁴⁴. (Negrillas agregadas)

El Magistrado Sustanciador, mediante Auto del 17 de febrero de 2017, resolvió:

“CUARTO. DISPONER que la solicitud de declaratoria de ilegalidad de los exámenes de orina y sangre sea resuelta en la Sentencia.”

De tal modo, y a efectos de resolver la petición formulada, la Corte: (i) analizará el decreto de la prueba; (ii) examinará la construcción de la metodología empleada por el INMLCF para la práctica de los exámenes de orina y sangre a los integrantes de las poblaciones seleccionadas; (iii) describirá el proceso de recolección, preservación y análisis de las muestras biológicas; y (iv) resolverá la solicitud del apoderado de la empresa accionada.

3.1 El decreto de la prueba de sangre y orina

La Corte Constitucional mediante Auto del 30 de enero de 2015 decretó, entre otras, la siguiente prueba:

“SEGUNDO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, ORDENAR al Instituto Nacional de Medicina Legal que con base en sus competencias legales dispuestas en los artículos 34, 35 y 36 de la Ley 938 de 2004, que con base en los censos e información poblacional remitida por el Ministerio del Interior mencionados en el numeral anterior, en un término de tres (3) meses que no podrá superar, a) disponga de un equipo médico especializado, entre toxicólogos, laborales, epidemiólogos, y los especialistas que considere necesarios, b) fije fecha y comunique a las entidades que la acompañarán y c) se traslade a las parcialidades indígenas, al resguardo Zenú del Alto San Jorge y al Consejo

¹⁴⁴ Visible a folio 41 del cuaderno 21

Comunitario de comunidades negras de San José de Uré, todos ubicados en los municipios de Puerto Libertador, Montelíbano y San José de Uré en el departamento de Córdoba, con el fin de practicar entrevistas, **exámenes médicos**, y todo lo que estime conveniente, a las personas allí asentadas que alegan presentar irritaciones en los ojos, erupciones y rasquiña en la piel y dificultades respiratorias con ocasión de las actividades de explotación que ejecuta Cerro Matoso S.A. Dichas actividades médicas deberán realizarse con observancia de los valores de la ética médica, como el consentimiento previo, libre e informado de las personas involucradas.

Con base en la información de campo recopilada por el grupo médico especializado, el Instituto Nacional de Medicina Legal, deberá allegar a la Corte Constitucional un dictamen pericial o concepto técnico en el que formule unas conclusiones en relación con la explotación adelantada por Cerro Matoso y los presuntos impactos a la salud”. ¹⁴⁵ (Negrillas y subrayados agregados)

El INMLCF, por medio de escrito radicado en la Secretaría General de la Corte el 22 de julio de 2015, manifestó la necesidad de limitar la práctica de exámenes de orina y sangre a una población de 1891 habitantes de las comunidades afectadas, es decir, una muestra representativa:

“teniendo en cuenta que el estudio y análisis de la totalidad de la población resulta altamente oneroso y ante la falta de recursos, esta Entidad presenta la propuesta de realizar el estudio consistente en analizar una muestra representativa de la totalidad de la población, conforme a los censos entregados por el Ministerio del Interior; es decir, al aplicar las fórmulas estadísticas para muestreo poblacional arroja como tamaño de la muestra 1891 valoraciones aproximadamente; **lo cual proporciona el 99% de confiabilidad del resultado obtenido y tan sólo el 5% de margen de error**; procedimiento que a todas luces es más productivo y menos oneroso que el estudio de la totalidad de la población.

Teniendo en cuenta lo anterior, el INML y CF realizó el presupuesto requerido para este tipo de análisis, el cual asciende a SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL MILLONES, SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL, DOSCIENTOS OCHENTA PESOS MCTE (\$771.635.280), suma

¹⁴⁵ Visible a folios 5 y 6 del cuaderno 11

que representa aproximadamente el 28% del presupuesto estimado inicialmente para el estudio de la totalidad de la población, con la diferencia que al realizar la toma de la muestra representativa de la población, **garantizamos un porcentaje más alto de confiabilidad de los resultados obtenidos**, máxime cuando los censos poblacionales de estas comunidades no se encuentran actualizados”.¹⁴⁶ (Negrillas agregadas)

El Magistrado Ponente, mediante Auto del 15 de marzo de 2016 accedió a la solicitud del INMLCF.

En conclusión: la realización de exámenes de orina y sangre en el curso del análisis pericial, constituye una prueba legalmente decretada por la Corte Constitucional, y se encuentra conforme a la normatividad aplicable y el derecho fundamental al debido proceso de cada una de las partes involucradas.

3.2 Construcción de la metodología empleada por el INMLCF

A lo largo del dictamen rendido por el INMLCF se describe en detalle la metodología acogida para su elaboración. Como punto de partida, se señala que en su “fase preparatoria” se efectuaron varias sesiones de trabajo con expertos de alto nivel de varias entidades estatales:

“Durante la fase preparatoria se llevaron a cabo varias reuniones con delegados(as) del Instituto Nacional de Salud, Ministerio de Salud y Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, **con el fin de construir la Metodología de trabajo de campo**. (negrillas agregadas)

Los participantes del INMLCF en esta actividad fueron:

- Fideligno Pardo Sierra, Médico, Coordinador del Grupo Nacional de Clínica y Odontología Forense.
- Camilo Andrés Castellanos Moreno, Médico, Magister en Toxicología, GNCOF (durante el año 2015).
- Jhon Henry Romero Quevedo, Odontólogo, Epidemiólogo, Centro Nacional de referencia sobre Violencia.

¹⁴⁶ Visible a folio 22 del cuaderno 11

- Gabriel David Liévano Gutiérrez, Antropólogo, Subdirección de Servicios Forenses.
- Paola Castañeda, Abogada, Oficina Jurídica.
- Zulay Cortés Méndez, Odontóloga, Subdirección de Servicios Forenses (a partir de julio de 2015)
- Damaris Heredia Melo, Médica, epidemióloga, CRNV (a partir de la visita preparatoria en diciembre de 2015).

Se contó con el liderazgo administrativo de la Subdirección de Servicios Forenses en cabeza del Dr. Pedro Emilio Morales Martínez”.¹⁴⁷

En igual sentido, el informe rendido por el INMLCF del 28 de julio de 2016 afirma:

“Documento metodológico:

Se desarrolló el documento metodológico del estudio con el apoyo de las instituciones involucradas. El INMLCF llevó a cabo **un total de 17 reuniones** técnicas con estas agencias para la elaboración de la metodología de trabajo de campo que respondiera a los requerimientos de la Corte Constitucional el cual permitió establecer el alcance, objetivos, métodos epidemiológicos, estadísticos y periciales para el abordaje del estudio.”¹⁴⁸ (Negrilla agregada)

Nótese que en la construcción de la metodología para la práctica de los exámenes médicos, participaron cuatro (4) entidades estatales: el INMLCF, el Instituto Nacional de Salud, el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

El INMLCF realizó asimismo varias visitas exploratorias a la región, con la intención de socializar con las comunidades la práctica de las pruebas médicas y de contexto, determinar las cantidades y calidades de insumos requeridos, e igualmente, establecer los sitios con las condiciones necesarias para realizar los exámenes científicos:

¹⁴⁷ Visible a folio 112 del cuaderno 19

¹⁴⁸ Visible a folios 238 y ss. del cuaderno 11.

“Visitas exploratorias en terreno

El equipo llevó a cabo durante el 2015 dos reuniones en campo (Montelíbano, Córdoba y las 8 comunidades accionantes):

La primera, del 17 al 19 de Junio de 2015 fue de carácter exploratorio y de divulgación inicial del proyecto con las autoridades de las 8 comunidades accionantes; en esta reunión participaron representantes del nivel nacional del INMLCF y el Director Seccional de Córdoba; el equipo de antropología social del nivel nacional realizó un acercamiento con la comunidad y creó los enlaces directos con los líderes para facilitar el desarrollo de las futuras actividades en terreno.

La segunda visita fue llevada a cabo durante el mes de diciembre de 2015, de preparación logística; en dicha asistencia se visitaron las 8 comunidades y se realizó una lista de chequeo para determinar las **condiciones locativas** y de acceso de cada comunidad **para el desarrollo del trabajo de campo**. Esta visita permitió determinar **el listado de insumos requeridos para el buen desarrollo de las actividades planeadas**, así como la gestión local necesaria para disponer de **espacios físicos adecuados para la valoración médica**. Se pudo determinar que en la mayoría de las comunidades las escuelas y los salones comunales eran las áreas más propicias para el trabajo de campo.¹⁴⁹ (Negrillas agregadas)

Importa destacar que estas reuniones y la determinación de los lugares para efectuar los exámenes de sangre y orina, no fueron desconocidos por los representantes de Cerro Matoso S.A, más aún, algunas de las socializaciones tuvieron lugar en sedes y edificios de la empresa:

“Etapas de desplazamiento y socialización

El 04 de abril el equipo nacional y regional del INMLCF se desplaza a Montelíbano. El día 05 de abril realiza la reunión de socialización del trabajo de campo; esta reunión se llevó a cabo en **la sede central de la Fundación Cerro Matoso** y contó con la participación de representantes de la comunidad, abogados de las partes y **funcionarios de Cerromatoso**

¹⁴⁹ *Ibidem*.

(CMSA). Las partes exponen su preocupación por los censos con los cuales se realizó el muestreo; la población y sus apoderados refieren que los censos están desactualizados y no son representativos de la población; por su parte Cerro Matoso aclara la necesidad de usar censos oficiales para garantizar la transparencia del estudio y dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional.¹⁵⁰ (Negrillas agregadas)

Incluso, la entidad accionada suscribió un convenio con el INMLCF destinado a la compra de los insumos y las tecnologías necesarias para la recolección y análisis de las muestras de orina y sangre, de hecho, fue la misma empresa Cerro Matoso S.A, quien aportó dichos elementos a la entidad estatal:

“En relación a los autos de la referencia, se hace necesario informar a la Honorable Corte Constitucional, que el INML Y CF ha realizado todas las gestiones administrativas y financieras referentes con la **adquisición y suministro de los insumos y la tecnología por parte de CERRO MATOSO S.A**; elementos indispensables para que la entidad pueda dar cabal cumplimiento a lo ordenado por su despacho.

En virtud de tales gestiones, el día 10 de noviembre de 2015 se suscribió el Acuerdo de Voluntades entre el INML Y CF y CERRO MATOSO S.A el cual permite que la entidad reciba los insumos y tecnología indispensables para el desarrollo de la prueba pericial por parte de una entidad particular como lo es Cerro Matoso”.¹⁵¹

Las valoraciones médicas no se limitan a los resultados de las muestras de sangre y orina, también incluyen:

- Una valoración clínica completa con especial énfasis en la captura de información de todos los síntomas referidos por el examinado;
- Completar todas las etapas del examen físico (inspección, palpación, percusión y auscultación) y documentar la totalidad de los signos clínicos haciendo uso del conocimiento en semiología;

¹⁵⁰ Visible a folios 239 y 240 del cuaderno 11

¹⁵¹ Visible a folio 181 del cuaderno 11.

- Toma de imágenes fotográficas de hallazgos positivos del examen físico;
- Toma de imágenes radiográficas destinadas a corroborar los síntomas y enfermedades de las vías respiratorias inferiores y evaluar la posible alteración en la arquitectura pulmonar debido a la aspiración de material particulado.¹⁵²

3.3 El proceso de recolección, preservación y análisis de las muestras biológicas

En el dictamen rendido por el INMLCF se describe, con alto grado de detalle, los procesos de recolección, preservación y análisis de las muestras biológicas, con el fin de garantizar la protección de las muestras, el registro exhaustivo de la cadena de custodia, y la precisión de los resultados ¹⁵³:

“Recolección de muestras biológicas

Todos los procedimientos de tomas de muestras biológicas **se fundamentaron en las guías de manejo de muestras, los manuales de procedimientos periciales y de cadena de custodia** del INMLCF y los documentos suministrados por el laboratorio encargado del procesamiento de las muestras.

Estos elementos materiales probatorios (**muestras de sangre y orina**) **se embalaron, almacenaron y transportaron hacia el sitio designado** para su procesamiento, **dejando el registro respectivo** de estas actividades mediante el diligenciamiento del **formato de cadena de custodia**.

Las muestras de sangre fueron recolectadas en tubos tapa lila y tapa amarilla (4 cc aproximadamente por cada tubo); las muestras de orina fueron recolectadas en frasco plástico estándar. Al momento de tomar la muestra de orina no se logró garantizar el lavado de manos y del área genital recomendado por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá para la toma de muestra, porque en las zonas de trabajo de campo (en cada una

¹⁵² Visible a folios 116 a 123 del cuaderno 19

¹⁵³ Visible a folios 111 y ss. del cuaderno 19

de las Comunidades accionantes) las condiciones de los sanitarios eran precarias, puesto que, en la mayoría no había servicio de acueducto ni alcantarillado. A pesar de la disposición de las comunidades para mantener limpios los espacios en los que se iban a tomar las muestras de orina, por la carencia de servicios públicos, no se contó con un espacio estéril para que las personas valoradas tomaran dicha muestra. **Con el fin de evitar la adulteración de la muestra, las bacteriólogas acompañaban a cada uno/a de los/as usuarios/as a la zona de los baños para la toma respectiva.**

Por medio de un operador encargado del transporte de dichas muestras se procuró **garantizar la cadena de frío y atendiendo a los parámetros de seguridad, almacenamiento y transporte de muestras pertinentes.** Estas fueron direccionadas hacia el laboratorio de toxicología de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá para su procesamiento y análisis.”
(Negrillas agregadas)

Los tiempos de envío de las muestras para su procesamiento en la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá se presentan a continuación:

Tabla 8.5. Cronograma de recolección y traslado de muestras

La Odisea	41	001 – 041	11 de abril	14 de abril	18 de abril	18 de abril	7
La Odisea	13	042 – 054	12 de abril	14 de abril	18 de abril	18 de abril	6
Centro América	45	055 - 099	13 de abril	14 de abril	18 de abril	18 de abril	5
Centro América	50	100 - 149	14 de abril	16 de abril	18 de abril	18 de abril	4
Centro América	17	150 - 166	15 de abril	16 de abril	18 de abril	18 de abril	3
Torno Rojo	73	167 - 239	18 de abril	20 de abril	26 de abril	27 de abril	9

Torno Rojo	69	240 - 308	19 de abril	22 de abril	26 de abril	27 de abril	8
Torno Rojo	39	309 - 347	20 de abril	22 de abril	27 de abril	28 de abril	8
Puente Uré	44	348 - 391	21 de abril	22 de abril	27 de abril	28 de abril	7
Puerto Colombia	86	392 - 477	22 de abril	26 de abril	2 de mayo	3 de mayo	11
Puerto Colombia	43	478 - 520	25 de abril	26 de abril	2 de mayo	3 de mayo	8
Pueblo Flecha	66	521 - 586	26 de abril	27 de abril	4 de mayo	5 de mayo	9
Pueblo Flecha	90	587 - 676	27 de abril	2 de mayo	4 de mayo	5 de mayo	8
Pueblo Flecha	51	677 - 727	28 de abril	2 de mayo	4 de mayo	5 de mayo	7
Bocas de Uré	89	728 - 816	29 de abril	2 de mayo	4 de mayo	5 de mayo	6
Bocas de Uré	93	817 - 909	30 de abril	2 de mayo	10 de mayo	11 de mayo	11
San José de Uré	83	910 - 992	3 de mayo	4 de mayo	10 de mayo	11 de mayo	8
San José de Uré	97	993 - 1089	4 de mayo	6 de mayo	10 de mayo	11 de mayo	7
San José de Uré	61	1090 - 1151 (1093 No)	5 de mayo	6 de mayo	10 de mayo	11 de mayo	6

Fuente: Construcción propia. INMLCF. ¹⁵⁴

Las anteriores afirmaciones del INMLCF ponen de presente los cuidados, precauciones y medidas que se tomaron para el proceso de recolección de muestras y, lo más importante, la preservación de su cadena de custodia. Así mismo, se señala que, inclusive, las bacteriólogas acompañaron a cada uno de los pobladores a los baños para la toma respectiva, para garantizar así la idoneidad de las muestras y evitar su adulteración.

¹⁵⁴ Visible a folios 118 y 119 del cuaderno 19.

También se corrobora en el expediente que la entidad estatal capacitó a su personal humano en equipos de trabajo para cada uno de los procesos que se llevarían a cabo y el uso de los instrumentos necesarios para realizar la valoración médica. Así mismo, realizó un simulacro con un equipo interdisciplinario y la participación del cabildo indígena Zenú Guacarí-La Odisea.¹⁵⁵

En relación con las técnicas de laboratorio empleadas, el dictamen explica a profundidad el método utilizado para realizar el análisis de las muestras de orina y sangre:

“Técnica de análisis de laboratorio

Análisis de níquel **por método espectrofotómetro de absorción atómica – horno de grafito.**

Introducción

La espectroscopia de absorción atómica es una técnica de análisis instrumental, capaz de detectar y determinar cuantitativamente la mayoría de los elementos comprendidos en el sistema periódico.

La Espectroscopia de Absorción Atómica - Horno de grafito tiene la capacidad de medir trazas de elementos químicos tales como plomo, cadmio, níquel y su acampo de aplicación es útil en la determinación de sustancias contaminantes a nivel de trazas, en particular de metales pesados. Se aplica esta técnica a los campos de análisis de agua, industria farmacéutica, bioquímica y toxicología, industria alimentaria etc.

Fundamento del método

La determinación se realiza por calentamiento progresivo de la muestra en tres o más etapas. El vapor atómico elemental resultante absorbe radiación a la longitud de onda característica de níquel a la señal del detector que aumenta hasta un máximo después de unos pocos segundos de la ignición y decae rápidamente a cero cuando los productos de la atomización se

¹⁵⁵ Visible a folios 240 y 241 del cuaderno 19.

expulsan fuera del tubo de grafito. **La cuantificación del Níquel** presente se efectúa por espectrofotometría de absorción atómica a 232 nm, utilizando Horno de grafito con curva de calibración de un patrón de Níquel en solución acuosa. El análisis cuantitativo se basó en medidas de altura.

Procedimiento de análisis

Las muestras biológicas se procesaron en el Laboratorio de Toxicología del Laboratorio de Salud Pública de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá. El contenido de níquel en sangre y orina se determinó mediante una metodología que utiliza la Técnica Analítica de Espectrofotometría de absorción atómica con horno de grafito, en un Espectrofotómetro de Absorción Atómica Thermo iCE 3400 AA con Horno Grafito GF95 y automuestreador para el horno de grafito FS95, sistema de refrigeración, el software para análisis de datos es el SOLAAR AA V 11,03. La metodología tiene un rango de análisis de 0 µg/L a 40 µg/L y un límite de detección de 0,065µg/L. $Y = 0.01322x + 0.0093$ Ajuste: 0.9994, Conc Característica: 0.3329. Las muestras fueron analizadas siguiendo las políticas de calidad analítica del laboratorio.

Muestras

Todo el material de laboratorio utilizado, tanto de vidrio como de plástico se lavó con detergente, luego se sumergió en HNO₃ y se enjuagó abundantemente con agua y finalmente con agua Milli-Q.

Las muestras de orina se homogeneizaron y filtraron antes de ser analizadas. En el análisis previo las muestras se acidificaron con HNO₃ Suprapur y Adición de modificador de matriz: Tritón X-100 y Dihidrógeno de amonio, las muestras de sangre se adicionó un modificador de matriz: Tritón X-100 y dihidrógeno de amonio (Jiménez Herraís, 2005; Ruiz, Patiño Reyes, & Bogotá, 2015).

Valores de referencia

Se tomaron como valores de referencia internacionales del laboratorio INSPQ (Institut National de Santé Publique du Québec) en sangre total <0,59µg/L y en orina 1,78µg/L”. ¹⁵⁶ (Negrillas agregadas)

¹⁵⁶ Visible a folios 119 y 120 del cuaderno 19.

Con lo cual, se corrobora que el método y la técnica científica para realizar el dictamen pericial no incurrió en los errores alegados, y además, se tomaron precauciones de tal magnitud, que se lavó todo el material utilizado con detergente, HNO₃ (ácido nítrico) y agua Milli-Q (sistema de agua ultra pura).

De igual manera, el INMLCF tuvo la precaución de fijar criterios de inclusión y de exclusión de la población que participaría en la práctica de los exámenes:

“CRITERIOS DE INCLUSIÓN

Personas registradas en los censos poblacionales actualizados y suministrados por el Ministerio del Interior pertenecientes a las poblaciones indígenas y afrocolombianas que hacen parte de las comunidades de Torno Rojo, Bocas de Uré, Puerto Colombia, Unión Matoso en Puerto Flecha, Guacarí, en la Odisea; Centro América, Puente Uré; así como el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré.

CRITERIOS DE EXCLUSIÓN

- Individuos pertenecientes a estas etnias que se encuentren de paso en la zona y no se encuentren registrados en los censos del Ministerio del Interior.
- Sujetos asentados en el área de investigación en proximidad a CMSA que no pertenezcan a las comunidades vinculadas al Auto T.126.294”.¹⁵⁷

En conclusión: el INMLCF adoptó protocolos científicos y precauciones exhaustivas para garantizar que las muestras de sangre y orina fueran correctamente tomadas, almacenadas, embaladas, remitidas a la ciudad de Bogotá y debidamente analizadas, de conformidad con las metodologías científicas vigentes.

¹⁵⁷ Visible a folio 111 del cuaderno 19

3.4 Resolución de la petición formulada por CMSA

Durante el término de traslado del dictamen pericial, el apoderado de CMSA objetó la validez de los exámenes de sangre y orina, alegando que de acuerdo al texto del dictamen, los altos resultados de níquel podrían indicar la contaminación de las muestras, debido a la presencia de “*factores externos*”, presentes al momento de tomarlas.

En respaldo de su afirmación, cita las conclusiones a las que arribaron tres (3) presuntos expertos internacionales, quienes el 7 de diciembre de 2016 realizaron una reunión de trabajo con el equipo del INMLCF. Al respecto, trae a colación la siguiente afirmación, vertida en el texto del dictamen rendido por el INMLCF: “*En dicha reunión se corrobora la posibilidad de contaminación de las muestras debido a factores ambientales en terreno y al procesamiento del material de muestreo*”.¹⁵⁸

En tal sentido, el apoderado de la empresa accionada remitió a la Corte un escrito afirmando:

“se insistió que el análisis de asociación de la anomalía registrada, quedaba pendiente hasta que no se indague a fondo sobre la intervención o no de una **influencia externa**, fallas en la cadena de custodia, **deficiencias de algún tipo** en los métodos y análisis de laboratorio, **contaminación de las muestras en terreno**, **fallas en el laboratorio** o **auto ingesta**, entre otras posibilidades.

En un estudio donde se lleva a cabo un procesamiento de muestras, se pueden encontrar múltiples alteraciones a nivel de las fase pre-analítica (antes de la toma de muestras y en la toma de muestra propiamente dicha), al igual que en la fase analítica, donde se producen fallas técnicas y, por ende, se altera el resultado (Por ejemplo: deficiente preparación del paciente; manipulación externa; inadecuada preparación de los elementos y contaminaciones cruzadas, falta de estandarización de la muestra, entre muchas otras más).

La situación no puede conllevar a que, a la luz de los preceptos de la calidad en el procesamiento de muestras de laboratorio clínico, se manifieste simplemente que los recipientes no contenían níquel”.¹⁵⁹ (Negrillas agregadas)

¹⁵⁸ Visible a folio 169 del cuaderno 19

¹⁵⁹ Visible a folios 87 y 88 del cuaderno 20

En pocas palabras, según el apoderado de CMSA, esta Corporación debe descartar por completo los resultados de los exámenes de orina y sangre practicados por el INMLCF, debido a que los niveles atípicos de níquel encontrados, indicarían la posibilidad de contaminación de las muestras, a causa de una amplia gama de alternativas que pudieron tener lugar, incluyendo la auto ingesta del químico por parte de los indígenas y afrodescendientes.

La Corte no accederá a la solicitud del peticionario, por las siguientes razones:

Una revisión detallada del dictamen rendido por el INMLCF evidencia que, a lo largo de más de ciento sesenta y ocho (168) páginas los peritos explican, en profundidad, las metodologías y los resultados obtenidos, no sólo de las tomas de orina y sangre, sino además de los exámenes médicos y radiológicos practicados a un amplio número de integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habitan en las cercanías de la mina de Cerro Matoso.

La inconformidad central de la empresa, radica en que los resultados obtenidos verifican que todos los pacientes presentaron niveles elevados de níquel en orina y sangre:

Tabla 11.35. Medidas de tendencia central de los niveles de níquel en sangre por comunidad. Estudio pericial de exposición a níquel en municipios aledaños a la mina de CMSA. Córdoba, Colombia, año 2016

Comunidad	Promedio	Desviación	Coficiente de variación (%)	Mínimo	Primer Cuartil	Mediana	Tercer Cuartil	Máximo
Bocas de Uré	11,764	5,799	202,866	2,615	7,750	10,874	14,901	28,244
Centro América	13,846	3,526	392,639	3,642	12,083	14,113	15,901	26,517
Guacarí / La Odisea	9,500	2,163	439,223	2,837	8,092	9,602	10,676	13,635
Puente Uré	10,446	2,780	375,794	3,278	9,754	10,823	12,174	15,452
Puerto Colombia	4,591	3,301	139,068	1,044	2,731	3,880	5,314	30,154

San José de Uré	14,939	4,340	344,220	6,677	12,327	13,975	15,864	33,241
Torno Rojo	9,946	5,037	197,443	0,011	7,079	9,292	12,107	52,322
Unión Matoso / Pueblo Flecha	6,922	2,451	282,367	1,608	5,093	7,037	8,404	14,124

Fuente: Elaboración propia. Estudio pericial. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016.¹⁶⁰

El fundamento de la solicitud indicada, yace en la página 169 del informe pericial, en la cual se afirma:

“La revisión bibliográfica en torno a la toxicología del níquel revela que los niveles obtenidos en el muestreo tanto en sangre como en orina (pero especialmente en orina) están por encima de los datos arrojados por estudios llevados a cabo a nivel mundial, incluso para estudios ocupacionales realizados en trabajadores con exposición crónica al níquel; **dichos niveles atípicos podrían indicar** la posibilidad de presencia de factores externos que hayan alterado la confiabilidad en el proceso de toma de muestras.”¹⁶¹ (Negritas y subrayados agregados)

Los expertos consultados encontraron que las cantidades de níquel hallados en la orina y sangre de los pacientes están por encima de los niveles detectados en cualquier parte del mundo. Tal descubrimiento los llevó a pensar que quizá algún factor externo habría incidido en los resultados.

En el texto del peritazgo también se afirma que:

“Ante dicha posibilidad de contaminación de las muestras tomadas, el 14 de diciembre se realiza una reunión interdisciplinaria e interinstitucional entre el INMLCF, Secretaría de Salud de Bogotá, Instituto Nacional de Salud y el Ministerio de Salud. En esta reunión se pone de manifiesto la incertidumbre generada en los resultados del bio-monitoreo y desde la Secretaría de Salud de Bogotá **se plantea adelantar unas pruebas adicionales para descartar o confirmar una presunta contaminación de los recipientes empleados para la recolección de las muestras** la cual está pendiente de ser llevada a cabo pero se espera se realice a principios del año 2017. **Los resultados de dichas pruebas brindarán**

¹⁶⁰ Visible a folio 152 del cuaderno 19

¹⁶¹ Visible a folio 179 del cuaderno 19.

aportes significativos para la valoración metodológica “. ¹⁶² (Negrillas agregadas)

Efectivamente, el INMLCF remitió un oficio aclaratorio de su dictamen el 17 de enero de 2017, planteando que las pruebas adicionales ya se habían efectuado y su resultado indicaba la idoneidad de los recipientes:

“Teniendo en cuenta que en la página 169 del informe pericial de exposición a Níquel en las comunidades indígenas y afrocolombianas se hizo referencia a la **posible presencia** de Níquel en frascos de orina y tubos tapa lila usados para la recolección de las muestras en el estudio llevado a cabo en los municipios de Montelíbano, San José de Uré y Puerto Libertador del Departamento de Córdoba; comedidamente nos permitimos allegar el informe de resultados remitidos por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, en donde se concluye: *“los frascos para la recolección de muestras de orina no tienen niveles de níquel detectables dentro de su composición; los tubos tapa lila para recolección de muestras de sangre no tienen niveles de níquel detectables dentro de su composición”.*” Por lo anterior, **se concluye que los recipientes usados para la recolección de las muestras biológicas (frascos para orina y tubos tapa lila para recolección de sangre) se encuentran libres de níquel**” ¹⁶³. (Negrillas y subrayados agregados)

En el referido informe, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá concluye:

“5. Conclusiones

- Los frascos para la recolección de muestras de orina no tienen niveles de níquel detectables dentro de su composición.
- Los tubos tapa lila para la recolección de muestras de sangre no tienen niveles de níquel detectables dentro de su composición”. ¹⁶⁴

De este modo, se descartó por completo que los recipientes donde fueron recolectadas las muestras de orina y sangre se encontraban contaminadas con níquel.

¹⁶² Visible a folio 170 del cuaderno 19. Página 169 del dictamen.

¹⁶³ Visible a folios 56 y siguientes del cuaderno 20

¹⁶⁴ Visible a folio 60 del cuaderno 20.

Frente a tal conclusión, el apoderado de Cerro Matoso insiste en señalar la existencia de otras posibles explicaciones a los elevados niveles de níquel encontrados, tales como fallas en la cadena de custodia, deficiencias de algún tipo en los métodos y análisis de laboratorio, la contaminación de las muestras en el terreno, e incluso la auto ingesta del metal por los pacientes antes del examen.

Sobre el particular, la Corte advierte que el peticionario no aporta prueba alguna de sus afirmaciones, las cuales terminan quedando en un plano meramente hipotético y especulativo. Ante la acusación que se hace a la entidad estatal de haber cometido errores de tal gravedad, pese a los altos recursos financieros y humanos invertidos en la realización del dictamen, la exigencia mínima a la empresa accionada es aportar elementos probatorios que sustenten sus argumentos, y no basarse en meras conjeturas.

Aunado a lo anterior, según consta en el Acta de una reunión realizada el 7 de diciembre de 2016 en la sede del INMLCF, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá realizó un segundo análisis de las muestras, corroborando los resultados previamente obtenidos:

“También la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá indica que se realizó un **muestreo** y análisis de sangre, proveniente del Banco de sangre; indicando que **los resultados también dieron niveles altos de níquel** en sangre. Así mismo la técnica empleada fue la estandarizada.”¹⁶⁵

La anterior afirmación corrobora que los altos niveles de níquel, hallados en la orina y sangre de los pacientes, fueron verificados mediante un muestreo posterior.

Es importante señalar que, el 8 de febrero de 2017 el Ministerio de Salud remitió a la Corte un “*Informe de acciones adelantadas durante el año 2016 en cumplimiento a los Autos emitidos por la Corte Constitucional con fechas del 30 de enero de 2015 y del 28 de julio de 2015, expedientes T-4.126.294 y 4.298.584 de 2015*”. En dicho documento, el Ministerio afirma:

¹⁶⁵ Visible a folio 155 del cuaderno 20. Reuniones

“El día doce (12) de enero de 2017, mediante radicado de entrada No. 201742300047712, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá respondió el comunicado enviado por este Ministerio en el mes de diciembre, respecto de la metodología empleada en el análisis de níquel en muestras biológicas, indicando que **el proceso fue estandarizado y verificado mediante controles de calidad NIST (National Institute of Standards and Technology)**”.¹⁶⁶ (Negrillas agregadas)

En conclusión: la Corte no accede a la solicitud del apoderado de Cerro Matoso S.A, en el sentido de excluir las pruebas de orina y sangre practicadas por el INMLCF a 1147 integrantes de las comunidades indígenas de Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y Unión Matoso-Pueblo Flecha, y el Consejo Comunitario de San José de Uré.

Lo anterior por cuanto: (i) la prueba fue legalmente decretada; (ii) no se demostró la existencia de inconsistencias o fallas en la metodología empleada para la recolección, almacenamiento, embalaje, transporte y análisis de las muestras biológicas; (iii) la misma empresa Cerro Matoso S.A fue quién adquirió los insumos y tecnologías necesarias para la práctica de los exámenes médicos; (iv) el INMLCF tomó precauciones exhaustivas para garantizar la idoneidad de los lugares, los funcionarios, el transporte y el análisis de las muestras obtenidas; (v) los métodos científicos empleados para el análisis de níquel en muestras biológicas fue estandarizados y verificados mediante controles de calidad NIST; (vi) la Secretaría Distrital de Salud realizó un segundo examen de muestras de sangre, arrojando idénticos resultados; (vii) la presencia de elevadísimos niveles de níquel en la sangre y orina de los pacientes, los cuales superan los estándares conocidos en el contexto internacional, no significa, *per se*, la existencia de factores externos contaminantes. Por el contrario, es necesario tomar en cuenta: las décadas de exposición al mineral, la cercanía con la mina, y su potencialidad de generar daños, entre otros factores que podrían explicar los señalados niveles de contaminación.

¹⁶⁶ Visible a folios 151 a 169 del cuaderno 20.

E. DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS, SUBREGLAS CONSTITUCIONALES Y RESOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

1. ASPECTOS PRELIMINARES

De manera precedente al estudio y solución de los problemas jurídicos que suscita el presente caso, la Corte constata el cumplimiento de los requisitos de *subsidiariedad e inmediatez* en las acciones de tutela formuladas a favor de las comunidades: Torno Rojo, Bocas de Uré, Puerto Colombia, Pueblo Flecha, Guacarí, Centro América y Puente Uré, pertenecientes al Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, así como el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré.

En relación con el requisito de **subsidiariedad** se destaca que el mecanismo tutelar es el medio idóneo y eficaz para solicitar el amparo del derecho fundamental a la consulta previa. Las pretensiones de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho “*sólo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no están en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa*”¹⁶⁷.

Por su parte, las acciones de reparación directa, en sede contencioso administrativa, y de responsabilidad extracontractual, ante la jurisdicción ordinaria, tienen como objeto la reparación de perjuicios. En el presente caso, si bien se denuncia la afectación del medio ambiente circundante y la generación de enfermedades como producto de la explotación minera, los demandantes no pretenden una indemnización por tales hechos, sino el cumplimiento del proceso consultivo reconocido en el Convenio 169 de la OIT a fin de garantizar su participación y sobrevivencia.

Frente a la acción popular, resulta necesario hacer énfasis en que el conflicto *sub iudice* no versa sobre derechos colectivos sino garantías de carácter *ius fundamental* en cabeza de sujetos de especial protección constitucional, lo cual se colige de la naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa y su relación con el amparo del medio ambiente y la salud de las comunidades étnicas.

¹⁶⁷ Sentencias T-576 de 2014, T-197 de 2016 y T-630 de 2016.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera uniforme y consistente que: *“no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente, compete al juez de tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”*¹⁶⁸.

Respecto al requisito de **inmediatez**, la Corte verifica que el Otrosí No. 4 al Contrato 051-96M se suscribió el día 27 de diciembre de 2012 y las acciones de tutela se formularon los días 28 de junio y 17 de julio de 2013, con lo cual se constata que la tutela se ejerció dentro de un término oportuno, justo y razonable en relación con las circunstancias que dieron lugar a la presunta vulneración, más aún, si se tiene en cuenta la extensión, complejidad y relevancia de la modificación contractual.

Se resalta que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la trascendencia de afectaciones que tienen un carácter continuo en el tiempo, como lo son, la permanente ejecución de medidas que no han sido consultadas o el agravamiento de las condiciones que enfrentan los accionantes¹⁶⁹.

Ahora bien, esta Corporación dividirá el posterior análisis en tres puntos centrales a efectos de propiciar una mejor comprensión de los problemas jurídicos que envuelve el presente caso y la solución de los mismos: (i) Se determinará si los fallos de instancia fueron acertados respecto a la legitimación activa de los accionantes; (ii) Se examinará la protección del derecho fundamental a la consulta previa de las ocho comunidades involucradas; y (iii) Se esclarecerá la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al medio ambiente sano y a la salud humana.

¹⁶⁸ Sentencia T-384A de 2014. Al respecto, consultar las sentencias SU-039 de 1997, SU-383 de 2003, T-547 de 2010, T-698 de 2011, T-993 de 2012, T-1080 de 2012, T-858 de 2013, T-576 de 2014, T-800 de 2014, T-857 de 2014, T-550 de 2015, T-766 de 2015, T-436 de 2016, T-630 de 2016, T-002 de 2017, T-080 de 2017, SU-097 de 2017, T-201 de 2017 y SU-217 de 2017.

¹⁶⁹ Consultar, entre otras, las Sentencias T-079 de 2010, T-447 de 2013, T-005 de 2016 y T-436 de 2016.

En cada uno de estos apartados, el juez constitucional:

- Indicará los problemas jurídicos a resolver;
- Examinará las posturas de las partes e intervinientes;
- Derivará las subreglas constitucionales aplicables;
- Aportará los fundamentos de dichas subreglas; y
- Resolverá el caso concreto.

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

2.1 Problemas jurídicos

- a. ¿Un ciudadano puede actuar como agente oficioso de unas comunidades indígenas y afrodescendientes, cuando quiera que éstas se encuentran en condiciones de acudir ante la justicia constitucional y de hecho así lo hicieron?
- b. ¿Se precisa que un cabildo o una parcialidad indígena haya sido reconocida como resguardo, a efecto de poder invocar sus derechos fundamentales en sede de tutela?
- c. ¿Se requiere que el Ministerio del Interior certifique la inscripción de una población étnica en el *Registro de consejos comunitarios de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras*, para que ésta pueda formula acción de tutela en pro de sus garantías constitucionales?

2.2 Posturas de las partes y entidades intervinientes

Expediente T- 4.126.294

En el proceso de amparo adelantado por el señor Javier Martín Rubio Rodríguez, quien actuó en calidad de agente oficioso de las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas, las entidades accionadas guardaron

silencio, según lo afirma la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería en su fallo del 15 de julio de 2013¹⁷⁰.

Expediente T- 4.298.584

a. Representantes de las comunidades accionantes

El señor Israel Aguilar Solano, en calidad de representante del Cabildo Indígena Zenú del Alto San Jorge, y Luis Hernán Jacobo Otero, como Presidente del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Uré, sostuvieron que aportaron certificaciones del Ministerio del Interior y de la Secretaría del Interior y Participación Ciudadana de Córdoba que acreditan su legitimación por activa ¹⁷¹.

b. Empresa Cerro Matoso S.A

El apoderado judicial de la empresa señaló que el señor Aguilar Solano no se encuentra legitimado para interponer la acción de tutela, toda vez que: (i) el Resguardo Indígena Zenú se encuentra en proceso de constitución; y (ii) en la demanda omitió señalar qué comunidades del futuro resguardo indígena Zenú podrían sufrir afectaciones directas por el desarrollo de actividades mineras.

Así mismo, argumentó que no se encontraba acreditada la existencia del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, ni que el señor Jacobo Otero lo representara¹⁷².

2.3 Subreglas constitucionales

- (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

¹⁷⁰ Visible a folio 31 del cuaderno No. 1.

¹⁷¹ Visible a folios 25 y 28 del cuaderno No. 2 de la acción de tutela radicada bajo el número 4.298.584

¹⁷² Visible a folios 3 y 4 del cuaderno No. 3 de la acción de tutela radicada bajo el número 4.298.584.

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.

2.4 Fundamentos de las subreglas constitucionales

2.4.1 Legitimación activa y agencia oficiosa en la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley. De acuerdo con esta norma, ella puede ser ejercida por el propio afectado o por quien actúe en su nombre.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, a su vez, señala que la acción de tutela puede ser interpuesta directamente por el afectado, a través de su representante legal o de su apoderado judicial, o, en caso de que el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, por un tercero que agencie sus derechos. Este último supuesto se denomina *agencia oficiosa*.

El fundamento de esta figura procesal se basa en tres principios constitucionales: (i) Eficacia de los derechos fundamentales, (ii) Prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y (iii) Solidaridad. En este sentido, la Sentencia T-531 de 2002 establece:

“El fundamento de validez de la norma de permisión consistente en la potestad en cabeza de personas indeterminadas para promover acción de tutela en favor de terceros se encuentra en el enunciado normativo del segundo inciso del artículo 10 del decreto 2591 de 1991 en el cual el legislador delegado previó que se podían agenciar derechos ajenos

“cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.”

*Para la Sala la validez de esta norma de permisión se ve reforzada con tres principios constitucionales: el **principio de eficacia de los derechos fundamentales**, que como mandato vinculante tanto para las autoridades públicas como para los particulares, impone la ampliación de los mecanismos institucionales para la realización efectiva de los contenidos propios de los derechos fundamentales. El **principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas** el cual en estrecha relación con el anterior está dirigido a evitar que por circunstancias artificiales propias del diseño de los procedimientos se impida la protección efectiva de los derechos. Y el **principio de solidaridad** que impone a los miembros de la sociedad colombiana velar por la defensa no sólo de los derechos fundamentales propios, sino también por la defensa de los derechos ajenos cuando sus titulares se encuentran en imposibilidad de promover su defensa.”¹⁷³*

La Corte también ha explicado que la agencia oficiosa sólo procede ante la verificación de los siguientes elementos normativos:

“(i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal; (ii) la circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa; (iii) la existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos; (iv) la ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente”¹⁷⁴.

En sentido similar, la Sentencia SU-055 de 2015 se refirió a las hipótesis en las cuales debe aplicarse esta figura:

“Para que se configure la agencia oficiosa, [se requiere] la concurrencia de dos elementos: (i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia.

¹⁷³ Énfasis agregado.

¹⁷⁴ Sentencia T-531 de 2002, y T-214 de 2014, entre otras.

En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales.”

Así las cosas, si estos requisitos no se acreditan en el caso concreto, como por ejemplo, cuando la persona o comunidad que se busca amparar está en condiciones de acudir a la jurisdicción en defensa de sus derechos fundamentales, el juez constitucional deberá declarar improcedente la acción de tutela¹⁷⁵.

2.4.2 Legitimación activa en supuestos de resguardos en vía de constitución o consejos comunitarios no registrados

La Carta Política reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, así como el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado Social de Derecho¹⁷⁶, aspectos que resultan determinantes a la hora de examinar aquellos casos en los que se condiciona la protección de comunidades étnicas a una certificación o registro administrativo.

Sobre este punto, la Sala destaca que tal condicionamiento contraría la especial protección que deben el Estado y los particulares a las poblaciones indígenas y afrodescendientes. Argumentar lo contrario conduciría a un resultado inadmisibles: la eficacia de la consulta previa, el derecho a poseer un territorio, la facultad de autogobernarse y administrar justicia, la defensa de sus tradiciones, religión y cultura, entre otros, quedarían supeditados a

¹⁷⁵ En la Sentencia T-995 de 2008 se dispone: “configurados los elementos normativos anteriormente señalados se perfecciona la legitimación en la causa por activa y el juez de tutela estará en la obligación de pronunciarse de fondo sobre los hechos y las pretensiones relacionadas en el escrito de tutela. Si los mismos no se presentan en el caso concreto, el juez deberá según el caso rechazar de plano la acción de tutela o en la sentencia no conceder la tutela de los derechos fundamentales de los agenciados. No obstante lo anterior, en virtud del principio de eficacia de los derechos fundamentales, es deber del juez constitucional analizar en cada caso concreto la configuración los elementos atendiendo a las circunstancias fácticas que lo caracterizan.”

¹⁷⁶ Artículo 1º y 7º de la Constitución.

la expedición de un acto administrativo o su inclusión en un registro gubernamental.

En tal sentido, se referencia la Sentencia T-425 de 2014, en la cual se protegió el derecho al reconocimiento de la comunidad INGA de la ciudad de Villavicencio, en atención a que la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior había negado su condición de población indígena.

En esta oportunidad, la Corte sostuvo que el proceso de constitución de una comunidad como resguardo, no tiene incidencia alguna en su reconocimiento como cabildo indígena ni en la posibilidad de ejercer sus derechos constitucionales. De tal manera, sostuvo

“No necesariamente debe constituirse un resguardo, para que existan dentro de una organización o parcialidad indígena, cabildos y se ejerza el derecho propio, a partir de lo cual puede considerarse, por ejemplo, el caso de las comunidades indígenas urbanas. (...)

Se puede concluir que la relación de los pueblos indígenas con su herencia cultural no se pierde ni se limita al factor territorial específico, como un resguardo, pues esta se encuentra en su identidad étnica”.

Además, enfatizó que no puede condicionarse la salvaguarda de una población indígena a la expedición de un acto administrativo por parte del Ministerio del Interior, dado que éste *“tiene un efecto declarativo y no constitutivo”*¹⁷⁷.

¹⁷⁷ La Sentencia T-425 de 2014 menciona sobre este punto: *“Ahora bien, como parte del proceso de reconocimiento de las asociaciones indígenas debe realizarse un estudio etnológico, en el cual se determina si un específico grupo humano puede considerarse o no como una parcialidad indígena. En caso afirmativo, posteriormente se otorga la resolución donde se reconoce la existencia de ésta, a través de un registro de Autoridades Tradicionales, ambas conferidas por la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, **acto que tiene un efecto declarativo y no constitutivo**, en cuanto se limita a hacer pública una decisión que ha sido autónomamente tomada por las comunidades.”*

Adicionalmente, la Sentencia T-973 de 2009 enfatiza que el mismo Ministerio del Interior ha señalado que sus funciones de registro constituyen una formalidad que no tiene efectos constitutivos sino declarativos sobre la existencia de una comunidad indígena: *“El Ministerio del Interior y de Justicia resalta que la función del numeral 5° del artículo 16 del Decreto 200 de 2003, esto es el registro, ‘no define situación alguna ni constituye un acto administrativo toda vez que los supuestos y resortes de dicha decisión no corresponden al Ministerio del Interior y de Justicia sino a las comunidades propiamente dichas’.”*

Por otra parte, el fallo T-660 de 2015 amparó el derecho fundamental a la participación de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de Guacamayal, SUTO GENDE ASE NGANDE de Guacamayal, de Prado Sevilla, 16 de Julio de Sevilla, Tucurinca, jurisdicción del Municipio de Zona Bananera-Magdalena, Santa Rosa de Lima en Fundación y Algarrobo, a pesar que el Ministerio del Interior había certificado su “inexistencia”.

Debido a lo anterior, la Corte precisó:

“La comprobación de la presencia de una comunidad indígena o afrodescendiente en una determinada zona no depende solamente de un acto de las autoridades públicas, como ocurre con las certificaciones que expide el Ministerio del Interior sobre la existencia de grupos culturalmente diversos en determinadas zonas del país, pues puede ocurrir, tal como sucedió en el presente caso, que tales documentos no coincidan exactamente con lo que realmente acontece. En esta oportunidad, dichas certificaciones sobre la no existencia de las comunidades, se contradicen con lo que advirtieron la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo.”

Así mismo, reseñó otros casos relativos a comunidades indígenas que no fueron reconocidas por el Ministerio del Interior:

*“Así, vale recordar lo decidido en **sentencia T-693 de 2011**, en la cual se estudió la acción de tutela interpuesta por la comunidad indígena Achagua del Municipio de Puerto López, con ocasión de la licencia que le fue otorgada a la empresa Meta Petroleum Limited para la realización del Proyecto Oleoducto Los Llanos. La accionante consideró tener derecho a la consulta previa, pero, al igual que en el presente caso, **el Ministerio del Interior no certificó la existencia de tal comunidad** en la zona de influencia del proyecto. Sin embargo, se probó durante el proceso, por medio de conceptos técnicos y de diagnósticos ambientales, que la comunidad que interpuso la acción, era culturalmente diferenciada y se encontraba efectivamente asentada en el territorio referido, por lo cual se amparó el derecho fundamental a la participación de la referida comunidad. (...)*

*En el mismo sentido, en la **sentencia T-993 de 2012**, la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Cabildo Indígena La Luisa del Pueblo Pijao, contra varias entidades estatales por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad étnica y al debido proceso con ocasión de la construcción de una variante en su territorio ancestral. La Corte señaló que **el derecho a la participación, específicamente a la consulta previa, se predica tanto de comunidades étnicas ubicadas en zonas tituladas como no tituladas pero habitadas de manera permanente**. En esa oportunidad se recordó que la presencia de las comunidades indígenas en el área de intervención de las obras del caso concreto era evidente, y por tal razón, ordenó suspender la ejecución del proyecto mientras se agotaba el proceso de consulta. Esta orden la sustentó en el Decreto 1320 de 1998, el cual dispone que aún en el evento en que no se haya certificado la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de un proyecto, si durante la realización del estudio se constata la presencia de las mismas, debe garantizarse su derecho a ser consultadas.*¹⁷⁸

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala resalta que, no resulta admisible, desde una perspectiva constitucional de protección de derechos fundamentales de las minorías, equiparar a una comunidad indígena con una persona jurídica a fin de dilucidar si una persona se encuentra legitimada para interponer una acción de tutela. De allí que, la representación de un grupo étnico no resulta equiparable con aquella figura propia de las personas morales de derecho público o privado.

En consecuencia, se concluye que no se requiere el reconocimiento estatal de una parcialidad indígena como resguardo para poder invocar sus derechos fundamentales, ni se precisa que el Ministerio del Interior certifique la existencia de una población étnica para que haga lo propio.

2.5 Resolución del caso concreto

2.5.1 Expediente número T- 4.126.294

El 28 de junio de 2013, el ciudadano Javier Martín Rubio Rodríguez, actuando como agente oficioso de “*las comunidades étnicas existentes en*

¹⁷⁸ Énfasis agregado

el Departamento de Córdoba” interpuso acción de tutela contra la Sociedad BHP Billinton, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Salud y Protección Social, la Corporación de los Valles Sinú y del San Jorge, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y el Ingeominas.

Durante la diligencia de interrogatorio de parte, practicada por el Tribunal Superior de Montería el 10 de marzo de 2014, el accionante manifestó lo siguiente: *“No soy miembro de ninguna comunidad étnica. La acción de tutela la interpuse en la calidad de agente oficioso de conformidad con el artículo 10 del decreto 2591 de 1991”*. En cuanto a la imposibilidad en que se encontrarían las comunidades indígenas para interponer por sí mismas un amparo, respondió que se les debía preguntar lo siguiente:

“1. A los organismos de seguridad y directamente a las comunidades especialmente en nuestro caso al señor ISRAEL AGUILAR SOLANO, Cacique Mayor del Resguardo Indígena con asentamiento en Montelíbano y especificar las de la (sic) acción de tutela ¿Cómo se encuentra la situación de seguridad de las mismas en el Departamento de Córdoba?

2. Al Ministerio del Interior y al Ministerio de Minas y Energía para que les informe si se ha cumplido con los acuerdos establecidos en el “Acta de entendimiento para la convivencia y para la promoción del desarrollo sostenible de las comunidades ubicadas dentro del área de influencia directa de la operación de Cerromatoso SA”. Por ejemplo, en el punto 1.2.2.2. el INCODER se compromete a constituir “el Resguardo del Alto San Jorge antes de terminar el año 2013”, ¿ya tienen resguardo?”¹⁷⁹.

Según el accionante, las situaciones anteriormente narradas *“les hace imposible interponer por sí mismas la acción de tutela. Es mi obligación como ciudadano y como abogado defender los derechos constitucionales fundamentales de estas comunidades y de cualquier persona a la cual se le transgredan sus derechos y se encuentre en la imposibilidad de exigirlos”*.

¹⁷⁹ Visible a folio 57 del cuaderno 3.

No obstante, la Sala evidencia que el agente oficioso omitió acreditar que las comunidades agenciadas se encontraban en total imposibilidad de actuar por su propia cuenta. De hecho, con posterioridad a la presentación de esta acción, el Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, y el Presidente del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de San José de Uré formularon una acción de tutela en defensa de los derechos fundamentales de sus comunidades (Exp.: T-4.298.584).

Debido a lo anterior, la agencia oficiosa emprendida por el ciudadano Javier Martín Rubio Rodríguez carece de fundamento, y en consecuencia, la Corte **revocará** la sentencia proferida el 15 de julio de 2013, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Javier Rubio Rodríguez contra BHP Billiton; el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; el Ministerio de Minas y Energía; el Ministerio de Salud y de la Protección Social; la Corporación de los Valles del Sinú y San Jorge; la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA y el Instituto Colombiano de Geología y Minería -INGEOMINAS. En su lugar, **declarará improcedente** el amparo formulado por el señor Javier Martín Rubio Rodríguez (Exp.: T-4.126.294), por falta de legitimación activa.

2.5.2 Expediente número T-4.298.584

El 17 de julio de 2013, el Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, Israel Manuel Aguilar Solano, y el Presidente del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, Luis Hernán Jacobo Otero, interpusieron acción de tutela contra el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Minería y Cerro Matoso S.A.

La Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de amparo del 31 de julio de 2013 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.

A tal conclusión arribó mencionado que, de acuerdo al informe allegado por el Ministerio del Interior, entidad competente para el efecto, se había evidenciado “*que la única comunidad étnica registrada en la jurisdicción del municipio de San José de Uré y en la Región del Alto San Jorge es el Consejo Comunitario de Bocas de Uré representado legalmente por la señora Nazly Sofía Ibáñez Salas, [por lo que] es claro que no existe legitimación en la causa por activa en la acción de tutela ejercida*”.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en Sentencia del 16 de diciembre de 2013, confirmó el fallo del Tribunal. Tras analizar la legitimación activa del señor Israel Manuel Aguilar Solano, indicó que el accionante aportó dos documentos: (i) Certificación fechada el 20 de enero de 2003, emanada de la Comisión de Asuntos Indígenas Zona Norte del Ministerio del Interior-Regional Montería, según la cual los 32 Cabildos Menores indígenas Zenú, se encuentran en un proceso de creación del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge en los municipios de Puerto Libertador y Montelíbano (Córdoba); y (ii) Certificación fechada el 6 de julio de 2009, suscrita por el Asesor de Asuntos Indígenas de la Gobernación de Córdoba, según la cual en los archivos de la entidad figura el señor Israel Manuel Aguilar Solano, como Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge.¹⁸⁰

Consideró el Consejo de Estado que la primera certificación no servía para acreditar la legitimación activa del señor Aguilar Solano, por cuanto su designación se realizó únicamente para adelantar el proceso de estudios socioeconómicos y etno jurídicos, con miras a la creación del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge. La segunda tampoco sería de utilidad, ya que la entidad competente para certificar la existencia de un resguardo es el Ministerio del Interior, Dirección de Asuntos Indígenas.

Aunado a lo anterior, en los términos de unas comunicaciones aportadas por Cerro Matoso S.A., suscritas el 14 y 18 de noviembre de 2013, los Gobernadores de los Cabildos Indígenas Zenúes Unión Matoso (Pueblo Flecha) y Bocas de Uré, respectivamente, señalaron ser las únicas autoridades autorizadas para representar a sus comunidades.

¹⁸⁰ Visible a folio 106 del cuaderno 2.2

Por otra parte, en cuanto a la legitimación activa del señor Luis Hernán Jacobo Otero, explica el Consejo de Estado que en el expediente sólo obra copia de una resolución, expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia, según la cual es la señora Nazly Sofía Ibáñez Salas quien representa al único Consejo Comunitario de la zona.

En atención a los distintos argumentos esgrimidos por los jueces de instancia, la Corte se pronunciará en primer lugar sobre la legitimación procesal del ciudadano Israel Manuel Aguilar Solano, posteriormente, hará lo propio respecto al ciudadano Luis Hernán Jacobo Otero.

Legitimación por activa del señor Israel Manuel Aguilar Solano

La Sala de Revisión constata que al momento de interponerse el amparo, el día 17 de julio de 2013¹⁸¹, el Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge se encontraba en proceso de constitución. De hecho, tal y como lo certificó el Ministerio del Interior - Comisión de Asuntos Indígenas Zona Norte para Córdoba y Sucre, los 32 Cabildos Menores Indígenas Zenú eligieron al señor Israel Manuel Aguilar Solano, como su Gobernador Mayor, y en tal virtud, encargado de gestionar la creación del Resguardo¹⁸².

También lo es que, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INDODER-, mediante Resolución número 336 del 28 de agosto de 2014¹⁸³, constituyó el Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, sobre el terreno que corresponde a siete (7) predios del Fondo Nacional Agrario, cuya área total es de 960 hectáreas y 1.813 metros cuadrados, localizado en zona rural de los municipios de Puerto Libertador y Montelíbano, en el Departamento de Córdoba.

En consecuencia, se concluye que el ciudadano Israel Manuel Aguilar Solano tiene legitimación activa para promover la defensa de los derechos fundamentales de las comunidades en cuestión, más aún, si se tiene en cuenta que, tal como se explicó previamente, la inexistencia jurídica de un resguardo – o su proceso de constitución – no imposibilita la facultad que

¹⁸¹ Visible a folio 1° del cuaderno 2.1

¹⁸² Visible a folios 26 y 27 del cuaderno 2.2 (Impugnación).

¹⁸³ Visible a folios 8 y ss. del cuaderno 13.

tienen las poblaciones indígenas de formular una acción de tutela en pro de sus garantías constitucionales.

Legitimación por activa del señor Luis Hernán Jacobo Otero

Por otra parte, el señor Luis Hernán Jacobo Otero aportó dos pruebas que acreditarían la existencia del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Uré, así como su calidad de Presidente:

- Oficio remitido el 30 de marzo de 2011 por la Dra. Vanessa Palomeque Bohórquez, Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, al señor Luis Hernán Jacobo Otero, en su calidad de “*Presidente del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Uré*”¹⁸⁴. En dicha misiva se da cuenta de la inscripción del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Uré en el *Registro único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras*, mediante Resolución número 0366 de 4 de abril de 2011.
- Resolución número 0366 de 4 de abril de 2011, proferida por la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, mediante la cual se inscribe el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Uré, y se designa como representante legal del mismo al ciudadano Luis Hernán Jacobo¹⁸⁵.

A pesar de la claridad de las pruebas aportadas por el accionante, de manera inexplicable el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, consideró que éste no tenía legitimación activa debido a que el Ministerio del Interior certificó la inexistencia de dicho Consejo Comunitario¹⁸⁶.

Tal como se explicó con anterioridad, no se precisa que la Cartera Ministerial mencionada acredite la inscripción de una comunidad étnica en

¹⁸⁴ Visible a folio 29 del cuaderno 2.2

¹⁸⁵ Visible a folio 30 del cuaderno 2.2

¹⁸⁶ Visible a folio 108 del cuaderno 2.2.

el registro correspondiente, para que ésta pueda formular una acción de tutela en pro de sus garantías constitucionales.

Además, como puede advertirse, las pruebas obrantes en el expediente 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.

En atención a ello, la Corte concluye que, en el caso de la acción de tutela formulada por los señores Israel Manuel Aguilar Solano y Luis Hernán Jacobo Otero, se acredita la legitimación activa de los dos accionantes.

3. DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

3.1 Problemas jurídicos

- a. ¿La obligatoriedad de la consulta previa se encuentra supeditada al inicio o creación de una nueva medida administrativa, o, por el contrario, también resulta imprescindible frente a medidas ya vigentes, pero cuya modificación redunde en una afectación directa a las comunidades étnicas?
- b. ¿Se requiere de un proceso administrativo de licenciamiento ambiental para que exista la obligación de realizar consulta previa a las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas por una medida?
- c. ¿Se vulnera el derecho fundamental a la consulta previa de una comunidad étnica, cuando se ha suscrito un otosí que “*sustituye integralmente*” el contrato con base en el cual se han desarrollado actividades de exploración y explotación mineras en su área de injerencia?

3.2 Posturas de las partes y entidades intervinientes

a. Respuesta de la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente.

La Contralora Delegada para el Medio Ambiente, en su intervención ante la Corte, en cumplimiento del Auto del 21 de febrero de 2014, manifestó que, en su concepto, las Comunidades Negras del municipio de San José de Uré, debieron haber sido consultadas, tomando en cuenta lo siguiente: (i) se sustituyó en su integridad el contrato 051-96M y sus otrosíes 1, 2 y 3, retroactivamente a partir del 1 de octubre de 2012; (ii) se prorrogó el término del contrato hasta el año 2029; (iii) variaron las condiciones establecidas desde el año 1996, relacionadas con el área concesionada (52.850 hectáreas); y (iv) el caso se ajusta a lo previsto en el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional sobre consulta previa.¹⁸⁷

b. Análisis Técnico de la Contraloría General de la República sobre el otrosí No. 4 al contrato No. 051-96M, suscrito entre la Agencia Nacional Minera - ANM y la empresa Cerro Matoso S. A.

Con ocasión de la suscripción del otrosí número 4, la Contraloría General de la República realizó un estudio en el año 2003. Unas de sus conclusiones fueron las siguientes:

“Sobre la consulta previa.

“En la zona de influencia del proyecto existen comunidades negras e indígenas que han participado en procesos de consulta previa por parte de la empresa Cerro Matoso S. A., pero de manera esporádica, dispersa e incompleta. Hoy, con unas condiciones distintas que implican situaciones contractuales nuevas y de hecho procesos industriales diferentes, así como impactos sociales ambientales distintos a aquellos que se preveían anteriormente, ante la formalización del denominado otrosí N° 4 se hubiera requerido realizar de nuevo un proceso de consulta previa por cuanto se trata de una decisión que afecta a dichas comunidades. Esta situación está contemplada en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia por

¹⁸⁷ Visible a folio 209 del cuaderno 3A.

la Ley 21 de 1991. Por tratarse de un convenio internacional sobre derechos humanos, hace parte del bloque de constitucionalidad del país, por lo cual prevalece sobre otras disposiciones internas”.

c. Ministerio de Minas y Energía

En su intervención en sede de amparo, el Ministerio de Minas y Energía dio respuesta a varios interrogantes que plantea el caso de la empresa Cerro Matoso S.A. En relación con el responsable de realizar la consulta previa, y el momento de su realización, respondió lo siguiente:

“el encargado de efectuar el procedimiento de consulta previa es el titular minero, cuyo proyecto se encuentra en el territorio afectado de la comunidad étnica, con la intervención del Ministerio del Interior, quien adelanta y coordina el trámite propiciando y contribuyendo al acercamiento de las partes, **siempre y cuando el proyecto se encuentre en la etapa de explotación**”. (Negrilla no incluida en el texto original).¹⁸⁸

Respecto a la obligación de realizar una consulta de manera previa al otorgamiento de licencia ambiental a la empresa Cerro Matoso S.A. en 1981, afirmó:

“En el caso particular de los contratos No. 866 y 1727 cuyo titular es Cerro Matoso S.A., **cuentan con licencia ambiental concedida mediante Resolución No. 224 del 30 de septiembre de 1981, la cual no tiene fecha de expiración por cuanto se supone que es la vida útil del yacimiento**, estas áreas se encuentran en etapa de explotación. Es de anotar que para dicha época no se había aprobado la Ley 21 de 1991, por lo tanto, **no tenían la obligación de realizar la respectiva consulta previa**” (Negrilla no incluida en el texto original).

El Ministerio de Minas y Energía sostuvo que solo existiría la obligación de llevar a cabo un proceso consultivo si se solicita una nueva licencia ambiental producto del interés de Cerro Matoso S.A. de explotar áreas diferentes a las actuales, en éste sentido señaló que:

¹⁸⁸ Visible a folio 41 del cuaderno 9.

“Con respecto al área del contrato 051-96M, la ANM en concurso con la ANLA redactaron una cláusula adicional que impone la obligación a Cerro Matoso de solicitar nueva licencia ambiental, incluso mejorando los procedimientos que vienen siendo aplicados en el evento de iniciar labores de explotación en la zona integrada que se encuentra en etapa de exploración (051-96M) y para ello redactó la siguiente cláusula:

“4. La ejecución de actividades mineras de construcción y montaje, y explotación **en nuevas áreas diferentes a las del área de concesiones** amparada por licencia otorgada por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS, de acuerdo con la Resolución 224 del 30 de septiembre de 1981 y sus modificaciones, dentro del área del contrato No. 051-96M, **se consideran ampliación de área y por tanto CERRO MATOSO deberá obtener licencia ambiental** de que trata la Ley 99 de 1993 reglamentada actualmente por el Decreto 2820 de 2010.”
(Negrilla no incluida en el texto original)

En síntesis, la postura del Ministerio de Minas y Energía es la siguiente:

- La licencia ambiental concedida mediante Resolución No. 224 del 30 de septiembre de 1981 a favor de Cerro Matoso S.A., cubre las áreas referentes a los contratos de concesión No. 866 y 1727, y no debe ser consultada por ser anterior a 1991.
- Cerro Matoso S.A, en caso de iniciar nuevas labores de explotación, en virtud del contrato 051-96M (ampliación de área) deberá contar con una nueva licencia ambiental y adelantar la respectiva consulta previa.
- En virtud de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, no era necesario consultar el otrosí número 4, ya que “no se trata de un nuevo proyecto, obra o actividad y no tiene la categoría de una medida administrativa, sino un asunto meramente contractual”.

d. Ministerio del Interior

El 29 de octubre de 2012, el Dr. Rafael Antonio Torres María, Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, remitió Oficio OF112-0027802-DCP-2500 a la Presidencia de la Agencia Nacional de Minería,

en relación con la prórroga del contrato 051-96M suscrita entre la Nación y la empresa Cerro Matoso S.A. En dicho documento se afirma:

“C. Tratándose de prórrogas de los contratos, esos son sometidos a lo establecido en sus cláusulas, significando que éstas son ley para las partes y entre las partes.

En suma, de manera general, **las prórrogas de los contratos no son consultables, ya que no se trata de un nuevo proyecto**, obra o actividad, y no tiene la categoría de una medida administrativa, sino un asunto netamente contractual. ES EL CONCEPTO”¹⁸⁹. (Negrillas agregadas).

e. Empresa Cerro Matoso S.A.

La empresa Cerro Matoso S.A. se opone a las pretensiones de los accionantes, con los siguientes argumentos:

En relación con la licencia ambiental expedida en 1981, afirma que al iniciarse la operación del yacimiento de níquel no se requería tramitar la consulta previa, requisito que sólo existe a partir de la Ley 21 de 1991. Tampoco se contaba con el registro del Ministerio del Interior, que diera cuenta de la existencia de las comunidades indígenas en la zona de influencia del proyecto ni tampoco *“aquellas habían dado muestras de proyectarse de forma diferenciada como comunidades indígenas, al margen del reconocimiento estatal”*.

Agrega el apoderado de la empresa que, en la actualidad se mantienen unas mesas de trabajo con las comunidades étnicas y que en ese marco se han celebrado varios acuerdos y *“se ha comprometido a desarrollar obras como la construcción de siete casas indígenas, entre otras actividades, dirigidas a facilitar su proceso de organización”*.¹⁹⁰

También, anexa una serie de documentos que indican la realización de procesos consultivos con algunas comunidades en los años precedentes, relativos a la implementación de un nuevo método de lavado denominado *“Recuperación de níquel baja ley en minerales lateríticos a través de un proceso hidrometalurgico”*; y a la propuesta que en su momento realizó

¹⁸⁹ Visible a folio 64 del cuaderno 2.1.

¹⁹⁰ Visible a folio 16 del cuaderno 18.

Cerro Matoso S.A, de iniciar un proyecto de expansión minera que pretendía llevarse a cabo en predios ubicados en el sector “*La Esmeralda*”¹⁹¹.

Sostiene que la empresa “*tiene muy presente que al entrar a explotar áreas no cubiertas por las licencias anteriores, se adelantarán los correspondientes procesos de consulta previa en forma oportuna y en los términos de la ley*”. Lo anterior por cuanto:

“en ningún momento Cerro Matoso ha pretendido que las licencias que respaldan la actual área de explotación se entienden extendidas a la mayor área del proyecto. Ni las autoridades ambientales, ni la ley derivan de la ampliación del área potencialmente explotable, el supuesto fenecimiento de las licencias, sino la necesidad de tramitar una licencia adicional para las nuevas áreas impactadas, que obviamente ha de obtenerse previamente a la explotación propiamente dicha.”

Al respecto, la Corte advierte que la defensa planteada por la empresa Cerro Matoso S.A., en punto a la realización de una consulta previa, coincide en lo esencial, con la sostenida por el Ministerio de Minas y Energía. Ambos afirman que: (i) Antes de 1991, la consulta previa a las comunidades indígenas no existía, y en consecuencia, la aprobación de la licencia ambiental otorgada en 1981 no debía someterse a ella; (ii) Cuando la empresa decida explotar nuevas áreas concesionadas en 1996, obtendrá una licencia ambiental adicional, y en consecuencia, realizará la respectiva consulta previa a las diversas comunidades susceptibles de ser afectadas; y (iii) La suscripción del Otrosí número 4 no implicaba la obligación de realizar una consulta, ya que se trata de una prórroga que no implica afectación alguna ni la puesta en marcha de un nuevo proyecto.

3.3 Subreglas constitucionales:

La Sala considera necesario realizar una síntesis de las subreglas jurisprudenciales que se pueden extraer de la evolución que ha tenido el derecho fundamental a la consulta previa y el concepto de afectación directa en las diferentes Sentencias que ha proferido esta Corporación ¹⁹².

¹⁹¹ Visible en el cuaderno 15.

¹⁹² Sentencias T-428 de 1992, SU-039 de 1997, T-652 de 1998, T-955 de 2003, C-620 de 2003, SU-383 de 2003, T-880 de 2006, C-461 de 2008, C-175 de 2009, T-154 de 2009, T-769 de 2009, C-915 de 2010, T-547 de 2010, T-745 de 2010, T-1045A de 2010, T-129 de 2011, T-698 de 2011, C-196 de 2012, T-

- (i) La **consulta previa** es el derecho fundamental que tienen las comunidades étnicas de ser consultadas de manera precedente a la aprobación o implementación de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
- (ii) El derecho fundamental a la consulta previa **se caracteriza** por ser:
- Un instrumento básico para preservar la integridad de las comunidades indígenas y afrodescendientes.
 - Una acción positiva de la comunidad internacional para salvaguardar la subsistencia y evitar la discriminación de éstas comunidades.
 - Una expresión del principio de democracia participativa, del Estado Social de Derecho y del derecho fundamental que tienen todas las personas a participar en las decisiones que los afectan.
 - Una relación de comunicación y confianza entre las comunidades, el Estado y los interesados en realizar una medida o proyecto específico.
 - El punto de partida y encuentro de todas las garantías que protegen la autonomía e integridad de las comunidades étnicas.
- (iii) La obligación que tiene el Estado de reconocer y proteger la diversidad cultural del país, implica que sólo con un alto grado de autonomía es posible garantizar la supervivencia cultural de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

348 de 2012, T-376 de 2012, T-693 de 2012, T-993 de 2012, T-1080 de 2012, T-657 de 2013, T-858 de 2013, T-396 de 2014, T-461 de 2014, T-462A de 2014, T-849 de 2014, T-857 de 2014, T-969 de 2014, C-217 de 2015, T-247 de 2015, T-256 de 2015, T-359 de 2015, T-485 de 2015, T-550 de 2015, T-597 de 2015, T-661 de 2015, T-766 de 2015, C-298 de 2016, C-389 de 2016, T-005 de 2016, T-110 de 2016, T-197 de 2016, T-213 de 2016, T-226 de 2016, T-313 de 2016, T-436 de 2016, T-475 de 2016, T-605 de 2016, T-630 de 2016, T-704 de 2016, T-730 de 2016, T-002 de 2017, T-080 de 2017, SU-097 de 2017 y SU-217 de 2017

(iv) Los **objetivos** de la consulta previa son:

- Que la comunidad étnica sea informada de manera completa, precisa y significativa sobre el proyecto que se pretende desarrollar.
- Que se construya en conjunto un conocimiento pleno sobre la manera en la cual podría verse afectada la comunidad.
- Que de manera libre y sin interferencias, los integrantes del pueblo consultado puedan valorar las consecuencias del proyecto, formular preguntas, desarrollar discusiones y realizar las propuestas que estimen convenientes, ejerciendo su derecho a la participación efectiva respecto a las decisiones que los afectan.
- Que se garantice la protección de la autonomía y la identidad cultural de las comunidades étnicas, y a la vez, la legitimidad de las medidas adoptadas.
- El objetivo principal de la consulta previa es llegar a un acuerdo entre las partes.

(v) Resulta **obligatoria** la realización de una consulta previa cuando se presenta una medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a alguna comunidad étnica. Por ésta razón, el significado del concepto de afectación directa adquiere un especial valor en la solución de cada caso concreto.

(vi) El concepto de **afectación directa** puede ser definido como el impacto, positivo o negativo, que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica.

(vii) 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.
 - Medidas legislativas.
- (viii) La **explotación de recursos naturales** que se encuentren en territorio de una comunidad étnica requiere de la realización de una consulta previa, del mismo modo, cuando se trate de la construcción de estructuras tales como carreteras, vías intermedias o represas hidroeléctricas.
- (ix) Si bien los **proyectos extractivos** representan un factor de progreso y desarrollo económico para el país, esto no es óbice para evitar o ignorar el amparo que merecen los derechos fundamentales de las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas directamente.
- (x) **No resulta válida** la consulta previa que se asimile a meros trámites administrativos, la que se lleva a cabo solo con algunas de las comunidades susceptibles de ser afectadas, las que se celebren con personas que no han sido elegidas como representantes autorizados, y menos aún, en las que se lleguen a acuerdos con base en el otorgamiento de prebendas, o estrategias similares, que desdibujen por completo los objetivos del derecho fundamental en cuestión.
- (xi) **Tampoco puede asimilarse** el derecho fundamental a la consulta previa a un requisito formal, **a una autorización** o a una simple fase del proceso de licenciamiento ambiental.
- (xii) No se precisa del inicio de la **fase de explotación** minera para que pueda protegerse el derecho fundamental a la consulta

previa de una comunidad étnica. Cuando las fases de prospección y exploración mineras puedan afectar directamente a alguna comunidad, se hace obligatorio llevar a cabo el procedimiento consultivo de manera precedente.

- (xiii) 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.
- (xiv) No resultan asimilables los **conceptos de “área de influencia directa” y “afectación directa”**, por cuanto el territorio demarcado por el titular de la obra, a fin de identificar su cercanía con comunidades étnicas, no abarca otras hipótesis de lesión que exceden el factor geográfico.
- (xv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de **buena fe**, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia que le brindan a su territorio y sus recursos.
- (xvi) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta, ya que éste se debe adoptar bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres, aspectos que han de analizarse en un **proceso pre-consultivo**.
- (xvii) El derecho a la participación no solo se predica de la etapa previa de un proyecto, también se debe materializar en revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo, conforme a un **proceso post-consultivo**.
- (xviii) El derecho fundamental a la consulta, no solo establece su realización de forma previa o anterior al desarrollo de un programa o proyecto estatal, sino también implica la obligación de realizarla aún cuando después de ejecutado el plan o proyecto, este se ha **perfeccionado sin consentimiento** de la comunidad étnica afectada, ya sea con fines de participar en la implementación del mismo o de obtener una reparación por los

daños causados, y de esta manera proteger su integridad física, cultural y espiritual.

- (xix) **El acuerdo resultante de la consulta previa es vinculante** en el ordenamiento jurídico interno, por cuanto las partes se obligan voluntariamente a aquel como única forma de garantizar la efectividad de los derechos que tienen las comunidades étnicas y el respeto de su identidad social y cultural. En tal sentido, el cumplimiento de lo acordado hace parte integral del contenido del derecho fundamental a la consulta.
- (xx) Se requiere el **control** constante de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, para que no expidan licencias sin verificar la realización de la consulta previa y la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra, o en aquellas que se estén ejecutando, ordenar su suspensión.
- (xxi) Al tratarse de proyectos o **medidas que ya se han venido ejecutando en el tiempo**, los principios constitucionales impiden que factores como la prelación temporal, la inexistencia de requisitos legales al momento de iniciar las operaciones, o el cumplimiento de las exigencias que el ordenamiento establece para llevar a cabo actividades de exploración o explotación mineras, sean justificaciones válidas para omitir la protección del derecho fundamental a la consulta previa.
- (xxii) La **modificación sustancial de las circunstancias** materiales o jurídicas bajo las cuales se desarrollan actividades de extracción de recursos naturales, puede significar una afectación directa *per se* a las comunidades étnicas ubicadas en su zona de influencia.
- (xxiii) Es obligatorio que las comunidades cuenten con el **acompañamiento** de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta previa. Incluso, pueden contar con el apoyo de organismos

internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

- (xxiv) **Cuando no sea posible llegar a un acuerdo**, la decisión que tome la autoridad competente deberá estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad étnica. En todo caso deberán arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas puedan generar en detrimento de la comunidad.

3.4 Fundamentos de las subreglas constitucionales

3.4.1 Contenido y trascendencia constitucional del derecho fundamental a la consulta previa

A partir de la promulgación de la Carta Política de 1991 y la ratificación, por parte del Estado colombiano, del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, mediante la ley 21 de 1991, la consulta previa ha sido reconocida como una garantía fundamental que tienen las comunidades indígenas y afrodescendientes con el fin de salvaguardar su integridad y autonomía.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones al respecto, planteando que es “*un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social*”¹⁹³.

En la sentencia SU-039 de 1997, la Sala Plena sostuvo que el pueblo indígena U’wa tenía el derecho a ser consultada de manera previa respecto a medidas susceptibles de afectarles directamente, como lo era la explotación de hidrocarburos en sus territorios. En consecuencia, amparó su derecho fundamental con el fin de garantizar su subsistencia.

¹⁹³ Sentencias T-188 de 1993, T-342 de 1994, SU-039 de 1997 y T-769 de 2009.

En este sentido, consideró lo siguiente:

“Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones”.

En Sentencia C-882 de 2011, la Corte consideró que la obligación del Estado relativa al reconocimiento y la protección de la diversidad cultural de la Nación, implica que *“sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”* de las comunidades indígenas y afrodescendientes susceptibles de ser afectadas.

Distintos fallos de esta Corporación han explicado la trascendencia que tiene el derecho fundamental *sub examine*. La Sentencia T-995 de 2003 indicó que la consulta previa surge por el interés de la comunidad internacional de ejercer acciones positivas para combatir la discriminación y garantizar la supervivencia de las comunidades indígenas de manera indistinta al lugar geográfico en el que se encuentren, o al Estado bajo el cual se circunscriben.

La Sentencia C-461 de 2008 señala que este derecho parte de la misma fórmula de Estado que tiene la República de Colombia. La fórmula del Estado Social de Derecho implica la especial protección de la diversidad cultural y étnica de la nación, y la adopción de un parámetro de participación más amplio que el propio de una democracia meramente representativa, razón por la cual, se protege el derecho de todos los ciudadanos a participar en las decisiones que los afectan.

En consecuencia, una expresión del principio de democracia participativa del Estado colombiano es el *“deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles”*.

Desde otra perspectiva, la Sentencia T-1045A de 2010 sostiene que la consulta previa ha de envolver una especial relación entre las comunidades indígenas, las autoridades públicas y los interesados en realizar la medida o proyecto en discusión.

“La consulta es una relación de comunicación y entendimiento, caracterizada por el mutuo respeto, la transparencia y la confianza recíproca entre los auténticos voceros de los pueblos indígenas y tribales, los demás interesados y las autoridades públicas.”

Se resalta asimismo la providencia T-858 de 2013, en la cual la Corte explica el concepto del derecho a la consulta previa en su relación con las demás garantías que tienen las comunidades étnicas en el país. En éste sentido, indica:

“La consulta previa no debe considerarse como una garantía aislada. Constituye el punto de partida y encuentro de todos los derechos de los pueblos indígenas, en tanto condición de eficacia de su derecho a adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades sociales, económicas y culturales.”

En consecuencia, la consulta previa ha sido definida por la jurisprudencia de ésta Corporación como el derecho fundamental que tienen las comunidades étnicas de ser consultadas de manera precedente a la implementación o aprobación de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

En este sentido, la garantía constitucional *in comento* se caracteriza por ser:

- (i) Un instrumento básico para preservar la integridad de las comunidades indígenas y afrodescendientes.
- (ii) Una acción positiva de la comunidad internacional para salvaguardar la subsistencia y evitar la discriminación de éstos pueblos.
- (iii) Una expresión del principio de democracia participativa, del Estado Social de Derecho y del derecho fundamental que

tienen todas las personas a participar en las decisiones que los afectan.

- (iv) Una relación de comunicación y confianza entre las comunidades, el Estado y los interesados en realizar una medida o proyecto específico.
- (v) El punto de partida y encuentro de todas las garantías que protegen la autonomía e integridad de las comunidades étnicas.

En relación con los objetivos de la consulta previa, esta Corporación ha señalado en varios de sus fallos los principales propósitos que deben orientar la realización de todo proceso consultivo. De las Sentencias SU-039 de 1997, T-769 de 2009, T-1045A de 2010, T-1080 de 2012, T-993 de 2012, T-693 de 2012, T-376 de 2012, C-196 de 2012 y T-849 de 2014, se puede concluir lo siguiente:

- (i) Que la comunidad étnica sea informada de manera completa, precisa y significativa sobre el proyecto que se pretende desarrollar.
- (ii) Que se construya en conjunto un conocimiento pleno sobre la manera en que la comunidad podría verse afectada.
- (iii) Que de manera libre y sin interferencias, los integrantes del pueblo consultado puedan valorar las consecuencias del proyecto, formular preguntas, desarrollar discusiones y realizar las propuestas que estimen convenientes, ejerciendo su derecho a la participación efectiva respecto a las decisiones que los afectan.
- (iv) Que se garantice la protección de la autonomía y la identidad cultural de las comunidades étnicas, y a la vez, la legitimidad de las medidas adoptadas.
- (v) El objetivo principal de la consulta previa es llegar a un acuerdo entre las partes.

Cuando no sea posible una concertación definitiva, la decisión a tomar, por parte de la autoridad competente, deberá estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad étnica. En todo caso, deberán arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas puedan generar en detrimento de la comunidad ¹⁹⁴.

Si, en cambio, la negociación es exitosa y se llega a un acuerdo, éste tendrá carácter vinculante en el ordenamiento jurídico interno, por cuanto las partes se obligan voluntariamente a aquel como única forma de garantizar la efectividad de los derechos que tienen las comunidades étnicas y el respeto de su identidad social y cultural. En tal sentido, el cumplimiento de lo acordado hace parte integral del contenido del derecho fundamental a la consulta previa ¹⁹⁵.

3.4.2 La obligatoriedad de la consulta previa y el concepto de afectación directa

Partiendo de la definición e importancia del derecho fundamental a la consulta previa, la Corte ha sostenido de manera reiterada que resulta obligatorio llevar a cabo el proceso consultivo cuando se trate de medidas susceptibles de afectar directamente a alguna comunidad étnica. En consecuencia, el concepto de “*afectación directa*” adquiere un especial valor a la hora de determinar, en cada caso concreto, si resulta obligatoria la realización de una consulta previa.

Las Sentencias SU-039 de 1997, C-891 de 2002, SU-383 de 2003, entre otras, han definido este concepto como: “*una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares*”.

¹⁹⁴ Respecto a esta subregla constitucional y la inexistencia de un poder de veto en cabeza de las comunidades étnicas, consultar las Sentencias T-376 de 2012, T-245 de 2013, T-300 de 2013, T-353 de 2014, T-576 de 2014, T-661 de 2015, T-766 de 2015, C-286 de 2016, C-389 de 2016, T-197 de 2016, T-226 de 2016, T-475 de 2016, T-704 de 2016, T-002 de 2017, SU-097 de 2017 y SU-217 de 2017.

¹⁹⁵ Sentencia T-002 de 2017

Sin embargo, existen otras providencias que lo explican de manera distinta pero complementaria: la Sentencia C-461 de 2008 establece que: *“se clarifica el significado de afectación directa, señalando que se da cuando el proyecto afecte a la comunidad en sus vidas, creencias, instituciones, su bienestar espiritual o las tierras que ocupan o utilizan, o afecta su desarrollo económico, social o cultural”*.

Así mismo, la Sentencia T-745 de 2010 dispuso: *“la consulta se hace imperativa cuando las condiciones materiales del proyecto puedan derivar en la generación de una perturbación en términos económicos, ambientales, sociales y culturales a la estabilidad del grupo con ocasión de la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.”*

En la providencia T-704 de 2016 se distinguió entre los conceptos *“área de influencia directa”* y *“afectación directa”*, por cuanto el territorio demarcado por el titular de una obra, a fin de identificar su cercanía con comunidades étnicas, no abarca otras hipótesis de lesión que exceden el factor geográfico. Por ello, el segundo término es más amplio y debe analizarse *“conforme al posible daño que se produzca en el conjunto de derechos étnicos, y no solamente respecto de hipótesis limitadas como lo es el territorio físico en el que se asientan los pueblos”*¹⁹⁶.

Por último, se destacan los fallos C-882 de 2011 y T-1080 de 2012, los cuales realizan una concreción de la noción de afectación directa en una lista enunciativa de escenarios donde ésta tiene lugar. Al respecto, indica la Sentencia T-1080 de 2012:

“Ahora bien, la determinación de cuáles son las medidas que deben ser sometidas a consulta, la forma en que esta debe llevarse y las finalidades de la misma, fueron sintetizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-882 de 2011. En dicho fallo, a partir de los criterios sentados por sentencias como la C-030 de 2008 y T-769 de 2009, se indicó, respecto del alcance de la consulta previa, que ésta resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, por lo que en cada caso concreto resulta necesario distinguir dos niveles de afectación:

¹⁹⁶ Sobre el concepto de afectación directa, también puede consultarse la Sentencia SU-097 de 2017.

(i) el que se deriva de las políticas y programas que de alguna forma les conciernen y (ii) el que se desprende de las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente.

*De lo anterior, se dedujo que existían varios **escenarios** ante los cuales existe el deber de consulta.*

(i) “Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros”.

(ii) “Presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional”.

(iii) “Decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades”

(iv) “Medidas legislativas”.¹⁹⁷ (Negrilla no incluida en el texto original)

En tal sentido, la consulta adquiere la connotación de obligatoria cuando se presentan medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar específica y directamente a una comunidad étnica, escenario que suele presentarse ante decisiones que se relacionan con proyectos de desarrollo, licencias ambientales, contratos de concesión, explotaciones mineras, proyectos de inversión, servicios educativos, entre otros.

3.4.3 La protección del derecho fundamental a la consulta previa en casos relacionados con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia C-882 de 2011, profundizó sobre la protección del derecho fundamental a la consulta previa en casos vinculados con “*(i) Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros*”. Al respecto, consideró:

¹⁹⁷ Estos escenarios han sido reiterados continuamente por la jurisprudencia de esta Corte, como situaciones en las cuales se presenta una afectación directa, así se ha establecido en las sentencias T-462A de 2014, T-800 de 2014, C-371 de 2014, T-660 de 2015, T-438 de 2015, T-005 de 2016 y C-298 de 2016.

“Sobre la naturaleza de este tipo de decisiones a consultar, la jurisprudencia ha tenido una evolución importante. Parte importante (sic) de la jurisprudencia en la materia se ha concentrado en medidas administrativas –especialmente licencias ambientales y contratos de obra o concesión- ligadas a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas, particularmente decisiones que permitan la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales ubicados en sus territorios.”

El referido pronunciamiento, hace parte de una línea jurisprudencial conformada por las Sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, T-769 de 2009 y T-547 de 2010, entre otras.

La providencia SU-039 de 1997 fue la primera Sentencia de Unificación sobre el tema y se decidió amparar el derecho fundamental a la consulta previa de una comunidad indígena debido al otorgamiento de licenciamiento ambiental para la explotación de recursos naturales en su territorio.

El segundo fallo citado tuteló el derecho a la consulta previa de la comunidad Embera-Katio del Alto Sinú por un caso que no implicaba explotación de los recursos ubicados en territorio de la comunidad. La decisión se basó en el otorgamiento de licencia ambiental a la Empresa Multipropósito Urrá S.A.- E.S.P para la construcción de una represa que afectaría directamente al pueblo indígena.

En lo referente a la Sentencia T-769 de 2009, se destaca que se originó en una acción de tutela en la cual se adujo que se había vulnerado el derecho a la consulta previa, por haber suscrito un contrato de concesión minera para la exploración y explotación de una mina de cobre, oro, molibdeno y otros minerales, sin haber consultado a todas las comunidades de manera precedente.

La empresa demandada, Muriel Minding Corporation, señaló que con anterioridad al inicio de la fase de exploración, sí había realizado el proceso consultivo y se había llegado a unos acuerdos satisfactorios sobre las condiciones en que se realizaría la exploración minera.

Sin embargo, los accionantes señalaron que la consulta realizada no era válida, debido a que no asistieron todos los pueblos susceptibles de ser afectados, los representantes indígenas no habían sido nombrados por la comunidad y estos habían dado su consentimiento tras el otorgamiento de prebendas por parte de la empresa.

Con estos antecedentes, la respectiva Sala de Revisión abordó el estudio del siguiente problema jurídico:

“Corresponde a ésta Sala de Revisión determinar si la acción de tutela es procedente, al afirmar los actores, integrantes de comunidades indígenas y afrodescendientes, que se otorgó a una empresa minera la concesión para la exploración dentro de territorios que les corresponden, sin que mediara un debido proceso para la consulta, cuya realización no se informó ni se efectuó con todas las comunidades directamente afectadas”.

Procedió a resolver el caso concreto con base en distintas consideraciones, de las cuales se resaltan las siguientes:

“La Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan.

Esta especial protección implica un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales que habitan el país. (...)

“Es claro que grupos originarios del territorio afectado no fueron debidamente consultados, ni hubo participación directa de la comunidad frente a la decisión de explorar y explotar su territorio para desarrollar el proyecto minero, mucho menos bajo qué condiciones, por lo cual dichas comunidades no tuvieron la oportunidad de definir sus propias prioridades. (...)

Igualmente, la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios de los nativos, hace necesario armonizar dos intereses: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos

naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.), resultando palmario que lo insustituible no se puede tocar; y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, con elementos básicos que constituyen su cohesión y que son el sustrato indispensable para su mantenimiento.

Así ha de buscarse una justa medida, para equilibrar el desarrollo económico que necesita el país, que requiere avanzar en la exploración y explotación de los recursos nacionales, mineros en este caso, pero que debe detenerse ante la preservación ambiental, que es la vida de las futuras generaciones, y coordinarse con el inalienable respeto a los valores históricos, culturales y sociales de los grupos étnicos y de la población en general. (...)

En el asunto objeto de estudio, se encuentra demostrado que existe una estrecha relación entre el territorio y la supervivencia cultural y económica de las comunidades allá asentadas; la vulneración del derecho a la consulta sobre proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, también conlleva la violación [de] otros derechos de los pueblos afectados, tales como la autonomía e integridad cultural y social, y la propiedad sobre sus territorios ancestrales.

*Adicionalmente, estos territorios han sido puestos en riesgo porque el **proyecto Mandé Norte, que tiene una duración prevista en 30 años prorrogables otros 30, generará daños ambientales** debido a la afectación de cabeceras de los ríos, la contaminación del aire con gases ácidos, la producción de residuos sólidos y la deforestación, entre otros, que **repercuten en el delicado equilibrio ecológico de una de las zonas más biodiversas del mundo**, en los cultivos de pan coger, en los animales, en la salud y en general, en la base de la economía de las diferentes comunidades autóctonas”. (Negrilla no incluida en el texto original)*

En Sentencia T-745 de 2010 se ampararon los derechos de la comunidad afrocolombiana asentada en el corregimiento de Pasacaballos de la isla de Barú, debido a la celebración de un contrato de concesión vial para el estudio, diseño y construcción de una vía transversal en la isla, sin llevar a cabo previamente un proceso de consulta con la comunidad.

El fallo T-1045A de 2010 versó sobre el otorgamiento de una titulación minera y licenciamiento ambiental a un particular para la exploración y explotación de oro en territorios de comunidades afrodescendientes.

En esta Sentencia, la Corte consideró:

“En el asunto objeto de estudio, se encuentra demostrado que existe un añejo nexo entre el territorio y la supervivencia cultural y económica de la comunidad afrocolombiana allí asentada. Además, la violación del derecho a la consulta sobre proyectos de explotación de recursos naturales, también conlleva la conculcación de otros derechos del pueblo afectado, tales como la autonomía e integridad cultural y social y, eventualmente, la propiedad.

*Ese territorio ha sido puesto en riesgo porque **el proyecto, que tiene una duración prevista en 10 años, prorrogables otros 10, puede incrementar los daños ambientales usualmente consecuenciales a la minería, con mayor afectación a las fuentes hídricas de la zona, contaminación del aire, producción de residuos sólidos y deforestación, incrementándose el desequilibrio ecológico que tan gravemente afronta la humanidad.***
(Negrilla no incluida en el texto original)

De manera adicional, se incluye la Sentencia T-129 de 2011 dada su relevancia en la sistematización de subreglas relativas al derecho fundamental a la consulta previa, dentro de las cuales, establece que existe la obligación de realizar un procedimiento consultivo antes del inicio de las fases de prospección y exploración mineras de un proyecto susceptible de afectar directamente a una comunidad étnica. Al respecto, cita la Sentencia C-882 de 2011:

“Por último, en la sentencia T-129 de 2011, la Corte amparó los derechos a la consulta previa y a la integridad y supervivencia cultural, entre otros, de la etnia Embera-Katio ubicada en los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito, departamento de Chocó, ya que varias entidades públicas como los ministerios de Ambiente, Interior y Minas, Codechoco y las alcaldías de municipios como Acandí y Ungía, por acción u omisión, permitieron que se adoptarán decisiones como (i) dar inicio a la construcción de una carretera para la conexión de Colombia y Panamá que se planea en el

resguardo, y (ii) conceder permisos mineros y permitir la explotación minera en el área de influencia del pueblo Embera-Katio sin llevar a cabo primero un proceso de consulta. Por ello se ordenó suspender todas las actividades de prospección, exploración -legal e ilegal- o similares en materia minera que puedan afectar a las comunidades indígenas, así como la construcción de la carretera. En este caso, la Corte además precisó que la consulta debe hacerse antes no sólo de comenzar la exploración de los recursos naturales, sino antes de llevar a cabo las actividades de prospección.” (Negrilla no incluida en el texto original)

El transcrito extracto jurisprudencial es de gran relevancia para el caso en concreto, ya que los accionantes manifestaron que la empresa Gold Plata Corporation y el Ministerio de Minas y Energía se habían negado a realizar la consulta previa argumentando que solo resultaba obligatoria cuando se fueran a iniciar las actividades de explotación, fase que aún no había iniciado. Sobre este punto, plantearon los accionantes:

“la interpretación que hace el Ministerio de Minas y Energía del derecho a la consulta previa es altamente restrictiva del derecho fundamental de participación, puesto que dicha consulta no es considerada para labores de exploración, a pesar de que con éstas se afecte a los pueblos indígenas y su territorio”.

La Corte explicó que el río Tolo podría verse afectado por las labores de exploración y explotación mineras, causando un profundo impacto para las comunidades indígenas.

Como último aspecto a resaltar de esta Sentencia, se reiteran las subreglas o requisitos jurisprudenciales que se establecieron para la realización de la consulta previa frente a toda variedad de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa susceptible de afectar directamente a una comunidad étnica:

“(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma. En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de

dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.
(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.”

De manera adicional, se considera pertinente incluir dentro del análisis la Sentencia T-359 de 2015, en la cual la comunidad Awá del Alto Temblón exigió el respeto de sus derechos fundamentales en relación con la reactivación de dos pozos de extracción petrolero a cargo de las empresas Ecopetrol S.A. y Petrominerales Colombia Ltda.

Las empresas indicadas sostuvieron que:

“Por intermedio de apoderado, Ecopetrol se opuso a lo solicitado, al exponer que la actividad de exploración y explotación de petróleo en Orito inició en el año 1960 y que la plataforma en la que se encuentran los Pozos O-196 y O-197 se construyó con motivo del Pozo Orito 70, cuya explotación finalizó en 1971.

Que para esa época no era necesario obtener un permiso ambiental a fin de desarrollar las actividades de exploración y extracción petrolífera, pero que, en 1993 al cambiar la legislación en esta materia, se solicitó

aprobación del Plan de Manejo Ambiental al entonces Ministerio de Medio Ambiente.”

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales también se opuso a las pretensiones de los accionantes, planteando que:

“el proyecto “Áreas Operativas de la Gerencia Sur”, que opera en el municipio de Orito (entre otros), inició labores en el año 1944. Por tanto, se encuentra dentro del período de transición previsto por la Ley 99 de 1993, lo que obliga a que esté sujeto a un Plan de Manejo Ambiental (en lugar de una licencia ambiental, como se exige a los proyectos que inician luego de la entrada en vigencia del mencionado cuerpo normativo).”

Dándole la razón a las entidades accionadas, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, consideró que:

“De tal suerte, es claro que al contar el Proyecto Áreas Operativas de la Gerencia Sur, con la licencia ambiental, el plan de manejo ambiental y posteriormente con el aval de la ANLA en relación a que la perforación de los pozos orito 196 y Orito 197, se enmarca dentro de las actividades de cambio menor que por tanto, a estas alturas de su ejecución no requieren de la consulta previa a la comunidad indígena”

De acuerdo con el *Ad quem*, la consulta previa procede respecto de proyectos nuevos y en el caso en estudio, se trata de un proyecto que inicio décadas atrás, el cual obtuvo el Plan de Manejo Ambiental en 2001 y respecto del cual la operación de los Pozos O-196 y O-197 se aprecia como un cambio menor. Razones que llevan a la conclusión de que no se necesita la realización de consulta previa.” (Negrilla no incluida en el texto original)

La Corte Constitucional decidió revocar esta decisión y amparar los derechos de la Comunidad Awá del Alto Temblón. En sus argumentos, se citan las Sentencias C-395 de 2012 y C-366 de 2011, en las cuales se menciona la importancia del Convenio 169 de la OIT, cuya aprobación mediante la Ley 21 de 1991, introdujo al ordenamiento jurídico colombiano la figura de la consulta previa:

*“Puntualizó la Corporación que, en tal sentido, ‘(...) el artículo 15 de ese instrumento internacional prevé dos reglas a ese respecto, a saber (i) los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos; y (ii) en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a **consultar a los pueblos interesados**, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, **antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras**”* (Negrilla no incluida en el texto original).

Posteriormente, se examinó la relación que tiene el derecho fundamental a la consulta previa con su exigencia en el tiempo, teniendo en cuenta que décadas atrás no era una exigencia constitucional o legal que debían cumplir las empresas. Dada la importancia de las consideraciones que hace la Corte, se transcriben a continuación sus apartes más importantes:

“El hecho de que Ecopetrol S.A. y Petrominerales Colombia Ltda. cuenten con un plan de manejo ambiental que viabiliza la explotación de los Pozos O-196 y O-197, ubicados en el punto conocido como “El 70”, no los autoriza para desconocer que existen familias de la Comunidad Awá del Alto Temblón que residen en la vereda el Naranjito y se omite valorar la especial y diferenciada afectación que se puede producir respecto de sus usos, costumbres ancestrales y la preservación del medio ambiente que los rodea.

En virtud de los principios constitucionales de pluralismo y multiculturalismo (Artículo 7 C.P.), las costumbres y usos ancestrales de las minorías étnicas son objeto de protección en el orden constitucional colombiano, lo que impide que factores como la prelación temporal, la inexistencia de exigencias respecto de las comunidades indígenas sin territorio en el momento en que se inició la explotación o el cumplimiento de los requisitos legales que el ordenamiento exige para la explotación de hidrocarburos en un determinado espacio geográfico, sean justificaciones válidas que permitan desconocer los mandatos que

se derivan de estos postulados de orden constitucional. Más aún cuando tales principios han sido reafirmados por instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de 1989 de la OIT.

*Del acervo probatorio que obra en el expediente, en especial del concepto rendido por el ICANH y a la luz del principio constitucional de diversidad étnica y cultural, la Sala encuentra que: (i) los habitantes de la vereda El Naranjito que pertenecen a la Comunidad Awá del Alto Temblón son una comunidad étnicamente diferenciada; (ii) su diversidad debe ser tomada en cuenta cuando se desarrollen actividades que tengan influencia directa en su forma de vida; (iii) **dicha afectación no puede ser obviada con fundamento en argumentos formales**, como resoluciones que niegan la existencia de comunidades en el área de influencia del proyecto (cuando se ha comprobado que esta comunidad habita veredas que se sufren las consecuencias de la explotación de hidrocarburos) **o la inexistencia de requisitos que las tuvieron en cuenta al momento de autorizar la explotación de recursos naturales en el entorno que habitan**, y (iv) el principio de solidaridad (Artículo 1º de la Constitución) obliga a que en desarrollo de las actividades que implican un interés público, se tenga en cuenta el concepto plural de Nación, el cual protege todas las manifestaciones étnicas y culturales. (Negrilla no incluida en el texto original).*

Así las cosas, si un caso concreto gira en torno a proyectos o medidas que no son nuevos, sino que ya se han venido ejecutando en el tiempo, el juez constitucional debe considerar que los principios que establece la Carta Política impiden que factores como la prelación temporal, la inexistencia de requisitos legales al momento de iniciar las operaciones, o el cumplimiento de las exigencias que el ordenamiento establece para llevar a cabo una actividad de extracción de recursos naturales, sean justificaciones válidas para omitir la protección del derecho fundamental a la consulta previa.

Por último, se destaca que si bien los proyectos extractivos representan un factor de progreso general y desarrollo para el país, esto no es óbice para evitar o ignorar el amparo que merecen las comunidades étnicas y el medio ambiente en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.4.4. El derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas y el derecho a la *etnoreparación*¹⁹⁸.

El derecho fundamental a la consulta -como se reseñó antes-, no solo establece su realización de forma previa o anterior al desarrollo de un programa o proyecto estatal, sino también implica la obligación de realizarla aún cuando después de ejecutado el plan o proyecto, este se ha perfeccionado sin consentimiento de la comunidad étnica afectada, ya sea con fines de participar en la implementación del mismo o de obtener una reparación o compensación por los daños causados y, de esta manera, proteger su integridad física, cultural y espiritual, como ya esta Corte lo ha establecido en las sentencias T-652 de 1998, T-693 de 2011 y T-969 de 2014.

En particular, es de especial relevancia para el caso *sub examine* la sentencia **T-693 de 2011**, en la cual se estudió la acción de tutela interpuesta por la comunidad indígena Achagua del Municipio de Puerto López (Meta), con ocasión de la licencia que le fue otorgada a la empresa Meta Petroleum Limited para la realización del Proyecto “Oleoducto Los Llanos”. La comunidad accionante consideró tener derecho a la consulta previa, pero el Ministerio del Interior no certificó la existencia de tal comunidad en la zona de influencia del proyecto y éste se llevó a cabo hasta su culminación sin haber realizado algún proceso de consulta previa. Sin embargo, durante el proceso se constató -por medio de conceptos técnicos y de diagnósticos ambientales- que la comunidad que interpuso la acción, era culturalmente diferenciada y se encontraba efectivamente asentada en el territorio referido, por lo cual, la Corte amparó el derecho fundamental a la participación y a la consulta de la referida comunidad, aún después de culminado y puesto en operación el proyecto petrolífero (oleoducto). A este respecto sostuvo:

“Ahora bien, pese a la imposibilidad de llevar a cabo en este momento la consulta previa y a que las obras ya culminaron, la Sala estima que esto no impide un pronunciamiento de fondo en el presente caso y la adopción de medidas para proteger ahora y en lo sucesivo los derechos de la comunidad, teniendo en cuenta que, como se indicó en apartes previos, la lesión de la

¹⁹⁸ Este acápite está basado en la Sentencia T-080 de 2017.

integridad cultural de la comunidad continua vigente en la medida que el uso de su territorio ancestral continúa siendo afectado y limitado.

(...)

Sin embargo, el hecho de que en el presente caso se esté configurando una especie de daño inmaterial no impide que sea reparado con acciones y otras medidas que contribuyan a la preservación y recuperación de los valores culturales de la comunidad. Ciertamente, en este caso, ante la imposibilidad de asignar al daño inmaterial causado un equivalente monetario preciso, y teniendo en cuenta el tipo de valores afectados -de orden cultural y religioso-, la Sala estima que es necesario acudir a la modalidad de reparación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha descrito como ‘(...) la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto, entre otros, el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos.’”

Finalmente, la Corporación ordenó que se realizara un proceso de consulta a las autoridades de la comunidad Achagua, *“con la finalidad de adoptar medidas de compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios con la construcción del oleoducto, que garanticen su supervivencia física, cultural, social y económica”*.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado que una de las subreglas que desarrolla el derecho a la consulta previa contempla la posibilidad de que esta se produzca después de culminado el programa o proyecto, por ejemplo, cuando ya se ha entregado y puesto en operación una hidroeléctrica o un oleoducto sin realización de consulta previa a las posibles comunidades afectadas. A ese respecto este Tribunal ha puntualizado lo siguiente:

“(...) (iv) ¿La consulta debe ser previa a las medida objeto de examen? (...) Es necesario reconocer que hay situaciones en las cuales la consulta no se lleva a cabo de manera previa. En tales casos, puede ocurrir que el proyecto, obra o actividad, ya haya causado daños e impactos. Lo dicho anteriormente respecto del carácter eminentemente preventivo de la consulta previa no significa que no se deba realizar la consulta una vez ha sido ejecutado el proyecto respectivo. Las consultas en tales casos deben ir encaminadas, principalmente, a corregir

*los impactos debidamente identificados, que hayan sido causados a los derechos colectivos de la comunidad*¹⁹⁹. (Subrayado y negrillas fuera de texto original)

Así las cosas, es claro que en los eventos antes reseñados, el derecho a la consulta puede desarrollarse también para obtener una *reparación* cuando las actividades o proyectos implementados por el Estado están en curso, e incluso concluidos, -sin haber realizado procesos de consulta- y han terminado afectando a una comunidad étnica determinada.

De forma complementaria, tanto los Tribunales Internacionales de DD.HH., como la Corte Interamericana de DD.HH., la academia y organizaciones no gubernamentales han ido construyendo un procedimiento y una serie de criterios para determinar e implementar medidas de reparación a comunidades étnicas (*etnoreparación*) con base en el Convenio 169 de la OIT.

Los profesores César Rodríguez Garavito y Yukyan Lam han sintetizado dichos planteamientos en cuatro criterios, a saber:

*“1) A lo largo de todo el proceso de determinación de las medidas de etnoreparación, es necesario consultar con el grupo étnico que, a su vez, debe retener cierto nivel de control sobre su implementación; 2) las medidas de reparación tienen que respetar la identidad cultural particular del grupo étnico; 3) las etnoreparaciones siempre deben tomar en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones y las medidas de reparación; 4) para que las reparaciones sean eficaces, la determinación de las medidas de reparación debe partir de lo específico y debe ser enfocada hacia la satisfacción de las necesidades del grupo étnico”*²⁰⁰.

De acuerdo con el **primer criterio** reseñado, los investigadores afirman que las medidas de reparación, como todas las medidas que puedan afectar a comunidades étnicas (art. 6º Convenio 169 de la OIT), tienen que ser consultadas con ellos. Para ilustrar su alcance citan varios casos, en el Sistema Universal, por ejemplo, “*el Relator Especial sobre los pueblos*

¹⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-197 de 2016.

²⁰⁰ Rodríguez Garavito, César; Lam, Yukyam. “*Etnoreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*”, DeJusticia, 2010.

*indígenas ha urgido al Gobierno de Canadá negociar la **compensación** debida al grupo étnico Métis por injusticias históricas”*²⁰¹.

Por su parte, reseñan que en el Sistema Interamericano también se han dado importantes decisiones -tanto a nivel de la Comisión como de la Corte IDH- con el objeto de fortalecer la consulta y su régimen de reparaciones. Por ejemplo, la Corte IDH²⁰² “*en los casos de la Comunidad Moiwana v. Surinam, la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay y la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, como medida de reparación, ordenó a los Estados demandados crear fondos de desarrollo comunitario para ser administrados por comités de implementación compuestos de tres miembros: uno elegido por las víctimas, otro elegido por el Estado, y el tercero elegido de mutuo acuerdo por ambos.*”²⁰³.

En cuanto al **segundo criterio**, destacan que la **identidad cultural** de la comunidad debe guiar la determinación de las medidas de reparación así como su forma de implementación de acuerdo a lo señalado en el artículo 5º del Convenio 169 de la OIT²⁰⁴. Este criterio también ha sido desarrollado por el Sistema Interamericano, para la Corte IDH la identidad cultural del grupo étnico es fundamental en el proceso de reparación²⁰⁵.

De acuerdo al **tercer criterio** (dimensión colectiva), los investigadores advierten que “*un aspecto fundamental de las etnorreparaciones es que*

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124, párrafos 214-15; Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párrafos 224-25; Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 6 de febrero de 2006, Serie C, No. 142, párrafos 205-206

²⁰³ Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124, párrafo 210.

²⁰⁴ El artículo 5º dispone que “*deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos*” y que “*deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos*”.

²⁰⁵ En el caso Aloeboetoe y otros v. Surinam (1993), la Corte estimó que para efectos de reparación: “*estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Este, como ya se ha indicado [...] no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana*” Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros v. Surinam (Reparaciones y Costas), sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C, No. 15, párrafo 62. Otro ejemplo que demuestra el papel central que tiene la identidad cultural en las medidas de reparación ordenadas por este Tribunal, incluyen el caso de la Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala (2004), donde la Corte ordenó al Estado de Guatemala celebrar un acto público en honor a la memoria de aquellos ejecutados, “”, así como los múltiples casos en los cuales la Corte IDH ha ordenado, como medida de reparación *toma[ndo] en cuenta las tradiciones y costumbres de los miembros de las comunidades afectadas*, la traducción de su fallo al lenguaje del grupo étnico y su difusión.

siempre se tiene en cuenta la naturaleza colectiva del daño causado al grupo étnico, incluso en casos de violaciones cometidas contra uno o unos miembros individuales del grupo. De forma complementaria, es importante que las medidas de reparación incluyan acciones en beneficio no solamente de las víctimas individuales que son miembros del grupo étnico, sino también del grupo como tal”.

A este respecto, aducen que la Corte IDH ha reconocido en varios casos de comunidades étnicas (v.gr. Comunidad *Yakye Axa* v. Paraguay, Masacre del Plan Sánchez, Comunidad *Moiwana* v. Surinam, entre otros) medidas de reparación -tanto pecuniarias como simbólicas- que incluyen elementos colectivos para ser efectivas.

Adicionalmente, la Corte IDH al considerar la dimensión colectiva del daño causado por diversas vulneraciones a los derechos humanos de comunidades étnicas, como por ejemplo, en el caso de la **Comunidad *Moiwana* v. Surinam (2005)** ha ordenado medidas de reparación colectiva que incluyen el establecimiento de fondos de desarrollo para la implementación de “*programas comunitarios en materia de salud, vivienda y educación*”²⁰⁶.

Otro ejemplo concreto es el caso del **Pueblo *Saramaka* v. Surinam (2007)**, en el cual la Corte Interamericana “*consideró que el daño inmaterial causado al pueblo Saramaka por ‘alteraciones [...] en el tejido de la sociedad misma’ —inclusive el impacto del daño ambiental en su vínculo espiritual al territorio, así como el sufrimiento y angustia padecidos como resultado de la larga lucha por reconocimiento legal— le dio al pueblo el derecho a una justa compensación*”²⁰⁷.

Respecto al **cuarto criterio** (reparación eficaz), se señala que una formulación cercana a la teoría de la “justicia étnica colectiva” que adopte las necesidades de las comunidades étnicas como punto de partida contribuirá en gran medida a garantizar que las reparaciones proporcionadas sean eficaces y cumplan con los requisitos de idoneidad y efectividad, al no ser percibidas por sus beneficiarios como impuestas o paternalistas. En este sentido, se citan dos ejemplos. El primero se reseña

²⁰⁶ Corte IDH, Caso de la Comunidad *Moiwana* v. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124, párrafos 214-215.

²⁰⁷ Corte IDH, Caso del Pueblo *Saramaka* v. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, No. 172, párrafo 200.

el caso de la **Masacre del Plan Sánchez**, “*en el que la Corte IDH designó un comité que habría de incorporarse con la comunidad con el objeto de formular métodos de evaluación médica y psicológica, permitiendo de esta manera que los miembros del pueblo indígena participaran en la creación de la política pública sobre salud*”.

Finalmente, refieren que en el caso de las comunidades indígenas paraguayas **Sawhoyamaxa y Yakya Axa**²⁰⁸, la Corte IDH consideró pertinente ordenar la creación de fondos de desarrollo -con participación de las comunidades- para brindar agua potable e infraestructura sanitaria, así como la implementación de proyectos de educación, salud, vivienda y agricultura.

Respecto a la justificación de dicha clase de fondos, también resulta ilustrativo traer a colación el caso del vertedero de basuras “Doña Juana” de la ciudad de Bogotá D.C. El Consejo de Estado, Sección Tercera, constató la ocurrencia de múltiples afectaciones ambientales que repercutieron en daños a los habitantes de la zona y, en consecuencia, condenó a la respectiva indemnización de perjuicios²⁰⁹.

Sin embargo, uno de los Consejeros de Estado manifestó que los perjuicios derivados de daños ambientales requerían la adopción de medidas de reparación que tuvieran una dimensión colectiva, a efectos de lograr una verdadera *reparación integral*²¹⁰. Como una alternativa de ello, refirió que la adopción de “fondos colectivos de indemnización” para mejorar las condiciones de vida de los afectados, constituía una práctica común del derecho internacional ante eventos contaminantes de gran magnitud, como aquellos causados por hidrocarburos.

En ese sentido, refirió:

“La operatividad de los diferentes mecanismos de reparación (reparación in natura, indemnización y satisfacción) debe corresponderse con la doctrina que

²⁰⁸ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párrafo 224; Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakya Axa v. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125, párrafo 205.

²⁰⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Leonardo Buitrago Quintero y otros c Distrito Capital de Bogotá. Expedientes 25000232600019990002 04 - 2000-00003-04. Acción de Grupo.

²¹⁰ Salvamento Parcial de Voto del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

busca la reparación integral, pero no la reparación ilimitada, lo que ha sido una constante cuando se trata de reparar los perjuicios ocasionados como consecuencia de daños ambientales, ya que por su dimensión se exige utilizar no sólo la indemnización como mecanismo, sino que puede contarse con medidas que con carácter colectivo tengan la virtud de constituirse en una reparación in natura, o en una reparación por equivalente y de carácter colectivo, como la pedida en la demanda de reubicación, e incluso **cabía el establecimiento de un “Fondo Especial” con el que se debía buscar que los recursos públicos fueran canalizados para mejorar las condiciones de vida, ambientales y sanitarias de los miembros del grupo afectado** (o de los afectados), de manera que se atendiera no sólo la problemática actual, sino aquella que de manera continuada pueda persistir por la propia naturaleza de los daños ambientales, ya que muchos de sus efectos no se manifiestan temporal y espacialmente en un solo momento, y demandarán una atención a medio y largo plazo.

Sin duda, **cuando se trata de perjuicios derivados de daños ambientales**, y para cumplir con el mandato de la reparación integral, **es necesario proceder a determinar una medida de reparación colectiva**, ya que el reconocimiento sólo de perjuicios morales y de medidas de satisfacción puede no cumplir con la integralidad y dejar latente la necesidad de atender la problemática. (...)

Esta forma de indemnización podría haber resultado bastante eficiente para la indemnización colectiva, pues se podría haber creado **un fondo con destino a la reparación de los daños**, o a la prevención de nuevos incidentes como los que generó el derrumbe presentado en el vertedero de basuras de “Doña Juana”.

La propuesta de haber accedido a la reparación colectiva solicitada por los demandantes, y canalizarla mediante la utilización de un “Fondo” se encuentra dentro de la filosofía según la cual **los “fondos colectivos de indemnización simbolizan” una tendencia marcada en el derecho internacional privado** (con los Fondos de indemnización por contaminación con hidrocarburos, TOVALOP y CRYSTAL –Convención de París de 29 de julio de 1960, Convención de Bruselas de 31 de enero de 1963, por ejemplo), y cuyo objeto es permitir que se redistribuya eficazmente los recursos económicos que sean necesarios para atender medidas, que enmarcadas en la reparación, permitan en perspectiva colectiva reparar aquellos perjuicios que por su continuidad, complejidad, elevado costo y carácter difuso no pueden determinarse por la vía

de la indemnización pecuniaria, o de las medidas de satisfacción simplemente.”²¹¹ (Negrilla y subrayado agregados)

En este orden de ideas, la Sala concluye que el derecho a la consulta puede desarrollarse también para obtener una *reparación o compensación* (con enfoque diferencial, esto es, *etnoreparación*) cuando las actividades o proyectos se encuentran en curso -sin haber realizado procesos de consulta- y han terminado afectando a una comunidad étnica determinada.

Como se observó, las medidas de reparación o compensación pueden tener una amplia gama de posibilidades que pueden ir desde la implementación de medidas tanto simbólicas (obras de valor pedagógico y cultural, publicaciones, investigaciones) como pecuniarias (pago de indemnizaciones, compensaciones, creación de Fondos especiales de desarrollo) a fin de proteger los derechos fundamentales de los pueblos étnicos, en particular, su derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual.

3.5 Resolución del caso concreto

Con base en las subreglas constitucionales mencionadas y los fundamentos explicados, la Sala Séptima de Revisión de esta Corporación resolverá los diversos problemas jurídicos de este caso, referentes a la protección del derecho fundamental a la consulta previa.

Para ello, la Corte Constitucional dividirá su análisis en tres (3) secciones: (i) Se pronunciará sobre la protección del derecho fundamental mencionado en el tiempo; (ii) Abordará el estudio de la relación que se presenta entre el proceso de licenciamiento ambiental y la consulta previa; y, (iii) Establecerá si se vulneraron los derechos fundamentales de las ocho comunidades étnicas implicadas en el presente caso, al omitirse la realización de un proceso consultivo de cara a la suscripción del Otrosí número 4 al contrato 051-96M el 28 de octubre de 2012.

²¹¹ Págs. 44, 51-52.

3.5.1 La protección del derecho fundamental a la consulta previa en el tiempo. La garantía de participación no se encuentra supeditada al inicio o creación de una nueva medida administrativa

Dentro de los argumentos sostenidos por Cerro Matoso S.A y las entidades administrativas que han apoyado sus pretensiones, la Corte encuentra de manera recurrente la afirmación, según la cual, no debió consultarse el otrosí número 4 porque las actividades de exploración y explotación mineras no hacen parte de un nuevo proyecto, ya que las actividades mencionadas se han venido desarrollando desde 1982, momento en el cual no se había reconocido el derecho fundamental a la consulta previa y ni siquiera se había promulgado la Constitución Política de 1991.

Por estas razones, argumentan que no se le podía exigir a la empresa accionada llevar a cabo un proceso consultivo respecto a una medida administrativa que ya se encontraba vigente en el tiempo. También, afirman que, de darse el inicio de labores de explotación minera en nuevos territorios no cobijados por la licencia ambiental de 1981, realizarán una consulta previa con las comunidades étnicas susceptibles de verse afectadas.

Las anteriores consideraciones asumen de manera indirecta, y en algunas ocasiones directa, que la protección del derecho fundamental a la consulta previa sólo procede frente al inicio o creación de una nueva medida administrativa, y que no tiene lugar si aquélla se encuentra vigente.

Tal conclusión no se encuentra conforme a la jurisprudencia de esta Corporación ni a las subreglas constitucionales relativas a la protección del derecho fundamental a la consulta previa:

La Sentencia T-359 de 2015 merece especial atención ya que resolvió un caso similar respecto a la comunidad indígena Awá del Alto Temblón. En las décadas de los sesentas y setentas, se iniciaron actividades de exploración y explotación petrolera en el municipio de Orito, Departamento del Putumayo. Todas las actuaciones se realizaron conforme a la legislación vigente y a las reglas que suponían los respectivos tránsitos legislativos. No obstante, las empresas Ecopetrol S.A y Petrominerales

Colombia Ltd. decidieron reactivar dos pozos de su proyecto petrolero tras un período de inactividad.

Ante la situación, la comunidad Awá solicitó la protección de su derecho a la consulta previa, pero las empresas accionadas sostuvieron que, por tratarse de un proyecto antiguo, no resultaba obligatoria la realización de un proceso consultivo, conclusión que fue apoyada por distintas entidades administrativas y por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Constitucional consideró que sí se había vulnerado el derecho fundamental solicitado por la comunidad indígena, con fundamento en lo siguiente:

“En virtud de los principios constitucionales de pluralismo y multiculturalismo (Artículo 7 C.P.), las costumbres y usos ancestrales de las minorías étnicas son objeto de protección en el orden constitucional colombiano, lo que impide que factores como la prelación temporal, la inexistencia de exigencias respecto de las comunidades indígenas sin territorio en el momento en que se inició la explotación o el cumplimiento de los requisitos legales que el ordenamiento exige para la explotación de hidrocarburos en un determinado espacio geográfico, sean justificaciones válidas que permitan desconocer los mandatos que se derivan de estos postulados de orden constitucional. Más aún cuando tales principios han sido reafirmados por instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de 1989 de la OIT.” (Negrilla no incluida en el texto original)

Con base en el anterior pronunciamiento, la Sala evidencia que la protección del derecho fundamental a la consulta previa en el tiempo, no precisa de la puesta en marcha de una nueva medida administrativa, sino que procede también, respecto a proyectos que ya han venido ejecutándose en el tiempo pero que han sufrido una modificación sustancial.

Ante este escenario, y conforme a la subregla mencionada, el juez constitucional debe considerar que los principios que establece la Carta Política impiden que factores como la prelación temporal, la inexistencia de requisitos legales al momento de iniciar las operaciones, o el cumplimiento de las exigencias que el ordenamiento establece para llevar a cabo una actividad de extracción de recursos naturales, sean

justificaciones válidas para omitir la protección del derecho fundamental a la consulta previa.

Por otra parte, se ha establecido de manera reiterada que el derecho fundamental a la participación, presupuesto del derecho fundamental a la consulta previa, no sólo se predica de la etapa preliminar de un proyecto de extracción de recursos naturales; también debe materializarse en el tiempo conforme a un proceso post-consultivo. Subregla constitucional que pone de manifiesto que la garantía de participación no se encuentra supeditada al inicio o creación de una nueva medida administrativa.

Al respecto, se debe recordar que el cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado de reconocer y proteger la diversidad cultural del país, implican que sólo con un alto grado de autonomía será posible la supervivencia cultural de las comunidades étnicas que habitan el territorio nacional; protección que sobrepasa el ámbito interno y se convierte en una finalidad de toda la comunidad internacional.

Así mismo, es menester indicar que, la exigencia de realizar una consulta previa respecto a un proyecto que ya se encuentra vigente, no desdibuja el carácter “previo” de este derecho fundamental. La modificación sustancial de las circunstancias materiales o jurídicas bajo las cuales se desarrollan actividades de extracción de recursos naturales, puede significar una afectación directa *per se* a las comunidades étnicas ubicadas en su zona de influencia.

Tampoco se puede afirmar que esto se opone a los objetivos de la consulta, ya que su propósito sería construir un espacio de diálogo entre el Estado, la empresa interesada y las comunidades para que se pueda determinar con exactitud, la manera en que éstas se ven afectadas con las modificaciones que se pretenden implementar y se pueda llegar a un acuerdo en relación con la forma de prevenir o mitigar esas afectaciones.

Del mismo modo, no se puede ignorar que, en la mayoría de casos, la perpetuación en el tiempo de un proyecto de magnitudes importantes podría incrementar el peligro de ocasionar daños ambientales y el riesgo de un desequilibrio ecológico. Por lo que se hace necesario realizar una revisión en conjunto de las medidas de prevención y mitigación de los impactos que puede tener el proyecto, más aún, si durante su vigencia ya

se han ocasionado daños al medio ambiente, a la salud humana y/o al *modus vivendi* de las comunidades étnicas.

En conclusión, la Corte Constitucional reconoce que la protección del derecho fundamental a la consulta previa no se encuentra supeditada al inicio o creación de una nueva medida administrativa, por ejemplo, la puesta en marcha de un nuevo proyecto de extracción minera.

Los principios que establece la Carta Política impiden que, ante una modificación sustancial de las condiciones materiales o jurídicas que rigen un proyecto, se omita la realización de una consulta previa; más aún, si las comunidades susceptibles de ser afectadas nunca tuvieron la oportunidad de participar y ser consultadas respecto a su inicio.

3.5.2 La relación entre el derecho fundamental a la consulta previa y el proceso de licenciamiento ambiental. El ámbito de aplicación del derecho fundamental a la consulta previa no se circunscribe únicamente a un proceso administrativo de licenciamiento ambiental

Dentro de la argumentación presentada por Cerro Matoso S.A, se afirma que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, la licencia ambiental otorgada en 1981 por la Corporación Regional Autónoma de los Valles del Sinú y del Alto San Jorge continúa vigente, y se mantendrá en ese estado hasta el momento en que se terminen de manera definitiva las actividades de exploración y explotación mineras llevadas a cabo por la empresa.

Teniendo esto en cuenta, se incluye como segunda premisa, que la consulta previa hace parte o se desarrolla con relación a un proceso de licenciamiento ambiental; en consecuencia, si no se requiere una nueva licencia no resulta obligatorio para Cerro Matoso S.A realizar un proceso consultivo a las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas.

En síntesis, la empresa en cuestión reafirma que no tenía la obligación de consultar el Otrosí número 4 a las comunidades que se encuentran en su zona de influencia, debido a que el objeto de aquél se encuentra debidamente salvaguardado por la licencia ambiental otorgada en 1981.

Respecto a este punto, la Corte resalta que la posición de Cerro Matoso S.A se sustenta y fundamenta en una visión reduccionista del derecho fundamental a la consulta previa, según la cual, éste sólo debe ser protegido de cara a la realización de un nuevo proceso administrativo de licenciamiento ambiental.

Si bien existe un estrecho vínculo entre el derecho fundamental en cuestión y el proceso administrativo de licenciamiento, ambos responden a una realidad diferente y tienen una naturaleza singular en el ordenamiento jurídico colombiano, factores que impiden su asimilación o interdependencia.

Los procesos administrativos, y en general los requisitos formales, son independientes de la protección de los derechos fundamentales, especialmente cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, como lo son las comunidades indígenas y afrodescendientes, aspecto que ha sido reiterado en múltiples ocasiones por este Tribunal.

En este sentido, el derecho fundamental a la consulta previa no puede ser asimilado a un requisito formal, a una autorización, o a una simple fase del proceso de licenciamiento ambiental. Una afirmación contraria, llevaría a la conclusión errónea, según la cual, los derechos fundamentales se encuentran subordinados o dependen de procedimientos administrativos.

Esta Corporación ha sostenido, en innumerables ocasiones, que la protección de los derechos fundamentales no puede depender de trámites administrativos, dado que, en todo caso, debe prevalecer el derecho sustancial²¹². Mal podría entenderse que la defensa de un derecho fundamental debe ceder ante la existencia de requisitos formales, o que estos últimos, puedan convertirse válidamente en un límite a su ámbito de aplicación.

La Corte reafirma que el criterio que determina la obligatoriedad de la consulta previa, es el concepto de **afectación directa**. Cuando quiera que exista el riesgo para una determinada comunidad étnica, de sufrir un impacto, positivo o negativo, a raíz de una medida legislativa o

²¹² Sentencias C-193 de 2016, SU-235 de 2016, T-005 de 2016, T-361 de 2014, T-650 de 2012, T-329 de 2011, T-593 de 2003, T-977 de 2004, entre otras.

administrativa específica, sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales y/o culturales que constituyen la base de su cohesión social, dicha medida deberá ser consultada.

Aceptar la interpretación a la que llega la empresa Cerro Matoso S.A, llevaría a indicar que el criterio que fija la obligatoriedad de la consulta previa es el inicio de un proceso administrativo de licenciamiento ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, y no la protección de las comunidades étnicas que habitan el territorio nacional y su derecho fundamental a participar en las decisiones que las afectan.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que se debe consultar cualquier medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a una población indígena o afrodescendiente. Al respecto, las Sentencias T-129 de 2011, C-882 de 2011 y T-1080 de 2012, citadas en múltiples fallos que han amparado el derecho fundamental a la consulta previa, concretizan el concepto de afectación directa en los siguientes escenarios:

“... se dedujo que existían varios escenarios ante los cuales existe el deber de consulta:

- ***“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.*
- *Medidas legislativas.”* (Negrilla fuera del texto original)

La Sala resalta que, en ningún momento esta Corporación ha sostenido que el amparo del derecho fundamental en estudio, dependa o se proteja exclusivamente frente al otorgamiento de una licencia ambiental. Todo lo contrario. Conforme a los argumentos esbozados, cualquier medida

administrativa o legislativa que tenga la potencialidad de afectar directamente a alguna comunidad étnica debe ser consultada²¹³.

En consecuencia, la Corte concluye que, el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la consulta previa no se circunscribe a un proceso administrativo de licenciamiento ambiental, ni se precisa que éste tenga lugar para que exista la obligación de consultar previamente a las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas.

3.5.3 La importancia del Otrosí número 4 al Contrato 051-96M. Vulneración del derecho fundamental a la consulta previa

Tras haber resuelto los dos problemas jurídicos precedentes, la Corte procede a determinar si, en el caso concreto, el Otrosí número 4 al Contrato 051-96M debió ser consultado previamente a las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas de manera directa. Aspecto que resulta central para el conflicto jurídico que se ha presentado entre las partes involucradas en el proceso.

Cerro Matoso S.A. plantea que no hay mérito suficiente que justifique la exigencia de realizar una consulta previa, ya que la modificación contractual mencionada tuvo los siguientes objetivos: la recopilación de todas las cláusulas que rigen las actividades de exploración y explotación de la empresa, y la prórroga de las mismas.

Sobre este punto, la empresa argumentó:

“Efectivamente las partes suscribieron en dicha fecha el mencionado otrosí No. 4 mediante el cual se modifican algunas de las cláusulas que por efecto de la incorporación de las áreas de las concesiones 866 y 1727 al mismo,

²¹³ En este mismo sentido, la profesora Gloria Amparo Rodríguez, en su texto *“De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia”* (2017), afirma: **“Ámbito temático o casos en los que es obligatoria la consulta previa. Se ha considerado que la consulta previa solo se aplica en el caso de ejecución de proyectos o de explotación de recursos naturales en territorios indígenas, ya que de esta forma se ha interpretado el artículo 330 de la Carta Política. Esto no es así, pues como ya lo hemos planteado, la obligación de la consulta previa tiene que ver con cualquier medida administrativa o legislativa que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas”** Pág. 69.

Con posterioridad, la catedrática explica la obligatoriedad de la consulta frente a tratados internacionales, leyes, planes nacionales de desarrollo, licencias ambientales, permisos, concesiones y autorizaciones ambientales, permisos de investigación y acceso a recursos genéticos, proyectos REDD+, erradicación de cultivos de uso ilícito, ingreso de las Fuerzas Armadas, entre otros. Págs. 69-128.

debían ser modificadas; más una compilación de las modificaciones efectuadas mediante otrosíes anteriores (Nos. 1, 2 y 3) para generar un solo texto que facilitara la lectura e interpretación integral del contrato, razón por la cual en un gran número de las cláusulas se hace referencia expresa al texto del contrato 051 original o específicamente al otrosí No. 4, para hacer aún más claro qué aspectos del contrato no estaban sufriendo modificaciones mediante dicho otrosí.

Ahora bien, es del caso precisar desde ya que las modificaciones introducidas mediante el otrosí en ningún momento afectan sino que reconocen el objeto principal del contrato 051-96M desde la suscripción del mismo hace más de 17 años, como lo es la ininterrumpida continuación del proyecto de explotación que inició el 1 de octubre de 1982, bajo las concesiones 866 y 1727 y que hoy en día continúa bajo el contrato 051-96M con ocasión de la incorporación de las áreas de las mismas a éste (situación reconocida pero no modificada por el otrosí No. 4)”.²¹⁴

En sentido concordante, la Agencia Nacional de Minería concluyó que no se había vulnerado el derecho a la consulta previa, debido a que el objeto del otrosí se limitó a la prórroga de la explotación minera llevada a cabo desde 1982, y que ahora se extenderá hasta 2029, con la posibilidad inicial de prorrogarse quince años más.

Sostiene la Agencia que una simple prórroga no constituye una afectación a las comunidades étnicas, por lo que nunca existió la obligación de realizar una consulta con los siete pueblos indígenas y el Consejo Comunitario Afrodescendiente ubicado en la zona de influencia directa de la mina de Cerro Matoso S.A.

En cambio, los accionantes y varias entidades que intervinieron en el proceso apoyando sus pretensiones, manifiestan que el otrosí número 4 sí debió ser consultado, ya que incluyó modificaciones que alteraron aspectos sustanciales del contrato original suscrito en 1996.

En la acción de tutela interpuesta por los señores Israel Manuel Aguilar Solano (Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge) y Luis Hernán Jacobo (Presidente del Consejo

²¹⁴ Visible a folios 249-253 del cuaderno 1.

Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré), se señala que no sólo se prorrogó el contrato hasta 2029 bajo la condición de aumentar la capacidad de procesamiento de la empresa, sino que se incluyeron múltiples cambios adicionales.

Dentro de ellos, los accionantes resaltan que se extendió el período específico de explotación minera, la Nación renunció a la reversión de los activos de las concesiones a cambio de un aumento escalonado de las regalías, se incluyeron unas cláusulas de inversión social, se estableció una cláusula ambiental “muy ambigua” que no impone obligaciones concretas, y se pactó que Cerro Matoso S.A debía examinar si existía una relación entre la operación de la mina y las enfermedades que presentan distintos pobladores de la región.

Por su parte, la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente y la Contraloría General de la República, señalaron al respecto que Cerro Matoso S.A vulneró el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas involucradas en el caso concreto, ya que tenía la obligación *ius fundamental* de consultar el Otrosí número 4.

Dicha obligación se sustenta en que: (i) Se sustituyó en su integridad el contrato 051-96M y sus otrosíes 1, 2 y 3, retroactivamente a partir del 1 de octubre de 2012; (ii) Se prorrogó el término del contrato hasta el año 2029; (iii) Variaron las condiciones establecidas desde el año 1996, relacionadas con el área concesionada (52.850 hectáreas); y (iv) El caso se ajusta a lo previsto en el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional sobre consulta previa²¹⁵.

Así mismo, agrega el ente fiscal que:

“Sobre la consulta previa.

“En la zona de influencia del proyecto existen comunidades negras e indígenas que han participado en procesos de consulta previa por parte de la empresa Cerro Matoso S. A., pero de manera esporádica, dispersa e incompleta. Hoy, con unas condiciones distintas que implican situaciones contractuales nuevas y de hecho procesos industriales diferentes, así como

²¹⁵ Visible a folio 209 del cuaderno 3A.

impactos sociales ambientales distintos a aquellos que se preveían anteriormente, ante la formalización del denominado otrosí N° 4 se hubiera requerido realizar un nuevo proceso de consulta previa por cuanto se trata de una decisión que afecta a dichas comunidades. Esta situación está contemplada en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia por la Ley 21 de 1991. Por tratarse de un convenio internacional sobre derechos humanos, hace parte del bloque de constitucionalidad del país, por lo cual prevalece sobre otras disposiciones internas”²¹⁶.

Dada la existencia de diversas posiciones sobre la importancia de los cambios introducidos por el otrosí número 4 al Contrato 051-96M, y que la discusión en comento resulta central para resolver el caso concreto, la Sala procedió a realizar un análisis más profundo y detallado de aquél, con miras a establecer la trascendencia o intrascendencia de las modificaciones implementadas.

En adelante, se señalan cada uno de los cambios que introdujo el mencionado Otrosí:

- La **cláusula primera** de la modificación contractual, en su numeral tercero, establece que, si bien las Concesiones No. 866 y 1727 ya habían culminado, la entidad accionada tiene el derecho de continuar desarrollando sus actividades de exploración, explotación y procesamiento minero en las mismas condiciones y con los mismos derechos existentes en esos contratos ²¹⁷.
- La **cláusula segunda**, en su numeral primero, refleja la alteración que sufrió el Área Neta Contratada del contrato inicial. Señala que a partir del 1° de octubre de 2012, fecha a partir de la cual rige retroactivamente el otrosí, el área en cuestión constará de cincuenta y dos mil ochocientos cincuenta (52.850) hectáreas, y no de cincuenta y dos mil, ciento sesenta y cuatro (52.164) hectáreas, como estaba establecido inicialmente. Este hecho se debe a la incorporación de las seiscientos ochenta y seis (686) hectáreas

²¹⁶ Análisis Técnico de la Contraloría General de la República sobre el otrosí No. 4 al contrato No. 051-96M, suscrito entre la Agencia Nacional Minera - ANM y la empresa Cerro Matoso S. A.

²¹⁷ Visible a folio 60 del cuaderno 18A. Se establece textualmente que: “Cerro Matoso tiene el derecho de seguir realizando sus labores de exploración, explotación y procesamiento en el Área de las Concesiones en las mismas condiciones y con los mismos derechos que bajo las Concesiones”.

correspondientes a las áreas de los contratos de concesión No. 866 y 1727 ²¹⁸.

Señala Cerro Matoso S.A que, con anterioridad a la fecha señalada, existía una superposición aparente de áreas entre los contratos de concesión y el contrato 051-96M debido a la amplitud del aporte minero. No obstante, éste se entendía *“otorgado inicialmente con exclusión de las áreas cubiertas por dichas solicitudes y títulos, mientras se hallen vigentes, para el caso, con exclusión de las concesiones 866 y 1727”* ²¹⁹.

Como resultado de lo anterior, se acordó que al finalizar el período de los dos contratos de concesión, sus áreas ingresarían a hacer parte del objeto del Contrato 051-96M, hecho que se materializó con el otrosí número 4.

- La **cláusula tercera** presenta importantes diferencias respecto al Contrato 051-96M, ya que, en principio, se establecía que tendría una duración inicial de treinta (30) años contados a partir de la inscripción del contrato en el Registro Minero Nacional, hecho que tuvo lugar el 2 de agosto de 1999. Con el otrosí, ese período se prorrogó por quince (15) años más, por lo cual no culmina en el año 2029 sino que se extiende hasta el año 2044, bajo la condición de incrementar la capacidad de procesamiento de mineral en planta, de tres millones a cuatro millones y medio de toneladas al año.

Así mismo, se establece en el numeral segundo, que podrán acordarse sucesivas prórrogas, sin mayores limitaciones que los términos y la duración que acuerden las partes, tan solo se establece que, la primera de ellas será por veinte años, es decir, que las labores de Cerro Matoso S.A se llevarían a cabo hasta el año 2064 y de allí en adelante según se acuerde ²²⁰.

Respecto a las diferentes etapas de las actividades mineras, se extiende de nuevo el período de las labores de exploración. En 1996,

²¹⁸ Ibidem. Visible a folio 63.

²¹⁹ Ibidem. Visible a folio 58.

²²⁰ Ibidem. Visible a folio 64. Textualmente se establece que “podrán convenirse nuevas prórrogas, la primera por un término de veinte (20) años, en los términos y condiciones que se acuerden en el respectivo momento”.

se pactó un período inicial de ocho años, en el Otrosí se acuerda nuevamente un lapso de ocho años a partir de su suscripción, es decir, desde el año 2012 hasta el año 2020. También se diseñaron nuevas reglas para el período de construcción y montaje, y se plantea que la empresa accionada tendrá el derecho de continuar sus labores de explotación hasta la terminación del Contrato 051-96M, fecha que resulta indeterminada ²²¹.

- La **cláusula cuarta** corresponde al control ambiental de Cerro Matoso S.A. En relación con el contrato inicial, se modificaron y añadieron múltiples reglas, por ejemplo, la empresa accionada se compromete a *“tomar las medidas técnicas y científicas tendientes a proteger el medio ambiente (...) que se impongan en el instrumento ambiental correspondiente”*, a obtener una nueva licencia ambiental en el caso en que se pretendan ejecutar labores en zonas diferentes al área de las concesiones, *“a no realizar trabajos que puedan afectar en forma grave obras de beneficio común (...) sin autorización de las autoridades competentes”*, a elaborar un plan de cierre con medidas para mitigar, recuperar o compensar los impactos ambientales y sociales causados en el momento en que se finalicen las operaciones de la mina, entre otros compromisos ²²².
- La **cláusula séptima** estableció un contenido mucho más específico de los Programas de Trabajos y Obras, y de los estudios de factibilidad ambiental que deberá entregar Cerro Matoso S.A al vencimiento del período de exploración ²²³.
- La **cláusula décima del Contrato 051-96M** fue suprimida en su totalidad por el otrosí número 4. Se establecía que, al expirar los contratos de concesión No. 866 y 1727 se entregaría a la empresa, a título de arrendamiento, todos los bienes muebles e inmuebles que hubieran revertido a la Nación en ese momento. Adicionalmente, se fijaban unas reglas sobre los cánones, la forma de pago y la conservación de los bienes dados en arrendamiento ²²⁴.

²²¹ Ibídem. Visible a folio 65.

²²² Ibídem. Visible a folio 66 al 68.

²²³ Ibídem. Visible a folios 68 y 69

²²⁴ Ibídem. Visible a folio 71.

- Adicionalmente, la **cláusula décima del Otrosí** cambió en su totalidad las disposiciones que hacían referencia a las regalías y compensaciones que debe pagar la empresa contratista. Dentro de esas modificaciones se estableció una compensación adicional a la regalía por explotación, se cambiaron los lineamientos establecidos para los pagos por concepto de canon superficiario y se implementó un canon adicional producto de la prórroga del período de exploración.
- En el **numeral quinto** de esta cláusula se estableció un pago por concepto de prima de contratación, algo que llama la atención, ya que ninguno de los otrosíes previos había fijado algo similar, toda vez que únicamente se acordó una prima de esta naturaleza ante la firma del contrato 051-96M. El numeral señalado indica que se realizará un pago único de veinte millones de dólares (US\$ 20'000.000), para ser cancelados “dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la inscripción del presente otrosí” ²²⁵.

De manera adicional, se estableció una nueva contraprestación trimestral, que tendría lugar a título de compensación si Cerro Matoso S.A no logra incrementar su capacidad de procesamiento. Y finalmente, se creó un pago por concepto de “*inversión social regional*”, en el que la empresa se compromete a efectuar un desembolso de diez millones de dólares (US\$ 10'000.000) “*con destino a proyectos o programas sociales de alto impacto en la región del departamento de Córdoba*” ²²⁶.

- La **cláusula décimo segunda** cambia las reglas relativas a la facultad de subcontratación que tiene la empresa contratista; y la cláusula décimo tercera, hace referencia a las actividades por ejecutar y agrega lineamientos con relación a la Canga que logre acumular Cerro Matoso S.A ²²⁷.
- La **cláusula vigésimo segunda** señala las causales por las cuales la autoridad minera podría declarar la caducidad del contrato por

²²⁵ Ibídem. Visible a folios 72 al 77.

²²⁶ Ibídem. Visible a folio 76.

²²⁷ Ibídem. Visible a folio 79.

incumplimiento grave de la empresa, en el Otrosí número 4 se agregan cuatro eventos adicionales ²²⁸.

- La **cláusula vigésimo sexta** establece que la reversión de los bienes destinados a la explotación minera, no tendrá lugar al finalizarse los contratos de concesión, hecho que ya acaeció, sino que se realizará en el momento en que finalice la vigencia del contrato 051-96M, fecha que resulta indeterminada dadas las sucesivas prórrogas que podrían acordarse ²²⁹.
- La **cláusula vigésimo séptima** modifica varios aspectos de la denominada “*preferencia por lo nacional*”. El otrosí agrega que se hará conforme a los tratados de libre comercio de los que Colombia sea parte, específica en qué consistirá la preferencia, y señala que primordialmente se contratará a personas y firmas del Departamento de Córdoba y la Región Caribe ²³⁰.
- La **cláusula vigésima octava**, referente a la gestión social de Cerro Matoso S.A, es totalmente nueva en el otrosí ya que en el contrato inicial no se incluía nada al respecto. Se estipuló que la empresa adelantará programas en beneficio de los municipios que se encuentran en su área de influencia, con el fin de mejorar sus indicadores de calidad de vida. Así mismo, se prevé el compromiso de la entidad de “*efectuar los estudios tendientes a establecer un diagnóstico de los determinantes de salud y ambiental entre la operación y las comunidades próximas a la actividad minero industrial y, en caso de evidenciarse afectaciones derivadas directamente de la actividad minero industrial de Cerro Matoso, tomar las medidas preventivas y/o correctivas pertinentes*” ²³¹.
- La **cláusula trigésima quinta**, por su parte, establece reglas diferentes de las inicialmente pactadas para un escenario en el cual se dé un cambio de circunstancias que impida el cumplimiento del objeto del contrato ²³².

²²⁸ Ibídem. Visible a folio 83.

²²⁹ Ibídem. Visible a folios 85 y 86.

²³⁰ Ibídem. Visible a folio 87.

²³¹ Ibídem. Visible a folios 87 y 88.

²³² Ibídem. Visible a folio 92.

- Finalmente, la **cláusula cuadragésima** reza de la siguiente manera: “*el presente Otrosí No. 4 sustituye en su integridad al Contrato 051-96M y a sus Otrosíes No. 1, 2 y 3, y rige retroactivamente a partir del 1º de octubre de 2012*”²³³. (Negrilla y subrayado no incluido en el texto original)

Habiendo identificado con exactitud los cambios introducidos al Contrato 051-96M, la Corte Constitucional verifica que el Otrosí número 4 no es una simple prórroga o documento unificador, como lo sostiene Cerro Matoso S.A y las entidades que apoyan sus argumentos. Lo anterior, debido a que se realizaron modificaciones jurídicas y económicas sustanciales respecto a las actividades mineras de la empresa accionada y al impacto que éstas tienen en su zona de influencia directa.

En este sentido, se considera que no sólo se cambiaron múltiples cláusulas y aspectos puntuales del Contrato 051-96M, sino que también, se modificó el objeto mismo del negocio jurídico, al incluir seiscientos ochenta y seis (686) hectáreas al área neta contratada, producto de la incorporación de los terrenos que cubrían los contratos de concesión núms. 866 y 1727, y que justamente, abarcaban las únicas hectáreas en las cuales se realizaban actividades de explotación minera como tal.

Si bien la incorporación señalada ya había sido objeto de un acuerdo previo entre las partes, es mediante el Otrosí número 4 que ésta se materializa e incrementa el área neta del contrato pactado en 1996. Es así, que cobra sentido la cláusula cuadragésima de la modificación contractual, al establecer que el Otrosí rige retroactivamente desde el 1º de octubre de 2012, fecha en la cual, quedaba sin sustento jurídico la explotación minera que se realiza en esas seiscientos ochenta y seis (686) hectáreas, pues finalizaban los períodos de los contratos de concesión núms. 866 y 1727.

Aunado a lo anterior, no puede ignorarse el tenor de la siguiente estipulación: “*el presente Otrosí No. 4 sustituye en su integridad al Contrato 051-96M y a sus Otrosíes No. 1, 2 y 3*”; expresiones que contrastan con el objetivo de una simple modificación contractual, ya que ésta se caracteriza por ser un acuerdo entre las partes con el objetivo de cambiar algunas cláusulas de un contrato celebrado con anterioridad, más

²³³ Ibídem. Visible a folio 94.

no pretende sustituirlo o remplazarlo, pues de hacerlo se presentaría un contrasentido en el que lo accesorio estaría sustituyendo a lo principal.

En consecuencia, se considera que el Otrosí número 4 sí constituye una medida susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes que se encuentran en la zona de influencia de las actividades de Cerro Matoso S.A, y como tal, debió contar con la participación de estos pueblos mediante un proceso de consulta previa.

En este sentido, se resalta que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con meses de anterioridad a la suscripción del Otrosí, advirtió al Gobierno Nacional y a la empresa contratista que, si bien los diversos tránsitos legislativos no habían alterado la legalidad del contrato y era posible su renegociación, se debían proteger eficazmente los derechos sociales involucrados. Al respecto, afirmó:

“El contrato No. 051-96M es renegociable en todos sus aspectos, por las razones aquí expuestas, siendo deber constitucional del Gobierno velar porque este contrato, **en sus nuevos términos, guarde armonía con los modernos estándares de la legislación minera y ambiental, y proteja eficazmente la integridad del patrimonio de la Nación y los derechos sociales implicados en la actividad de la gran minería.**”²³⁴ (Negrilla no incluida en el texto original)

Por consiguiente, el proceso mismo de negociación del Otrosí, debió integrar la participación de quienes podrían verse afectados de manera directa, justamente para conocer y construir en conjunto una comprensión total sobre la manera en que las comunidades podían verse afectadas y/o ya estaban siendo perjudicadas con las operaciones que viene adelantando Cerro Matoso S.A. desde el año 1982.

Respetando así su derecho a la consulta previa, en vez de ignorarlo y pretender ampararse en explicaciones meramente formales que dejan entrever una visión particular del derecho fundamental en comento, en la cual, se asimila a un requisito más que debe cumplirse para poder llevar a cabo actividades de minería a cielo abierto.

²³⁴ Visible a folios 108-129 del cuaderno 3A.

Se evidencia que desde 1982 a la fecha han pasado treinta y cinco años en los cuales se ha explotado una gran cantidad de minerales a una distancia menor de cinco kilómetros de varias comunidades étnicas, sin que éstas hayan tenido la posibilidad de participar efectivamente en las decisiones que se toman con respecto al contrato de concesión 051-96M.

Conforme a las subreglas explicadas en esta providencia, la continuación en el tiempo de un proyecto de tales magnitudes, incrementa de forma notoria el riesgo de ocasionar daños ambientales y a la salud humana. Aspecto que debe ser tenido en cuenta por el juez constitucional, y en general, por todas las autoridades del Estado instituidas con el objetivo de proteger y salvaguardar los recursos naturales de la Nación y la supervivencia de las comunidades étnicas que la integran.

De manera adicional, se reitera que la protección del derecho fundamental a la consulta previa no se encuentra supeditada al inicio o creación de una nueva medida administrativa, ya que al tratarse de proyectos o medidas que ya se han venido ejecutando en el tiempo, los principios constitucionales impiden que factores como la prelación temporal, la inexistencia de requisitos legales al momento de iniciar las operaciones, o el cumplimiento de las exigencias que el ordenamiento establece para llevar a cabo actividades de exploración o explotación mineras, sean justificaciones válidas para omitir la protección del derecho mencionado.

Se resalta que la modificación sustancial de las circunstancias materiales o jurídicas bajo las cuales se desarrollan actividades de extracción de recursos naturales, sí puede significar una afectación directa *per se* a las comunidades étnicas ubicadas en su zona de influencia; más aún, si éstas no tuvieron la oportunidad inicial de participar al comienzo o puesta en marcha de esas actividades, como sucedió en el presente caso.

En conclusión, la Corte ordenará la realización del procedimiento de consulta previa como garantía del derecho fundamental que tienen las ocho comunidades étnicas involucradas, a participar en las decisiones que las afectan. Atendiendo a que, si bien los proyectos extractivos representan un factor de progreso y desarrollo económico para el país, esto no es óbice para evitar o ignorar el amparo que merecen los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección en comento.

La protección constitucional tendrá el objetivo de buscar, en un ámbito de respeto, buena fe y diálogo constructivo, que las comunidades sean informadas de manera completa y precisa sobre el contenido del Otrosí, para que pueda construirse en conjunto un conocimiento pleno sobre la manera en que pueden verse afectadas y/o ya están siendo perjudicadas por las operaciones de Cerro Matoso S.A., y en consecuencia, puedan participar de manera libre y sin interferencias, en la formulación de preguntas, discusiones y propuestas sobre las medidas que se vayan a implementar.

En consecuencia, se ordenará el inicio de un proceso consultivo con los pueblos involucrados, teniendo como objetivo establecer medidas de prevención, mitigación y compensación ambiental de común acuerdo, que garanticen la integridad y protección de los habitantes de la zona frente a las actividades mineras de la empresa contratista.

Dichas medidas deberán tener en cuenta un enfoque diferencial respecto al grado de cercanía que existe con el complejo minero, para que se acuerden estrategias pertinentes para cada caso concreto, y, si resulta necesario, contemplar la posibilidad de un traslado de las comunidades más cercanas, cubierto por Cerro Matoso S.A.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES AL MEDIO AMBIENTE Y A LA SALUD

4.1 Problemas jurídicos:

El presente caso implica la necesidad de resolver diferentes interrogantes que tienen su asidero constitucional en las obligaciones que tienen el Estado y los particulares frente a la garantía de un medio ambiente sano:

- a. ¿La pervivencia de una licencia ambiental que rige los efectos de un proyecto de explotación minera a cielo abierto, bajo los lineamientos fijados con anterioridad al régimen constitucional actual, constituye una amenaza a los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud de las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas?

- b. ¿La ausencia de una normatividad específica, clara y suficiente en el ordenamiento jurídico colombiano sobre los valores límite de concentración aplicables al hierro y al níquel, representa un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente al medio ambiente y los derechos fundamentales involucrados?
- c. ¿El cumplimiento de valores límite de concentración constituye un elemento probatorio suficiente para acreditar la ausencia de nexo causal entre actividades de explotación minera y la generación de daños a la salud humana y al medio ambiente?

Tras resolver estos cuestionamientos, la Corte definirá si es posible verificar en el acervo probatorio: (i) La existencia de afectaciones a la salud humana y al medio ambiente de las comunidades étnicas accionantes; y (ii) La presencia de un vínculo de causalidad entre dichos perjuicios y las actividades de exploración y explotación mineras ejercidas por Cerro Matoso S.A.

4.2 Posturas de las partes y entidades intervinientes

a. Respuesta de la Contraloría General de la República:

El ente de control cuestionó la vigencia de la licencia ambiental aprobada de la empresa accionada y el fundamento normativo del Otrosí número 4, asegurando que no es posible combinar disposiciones del Decreto 2655 de 1988 y la Ley 685 de 2001, toda vez que ésta última derogó el anterior Código de Minas²³⁵. Al respecto, aseguró:

“Introducir modificaciones estructurales a un contrato de concesión minera, aplicando una norma derogada hace más de once años, va en contravía de los fines esenciales del Estado, del principio de legalidad, de la seguridad jurídica y de la presunción de legalidad de los actos administrativos; razón por la cual, no se encuentra ajustado a la

²³⁵ Como sustento de su tesis, cita el considerando número 40 del Otrosí No. 4, el cual expresa:

“El presente otrosí se atiende a las disposiciones legales aplicables al contrato No. 051-96M, en virtud del artículo 351 de la **Ley 685 de 2001**, particularmente las contenidas en los artículos 78, 79, 82, 83, 84 y 86 del **Decreto 2655 de 1988**, y de conformidad con las reglas incorporadas en el Decreto 1938 del 28 de octubre de 1996”.

También, referencia el artículo 361 de la Ley 685 de 2001:

“Artículo 361. Derogaciones. Deróguense todas las disposiciones contrarias a las del presente Código, en especial las del Decreto 2655 de 1988 (Código de Minas), los Decretos 2656 y 2657 de 1988.

Constitución Política y a los principios que rigen el derecho y la función administrativa”.²³⁶

Agrega la Contraloría que la Ley 685 de 2001 es clara en condicionar la vigencia de una licencia ambiental al vencimiento de los contratos de concesión respectivos, hecho que tuvo lugar en el caso concreto. Las concesiones 866 de 1963 y 1727 de 1970 que amparaban la explotación minera, expiraron el 30 de septiembre de 2012, momento en el cual, sus áreas pasaron a integrar el Contrato 051-96M.²³⁷

El artículo 208 de la Ley 685 de 2001 dispone:

“**Artículo 208.** Vigencia de la Licencia Ambiental. La Licencia Ambiental tendrá vigencia desde su expedición hasta el vencimiento definitivo de la concesión minera, incluyendo sus prórrogas. En caso de terminar la concesión en forma anticipada por caducidad, renuncia, mutuo acuerdo o imposibilidad de ejecución, también terminará dicha licencia.”

Con relación a los impactos del complejo minero en la salud humana y el medio ambiente, señala que ha detectado múltiples vacíos e irregularidades que impiden asegurar que CMSA ha llevado a cabo medidas efectivas de control:

“La Contraloría General de la República - CGR dentro de su labor de control de los recursos públicos y gestión del Estado ha venido señalando las **graves deficiencias y debilidades** presentadas en el desarrollo de explotación minera adelantada por la empresa Cerro Matoso S.A. - CMSA, así como de los procesos de seguimiento, monitoreo y control que en cumplimiento de sus funciones han llevado a cabo las entidades ambientales del Estado competentes en esta materia.

En particular la CGR ha detectado **numerosos vacíos en la aplicación de la normativa ambiental que regula la materia**, así como en el seguimiento y control del cumplimiento de las obligaciones ambientales que corresponden a la empresa CMSA per parte del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible - MADS y más recientemente de la

²³⁶ Visible a folios 264-273 del Cuaderno 3A

²³⁷ Visible a folios 264-273 del Cuaderno 3A

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, que impide verificar que las acciones dirigidas a prevenir, mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos ambientales que producen las actividades de explotación, transformación y entrega de ferro níquel hayan sido efectivas.”²³⁸ (Negrillas agregadas)

b. Respuesta de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales:

La Autoridad adscrita al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible argumentó que si bien la empresa se había acogido a la Ley 685 de 2001 a través de una modificación contractual en el año 2005, dicha decisión sólo aplicaba para los contratos de concesión 866 y 1727, y no al Contrato 051-96M, el cual continua produciendo efectos jurídicos con base en la normatividad existente al momento de su suscripción.

Aunque reconoce que significó un cambio de régimen jurídico, adujo que: *“no obsta para que la vigencia [del] instrumento de control y manejo ambiental perezca, por cuanto la vocación de estos instrumentos corresponde con la vida útil del proyecto y no con la suerte de los títulos en el cual éste se fundamenta”*.²³⁹

Para sustentar su posición, referencia el artículo 6º del Decreto 2820 de 2010, el cual especifica la duración que tendrán las licencias ambientales, en los siguientes términos: *“La licencia ambiental se otorgará por la vida útil del proyecto, obra o actividad y cobijará las fases de construcción, montaje, operación, mantenimiento, desmantelamiento, restauración final, abandono y/o terminación”*.

c. Respuesta de la empresa Cerro Matoso S.A:

La empresa accionada afirma que el Contrato 051-96M no se encuentra sujeto a la Ley 685 de 2001 y la licencia ambiental aprobada en 1981 continua vigente, toda vez que al expirar las concesiones no se terminaron las actividades mineras sino que *ipso facto* pasaron a formar parte del área neta del Contrato suscrito en 1996. En su concepto, la licencia tiene una

²³⁸ Función de Advertencia visible a folio 266 del Cuaderno 3 A

²³⁹ Visible en las páginas 25-27 del Folder 9.

vocación que corresponde con la vida útil del proyecto y no con la suerte de los actos, contratos o negocios jurídicos que lo fundamenten.

Se opone a lo aducido por las comunidades étnicas con relación a las afectaciones que sufren a causa del complejo minero, en tal sentido, plantea:

“No es posible afirmar -menos probar- que las comunidades presentan patologías o enfermedades en condiciones epidémicas o endémicas de alto riesgo, diferentes a las que se presentan en el perfil epidemiológico de la región, de la Costa Atlántica y, en general, de todo el país.” (...)

“El otrosí mantiene una operación que viene ejecutándose desde hace más de treinta (30) años, sin que se haya demostrado, ni surja con claridad, la existencia de aspectos de la explotación que afecten la integridad étnica, social, económica y cultural de los indígenas que han venido asentándose en la zona. Los impactos negativos que afectan por igual a los habitantes, han sido objeto de las correspondientes medidas de manejo. Aparte de las quejas genéricas en materia de medio ambiente y salud que han sido desvirtuadas, en la acción no se especifica la razón por la cual con la explotación en las condiciones en que se adelanta actualmente el proyecto podrían estar en juego tales finalidades, ni se identifica qué aspectos del referido proyecto o del otrosí entran a afectar en forma directa los intereses de dichas comunidades, haciendo menester la consulta previa”.²⁴⁰ (Negrilla no incluida en el texto original)

d. Respuesta de la Agencia Nacional de Minería:

En apoyo a lo aducido por Cerro Matoso S.A, la Agencia Nacional de Minería explica que la empresa ha venido aplicando “el Plan de Manejo Ambiental establecido a través de la licencia ambiental, acorde con las medidas planteadas y en cumplimiento con los estándares fijados por la legislación nacional”.²⁴¹

Agrega que no es posible establecer si el complejo minero ha afectado las condiciones de salud de la población circundante, debido a que no se

²⁴⁰ Visible a folio 42 del Cuaderno No. 18A.

²⁴¹ Visible a folio 94 del Cuaderno No. 1

cuenta con información objetiva sobre los diversos factores que pueden ser causa de tal situación.

e. Informe de la Defensoría del Pueblo:

Tras haber realizado un estudio sobre la situación que viven las comunidades aledañas al área de operación de Cerro Matoso S.A, la Defensoría concluyó que los permisos otorgados por la autoridad ambiental regional presentan varias deficiencias, y que “no hay registro documental del seguimiento realizado a la licencia otorgada por la CVS durante el período comprendido entre 1981 (año en el cual se otorgó) y 1993 (fecha en la cual el proyecto pasa a ser competencia del Ministerio); tampoco hay seguimiento al proyecto minero entre 1993 y 2006...”.²⁴²

Con relación a los Documentos de Evaluación y Manejo Ambiental – DEMA- autorizados a Cerro Matoso S.A, identificó varias incompatibilidades y vacíos en sus postulados. Destaca que el Consejo de Estado declaró nulos dichos instrumentos desde el año 1998 por contrariar la Ley 99 de 1993 y sus postulados sobre el licenciamiento ambiental.²⁴³

Concluye la pervivencia de ambigüedades respecto a la vigencia actual de la licencia con la cual opera la empresa, afirma que:

“no hay claridad sobre la vigencia de la licencia ambiental para la operación del proyecto, como se recuerda, para la contraloría general no está vigente, para la 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 real”.²⁴⁴(Negrilla no incluida en el texto original)

f. Testimonios de integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes:

A lo largo de la diligencia de inspección judicial, realizada por la Corte entre los días 4 y 5 de diciembre de 2015, fueron recaudadas varias declaraciones de los habitantes de la zona, las cuales dan cuenta de diversas

²⁴² Visible en la página 58 del Informe. Cuaderno No. 5

²⁴³ Visible en la página 53 del Informe. Cuaderno No. 5

²⁴⁴ Visible en la página 58 del Informe. Cuaderno No. 5

afectaciones directas a la salud y al medio ambiente, derivadas de la explotación de níquel.

1. Testimonios recaudados durante la visita a la Comunidad Indígena Zenú, Cabildo Puerto Colombia.

1.1 Gobernadora del Cabildo, Estela Hoyos.

En relación con las afectaciones que viene sufriendo la Comunidad, debido a la presencia de un botadero de escoria de níquel, afirma lo siguiente:

“Pues la problemática de aquí de la comunidad La Libertad es el acercamiento que tenemos sobre el botadero de escoria, posiblemente **nosotros aquí estamos como a unos 800 metros al botadero de escoria** y es algo que nos incomoda, porque eso tiene tiempo en que se levanta ese polvo, y ese polvo es el que decimos nosotros que nos da la rasquiña, lo que da el ardor en la vista y que nos incomoda, porque apenas vemos que ese polvo viene todo el mundo sale a correr porque aja, a recoger la ropa y a esconderse, porque aquí mantienen los niños, mucha gripa, rasquiña en la piel”. (...)

Despacho: ustedes, ¿a qué atribuyen que ese polvo de escoria les ocasione la rasquiña o las afectaciones en la piel? ¿ustedes se han dirigido a la empresa para manifestarles esa presentación de molestias?

Gobernadora: “sí, nosotros le hemos colocado las inquietudes a ellos, ellos nos han colaborado, o sea ellos están haciendo una arborización, eso le mantienen echando pegante para que eso no se levante, pero de igual manera eso a veces se levanta, entonces esa es la inconformidad aquí en La Libertad.” ²⁴⁵ (Negrilla no incluida en el texto original).

1.2 Miguel Mariano, miembro de la comunidad La Libertad.

En lo que atañe al tema de la contaminación por el polvillo que produce el botadero de escoria, sostiene lo siguiente:

²⁴⁵ Visible a folio 57 del cuaderno núm. 10.

“lo que más nos incomoda es en la vista ese polvo cuando es el verano, es algo increíble, señores, **es algo como si fuera una nube de humo impresionante**, impresionante que al transcurrir por aquí por la vía, cuando ustedes vienen, que va uno en moto es la piquiña, es grande, más la vista, es algo que molesta, usted se soba algo aquí así y es impresionante, o sea que le rasca a uno, que le arde la piel”.²⁴⁶ (Negrilla no incluida en el texto original).

1.3 Luis Joaquín Rojas. Integrante de la Comunidad Centroamérica.

El señor Luis Joaquín Rojas, integrante de la Comunidad Centroamérica, rindió una declaración dando cuenta de diversas afectaciones que viene sufriendo su grupo étnico, debido a la explotación del níquel:

“mi comunidad queda en Centroamérica, un poquito más allá, de todas maneras es lamentable, nosotros las comunidades indígenas Zenú somos así, cuando vemos estos doctores, los blancos, **nos da miedo hablar** y deben entender y la verdad que no es oculto de pronto, nosotros vivíamos una vida, de pronto, un ambiente mejor, está lógico que uno tarde o temprano tiene que morir, pero **se nos ha ido acelerando la muerte, más cáncer, más rasquiña, problemas en la vista** a raíz de que estamos echando la culpa a Cerro Matoso, hace mucho tiempo, es un proceso que está trabajando hace más de 30 años, entonces de pronto tenemos el temor de que los doctores estén aquí, son empleados de Cerro Matoso...pero no podemos echarnos mentiras que **la contaminación está ahí y que las comunidades están desapareciendo** en varios aspectos, uno porque la empresa ha ido comprando las tierras y de pronto sigilosamente se ha ido desplazando la gente, nuestras comunidades van cada día más encerradas, **pero la contaminación de que está, está**, y el cáncer se ha ido acelerando más, la rasquiña, la visualidad es corta...”.²⁴⁷ (Negrilla no incluida en el texto original).

1.4 Johana Yépez. Miembro de la comunidad La Libertad.

En relación con el tema de la contaminación de las quebradas, debido a la escoria del níquel, la declarante afirma:

²⁴⁶ Visible a folio 57 del cuaderno núm. 10.

²⁴⁷ Visible a folio 58 del cuaderno núm. 10.

“llega la contaminación no solamente que llega a uno directamente, sino que **llega al aire, el agua y todo eso hace parte de lo que nosotros vivimos aquí**...ósea que hay muchas quebradas que están contaminadas con el agua que sale de la escoria”. (Negrilla no incluida en el texto original).

1.5 Robert Padilla. Miembro de la comunidad La Libertad

El señor Robert Padilla, miembro de la comunidad La Libertad, declaró en el sentido de poner de presente las siguientes afectaciones, derivadas de la explotación del níquel:

“de los **animales**, por aquí se veía mucho lo que eran venados, armadillos, bonche, ñeque y guatinajos, **hoy en día no se ve nada de eso**, si uno ve por ahí rondando en los botaderos de escoria, donde hay medio agüita, todavía los ve uno todos entrepelados, sin pelo, todos sarnosos, eso por aquí se acabó, aquí los animales para consumo de uno, uno no encuentra. Añade otro miembro de la comunidad: hay unos peces y **el agua está contaminada y los peces están contaminados**, continúa. Por eso es que nosotros nos contaminamos, tanto por animales, alimentos, por aire, agua. Tenemos una corriente de agua que baja de allá, de un botadero de allá hacia acá y esa corriente pasa por aquí, y por aquí está el pozo”. (Negrilla no incluida en el texto original).

2. Testimonios recaudados durante la visita a la casa indígena en Puerto Libertador.

2.1 Carmelo Aguilar Solano. Integrante del Resguardo Zenú del Alto San Jorge.

El señor Carmelo Aguilar Solano, integrante del Resguardo Zenú del Alto San Jorge, realiza un relato detallado de diversas afectaciones que en su comunidad ha venido generando la actividad de explotación del níquel, a lo largo de los años:

“este resguardo nace de los años 80-90 en adelante, este resguardo anteriormente habíamos existido acá pero no nos habíamos organizado como resguardo, de los años ochenta ya había comunidades asentadas pero

solamente empezamos a crear una contextura como resguardo porque nos entregaron unos territorios... hoy, ya después de 14 años, de 20 años de lucha, habíamos venido viendo el cambio que tenía nuestra zona, nuestro territorio, después de que comenzaron a llegar las empresas acá, principalmente Cerro Matoso, en ese tiempo, tenía 12 años en ese tiempo, todavía no se había comenzado a explotar todo eso **solamente se oía de que se iba a explotar una mina, luego ya cambia el panorama**, ese panorama ya vemos que comienza a excavar esa tierra quedó todo eso pelado... adelante encontramos otros cambios, la producción de nuestros cultivos, nuestros antepasados cultivaban en una hectárea de tierra, cogían mil, 1500 puños de arroz, sembraban la yuca, eso en una cantidad de pan coger que cogían, pero ya de los noventa y nueve en adelante, encontramos un cambio que ya no se está produciendo lo que se estaba produciendo anteriormente cuando no existían empresas, hemos visto que ya en una hectárea de tierra cogen 400, 200 hasta 100 puños de arroz, entonces como indígena dijimos qué está pasando en nuestro ambiente, en nuestro territorio, entonces como saberes como indígenas dijimos no puede haber algo, una contaminación en nuestro territorio, algunas lluvias ácidas están cayendo como nuestros antepasados nos han dicho... **anteriormente de los noventa hacia atrás de los ochenta no se veía eso, pero ahora estamos viendo un territorio muy cambiado, hay rasquiña, hay mala respiración... es preocupante la corta visión.**" (Negrilla no incluida en el texto original).

2.2 Luis Joaquín Robayo, Gobernador de la Comunidad Centroamérica.

El señor Luis Joaquín Robayo, Gobernador de la Comunidad Centroamérica, relata las afectaciones al derecho a la salud que ha venido sufriendo el grupo étnico, debido a la explotación del níquel:

"es una comunidad que está ahí cerquita del cerro de expansión minera, pertenece a los territorios de la comunidad... la problemática también es la **salud**... ha habido muchos abortos... y de pronto abortó un niño también, de pronto nació con una **malformación**... de pronto no nos gusta hablar así, **nos da miedo**... me cuentan que el niño nació sin estómago y esas cosas y murió enseguida... ha habido varios **abortos**... el **cáncer** se ha acelerado en la zona, de pronto no hay evidencia que es Cerro Matoso, pero se ha acelerado... en nuestra comunidad han muerto también varias personas de

cáncer acelerado... la **visualidad** ha sido muy grave, desde hace 5-10 años en adelante está gravísima... **nuestros frutos no están produciendo.**” ²⁴⁸ (Negrilla no incluida en el texto original).

3. Testimonios recaudados durante la visita a la Comunidad Indígena Guacarí, en la vereda La Odisea.

3.1 Cista Ribera. Integrante de la Comunidad Guacarí- La Odisea.

La señora Cista Ribera, integrante de la Comunidad Guacarí, relata los problemas de salud que vienen padeciendo niños y jóvenes, a consecuencia de la explotación del níquel:

“bueno, entonces podemos hablar referente a los de la piel, aquí hay muchas personas que están con rasquiña... **la afectación de pronto por el humo, porque ellos pueden tener muchos controles, según ellos dicen...** los niños menores de 5 años, jóvenes de 17 años también tienen **problemas respiratorios...** problemas de rasquiña de las mujeres en zona íntima... el agua la tomamos sin tratar, todo eso nos está afectando a nosotros.”²⁴⁹ (Negrilla no incluida en el texto original).

3.2 Isaías del Toro Bracamonte. Fiscal del Cabildo Guacarí- La Odisea.

El señor Isaías del Toro Bracamonte, Fiscal del Cabildo Guacarí-La Odisea, rindió declaración, dando cuenta de las afectaciones al derecho a la salud que viene sufriendo:

“todo el personal de aquí de la comunidad, no sólo de La Odisea, sino también de otras comunidades que están bajo el área de influencia, tienen el mismo problema de rasquiña, y de esa sarna en el cuerpo, debido a que, de pronto acá los señores con todo el respeto que se merecen **dicen que acá no llega la afectación, porque el aire no llega hasta acá y si vinieran a vivir si quiera unos tres meses aquí,** en el tiempo de verano y miraran el zinc y el eternit de las casas para que miraran el polvo que se genera aquí, un polvo amarillento, mono, no llega, pues entonces tendrían que hacer un estudio... para que puedan decir la verdad, respecto de la rasquiña, nosotros en el

²⁴⁸ Ibidem. Folio 63

²⁴⁹ Visible a folio 69 del cuaderno núm. 10.

proyecto MRW habíamos más de 300 personas afectadas, con una rasquiña que nos dio... a mí me llevaron 6 o 7 veces, no tengo la cantidad de veces que me llevaron a la clínica de Cerro Matoso y allá me hicieron cualquier cantidad de exámenes, trajeron unos dermatólogos de Bogotá, del batallón... todo el mundo estaba afectado con la rasquiña, de ahí yo salí el 11 de noviembre y yo había quedado con la rasquiña y con todo el cuerpo que se me brota...tengo unos manchones”.²⁵⁰ (Negrilla no incluida en el texto original).

3.3 Sergio Rodatán. Integrante de la Comunidad Guacarí.

El ciudadano Sergio Rodatán, integrante de la Comunidad Guacarí, refirió a los problemas de ruido y contaminación que vienen padeciendo los indígenas, debido a la actividad de Cerro Matoso S.A.:

“aquí los ruidos, hoy no se oye ruido, pero aquí en la noche **los ruidos son fuertes**, y el ruido antes se ha minimizado un poco, pero antes era pésimo esto aquí, **fui docente en esta comunidad y conozco muy bien estas comunidades como las palmas de mis manos**, y hoy doy fe, es decir, de las cosas a la época que llegamos acá era muy diferente a como hoy. Hoy se vive críticamente la situación, pésimo en todo lado”²⁵¹.

4. Testimonios rendidos durante la visita al Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré.

4.1 Omar Beleño. Fiscal del Consejo de Comunitario.

El señor Omar Beleño, Fiscal del Consejo de Comunitario, dio cuenta de un conjunto de afectaciones que ha sufrido la Comunidad Negra de San José de Uré, debido a la explotación de Cerro Matoso S.A.:

“desde que llegó esa compañía, las comunidades negras de Uré hemos tenido tanta dificultad, han llegado las enfermedades, ha llegado la contaminación de diferentes cosas, nuestra cultura, nuestra manera de alimentarnos, todo eso ha sido cercenado y pisoteado por tantas personas que vienen y nos han traído a nuestra cultura...nosotros casi no hemos podido con esa invasión...los negros siempre hemos estado aquí,

²⁵⁰ Visible a folio 75 del cuaderno núm. 10.

²⁵¹ *Ibidem*.

las otras cosas llegaron después...aquí hay diferente gente con diferentes enfermedades, en diferentes partes del cuerpo, que han recibido, que están recibiendo enfermedades diferentes que han llegado acá que nunca se habían manifestado.”²⁵² (Negrilla no incluida en el texto original).

4.3 Subreglas constitucionales

Con base en la jurisprudencia constitucional relativa a la protección del medio ambiente en un Estado Social de Derecho, la importancia y trascendencia del licenciamiento ambiental para garantizar su efectiva salvaguarda, los principios rectores que rigen el derecho ambiental, y las consideraciones que se realizarán sobre los Valores Límite de Concentración y las particularidades del daño ambiental, se extraen las siguientes subreglas:

- (i) El derecho fundamental al medio ambiente sano **tiene el carácter de *principio fundante de la Carta de 1991***, desde una doble dimensión dirigida a: (i) proteger de forma integral el medio ambiente y (ii) garantizar un modelo de desarrollo sostenible, sobre los que se ha edificado el concepto de “*Constitución Ecológica*”.
- (ii) Las exigencias establecidas en la Constitución Política implican que: “*La protección del ambiente prevalece frente a los derechos económicos adquiridos por particulares mediante licencias ambientales y contratos de concesión en las circunstancias en que esté probado que la actividad produce un daño, o cuando exista mérito para aplicar el principio de precaución para evitar un daño a los recursos naturales no renovables y a la salud humana*”²⁵³.
- (iii) En armonía con el principio de **prevención** del Derecho ambiental, el Estado tiene la obligación de exigir las medidas que sean necesarias para preservar el medio ambiente, así el titular del proyecto de explotación, obre conforme a la legislación que se encontraba vigente al momento de iniciar operaciones.

²⁵² Ibídem. Folio 79

²⁵³ Sentencia C-035 de 2016

- (iv) La **licencia ambiental** no es un simple requisito formal que deba cumplirse para llevar a cabo un proyecto de extracción, es un instrumento esencial para la protección del medio ambiente que busca identificar, prevenir, mitigar y compensar los impactos ambientales que tiene un proyecto.
- (v) Si bien los **Valores Límite de Concentración** permiten prevenir la comisión de daños ambientales, su regulación presenta varias **limitaciones y complejidades** que deben tenerse en cuenta por parte del juez constitucional. En consecuencia, no se puede afirmar que tienen un valor probatorio absoluto o que, incluso, se asimilan a un dictamen pericial anticipado, simplemente constituyen un elemento probatorio más que debe ser considerado para la resolución de cada caso concreto.
- (vi) El principio de **causalidad** exige que se acredite de manera clara la existencia de un nexo entre una determinada conducta y el daño ocasionado. En materia ambiental, dicha exigencia se flexibiliza dadas las grandes dificultades probatorias que existen en ese ámbito.
- (vii) El principio de **precaución** establece que, cuando exista peligro de daño al medio ambiente, la falta de una certeza científica al respecto no es razón suficiente para impedir la implementación de medidas tendientes a evitar que el perjuicio se materialice.

4.4 Fundamentos de las subreglas constitucionales:

4.4.1 La especial protección del medio ambiente en la Constitución Política de 1991 y la licencia ambiental como instrumento de prevención

La preservación del ambiente además de ser un tema de interés general, es un derecho internacional y local de protección constitucional. La conservación y goce del mismo es un derecho y deber del cual son titulares los seres humanos, el cual está ligado estrictamente con el fin

que debe tener el Estado de garantizar la vida en condiciones dignas, evitando cualquier factor que amenace la salud.

En la Constitución Política de 1991 se consagró el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y la protección del patrimonio natural como deber del Estado y la sociedad. En tal sentido, la Sentencia T-411 de 1992 consideró:

*“La protección al medio ambiente no es un “amor platónico hacia la madre naturaleza”, sino una respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico - artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes”*²⁵⁴.

Del texto de 1991 resulta de gran importancia garantizar el disfrute de un ambiente sano a las generaciones actuales y futuras, por lo que se hace necesaria la planificación y el control de cara a la conservación del mismo, deber que recae principalmente en el Estado.

Éste último tiene una gran relevancia frente a la gestión y planeación ambiental, debido a que entre sus funciones se destaca la facultad de intervenir en los procesos de explotación, producción, distribución y consumo de bienes y servicios²⁵⁵.

²⁵⁴ Sentencia T-411 de 1992

²⁵⁵ Artículo 334 de la Constitución Política.

Foro Nacional Ambiental, Bogotá D.C; mayo de 2011. Sobre las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia.

Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la

El artículo 80 Superior señala que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su *desarrollo sostenible*, su conservación, restauración o sustitución. De esta forma, la disposición y explotación de los recursos naturales no puede traducirse en perjuicio del bienestar individual o colectivo, ni tampoco puede conducir a un daño o deterioro que atente contra la biodiversidad y la integridad del medio ambiente, entendido como un todo.

Por ello, el desarrollo sostenible, la conservación, restauración y compensación ambiental, hacen parte de las garantías constitucionales para que el bienestar general y las actividades productivas y económicas del ser humano se realicen en armonía y no con el sacrificio o en perjuicio de la naturaleza²⁵⁶.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado que:

*“La Constitución Política de Colombia, con base en un avanzado y actualizado marco normativo en materia ecológica, es armónica con la necesidad mundial de lograr un **desarrollo sostenible**, pues no sólo obliga al Estado a planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales sino que además, al establecer el llamado tríptico económico determinó en él una función social, a la que le es inherente una función ecológica, encaminada a la primacía del interés general y del bienestar comunitario. Del contenido de las disposiciones constitucionales citadas se puede concluir que el Constituyente patrocinó la idea de hacer siempre compatibles el desarrollo económico y el derecho a un ambiente sano y a un equilibrio ecológico”*²⁵⁷.

En tal sentido, la protección del medio ambiente adquiere una especial relevancia constitucional de cara a su estrecha relación con la salud e integridad de las personas, razón por la cual representa un bien jurídico que reviste una triple dimensión: (i) *Principio* que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) *Derecho* constitucional fundamental y

distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

²⁵⁶ Sentencia T-622 de 2016.

²⁵⁷ Sentencia C-519 de 1994.

colectivo; y (iii) *Obligación* de salvaguarda en cabeza de las autoridades, la sociedad y los particulares ²⁵⁸.

Características que se asocian a los presupuestos y mandatos que rigen el vínculo entre Estado, Sociedad y Naturaleza, los cuales conforman la llamada **Constitución Ecológica**, “definición que, por demás, está muy lejos de ser una simple declaración retórica en la medida en que comprende un preciso contenido normativo integrado por principios, derechos fundamentales y obligaciones a cargo del Estado” ²⁵⁹.

Sobre este punto, la Corte Constitucional, en Sentencia T-622 de 2016, sostuvo:

“La Constitución y la jurisprudencia constitucional, en armonía con los instrumentos internacionales, se han decantado en favor de la defensa del medio ambiente y de la biodiversidad, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, consagrando una serie de principios y medidas dirigidos a la protección y preservación de tales bienes jurídicos, objetivos que deben lograrse no solo mediante acciones concretas del Estado, sino con la participación de los individuos, la sociedad y los demás sectores sociales y económicos del país.

*En ese sentido, reconoce la Carta, por una parte, **la protección del medio ambiente como un derecho constitucional, ligado íntimamente con la vida, la salud y la integridad física, espiritual y cultural**; y por la otra, como un deber, por cuanto exige de las autoridades y de los particulares acciones dirigidas a su protección y garantía.*” (Negrilla no incluida en el texto original)

Adicionalmente, en la providencia precitada se dimensionó -como desarrollo de la Constitución Ecológica- el concepto de los denominados *derechos bioculturales*, entendiendo que los mismos, establecen una vinculación intrínseca entre naturaleza y cultura, y la diversidad de la especie humana como parte de la naturaleza y manifestación de múltiples formas de vida. “Desde esta perspectiva, **la conservación de la biodiversidad [y de los recursos naturales] conlleva necesariamente a la**

²⁵⁸ Sentencia T-622 de 2016.

²⁵⁹ Ibídem.

preservación y protección de los modos de vida y culturas que interactúan con ella²⁶⁰.

Por ello, resulta indispensable el acatamiento de los lineamientos constitucionales y legales referidos al aprovechamiento de recursos naturales, a fin de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental -verbigracia evitar la consolidación de un daño irreversible-, así como proteger la salud, integridad y calidad de vida de la población, objetivos que revisten un carácter esencial en un Estado social de derecho.

d. Relevancia del licenciamiento ambiental como instrumento de prevención

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, que tuvo lugar en 1972, se hizo patente la preocupación internacional en torno a la armonización entre el desarrollo de los países y la preservación del ambiente. De allí se adoptó la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, en la cual se proclamó un conjunto de principios que reconocen la relevancia del medio ambiente en el bienestar de las personas y el desarrollo de los pueblos, y ponen de presente la importancia de propiciar medidas orientadas a su protección.

Bajo esta égida, el Estado colombiano advirtió la necesidad de consolidar una regulación sobre la preservación y el aprovechamiento de los recursos del ambiente y, por ello, el Congreso de la República, mediante la Ley 23 de 1974, confirió facultades extraordinarias al Presidente para expedir Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente. En consecuencia, el Jefe de Estado expidió el Decreto - Ley 2811 de 1974, teniendo en cuenta los avances derivados de la Conferencia de Estocolmo.

En el Código de Recursos Naturales se instaura entonces, por primera vez, un instrumento denominado *declaración de impacto ambiental*, en virtud del cual "*Toda persona natural o jurídica, pública o privada, que proyecte realizar o realice cualquier obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental, está obligada a declarar el peligro presumible que sea consecuencia de la obra o actividad*" ²⁶¹.

²⁶⁰ Ibídem.

²⁶¹ Artículo 27, Decreto - Ley 2811 de 1974

De conformidad con esta preceptiva, se dispuso que era necesaria la realización de un estudio geológico y ambiental –que incluyera un examen de los factores físicos, económicos y sociales–, de forma previa a la ejecución de obras, el establecimiento de industria o el desarrollo de cualquiera otra actividad que, por sus características, pudiera producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones sobre el paisaje; ello, con el fin de determinar la incidencia de tales intervenciones sobre la región afectada. Este instrumento se constituyó en el antecedente más próximo a la licencia ambiental.

La Constitución de 1991 introdujo en el ordenamiento jurídico interno el concepto de *desarrollo sostenible*, originalmente acuñado en 1987 en el denominado informe Brundtland, preparado por los países que tomaron parte en la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU. De esa forma, el Estado colombiano se mantuvo a la vanguardia del creciente interés mundial por afrontar el problema de conciliar el desarrollo global con la protección de los recursos ambientales. En tal sentido, en el artículo 80 de la Carta se estableció:

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

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

“Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.”

En línea con este mandato superior, por medio de la Ley 99 de 1993 se creó el Sistema Nacional Ambiental –SINA–, que reestructuró las instituciones del sector público en torno a la gestión de conservación del ambiente y dio origen al mecanismo de *licencia ambiental*, definida como “la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada.”

Al mismo tiempo, el legislador dispuso su carácter obligatorio en todos los casos en que una actividad pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, y se fijó en el Ministerio de Ambiente (para proyectos de interés público nacional), las Corporaciones Autónomas Regionales, y algunos municipios y distritos la competencia para su otorgamiento.

La Sentencia C-328 de 1995 dio inicio a un conjunto de pronunciamientos de la Corte Constitucional orientados a precisar el alcance del contenido normativo y constitucional del concepto de licencia ambiental, estableciendo para tal propósito una serie de premisas consistentes en que: (i) La licencia ambiental es un acto administrativo de autorización que otorga a su titular el derecho de realizar una obra o actividad con efectos sobre el ambiente, de conformidad con las condiciones técnicas y jurídicas establecidas previamente por la autoridad competente, el cual puede ser revocable; (ii) La razón de ser de las licencias ambientales es la protección de los derechos individuales y colectivos. Corresponde a las autoridades públicas velar por estos derechos, en particular cuando la amenaza de su vulneración aumenta debido al desarrollo de actividades riesgosas; y, (iii) El deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. Solamente el permiso previo de las autoridades competentes, hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema.

En tal sentido, el anterior pronunciamiento de la Corte Constitucional pone de presente el carácter proteccionista y de control que constituye la licencia ambiental, reconociendo que, más allá de un mero formalismo, se erige como un mecanismo por medio del cual el Estado, por intermedio de algunas de sus instituciones ambientales —como el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y las Corporaciones Autónomas Regionales—, puede ejercer un control riguroso, desde el ámbito jurídico y técnico, en relación con las potenciales consecuencias en los ecosistemas y en las comunidades que pueden ser afectadas por la explotación que se autorice mediante dicho instrumento.

Enfatizando la importancia de incorporar mecanismos participativos de las comunidades en el trámite de expedición de la licencia ambiental, la sentencia C-535 de 1996 apuntó a seguir armonizando el otorgamiento de licencias ambientales para la explotación de recursos naturales, con la protección de los mismos. Al respecto se señaló:

“La Corte recuerda que el Estado tiene el deber de prevenir el deterioro del medio ambiente (CP art. 80) y asegurar la participación de la comunidad en las decisiones que tengan un impacto sobre el medio ambiente (CP art. 79). Esto sugiere que la participación comunitaria debe ser previa, pues es la mejor forma de armonizar ambas obligaciones estatales, lo cual justifica la existencia de figuras como la licencia ambiental, regulada por la Ley 99 de 1993, la cual prevé en su trámite una importante participación de la sociedad civil.”

De tal suerte que la licencia ambiental fue concebida como un mecanismo de prevención y control por parte de las entidades ambientales para evitar la explotación descontrolada de los recursos naturales, y 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 puedan generar con las explotaciones a los recursos naturales a sus territorios.

Bajo esta perspectiva, mediante la Sentencia C-035 de 1999 este Tribunal redefinió el concepto de licencia ambiental, incorporando en el mismo, aspectos tales como el fin preventivo o precautorio de dicha licencia, en el entendido de buscar eliminar –o por los menos prevenir, mitigar o revertir–, en cuanto sea posible, las secuelas de una actividad extractiva:

“La licencia ambiental consiste en la autorización que la autoridad ambiental concede para la ejecución de una obra o actividad que potencialmente puede afectar los recursos naturales renovables o el ambiente.

La licencia habilita a su titular para obrar con libertad, dentro de ciertos límites, en la ejecución de la respectiva obra o actividad; pero el ámbito de las acciones u omisiones que aquél puede desarrollar aparece reglado por la autoridad ambiental, según las necesidades y conveniencias que ésta discrecional pero razonablemente aprecie, en relación con la prevención,

mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos o impactos ambientales que la obra o actividad produzca o sea susceptible de producir. De este modo, la licencia ambiental tiene indudablemente un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente.

Como puede observarse, la licencia es el resultado del agotamiento o la decisión final de un procedimiento complejo que debe cumplir el interesado para obtener una autorización para la realización de obras o actividades, con capacidad para incidir desfavorablemente en los recursos naturales renovables o en el ambiente”.

En Sentencia C-894 de 2003 este Tribunal examinó la naturaleza jurídica de la licencia ambiental como forma de control del Estado a la explotación de los recursos naturales en su territorio, determinando, entre otros aspectos, que es un requisito que patenta una forma de intervención estatal en la economía y una limitación razonable de la libre iniciativa privada, encaminada a que la propiedad satisfaga la función ecológica que la propia Carta le ha deferido. Asimismo, se señaló que solo está en cabeza del legislador la función de establecer las obligaciones que debe cumplir un particular para que se le conceda una licencia ambiental:

“Por lo tanto, la exigencia de licencias ambientales constituye un típico mecanismo de intervención del Estado en la economía, y una limitación de la libre iniciativa privada, justificada con el propósito de garantizar que la propiedad cumpla con la función ecológica que le es inherente (C.N. art. 58). La caracterización de las licencias ambientales como instrumentos de intervención económica supone un primer problema en cuanto a la forma como se debe desarrollar dicha función. ¿Cuál es el alcance de la autonomía de los órganos encargados de otorgar licencias ambientales? ¿A quién corresponde la función de establecer los requisitos que debe cumplir un particular para que se le otorgue una licencia ambiental? ¿Tienen las corporaciones autónomas la facultad para imponer requisitos a los particulares, con el objeto de proteger el medio ambiente?

Al tratarse de un mecanismo de intervención del Estado en la economía, podría sostenerse que se trata de una función privativa del legislador. En esa

medida, sólo podrían exigirse requisitos expresamente consagrados en la ley. Por consiguiente, ni las corporaciones autónomas, ni las entidades territoriales, podrían imponer un nivel de exigencia más alto que el consagrado explícitamente por el legislador. En primer lugar, porque el artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres y que nadie podrá exigir requisitos sin autorización de la ley. Así mismo, dispone que será por medio de ésta que se delimitará el alcance de la libertad económica, cuando lo exija la preservación del medio ambiente. Adicionalmente, debido a que el artículo 334 dispone que la intervención en la explotación de recursos naturales, para preservar un ambiente sano se hará por mandato de la ley. Finalmente, porque el artículo 84 prohíbe imponer requisitos adicionales al ejercicio de una actividad, cuando ésta haya sido reglamentada de manera general”.

Se puso de presente que las entidades autónomas regionales descentralizadas, conforme con su competencia, pueden establecer requisitos particulares más estrictos para la conservación del ambiente en sus respectivas zonas de influencia. Dado este escenario se puede concluir, que en el trámite de otorgamiento de las licencias ambientales concurren tanto las competencias del legislador y de los diferentes niveles y segmentos de la administración:

“Sin embargo, las garantías constitucionales de la libertad económica no impiden que las entidades descentralizadas competentes establezcan de manera autónoma requisitos para la preservación del ambiente. Así lo establece el principio de rigor subsidiario, que fue avalado por esta misma Corporación, según el cual las entidades con ámbitos de competencia territorial más reducidos no pueden disminuir el nivel de protección del medio ambiente establecido por las autoridades que tengan una competencia territorial mayor. Sin embargo, sí pueden imponer estándares más exigentes para la protección del medio ambiente en sus respectivos territorios. (...)

De tal modo, el otorgamiento de licencias ambientales es una función en la que concurren las competencias del legislador, y de la administración central, y descentralizada territorialmente y por servicios. Esta concurrencia tiene su fundamento en la necesidad de prevenir posibles afectaciones del medio ambiente, en cuya calificación se tendrán en consideración los siguientes dos bienes jurídico-constitucionales: a) la pluralidad de

concepciones del ser humano en relación con su ambiente, y b) la diversidad y especialidad de los ecosistemas regionales.

Ahora bien, para preservar los anteriores bienes jurídicos es necesario que las respectivas entidades competentes cuenten con suficiente autonomía para decidir si otorgan licencias ambientales en los niveles regional, departamental y municipal. Para establecer si ello es así en el presente caso, es indispensable analizar la forma como están estructurados el procedimiento y la distribución de competencias entre la Nación y las corporaciones autónomas, en lo atinente al otorgamiento de licencias ambientales”.

La tarea inicialmente encomendada a las Corporaciones Autónomas Regionales se hizo extensiva a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–, creada en el Decreto 3573 de 2011 como un organismo técnico encargado de vigilar que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, observen la normativa vigente, con el objetivo de mejorar la gestión ambiental y contribuir al desarrollo sostenible.

Retomando el recuento jurisprudencial, mediante Sentencia T-129 de 2011 se abordó el concepto de la licencia ambiental, más allá del punto de vista de precaución y control de la explotación de los recursos naturales y de la consulta previa a las comunidades, extendiendo el análisis al tema concerniente al Plan de Manejo Arqueológico que se debe articular para la protección de bienes de interés cultural de la Nación, si estos pueden verse amenazados con el otorgamiento de licencias ambientales para la explotación:

“Las disposiciones anteriores, relativas a la expedición de la licencia ambiental, no están únicamente enfocadas a la protección de los recursos naturales. No. Para el Legislador cumple doble propósito contemplar la obligatoriedad de que las comunidades étnicas del país se pronuncien sobre la tramitación de licencias ambientales que autorizan la explotación de recursos naturales; ello ligado a la protección no solo de la autonomía de las comunidades tribales sino del patrimonio cultural de la Nación.

En este punto, es indispensable precisar que de allí se refuerza la necesidad de realizar la consulta previa de las comunidades étnicas del país y la

protección normativa que el Estado brinda al medio ambiente dentro de dichos territorios los cuales en manos de comunidades indígenas o étnicas se encuentran mayoritariamente protegidos por el tipo de vida de bajo impacto ambiental y eminentemente conservacionista. (...)

En este orden de ideas, en los eventos que existan proyectos que requieran de la expedición de la licencia ambiental, será necesario que los interesados presenten para su aprobación un Plan de Manejo Arqueológico fundamentado en un Programa de Arqueología Preventiva; sin la aprobación del antedicho Plan por parte de la autoridad arqueológica competente (el Icanh), no obstante exista una licencia ambiental, por expreso mandato de una norma legal que desarrolla el principio de protección del patrimonio y que concreta la protección expresa que da la Carta a los bienes arqueológicos, no podrá adelantarse obra alguna.”

La premisa relativa a que la licencia ambiental es un concepto que recoge tanto la obligación de prevenir como de controlar los factores de deterioro ambiental, se retoma nuevamente en la sentencia T-282 de 2012, en la cual se hace referencia a los Parques Nacionales Naturales y su especial relevancia para la sociedad, pues allí se encuentra gran parte de la riqueza natural de la Nación y de las comunidades que habitan esos territorios:

“Junto a los parques naturales, para el caso objeto de estudio, también se destacan las licencias ambientales como herramienta que desarrolla el mandato del inciso 2° del artículo 80 de la Constitución, que impone al Estado la obligación de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental. En Colombia, desde 1974, esta figura fue contemplada por el Código de Recursos Naturales (artículos 27 y 28), según los cuales, cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que pretenda realizar una obra o actividad susceptible de generar un daño o deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, requerirá el estudio ecológico ambiental previo y la obtención de la respectiva licencia ambiental. Aparece además como manifestación de la función ecológica de la propiedad y de la delimitación ambiental de los derechos de libre empresa”.

Al alcanzarse una mayor comprensión y teorización constitucional en relación con la naturaleza y el alcance del concepto de licencia ambiental en el ordenamiento jurídico colombiano, esta Corporación, mediante la

sentencia C-746 de 2012, le brindó un marco más esquemático y amplio a tal concepto, dejando en evidencia que, además de los aspectos de la conservación y prevención respecto de los recursos naturales, de la consulta previa a las comunidades y de la protección y conservación de las riquezas culturales y naturales de la Nación en lugares de especial relevancia como los Parques Nacionales Naturales, se debe tener en cuenta que el acto administrativo por medio del cual se concreta el otorgamiento de una licencia ambiental puede ser modificado unilateralmente por la Administración e incluso revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito de su titular, cuando se advierta el incumplimiento de los términos que condicionan tal autorización:

“Por último, en diferentes salas de revisión de tutelas, la Corte ha considerado que el trámite de la licencia ambiental es -en algunas ocasiones- el escenario institucional en el que, a partir del principio de participación y las características particulares de ciertas obras, actividades o proyectos, debe adelantarse la consulta previa de las comunidades indígenas y afrocolombianas.

Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, se concluye que la licencia ambiental: (i) es una autorización que otorga el Estado para la ejecución de obras o la realización de proyectos o actividades que puedan ocasionar un deterioro grave al ambiente o a los recursos naturales o introducir una alteración significativa al paisaje (Ley 99/93 art. 49); (ii) tiene como propósitos prevenir, mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos ambientales que produzcan tales actividades; (iii) es de carácter obligatoria y previa, por lo que debe ser obtenida antes de la ejecución o realización de dichas obras, actividades o proyectos; (iv) opera como instrumento coordinador, planificador, preventivo, cautelar y de gestión, mediante el cual el Estado cumple diversos mandatos constitucionales, entre ellos proteger los recursos naturales y el medio ambiente, conservar áreas de especial importancia ecológica, prevenir y controlar el deterioro ambiental y realizar la función ecológica de la propiedad; (v) es el resultado de un proceso administrativo reglado y complejo que permite la participación ciudadana, la cual puede cualificarse con la aplicación del derecho a la consulta previa si en la zona de influencia de la obra, actividad o proyecto existen asentamientos indígenas o afrocolombianos; (vi) tiene simultáneamente un carácter técnico y otro participativo, en donde se evalúan varios aspectos relacionados con los estudios de impacto ambiental y, en ocasiones, con los

diagnósticos ambientales de alternativas, en un escenario a su vez técnico científico y sensible a los intereses de las poblaciones afectadas (Ley 99/93 arts. 56 y ss); y, finalmente, (vii) se concreta en la expedición de un acto administrativo de carácter especial, el cual puede ser modificado unilateralmente por la administración e incluso revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito de su titular, cuando se advierta el incumplimiento de los términos que condicionan la autorización (Ley 99/93 art. 62). En estos casos funciona como garantía de intereses constitucionales protegidos por el principio de prevención y demás normas con carácter de orden público”.

Emerge, por tanto, un nuevo enfoque del concepto y alcance de la licencia ambiental, el cual se basa, además de los aspectos referenciados con anterioridad, en que la Administración, a pesar de haber expedido un acto administrativo que otorgaba una licencia ambiental, puede modificar o revocar su propio acto, cuando se advierta el incumplimiento de los términos que autorizaron su expedición a favor de la persona jurídica a la cual se le otorgó la licencia en cuestión, teniendo como base el principio de prevención en la conservación de los recursos naturales.

Bajo esta perspectiva, la Sentencia T-652 de 2013 ilustra el concepto y la finalidad de la licencia ambiental, subrayando que con la concesión de este instrumento no se agota el proceso de protección del ambiente respecto de una intervención que lo pueda afectar, por cuanto una vez otorgada la licencia debe tenerse en verificarse el cumplimiento de los deberes allí establecidos, toda vez que a ello está subordinada la satisfacción del propósito de conservación perseguido:

“No debe perderse la perspectiva de que la licencia ambiental es la autorización para desarrollar un proyecto o una obra que impactará el medio ambiente, razón por la que la misma debe ser el producto de un riguroso estudio, en el que se tomen en cuenta las consecuencias que pueden producirse y, por consiguiente, se adopten las medidas necesarias para evitar la causación de daños que tengan efectos irreparables para el medio ambiente en tanto bien colectivo, así como para los derechos fundamentales que se derivan del uso y disfrute del mismo, como el derecho fundamental al agua, a la salud e, incluso, a la vida en condiciones dignas. Por esta razón la concesión de una licencia no finaliza el proceso de protección del ambiente respecto de una obra o un proyecto que lo pueda afectar; a partir de la

concesión de la misma debe examinarse el cumplimiento de los requisitos y condiciones en ella previstos, por cuanto de esto depende que verdaderamente se alcance el objetivo propuesto, cuál es la efectiva protección del entorno en que la actividad tiene lugar”.

Lo anterior revela que la inobservancia de las obligaciones que recaen sobre las personas jurídicas a las cuales se les hubiese otorgado una licencia ambiental, ya sea desde el punto de vista del incumplimiento de los deberes impuestos por el acto administrativo o por el quebrantamiento de los acuerdos logrados con las comunidades a través de los sistemas de consulta previa y de participación, puede dar lugar a que se modifique o se revoque la licencia ambiental, en atención a que deben primar los derechos ambientales y a la consulta previa de las comunidades en la tensión que existe frente a la iniciativa privada.

Llegado este punto, es necesario poner de relieve que, paralelamente a las exigencias para desarrollar obras con incidencia sobre el ambiente, el legislador concibió un régimen de transición para las actividades de explotación de recursos que se venían adelantando con anterioridad a la creación del mecanismo de licencia ambiental que nació con el SINA. Así, el artículo 117 de la Ley 99 de 1993 prescribió que “[l]os permisos y licencias concedidos continuarán vigentes por el tiempo de su expedición. Las actuaciones administrativas iniciadas continuarán su trámite ante las autoridades que asuman su competencia en el estado en que se encuentren.”

En ese sentido, si bien se autorizó la continuidad de los proyectos que venían ejecutándose con fundamento en la normatividad anterior, mediante las disposiciones reglamentarias que se expidieron con posterioridad se implementaron medidas orientadas a efectuar un control sobre dichas actividades.

Así, el Decreto 1753 de 1994, reglamentario de la Ley 99 de 1993, otorgó a la autoridad ambiental la facultad de exigir, mediante providencia motivada, que los proyectos que hubieran obtenido los permisos antes de la vigencia del mismo presentaran planes de manejo, recuperación o restauración ambiental, a fin de realizar un seguimiento sobre el impacto de esas intervenciones.

A la vez, añadió que los proyectos y obras que iniciaron con anterioridad a la expedición de la Ley 99 no requerían licencia ambiental, ni aquellos que comenzaron actividades antes de la expedición del referido decreto, con la salvedad siguiente: ello, *“no obsta para que dichos proyectos, obras o actividades cumplan con la normatividad ambiental vigente, excluido el requisito de obtener Licencia Ambiental.”*

En la misma línea, los Decretos 1728 de 2002, 1180 de 2003, 1220, 500 de 2006, 2820 de 2010 y 2041 de 2014, 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.

De acuerdo con ello, la sentencia T-462A de 2014 enuncia que en aquellos proyectos en los cuales ya se ha iniciado la intervención no es preciso tramitar una nueva licencia ambiental, pero hace una salvedad en la cual se afirma que esto no exime al Estado y a los particulares de realizar un control y seguimiento sobre los efectos que produce la obra en el ambiente:

“En síntesis, puede afirmarse que el desarrollo normativo de la licencia ambiental ha tenido varios cambios a lo largo del tiempo, pero se ha mantenido la necesidad de tener en cuenta en los estudios de impacto, las circunstancias socioeconómicas de las comunidades que residen en el área de influencia. El deber de consultar a la población en general y a las comunidades diferenciadas como las indígenas, étnicas y afrocolombianos sobre los cambios o impactos que se generan con la construcción de obras y proyectos sobre los recursos naturales, se fortalece a partir de los principios y valores de la Constitución de 1991. Así pues, las autoridades deben realizar un monitoreo sobre estos proyectos en todo tiempo, y la licencia ambiental y el plan de manejo ambiental son herramientas esenciales de naturaleza preventiva que garantizan la protección y el buen manejo del ambiente y el control de otros impactos. Como se puede evidenciar, para aquellos proyectos sobre los que ya había iniciado su ejecución y funcionamiento, no se requiere de licencia ambiental, circunstancia que no exime a las autoridades ambientales, por una parte, y a las empresas encargadas, por otra, de realizar un control y seguimiento sobre los impactos de estos proyectos que se generen a través del tiempo”.

Más recientemente, en el Decreto 1076 de 2015 –Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible– se estructura el concepto de licencia ambiental especificando que ésta lleva implícita todos los permisos autorizaciones o concesiones para el uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios por el tiempo de vida útil del proyecto, obra o actividad, y que la autorización deberá obtenerse previamente a la iniciación del proyecto, obra o actividad.

Es pertinente subrayar que el trámite de licenciamiento incorpora la obligación del interesado de proveer a las autoridades ambientales de estudios previos que comprenden el diagnóstico ambiental de alternativas –DAA– y el estudio de impacto ambiental –EIA–, con información detallada sobre la intervención que se pretende realizar, la influencia de la actividad sobre el ecosistema y las personas, la descripción de los riesgos y las propuestas para un manejo adecuado de tales consecuencias; todo ello conforme a unos estándares fijados por el Ministerio de Ambiente.

Además, se precisan varios aspectos relativos a la licencia ambiental, incluyendo cuáles proyectos, obras o actividades requieren o no el otorgamiento de este instrumento, se puntualiza cuándo se requiere un plan de manejo ambiental dependiendo la envergadura del proyecto y, de igual forma, se establece un régimen de transición, en virtud del cual se respetan las condiciones bajo las cuales se ha autorizado la explotación de recursos naturales, con la aclaración siguiente: *“las autoridades ambientales continuarán realizando las actividades de control y seguimiento necesarias, con el objeto de determinar el cumplimiento de las normas ambientales”*, así como también se les faculta para *“realizar ajustes periódicos cuando a ello haya lugar, establecer mediante acto administrativo motivado las medidas de manejo ambiental que se consideren necesarias y/o suprimir las innecesarias.”*

Para la Sala, la interpretación que forzosamente se deriva del deber constitucional del Estado de proteger los recursos naturales es que el ejercicio un control permanente y efectivo sobre las actividades que impactan el ambiente responde, precisamente, a la variabilidad de las circunstancias materiales en que se desarrolla una actividad extractiva, en tanto la reacción del entorno a determinada intervención y los eventuales

efectos nocivos que se originen no siempre son predecibles en el momento en que se expide el acto administrativo que otorga la licencia.

Por el contrario, puede ocurrir que, pese a que cálculos técnicos avalen en un principio el desarrollo de una actividad a largo plazo, factores como la complejidad de los fenómenos ambientales, el perfeccionamiento de la ciencia o el surgimiento de una alteración no prevista sobre los ecosistemas, entre otros, conlleven a que en el transcurso de la ejecución del proyecto se advierta la necesidad de adoptar medidas que conjuren un daño irreversible sobre el ambiente y las personas, máxime cuando se trata de proyectos cuyo desarrollo se prolonga por años e incluso décadas.

Bajo este entendimiento, la concesión de una licencia ambiental no aparea una aquiescencia inmutable y perpetua del Estado frente una actividad de aprovechamiento de recursos naturales, pues aun cuando esta haya sido inicialmente autorizada, si luego de su aprobación se reconoce como potencialmente dañosa, las autoridades ambientales tienen la obligación constitucional de hacer lo necesario para proteger el ambiente frente a los intereses particulares, en aras de satisfacer la finalidad superior para la cual se diseñó el mecanismo.

Lo anterior, también se colige del criterio *in dubio pro ambiente* o *in dubio pro natura*, según el cual si existe una tensión entre diferentes interpretaciones relativas a la protección de un ecosistema, debe prevalecer aquella que resulte más acorde a la garantía y disfrute de un medio ambiente sano. Al respecto la Sentencia C-449 de 2015 menciona:

*“En suma, para la Corte no ofrece duda que el cambio de paradigma que ha venido operando con el paso del tiempo ha implicado un redimensionamiento de los principios rectores de protección del medio ambiente, como su fortalecimiento y aplicación más rigurosa bajo el criterio superior del **in dubio pro ambiente o 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.*

Ante el deterioro ambiental a que se enfrenta el planeta, del cual el ser humano hace parte, es preciso seguir implementando objetivos que busquen preservar la naturaleza, bajo regulaciones y políticas públicas que se

*muestren serias y más estrictas para con su garantía y protección, incentivando un compromiso real y la participación de todos con la finalidad de avanzar hacia un mundo respetuoso con los demás. Se impone una mayor consciencia, efectividad y drasticidad en la política defensora del medio ambiente.*²⁶² ”

Como conclusión de lo expuesto en torno al concepto, naturaleza, finalidad y alcances de la licencia ambiental, se afirma que tal instrumento ha venido evolucionando en la jurisprudencia constitucional a partir de considerarse que el mismo: (i) Es una autorización del Estado para la ejecución de obras o la realización de proyectos o actividades que pueden ocasionar un deterioro grave al ambiente o a los recursos naturales o introducir una alteración significativa al paisaje; (ii) Tiene como finalidad prevenir, mitigar, manejar, corregir y compensar los posibles efectos adversos al ambiente que produzcan tales actividades; (iii) Es de carácter obligatoria y previa, por lo que debe ser obtenida, por lo general, antes de la ejecución o realización de dichas obras, actividades o proyectos; (iv) Opera como instrumento coordinador, planificador, preventivo, cautelar y de gestión, mediante el cual el Estado cumple diversos mandatos constitucionales, entre ellos proteger los recursos naturales el ambiente, conservar áreas de especial importancia ecológica, prevenir y controlar el deterioro ambiental y realizar la función ecológica de la propiedad; (v) Es el resultado de un proceso administrativo reglado y complejo que permite la participación ciudadana, la cual puede cualificarse con la aplicación del derecho a la consulta previa si en la zona de influencia de la obra, actividad o proyecto existen asentamientos indígenas o afrocolombianos; (vi) Tiene simultáneamente un carácter técnico y otro participativo, en donde se evalúan varios aspectos relacionados con los estudios de impacto ambiental y, en ocasiones, con los diagnósticos ambientales de alternativas, en un escenario a su vez técnico científico y sensible a los intereses de las poblaciones afectadas; y (vii) Se concreta en la expedición de un acto administrativo de carácter especial, el cual puede ser modificado unilateralmente por la administración e incluso revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito de su titular, cuando se advierta el incumplimiento de los términos que condicionan la autorización. En estos casos funciona como garantía de intereses constitucionales

²⁶² Esta cita, a su vez, referencia la Sentencia C-339 de 2002.

protegidos por el principio de prevención y demás normas con carácter de orden público.

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.

4.4.2 Principios rectores del derecho ambiental

3.4.2.1 Principio de precaución

A través de la Constitución de 1991 y sus disposiciones se materializó la protección al medio ambiente, fundamentándose en normas de Derecho Internacional que establecen principios a seguir en materia ambiental, con el fin de que el aprovechamiento de los recursos naturales se dé conforme al modelo de desarrollo sostenible acogido por la Carta política, y esto se hace a través de: (i) La protección de la integridad y diversidad del ambiente; (ii) La conservación de las áreas de especial protección; y (iii) La aplicación de los principios de prevención y precaución, entre otros.

En lo concerniente a los principios, Colombia ha acogido estos a su legislación interna a partir de convenios internacionales como la Declaración de Río de Janeiro de 1992, la cual establece:

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

Resulta importante lo manifestado en este principio al referirse que la falta de certeza científica absoluta no podrá ser justificación para postergar la adopción de medidas eficaces, de lo cual esta Corte ha manifestado en sentencia C-293 de 2002:

“(...) una autoridad ambiental puede proceder “a la suspensión de la obra o actividad que desarrolla el particular, mediante el acto administrativo motivado, si de tal actividad se deriva daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, así no exista la certeza científica absoluta”.

Incluso las actividades pueden ser suspendidas en aplicación del principio de precaución, aun cuando los daños no se encuentren en etapa de consumación, sino en una fase previa, esto es, cuando existe un riesgo para la salud humana o el medio ambiente. En tales circunstancias se deben tomar las medidas de precaución que resulten necesarias, así el nexo causal no haya sido establecido científicamente en su totalidad²⁶³.

Así mismo lo manifestó esta Corporación en una decisión de constitucionalidad sobre el artículo 1º, numeral 6º, de la Ley 99 de 1993 que recoge el principio de precaución; en materia ambiental determinó en Sentencia C-339 de 2002:

“(...) en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada; la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección del medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba un grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias”.

El fin de la aplicación de este principio es actuar sin que se encuentre la prueba absoluta de causa a efecto, a fin de evitar que la generación de daños potenciales tendría consecuencias irreversibles para el ambiente o la salud, todo esto originado por una sustancia o actividad.

La Comisión Europea realizó un informe sobre el principio de precaución, en el que se establece que: “... en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más vasto, y especialmente cuando la evaluación científica

²⁶³ Cfr. T-204 de 2014.

*preliminar objetiva indica que hay motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido para la Comunidad.”*²⁶⁴

Este principio debe ser materializado con cautela frente a situaciones en las que no es posible evaluar el riesgo exacto, porque el estado de la técnica no lo permite. Con base en este principio, las autoridades prohibirán actividades o sustancias que pueden llegar a ser lesivos, pero que no se sabe a ciencia cierta el peligro.

Constituyen un claro ejemplo de la aplicación de este principio el caso Gabčíkovo-Nagymaros, expuesto en la Sentencia C-499 de 2015, relativo al litigio internacional entre Eslovaquia y Hungría, en el cual se construyó una represa en su zona limítrofe, incumpliendo Hungría el tratado firmado por ambos Estados alegando incertidumbre sobre los posibles efectos que tendría en el medio ambiente. En este caso, la Corte Internacional de Justicia resolvió que las partes tenían la obligación de tomar las medidas necesarias para proteger el ecosistema, dado el riesgo de daños ambientales.

En la Sentencia T-672 de 2014 se presentó una duda referente a la afectación del medio ambiente y a la salud de las personas, por lo que procedió la Corte a indicar que se debían tomar medidas que anticiparan y evitaran cualquier posible daño, ordenando así a Fenoco S.A. la suspensión de actividades de transporte ferroviarios de carbón a menos de 100 metros a lado y lado de las comunidades o viviendas del municipio de Bosconia en ciertas horas determinadas. Además, se le ordenó a la empresa incluir en el Plan de Manejo Ambiental más medidas de prevención.

En suma, el redimensionamiento de los principios rectores con el paso del tiempo han fortalecido su aplicación en casos de conflictos entre principios y derechos, en donde los criterios del *indubio pro ambiente* o *in dubio pro natura*, deben ser la fuente para que la autoridad propenda por la interpretación más beneficiosa para la garantía de un ambiente sano, y esto debe ser así en razón de que se deben tomar medidas más drásticas y serias

²⁶⁴ EUR-LEX. Europa unión law. Comunicado de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución.

para que el vertiginoso avance en el deterioro ambiental del planeta no tome más fuerza.

Condiciones de aplicabilidad del principio

a. Contexto de incertidumbre acerca del riesgo

La incertidumbre es un factor fundamental en la aplicación del principio de precaución. A diferencia de otros principios que están dirigidos a prevenir daños, en esta medida no se tienen datos ciertos o la existencia de certeza científica que haga evidente la presunta afectación o la peligrosidad derivada de una actividad.

Las medidas que se toman a través de la precaución van dirigidas a un riesgo potencial. Quiere decir que su aplicación no depende de la existencia de un riesgo actual, sino de uno que puede originarse por la imprevisibilidad o la ausencia de factores alarmantes de riesgos que no pueden ser detectados ni tratados desde el principio de la actividad, si no que surgen después de un tiempo prolongado.

La Declaración de Wingspread sobre el Principio de Precaución (Wingspread-Wisconsin, 1998), adoptada en reunión de científicos, filósofos, juristas, ambientalistas de las ONG de Estados Unidos y Canadá, expresa: *“cuando una actividad hace surgir amenazas de daño para el medio ambiente o la salud humana, se deben tomar medidas de precaución incluso si no se han establecido de manera científica plena algunas relaciones de causa-efecto”*.

b. Valoración científica del riesgo

Las medidas adoptadas en aplicación del principio de precaución, no pueden partir exclusivamente de la incertidumbre, pues de ser así se podría incurrir en conjeturas y supuestos sin ningún tipo de sustento. Por lo cual es necesario que se tengan soportes científicos suficientes que contribuyan a la toma de decisiones.

Los soportes científicos o datos deben hacer notables los posibles riesgos potenciales, para ser evaluados los indicios y en base a ello tomar medidas,

teniendo claro que el estado de la técnica no va a permitir cuantificar con exactitud la magnitud del daño potencial.

Estos dos primeros requisitos hacen alusión a que se trata de conseguir tanta certidumbre posible a través de recopilación de datos científicos, hasta llegar al límite que sería el punto donde no pueda seguir constatándose con certeza la potencialidad del daño y se haga necesario la aplicación del principio a través de decisiones como el cese o cierre total de la actividad.

Frente a si se encuentren pruebas, la Comisión Europea a manifestado que: *“La ausencia de pruebas científicas de la existencia de una relación causa-efecto, de una relación cuantificable de dosis/respuesta o de una evaluación cuantitativa de la probabilidad de aparición de efectos adversos tras la exposición no debe utilizarse para justificar la inacción”*.²⁶⁵

c. Representación de un daño grave o irreversible:

El fin de la aplicación del principio de precaución es evitar un daño que pueda atentar de manera grave contra la vida, la salud y el medio ambiente. Busca salvaguardar bienes jurídicos de gran importancia que se ven amenazados por ciertas actividades.

Este principio ha sido aplicado reiteradamente para la protección de recursos naturales no renovables y renovables. En cuanto a la protección a los no renovables juega un papel fundamental la irreversibilidad del daño, en razón a que la ausencia de medidas contra estos puede significar la ocurrencia de un daño que no pueda revertirse.

La irreversibilidad no solo debe ser relacionada con los efectos negativos de daños graves sobre los recursos naturales, en razón a que la salud es un bien jurídico que puede verse gravemente afectado por la realización de una actividad constante, consecuencias que pueden desencadenar en enfermedades incurables o degenerativas, lo cual haría necesario la toma de decisiones así se quebrante la libertad económica o de empresa.

²⁶⁵ Comunicado de la Comisión Europea sobre el recurso del principio de precaución. cf.: Informe del Órgano de Apelación de la OMC en el asunto de las hormonas, apartado 194: «En algunos casos, la existencia misma de opiniones discrepantes sostenidas por científicos calificados que han investigado la cuestión particular objeto de examen puede indicar un estado de incertidumbre científica»

Así lo ha sostenido esta Corporación, manifestando que el principio de precaución puede ser empleado para proteger el **derecho a la salud**. Así lo reconoció este Tribunal en la sentencia T-1077 de 2012:

*“En su Observación General No. 14 el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales desarrolló el contenido del derecho a la salud, y a grandes rasgos señaló que se trata de un derecho inclusivo que no sólo abarca la **atención de salud oportuna y apropiada**, sino también los principales factores determinantes de la salud, como son el acceso al **agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas**, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, **condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente**, entre otros”*. (Negrilla no incluida en el texto original)

d. Proporcionalidad de las decisiones

Las medidas que se tomen para salvaguardar bienes jurídicos de gran importancia muchas veces afectan la libertad económica o de empresa. Pero es la irreversibilidad de los efectos negativos sobre los mismos lo que se busca prevenir y frenar. Por esto resulta indispensable que las medidas que se vayan a tomar tengan como base el estudio de proporcionalidad respecto a los costos económicos, debido a que las mismas deben resultar soportables tanto para los posibles beneficiados como para los destinatarios, no siendo altamente onerosas las consecuencias para los que ven quebrantada su libertad económica.

Resulta imposible que las ganancias no se vean disminuidas, pero es allí donde se debe hacer un estudio de ponderación entre el desarrollo económico y la protección a bienes superiores como la vida o el medio ambiente. Por esta razón se hace necesario que ambos se desarrollen y protejan simultáneamente, pero en caso de no ser posible una alternativa intermedia, se deberá preferir la decisión que menor costo ambiental implique.

Frente a la proporcionalidad la Comisión Europea expresó en comunicado que:

“La medida de reducción de los riesgos no debe limitarse a los riesgos inmediatos, para los que es más fácil evaluar la proporcionalidad de la acción. Las relaciones de causalidad son las más difíciles de probar científicamente en los casos en que los efectos peligrosos se dejan sentir mucho tiempo después de la exposición, y por este mismo motivo el principio de precaución debe utilizarse a menudo.

En este caso, los efectos potenciales a largo plazo deben tenerse en cuenta para evaluar la proporcionalidad de las medidas, las cuales deben en establecer sin demora acciones que puedan limitar o suprimir un riesgo cuyos efectos sólo serán aparentes al cabo de diez o veinte años o en las generaciones futuras. Esto se aplica muy especialmente a los efectos sobre los ecosistemas. El riesgo aplazado para el futuro sólo puede eliminarse o reducirse en el momento de la exposición a dicho riesgo, es decir, inmediatamente”.²⁶⁶

En consecuencia, la decisión a tomar debe cumplir con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la restricción de un derecho para salvaguardar o proteger otro. Del mismo modo, la aplicación de la medida escogida debe ser eficaz para el fin indicado, de forma que no restrinja de forma desproporcionada los otros derechos en conflicto.

-Principio de prevención

La aplicación del principio de prevención se da en aquellos casos en los cuales es posible identificar las consecuencias que una medida puede tener sobre el medio ambiente, como consecuencia de ello, se exige que la autoridad competente adopte estrategias que eviten el acaecimiento del daño. Lo anterior tiene como base la Declaración de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y la Declaración de Río de 1992.

La prevención tiene dos elementos claves: (i) el conocimiento previo del riesgo de daño ambiental, y (ii) la implementación anticipada de medidas para mitigar los daños. Este se materializa en mecanismos jurídicos como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones.

²⁶⁶ EUR-LEX. Europa unión law. Comunicado de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución.

Este Tribunal en Sentencia T-080 de 2015 manifestó que el principio de prevención se ha definido como aquel que busca *“que las acciones de los Estados se encarrilen a evitar o minimizar los daños ambientales, como un objetivo apreciable en sí mismo, con independencia de las repercusiones que puedan ocasionarse en los territorios de otras naciones. Requiere por ello de acciones y medidas -regulatorias, administrativas o de otro tipo- que se emprendan en una fase temprana, antes que el daño se produzca o se agrave”*.

En Sentencia C-449 de 2015 se indicó que la doctrina sobre la materia ha expresado lo siguiente: *“se ha producido, en nuestros días, una toma de consciencia de que no basta con reparar (modelo curativo) sino que se impone prevenir (modelo preventivo), y ello convierte al principio de prevención en uno de los grandes principios estructurales de este sector del derecho internacional público. La finalidad o el objeto último del principio de prevención es, por tanto, evitar que el daño pueda llegar a producirse, para lo cual se deben adoptar medidas preventivas”*.²⁶⁷

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que: *“La Corte es consciente de que, en el ámbito de la protección del medio ambiente, la vigilancia y la prevención son necesarias en razón del carácter a menudo irreversible de los daños al medio ambiente y de las limitaciones inherentes al propio mecanismo de reparación de este tipo de daño”*.²⁶⁸

En razón a los extractos indicados, se concluye que los principios de precaución y prevención han sido abordados por la jurisprudencia y la doctrina, tanto nacional como internacional, como garantías de indispensable aplicación para la salvaguarda efectiva del medio ambiente conjuntamente con la salud y la vida.

4.4.3 Las particularidades del daño ambiental

El daño ambiental se caracteriza por ser bifronte, dual o bicéfalo²⁶⁹. Por una parte, suele afectar la salud y los bienes de determinados individuos o

²⁶⁷ Estudio realizado por Patricia Jiménez de Parga y Maseda denominado “Análisis del principio de precaución en derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea”. Cfr. Política y Sociedad. 2003. Vol. 4. Núm. 3. Departamento de Derecho Internacional Público y Privado, Universidad Complutense de Madrid. Págs. 7-22. Sentencia C-595 de 2010.

²⁶⁸ CIJ: Gabcikovo Nagymaros 1997 por 140

²⁶⁹ Néstor A. Cafferatta, “Régimen legal del daño ambiental”, en *Daño ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 133.

colectividades y, al mismo tiempo, perjudica el disfrute de un derecho colectivo (daño ecológico *puro*) ²⁷⁰. Así, mientras que el daño ecológico *impuro* se rige por los supuestos del daño civil clásico (cierto, personal, directo), afectando unos derechos subjetivos, unos patrimonios determinados, dando derecho a un resarcimiento económico; el daño ambiental *puro* es supraindividual, masificado, indirecto e impersonal ²⁷¹, es decir, “*no cumple con ninguno de los requisitos tradicionales del daño jurídico resarcible*” ²⁷².

Los daños irrogados al medio ambiente (puros), es decir, que lesionan los componentes del medio natural y sus interacciones, poseen un conjunto de características que los distingue del resto de daños que se pueden producir a las personas o su patrimonio. Son daños que suelen afectar a una colectividad, siendo frecuentemente indeterminada. No existe una víctima individual o individualizable. Son varios los ejemplos de este tipo de daño: la destrucción de la capa de ozono, la extinción de alguna especie animal, los vertidos de carburos que produce la muerte de innumerables especies animales, etc. ²⁷³

Los daños ambientales puros suelen ser continuados, no se producen en una única actuación, sino que aparecen luego de varias acciones prolongadas en el tiempo ²⁷⁴. Su responsable no tiene que ser una única persona o entidad.

Otra característica de los daños ecológicos puros, que los diferencia de los indemnizables, es el referente a la exigencia del requisito de certeza o previsibilidad. De igual manera, el tema del nexo causal ofrece un conjunto de particularidades, las cuales serán explicas más adelante.

En consonancia con lo anterior, el daño ambiental suele ser **difuso**, dada la naturaleza expansiva, en el tiempo y espacio, de los fenómenos

²⁷⁰ Stiglitz, “Pautas para un sistema de tutela del ambiente”, en *El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 2010.

²⁷¹ Al respecto Mosset Iturraspe afirma “*el daño ambiental no es un daño común, por su difícil, compleja o ardua comprobación, atendiendo a la circunstancia de que, en muchas ocasiones, es despersonalizado o anónimo; suele ser el resultado de actividades especializadas, que utilizan técnicas específicas, desconocidas por las víctimas*”, en “Cómo contratar en una economía de mercado”, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 144.

²⁷² Néstor A. Cafferatta, “Régimen legal del daño ambiental”, en *Daño ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 133.

²⁷³ P. Bonorino y Leal, *La prueba de la causalidad en el daño ambiental*, ACT 1, 39-52, diciembre 2010.

²⁷⁴ Catalá, L. G., *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, 1998, Navarra

contaminantes, así como por la existencia de diversos y concurrentes agentes responsables. Dicho carácter difuso complejiza la atribución de responsabilidades, y por ende su prueba suele estar revestida de una enorme científicidad.²⁷⁵

En conclusión: el daño ambiental no es un daño común o tradicional, es de difícil comprobación, complejo, con especial trascendencia social, pudiendo llegar a afectar los derechos de las generaciones futuras.

4.4.4 El nexo de causalidad en materia medioambiental: la determinación de las causas y la prueba de las mismas

En el ámbito de la responsabilidad civil, el nexo de causalidad cumple con una doble función: (i) Permite atribuirle a un individuo o entidad, el resultado dañoso; y (ii) Brinda parámetros objetivos para determinar la extensión del resarcimiento.²⁷⁶

Afirma González que *“la complejidad de la causalidad medioambiental deriva en primer lugar del conocimiento imperfecto que aún se tiene del medio ambiente. (...) La imperfección del conocimiento científico de los fenómenos naturales y, por ende, la probabilidad, reside en la propia naturaleza de las cosas”*²⁷⁷, y que estas circunstancias causan una laguna probatoria en relación al nexo causal en la mayoría de los supuestos de daño medioambiental.

En materia ambiental, el examen del nexo causal debe enfrentar las siguientes dificultades y retos:

- Son daños que usualmente son producidos por una pluralidad de agentes, que actúan de forma concurrente o sucesiva, siendo difícil atribuir responsabilidades concretas.
- En muchos casos, no existe una única causa del daño sino una pluralidad de ellas²⁷⁸, pudiendo incluso hablarse de *“redes o mallas*

²⁷⁵ Morello, “La prueba científica”, Madrid, 1999.

²⁷⁶ Goldenberg, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, *La Ley*, Madrid, 2000.

²⁷⁷ González, A. R., *El daño ecológico puro*, 2008, Aranzadi.

²⁷⁸ Santiago Areal Ludeña, “Environmental civil liability under comparison: Some notes in soft law”, *Revista Piélagus*, 2010.

*de causalidad múltiple o multifactorial”*²⁷⁹.

- En su determinación, juegan factores tales como la distancia entre el foco emisor y las diversas manifestaciones de los efectos dañinos (vgr. enfermedades, afectación de los cultivos, contaminación de las aguas, etcétera).
- En relación con el tiempo, en algunos casos los daños ambientales suceden en un *lapso* corto (vgr. derrame de combustible en el mar, explosión de planta nuclear, incendio forestal, etcétera); en otros, los afectados han estado expuestos a los agentes contaminantes por muchos años (vgr. actividades mineras).
- La existencia de dudas científicas o los estados del conocimiento sobre las afectaciones a la salud o al medio ambiente que pueden tener determinados agentes contaminantes.
- El accionar que tienen los factores ambientales sobre los efectos contaminantes (vgr. dirección del viento, corrientes marinas, lluvias, etcétera).
- La existencia de condiciones de saneamiento ambiental inadecuadas, de pobreza extrema y exclusión social, que agravan las consecuencias de la contaminación sobre determinadas poblaciones.
- La desigualdad existente entre los demandantes y los demandados. En la práctica, los reclamantes suele ser comunidades campesinas o minorías étnicas, en tanto que los agentes contaminantes son grandes empresas o conglomerados económicos. Tales desequilibrios se evidencian, especialmente, en términos de acceso a la información sobre el producto contaminante o sus efectos en la salud humana y el medio ambiente.²⁸⁰
- Las particularidades que ofrece el agente contaminante, tales como su nivel de absorción en el organismo.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ Santiago Areal Ludeña, “Environmental civil liability under comparison: Some notes in soft law”, *Revista Piélagus*, 2010.

Dadas las complejidades que ofrece el examen del vínculo de causalidad, la Corte analizará: (i) las diversas teorías que vienen siendo aplicadas en el derecho comparado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado; y (ii) las relaciones entre los “valores límites de emisión” y el nexo de causalidad.

1. Las diversas teorías sobre el análisis de nexo de causalidad

En los últimos años, en el 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. A pesar de sus diferencias, dichas teorías poseen un denominador común: flexibilizar la visión tradicional del derecho civil en la materia.

a. Teoría de la causa alternativa o disyuntiva (*industry wide, enterprise theory of liability* o “*market share*”)

Según esta teoría, se exige 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 ²⁸¹.

b. Teoría de la condición peligrosa

De conformidad con esta teoría, 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*.²⁸² Esta teoría es similar a la empleada por la jurisprudencia americana, en cuya virtud se le permite a la víctima accionar contra uno de los fabricantes, debiendo este solventar la indemnización por haber creado el producto.

c. Teoría de la causa real (*actual causation*)

Según esta teoría, el demandante debe probar que “*era más probable que*

²⁸¹ De Miguel Perales, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Madrid, Civitas, 1994.

²⁸² *Ibidem*.

no” sea la causa del daño ocasionado. Este estándar probatorio es conocido como “*but-for-test*”, también conocido como “*sine qua non*” o “*conterfactual test*”²⁸³. 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.

d. Teoría de la causa próxima (*proximate cause doctrine*)

En los términos de esta teoría, 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. Esta teoría fue aplicada en el famoso caso *Moershigelaflu vs. Long Island Railway Corporation* (1924), en el cual fueron analizadas varias cadenas causales²⁸⁴ de un accidente.

En otras palabras, entre los diversos criterios de imputación objetiva, aquel de la causalidad próxima apunta a que se debe tomar en cuenta la condición temporalmente más próxima al hecho daños, es decir, aquella inmediatamente anterior al resultado.

e. Teoría de la conjetura (*conjecture causation*)

Según esta teoría, la víctima sólo tiene que demostrar la existencia de algunos signos que indiquen la existencia de una conexión entre el perjuicio y la conducta dañina²⁸⁵. En tal sentido, las Cortes americanas suponen la presencia de tal conexión, salvo que el individuo o la empresa logren desvirtuarla.

f. Teoría de las probabilidades (*probabilistic causation*)

En los términos de esta teoría, se le impone una responsabilidad proporcional a la persona, de conformidad con la probabilidad de causalidad o la fracción atribuible del daño²⁸⁶.

²⁸³ John Goldberg, *Tort Law, Responsibilities and redress*, Washington, 2004.

²⁸⁴ Simon Deaki & Angus Johnston, *Tort law*, New York, 2003.

²⁸⁵ Troyen A. Brennan, *Environmental Torts*, 46 Van, L. Rev. 1 (1993).

²⁸⁶ Pierre Bentata, “Environmental Regulation and Civil Liability Under Causal Uncertainty: An Empirical Study of the French Legal System”, *RLE*, 2013.

En las sentencias del Tribunal Supremo español, por ejemplo, el criterio que se suele admitir es que la prueba alcance cierto grado de “*probabilidad*”, en el sentido de que sea más probable la existencia del nexo causal que su inexistencia.

La jurisprudencia tiende a asumir que, una vez probado que la actividad contaminante es *capaz, idónea o apropiada* para producir el daño, aunque concurra con otras actividades, se puede presumir que la actividad del demandado es causa del daño.²⁸⁷

Sólo se necesita que exista la posibilidad del daño como efecto de la actividad contaminante según los conocimientos técnicos comúnmente aceptados²⁸⁸. En relación con el nexo causal, en los casos en que existen varias fuentes de inmisión, equivalentes, y cualquiera de ellas es apta para producir el daño, se estima por la corresponsabilidad de los inminentes, aunque el agente sea desconocido por imposibilidad de probarse qué inmisión en concreto fue la causante del daño²⁸⁹.

En el derecho americano, por su parte, existe una tendencia a afirmar que cuando resulte imposible contar con certeza o exactitud en materia de causalidad, el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia. Ser tratará de una probabilidad cercana a la certeza, o al menos alta, (principio *more probable than not*), no bastando con que el hecho sea considerado en términos de hipótesis posible²⁹⁰.

g. Teoría de la causalidad adecuada

Según la 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. Entre las sentencias españolas, este es el criterio más utilizado por los juzgadores²⁹¹, aunque no se puede afirmar que existe un criterio único ni que el mismo se cumpla de forma rigurosa por parte de los juzgadores.

²⁸⁷ STS civ. del 14 de julio de 1982.

²⁸⁸ STS civ. De 28 de junio de 1979, RA 2553.

²⁸⁹ P. Bonorino y Leal, *La prueba de la causalidad en el daño ambiental*, ACT 1, 39-52, diciembre 2010.

²⁹⁰ De Angel Yagüez, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1995.

²⁹¹ Prieto, F. P., *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, in VV. AA., Centenario del Código Civil, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, ECE Ramón Areces, 1990, Madrid.

La doctrina señala igualmente que, en ocasiones, los tribunales suelen combinar algunas de las señaladas teorías sobre la causalidad en materia ambiental ²⁹².

h. Presunciones de causalidad, inversión de la carga de la prueba y carga dinámica de la prueba

Más allá de la aplicación de las diversas teorías judiciales y doctrinarias sobre el nexo causal en materia de daños ambientales, en el derecho comparado los legisladores han empleado distintas técnicas, encaminadas a favorecer la postura de las víctimas.

Así, por ejemplo, el artículo 6º de la Ley alemana sobre el medio ambiente (1990) prevé la existencia de una relación de causalidad cuando la instalación industrial es considerada “apta” o “intrínsecamente adecuada” para generar un daño. Una vez probada dicha capacidad, el demandado deberá entrar a demostrar la idoneidad de sus labores y el cumplimiento de los “deberes de utilización”.

Otra técnica ha consistido en invertir la carga de la prueba a favor de los afectados. Se trata de una estrategia *pro victimae*, consistente en que se presupone la existencia de un nexo causal, y en esa medida, asignar la carga de probar a quien resulte demandado.²⁹³

Una última opción, consiste en dinamizar la carga de prueba. En tal sentido, se faculta al juez para asignarle a quien se encuentre en una mejor postura, el deber de probar.²⁹⁴

i. Postura de la Corte Suprema de Justicia

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al momento de resolver asuntos relacionados con responsabilidad extracontractual por daños ambientales, menciona los diversos avances que ha conocido, en los últimos años, el derecho comparado en la materia. Así, en Sentencia del 16 de mayo de 2011, referente a un caso de contaminación por

²⁹² P. Bonorino y Leal, *La prueba de la causalidad en el daño ambiental*, ACT 1, 39-52, diciembre 2010.

²⁹³ Néstor Calferatta, *La responsabilidad por daño ambiental*, San Salvador, 2000.

²⁹⁴ Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio, “Lineamientos generales de las cargas probatorias dinámicas”, en *Cargas probatorias dinámicas*, Santa Fe, Argentina, 2004.

hidrocarburos en la bahía de Tumaco, afirmó:

“Admitida la variedad extremada de situaciones, a las concepciones de la prueba del nexo causal (causalidad eficiente, adecuada, equivalencia de condiciones, etc.) y mecanismos tradicionales de facilitación (prueba *prima facie*, *Anscheinsbeweis der Kausalität*, *res ipsa loquitur*, *id quod plerumque accidit*, *causalité virtuelle*, inversión de la carga probatoria, presunciones *hominis*), el derecho comparado plantea soluciones disimiles de bastante envergadura, *ad exemplum*, los juicios de probabilidad parcial (*causalité partielle* o *causalità raziale*), posible (*mögliche Kausalität Prinzip*), probabilística (*Probabilistic Causation Approach*, *causalità probabilistica*,) conexión probable, previsibilidad, o proporcional (*Proportional Causation Approach*), la causalidad disyuntiva, alternativa, anónima, sospechada, colectiva o conectada, la “*responsabilidad colectiva*” (Ley 25675 Argentina) o la “*responsabilidad anónima*” dándose un grupo presunto de responsables, tomándolos *in solidum* a todos.

En sentido análogo, algunas legislaciones disciplinan presunciones de causalidad cuando de las circunstancias fácticas del caso concreto un comportamiento es idóneo para causar el daño, se presume efectivamente causado por éste sin requerir la prueba cierta del nexo, *verbi gratia*, la idoneidad específica de una planta para producir el daño será apreciada conforme a los detalles concretos de su ejercicio, operaciones, equipo utilizado, naturaleza y concentración de las sustancias liberadas en el medio ambiente, las condiciones atmosféricas, la hora y lugar de del daño, y bajo cualquier otra circunstancia que, en su contexto fáctico, pueda proporcionar evidencia a favor o en contra de su ocurrencia, salvo si obtenidas todas las autorizaciones para funcionar, no se encuentra ninguna anomalía en su ejercicio (art. 305 del Dlgs. 152/2006, Italia). El §6 de la Ley alemana del Medio Ambiente (*UmweltHG*, de 10 de diciembre de 1990), previene la presunción de causalidad cuando la instalación se considera “apropiada” o “intrínsecamente adecuada” para generar el daño, en cuyo caso probada la adecuación, compete al presunto autor acreditar que no es su causa o enervar la presunción demostrando su idónea utilización, ausencia de anomalías en su funcionamiento y el cumplimiento de los “deberes de utilización” (2, § 6) u otra circunstancia “apropiada” (§ 7), y la jurisprudencia americana aplica además de las reglas *but for test* (*condicio sine qua non*), las relativas al factor sustancial conforme a un

test de probabilidad, “*balance de probabilidades*” (*balance of probabilities*), precisándose en el marco de circunstancias fácticas la probable causación del daño o su no ocurrencia (*more probable than not, more likely than not*), acorde a la preponderancia del hecho (*preponderance of the evidence*), el criterio *more probable than not*, “juicio dentro del juicio” (*trial within the trial; procès-dans-le-procès*) o juicio probabilístico fundado en un conjunto serial de casos tomando las actividades generales y las particulares a apreciar, así como la causalidad alternativa”.

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:

“Forzoso es concluir que, los únicos presupuestos o elementos estructurales de esta especie de responsabilidad, son el daño y la relación de causalidad, cuya carga probatoria incumbe a la víctima, quien cuando reclama la reparación de su propio quebranto, debe acreditar a más del daño ambiental *estricto sensu*, el de sus derechos particulares e individuales, y el nexo causal”.

De tal suerte que, hasta el momento, no se ha considerado que, en lo atinente a los daños ambientales, se presuma 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.

j. Postura del Consejo de Estado

En distintas ocasiones, el Consejo de Estado ha examinado asuntos relacionados con daños ambientales imputables al Estado. Una breve revisión de esos fallos, evidencia una flexibilización en materia de prueba del nexo causal.

En Sentencia del 2 de mayo de 2016, la Subsección B de la Sección Tercera examinó el caso de un propietario de una granja piscícola ubicada en el municipio de Barbacoas -Nariño-, en la cual criaba cincuenta mil (50 000) alevinos de cachama negra y roja, que se encontraban en desarrollo. En el

mes de abril del año 2003, a raíz de la aspersión aérea de glifosato que realizó la Policía Nacional, fallecieron la totalidad de los peces de la granja.

El Consejo de Estado dio por probado el **nexo de causalidad**, entre la aspersión aérea y la muerte de los alevinos, así no existiera certeza sobre el día en que fue realizada la aspersión aérea, ni tampoco se hubiera practicado un estudio científico que demostrara que el deceso de los alevinos se debió al uso del plaguicida:

“Si bien es cierto que en el plenario no obra un dictamen científico-técnico que confirme que la muerte de los alevinos de cachama se produjo por los efectos nocivos de la fumigación de los cultivos ilícitos cerca al predio, la Sala considera que las pruebas documentales y testimoniales allegadas al expediente permiten concluir, sin hesitación, que fue la aspersión aérea del herbicida glifosato la causa material del daño sufrido por el señor Leonardo Fabio Jaramillo Arango”.

Para llegar a tal conclusión, el juez administrativo tuvo en consideración que el uso del glifosato implicaba, *per se*, un riesgo para la vida vegetal y animal.

Otro caso que ilustra la flexibilización de la prueba de la relación de causalidad en materia de daños ambientales, lo constituye la Sentencia del 20 de febrero de 2014 de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Se trataba igualmente del caso de afectaciones producidas por el uso del glifosato, en este caso, sobre unos cultivos. Afirmó el juez administrativo:

“resalta la Sala que si bien dentro del material probatorio analizado no obra una prueba directa, como lo es un dictamen pericial, que acredite la repelida **relación causal**, el daño antijurídico le es imputable al Estado por la estructuración de una **causa altamente probable** deducida indiciariamente: la actividad de erradicación de cultivos ilícitos produjo de manera colateral la muerte del cultivo de lulo, lo cual se materializó en perjuicios en cabeza del demandante”. (negrilla agregada)

Adviértase que el Consejo de Estado acogió la teoría de la causa más probable (*probabilistic causation*), ampliamente aplicada por las Cortes

americanas, así como por la Cour de Cassation francesa²⁹⁵.

En igual sentido, en Sentencia del 30 de enero de 2013, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la parte demandada insistía en la falta de prueba técnica o científica que demostrase que los daños causados al predio del demandante habían sido ocasionados por las fumigaciones de glifosato realizadas el 26 de abril de 1999 por la Policía Nacional en el municipio Belén de los Andaquíes.

El Consejo de Estado consideró que, no obstante la ausencia de una prueba técnica que demostrase la existencia de un vínculo de causalidad directo entre la aspersión aérea del glifosato y la destrucción del cultivo de caucho, aquél se encontraba acreditado:

“A este respecto, la Sala echa de menos la prueba directa de la responsabilidad invocada en la demanda, no obstante las evidencias acreditan el nexo de casualidad, tal y como lo consideró el tribunal *a quo*, pues en el expediente reposan elementos de juicio que permiten **inferir razonablemente** que la aspersión aérea de glifosato generó daño en el predio de los demandantes y afectó el medio ambiente.” (Negrillas agregadas).

Se trató, en este caso, de aplicar una teoría que igualmente flexibilizara la valoración de la prueba del nexo de causalidad en temas de daño ambiental.

En conclusión: un análisis de la jurisprudencia construida por el Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual por daños ambientales, evidencia que no se vienen aplicando estándares tradicionales del derecho civil. Por el contrario, la jurisprudencia administrativa aplica estándares probatorios similares a los empleados por tribunales americanos y europeos.

4.4.5 Los Valores Límite de Concentración. Función y significado probatorio

En los últimos años, la fijación de los llamados “Valores límites de

²⁹⁵ Pierre Bentata, “Environmental Regulation and Civil Liability Under Causal Uncertainty: An Empirical Study of the French Legal System”, *RLE*, 2013.

Concentración” ha adquirido gran importancia en punto a la discusión sobre los niveles de contaminación legalmente permitidos, las evaluaciones de riesgo, la aplicación de los principios de prevención y precaución, así como en el examen del vínculo de causalidad entre la actividad contaminante y los daños ecológicos.

En 1945, por primera vez, la American Conference of Government Industrial Hygienist -ACGIH, publicó niveles máximos de concentración para ciento cuarenta sustancias tóxicas. Aunque se crearon como meras recomendaciones, luego devinieron en medidas legales exigibles, que a la postre, se convertirían en la base del moderno derecho ambiental ²⁹⁶.

La doctrina especializada 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:

- “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” ²⁹⁷;
- Los Valores Límite de Emisión no pueden medir la acción combinada de los químicos en el medio ambiente, ni su efecto acumulativo ²⁹⁸;
- 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;

²⁹⁶ Antonio Embid Tello, “La dependencia del derecho ambiental de los estándares técnicos para la toma de decisiones en situaciones de incertidumbre”, en *Evaluación de impacto ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2012

²⁹⁷ *Ibídem*, Pág. 120.

²⁹⁸ *Ibídem*. Pág. 121.

- 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 ²⁹⁹;
- 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 ³⁰⁰, 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.

Es preciso afirmar que incluso el acatamiento irrestricto de los valores límite no excluye, *per se*, la existencia de afectaciones a la salud y al medio ambiente. Tampoco configura, por sí solo, un rompimiento del nexo causal.

Al respecto, la Directiva 2004/107/CE del 15 de diciembre de 2004, “*Relativa al arsénico, el cadmio, el mercurio, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aire*”, trae varias disposiciones sobre la comprensión de los valores límites de contaminación y su relación con las afectaciones a derechos fundamentales.

Respecto a los propósitos perseguidos con el establecimiento de concentraciones límites, la citada Directiva afirma:

“a) establecer un valor objetivo de concentración de arsénico, cadmio, **níquel** y benzo(a)pireno en el aire ambiente **a fin de evitar, prevenir o**

²⁹⁹ Castleman BI, Ziem GE, “Corporate influence on threshold limit values”, *American Journal of Industrial Medicine*, Vol. 13, 1988.

³⁰⁰ Ver, por ejemplo: STSJ de Castilla La Mancha, número 923 del 5 de junio de 2008.

³⁰¹ Antonio Embid Tello, “La dependencia del derecho ambiental de los estándares técnicos para la toma de decisiones en situaciones de incertidumbre”, en *Evaluación de impacto ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2012

reducir los efectos perjudiciales del arsénico, el cadmio, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclicos en la salud humana y en el medio ambiente en su conjunto”. (Negrillas agregadas)

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”.

De igual manera, en los términos de la Directiva, no configuran “normas de calidad ambiental”:

“(6) En particular, los valores objetivo de la presente Directiva **no se consideran normas de calidad medioambiental** tal como se definen en el apartado 7 del artículo 2 de la Directiva 96/61/CE y que, de conformidad con el artículo 10 de dicha Directiva, requieren condiciones más estrictas que las alcanzables mediante la aplicación de las BAT”. (Negrillas agregadas)

Lo anterior, debido a que sustancias químicas como el níquel, al igual que otros minerales, tienen efectos cancerígenos incluso cuando la emisión de los mismos se encuentra por debajo de los valores límite:

“(3) Los datos científicos muestran que el arsénico, el cadmio, el níquel y algunos hidrocarburos aromáticos policíclicos son cancerígenos genotóxicos para el ser humano y que **no hay ningún límite identificable por debajo del cual estas sustancias no constituyan un riesgo para la salud humana.** El impacto en la salud humana y el medio ambiente se produce a través de las concentraciones en el aire ambiente y el depósito. A efectos de rentabilidad, hay determinadas zonas donde no pueden alcanzarse las concentraciones de arsénico, cadmio, níquel e hidrocarburos policíclicos aromáticos que no suponen un riesgo considerable para la salud humana”. (Negrilla y subrayado agregados).

De manera concordante, la Guía de Calidad del Aire de la Organización Mundial de la Salud -OMS- refiere que los niveles máximos tienen la naturaleza de guías, en tanto no se identifican umbrales por debajo de los cuales no se generen perjuicios a la salud humana:

“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 (Negrilla agregada)

En conclusión: 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.

4.5 Resolución del caso concreto

Por razones metodológicas, la Corte seguirá el siguiente orden, a efectos de resolver el caso concreto y examinar las diversas afectaciones a la salud y al medio ambiente que padecen las comunidades indígenas y afrodescendientes aledañas al complejo minero Cerro Matoso S.A:

- Con base en una valoración integral de las pruebas obrantes en el expediente (intervenciones de las entidades de control, testimonios, documentos allegados por el Ministerio de Salud y Protección Social, peritazgo rendido por el INMLCF, respuestas y estudios aportados por Cerro Matoso S.A, entre otros), se determinará cuál es el estado de salud que presentan los integrantes de las

³⁰² Guía de Calidad del Aire. OMS. Actualización mundial. (2005). Pág. 7. Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/69478/1/WHO_SDE_PHE_OEH_06.02_spa.pdf

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 describirán las características de la actividad extractiva desarrollada por la empresa accionada, tomando en cuenta la dimensión del complejo minero, su duración en el tiempo, los procesos industriales efectuados, las sustancias químicas utilizadas, y los riesgos que esto representa para la salud y el ecosistema. (**Potencialidad de generar afectaciones**);
- Por último, se examinará si existe una relación causal entre las acciones y omisiones imputables a Cerro Matoso S.A. y las afectaciones identificadas. (**Vínculo de causalidad**).

Como puede advertirse, si bien es cierto que son improcedentes las pretensiones indemnizatorias en sede de amparo (demandables ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa), también lo es que el análisis relativo a la configuración de la responsabilidad por daños ambientales (conducta/daño/nexo causal) resulta aplicable, *mutatis mutandis*, al examen de vulneraciones a derechos fundamentales en sede de constitucionalidad, cuando éste tiene como objeto principal verificar la existencia de afectaciones al medio ambiente y a la salud humana, así como su nexo con las actividades llevadas a cabo por la parte accionada.

4.5.1 Verificación de la existencia de afectaciones a la salud humana y al medio ambiente

Con el fin de examinar probatoriamente el deterioro en las condiciones de morbilidad de quienes conforman las comunidades étnicas accionantes, y la alteración al medio ambiente circundante: (i) Se describirá la postura asumida por la empresa demandada; y posteriormente, (ii) Se confrontará con el acervo probatorio obrante en el expediente.

4.5.1.1 Postura de Cerro Matoso S.A.

En varios de sus escritos, la empresa niega enfáticamente la existencia de una problemática especial en la zona aledaña a su complejo minero. Manifiesta que no hay evidencia de patologías que puedan asociarse a su

explotación y que nadie ha estado “*ni lo más mínimamente expuesto*” a los agentes de riesgo procesados por ella:

“No existe ninguna patología asociada a los agentes de riesgo presentes en la operación, puesto que ninguna persona de la comunidad está ni lo más mínimamente expuesta a ellos, ni de manera indirecta podría tener algún tipo de exposición”.³⁰³

En relación a los testimonios de los integrantes de las comunidades, asegura que no se ha registrado un problema de salud pública relacionado con dermatitis, abortos espontáneos, enfermedades del tracto respiratorio, entre otras afecciones:

“No existe ninguna evidencia en registros de prestación de servicios de salud, en relación a que estos temas sean problemas epidemiológicos especiales para las comunidades. (...) No hay ni siquiera indicios de la presencia de algún perfil o pico de salud pública relacionado con alguna patología. (...) No existe ninguna patología o morbilidad, ni mortalidad presente en las comunidades vecinas, que pueda -bajo ninguna circunstancia- asociarse a la presencia de la Empresa o su proceso productivo”.³⁰⁴

Agrega que “*no es posible afirmar - menos probar -*” la presencia de afectaciones particulares a la salud y al medio ambiente, debido a que las condiciones de morbilidad en la región son similares a las de la Costa Atlántica, y en general, de todo el país.³⁰⁵

Finalmente, manifiesta que el Otro sí No. 4 prorroga una operación que no ha perjudicado la integridad étnica, social, económica o cultural de los asentamientos aledaños. De allí que, se logren desvirtuar las “*quejas genéricas en materia de medio ambiente y salud*”:

“El otrosí mantiene una operación que viene ejecutándose desde hace más de treinta (30) años, **sin que se haya demostrado**, ni surja con claridad, **la**

³⁰³ Visible a Folio 8904 del Folder 26.

³⁰⁴ Visible a Folio 8882-8884 del Folder 26.

³⁰⁵ A folio 42 del Cuaderno No. 18 A, se lee: “*No es posible afirmar -menos probar- que las comunidades presentan patologías o enfermedades en condiciones epidémicas o endémicas de alto riesgo, diferentes a las que se presentan en el perfil epidemiológico de la región, de la Costa Atlántica y, en general, de todo el país.*”

Dicha posición es ampliada en los Folder’s No. 20, 21 y 22.

existencia de aspectos de la explotación que afecten la integridad étnica, social, económica y cultural de los indígenas que han venido asentándose en la zona. Los impactos negativos que afectan por igual a los habitantes, han sido objeto de las correspondientes medidas de manejo. **Aparte de las quejas genéricas en materia de medio ambiente y salud que han sido desvirtuadas**, en la acción no se especifica la razón por la cual con la explotación en las condiciones en que se adelanta actualmente el proyecto podrían estar en juego tales finalidades, ni se identifica qué aspectos del referido proyecto o del otrosí entran a afectar en forma directa los intereses de dichas comunidades, haciendo menester la consulta previa”.³⁰⁶ (Negrilla no incluida en el texto original)

Esta postura será contrastada con el acervo probatorio disponible, dedicando un primer acápite a examinar las evidencias relacionadas con las condiciones de salud en la zona, y en adelante, se abordarán aquellas referentes a posibles afectaciones al medio ambiente.

4.5.1.2 Condiciones de salud que enfrentan las comunidades accionantes

- En la inspección judicial realizada por esta Corporación, los días 4 y 5 de diciembre de 2015, se recaudaron múltiples testimonios sobre la problemática de salud en la zona, dentro de los cuales se destacan los siguientes:
 - El señor Luis Joaquín Rojas referencia las afectaciones que han venido adquiriendo las personas con el transcurso de los años:

“mi comunidad queda en Centroamérica, un poquito más allá, de todas maneras es lamentable (...) y la verdad que no es oculto de pronto, nosotros vivíamos una vida, de pronto, un ambiente mejor, está lógico que uno tarde o temprano tiene que morir, pero **se nos ha ido acelerando la muerte, más cáncer, más rasquiña, problemas en la vista** (...) no podemos echarnos mentiras que la contaminación está ahí y que **las comunidades están desapareciendo** (...) la contaminación de que está, está, y

³⁰⁶ Visible a folio 42 del Cuaderno Núm. 18A.

el cáncer se ha ido acelerando más, la rasquiña, la visualidad es corta (...).³⁰⁷ (Negrilla no incluida en el texto original).

- Uno de los integrantes del Consejo Comunitario de San José de Uré, el señor Omar Beleño, explica cómo se han visto perjudicados en su comunidad:

“las comunidades negras de Uré hemos tenido tanta dificultad, **han llegado las enfermedades, ha llegado la contaminación** de diferentes cosas, **nuestra cultura, nuestra manera de alimentarnos, todo eso ha sido cercenado** y pisoteado por tantas personas que vienen y nos han traído a nuestra cultura (...) nosotros casi no hemos podido con esa invasión (...) los negros siempre hemos estado aquí, las otras cosas llegaron después (...) aquí hay diferente gente con diferentes **enfermedades, en diferentes partes del cuerpo**, que han recibido, que están recibiendo enfermedades diferentes que han llegado acá **que nunca se habían manifestado.**”³⁰⁸ (Negrilla no incluida en el texto original).

- El Gobernador de la comunidad Centroamérica, el señor Luis Joaquín Robayo, afirma de forma concordante que:

“la problemática también es la salud (...) nosotros los indígenas sabemos, decía el compañero que **el cambio** que nos está dando es diferente, **ha sido brutal en nuestra comunidad** han habido varios abortos (...) y de pronto **abortó** un niño también, de pronto nació con una **malformación** (...) me cuentan que el niño nació sin estómago y esas cosas y murió enseguida (...) **el cáncer se ha acelerado en la zona** (...) en nuestra comunidad han muerto también varias personas de cáncer acelerado (...) **la visualidad** de nuestra zona desde hace 5-10 años en adelante **está gravísima** (...) nuestros frutos no están produciendo, de pronto, el daño con el tiempo, se caen antes de tiempo.”³⁰⁹ (Negrilla no incluida en el texto original).

³⁰⁷ Visible a folio 58 del Cuaderno Núm. 10.

³⁰⁸ Ibídem. Visible a folio 79.

³⁰⁹ Ibídem. Visible a folio 63.

- El **Ministerio de Salud** referencia que realizó varias visitas a la zona con el fin de examinar las afecciones de salud que se han denunciado. Dentro de su informe señala que, de acuerdo al Gerente del Hospital Local de Montelíbano, la morbilidad en el municipio de Montelíbano sí se asocia principalmente a **infecciones respiratorias agudas, enfermedades del tracto respiratorio y problemas de piel**. Así mismo, refiere la prevalencia de terigios (afecciones oculares), la cual *“puede estar asociada a factores ambientales”*³¹⁰.

También se indica que: *“de acuerdo con las reuniones que se sostuvieron con la comunidad, la secretaría de salud del municipio y el personal del hospital, se ha incrementado el número de enfermedades respiratorias de carácter crónico y patologías dermatológicas en los municipios circundantes a la mina”*³¹¹.
(Negrilla no incluida en el texto original)

Con base en lo anterior, el Ministerio sostuvo:

“Tras la reunión con los representantes de la comunidad, se concluyen los siguientes puntos:

-Enfermedades laborales relacionadas con la explotación minera y considerada como un factor por el cual se han realizado despidos por parte de la empresa. Entre las enfermedades se destacan **erupciones en la piel (dermatitis), enfermedades respiratorias y cáncer”**.³¹²
(Negrilla no incluida en el texto original)

- En relación a la información disponible en la historia clínica de pacientes del municipio y la capacidad de su Laboratorio de Salud Pública, se resalta lo siguiente:

“Se realiza búsqueda de la información sobre situación de salud de esta población en la secretaría municipal de salud, y luego se visita el hospital de Montelíbano para la búsqueda activa institucional de casos, encontrando lo siguiente: **Deficiencias en la recolección de los**

³¹⁰ Visible a folio 182 del Cuaderno 3 A.

³¹¹ Visible a folios 182 del Cuaderno 3 A.

³¹² Visible a folios 183 del Cuaderno 3 A.

datos tanto de los eventos de interés en salud pública como en prestación y calidad de servicios (...) **La base de datos del sistema de vigilancia presenta déficits en el ingreso de la información y calidad del dato.** Se revisan 100 historias clínicas de pacientes con enfermedades posiblemente relacionadas con la exposición a cambios ambientales, Encontrando **diligenciamiento incompleto de las historias clínicas y poca claridad en el manejo de los casos.**”³¹³
(...)

“El **laboratorio** de salud pública **no realiza análisis complementarios como son determinación de metales pesados** por no contar con el equipo para realizar este tipo de prueba ni se cuenta en el momento con el personal capacitado para ello según información suministrada por la coordinadora del laboratorio de salud pública.”³¹⁴
(Negrilla no incluida en el texto original)

➤ Al visitar la comunidad Pueblo Flecha se constató que “*las enfermedades de mayor prevalencia son la gripa, erupciones en la piel y presencia de ardor en los ojos*”, así como “*una gran cantidad de abortos*”.³¹⁵

- En los datos obtenidos a partir de una brigada de salud realizada en los años 2013 y 2014 por la empresa Cerro Matoso S.A, en compañía de otras entidades privadas y oficiales, se describe reiteradamente la presencia de diferentes clases de afecciones dermatológicas, pitiriasis, dermatitis, lesiones pruriginosas (rasquiña), casos de “*enfermedad pulmonar obstructiva crónica*”, bronquitis, asma, rinoфарingitis, fibromialgia (dolor prolongado que se propaga por todo el cuerpo), fibromas uterinos³¹⁶, y otro gran número de afecciones no determinadas³¹⁷.
- La Defensoría del Pueblo, por su parte resalta que: “*se presenta en la región un gran número de enfermos con deformaciones y al parecer hay un alto porcentaje de población con cáncer*”. También refiere que hay un alto porcentaje de afecciones oculares en menores, así como abortos en algunas de las comunidades étnicas,

³¹³ Visible a folios 166 y 167 del Cuaderno 3 A.

³¹⁴ Visible a folios 169 del Cuaderno 3 A.

³¹⁵ Visible a folio 195 del Cuaderno 3 A.

³¹⁶ Visible a folios 8889 a 8906 del Folder 26.

³¹⁷ Visibles en la última fila de cada uno de las tablas bajo el título “*otras causas*” o “*resto de causas*”.

enfermedades huérfanas, rasquiña en la piel y afecciones respiratorias ³¹⁸.

- El apoderado de las comunidades accionantes aportó varias listas que relacionan habitantes de la zona con las distintas enfermedades que los aquejan. Se resalta de manera reiterada la presencia de afecciones pulmonares, pérdida de visión y diferentes clases de daños en la piel, tales como, brotes, manchas y rasquiña constante ³¹⁹. Por su parte, CMSA manifestó que dicho documento carece de rigor metodológico y no debe ser tenido en cuenta por la Corte, toda vez que el examen médico adecuado para determinar las condiciones de salud en la región es el dictamen pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal ³²⁰.
- El peritazgo rendido por la entidad oficial tuvo como objetivo caracterizar la problemática de salud pública en los municipios que convergen en la zona de influencia directa del complejo de CMSA: Montelíbano, San José de Uré y Puerto Libertador, en el Departamento de Córdoba ³²¹. Para ello se constituyó un equipo interdisciplinario que realizó distintas clases de exámenes médicos y toxicológicos para obtener una valoración clínica completa, así mismo, se tomaron imágenes radiológicas y fotográficas, y se recolectaron muestras de sangre y orina ³²².

En adelante, se indican los resultados del estudio realizado a 1.147 personas que habitan en la zona, determinados al azar del total del censo poblacional (3.463 personas), para así obtener una confianza del 95% en el peritazgo ³²³:

➤ **Manifestaciones irritativas de la vía aérea superior (fosas nasales, boca, faringe y laringe) y mucosa conjuntival (globo ocular):**

³¹⁸ Visible a folio 52 del Cuaderno 5.

³¹⁹ Visible a folio 450 y ss. del Cuaderno No. 22.

³²⁰ Visible a folios 602 y 603 del Cuaderno No. 22.

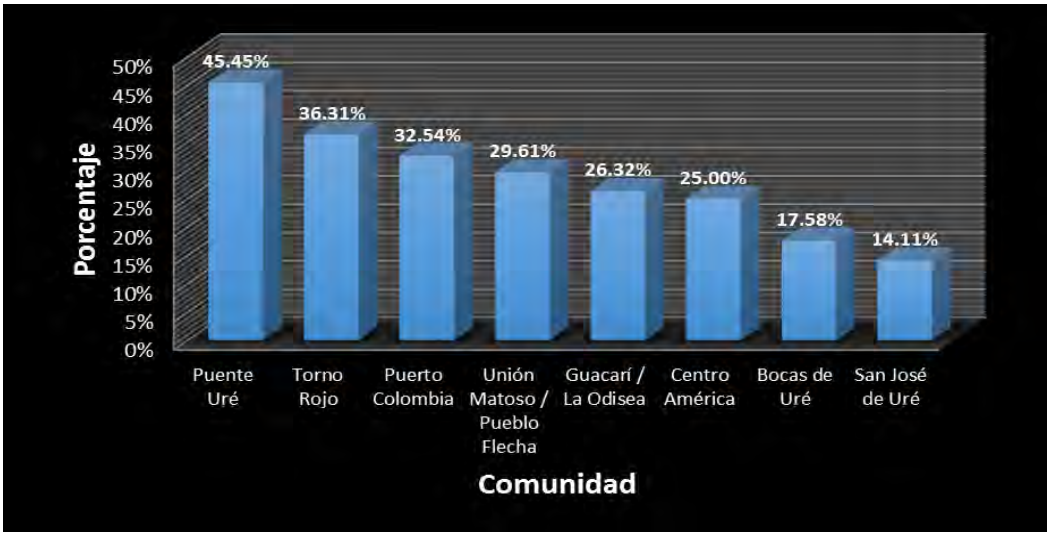
³²¹ Visible en la página 14 del Dictamen Pericial – Cuaderno No. 19.

³²² Ibídem. Pág. 112-120.

³²³ Ibídem. Pág. 108-110.

“En el 24,41% de los casos (280) se encontraron signos irritativos de la vía aérea superior y de la conjuntiva ocular, con mayor cantidad de población con estos síntomas en Puente Uré (Figura 11.3).

Figura 11.3. Manifestaciones irritativas de la vía aérea superior y conjuntiva ocular. Estudio pericial de exposición a níquel en municipios aledaños a la mina de CMSA. Córdoba, Colombia, año 2016



Fuente: Elaboración propia. Estudio pericial. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016.”³²⁴

Se destaca el alto porcentaje encontrado en la comunidad Puente Uré, donde casi la mitad de sus integrantes presentaron signos irritativos.

➤ **Manifestaciones irritativas de la vía aérea inferior (tráquea, bronquios y pulmones):**

“En el 3,22% de los casos (37) se encontraron manifestaciones de la vía aérea inferior, con mayor porcentaje de estos en la población de La Odisea. Es de resaltar que los porcentajes de este hallazgo en las poblaciones son pequeños y similares (Figura 11.4).

³²⁴ Ibídem. Pág. 145.

Figura 11.4. Manifestaciones de la vía aérea inferior. Estudio pericial de exposición a níquel en municipios aledaños a la mina de CMSA. Córdoba, Colombia, año 2016

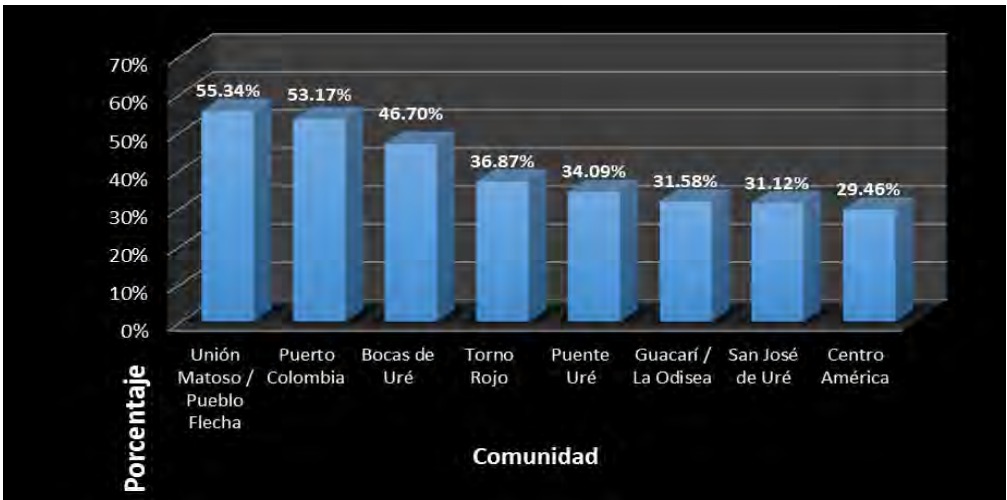


Fuente: Elaboración propia. Estudio pericial. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016.”³²⁵

➤ **Manifestaciones dermatológicas:**

“En el 41,32% de los casos (474) se encontraron manifestaciones dermatológicas, con mayor cantidad de síntomas a este nivel en la población de Pueblo Flecha (figura 11.5).

Figura 11.5. Manifestaciones dermatológicas. Estudio pericial de exposición a níquel en municipios aledaños a la mina de CMSA. Córdoba, Colombia, año 2016



Fuente: Elaboración propia. Estudio pericial. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016.”³²⁶

³²⁵ Ibídem. Pág. 146.

³²⁶ Ibídem.

Sobresalen los hallazgos del INML en este punto al encontrar cifras bastante elevadas respecto a manifestaciones dermatológicas en las poblaciones, aspecto que se relaciona con los brotes, manchas y rasquiñas que son objeto de constantes reclamos por parte de los accionantes.

➤ **Hallazgos radiológicos:**

Obtenidos a partir del estudio imagenológico que se realizó a cada participante, mediante la toma de dos proyecciones radiográficas con maquina rayos X (unidad portátil de RX Polymovil Plus 51770) ³²⁷.

“Del total de pacientes involucrados en el estudio, el 12,99% presentaron alteraciones imagenológicas (149 casos), con un total de 167 hallazgos radiológicos. Los mayores porcentajes de hallazgos radiológicos corresponden a granulomas, engrosamiento de la cisura, cardiomegalia y tuberculosis, los cuales suman el 82% del total de hallazgos radiológicos en la población.

Torno Rojo es la población con mayor número de granulomas, La Odisea con mayor cantidad de casos con engrosamiento de la cisura, Puerto Colombia y Centro América tienen el mayor porcentaje de hallazgos de cardiomegalia y Pueblo Flecha el mayor porcentaje de casos de tuberculosis (Tabla 11.32).

Tabla 11.32. Hallazgos radiológicos por comunidad. Estudio pericial de exposición a níquel en municipios aledaños a la mina de CMSA. Córdoba, Colombia, año 2016

³²⁷ Ibídem. Pág. 16.

HALLAZGOS RADIOLÓGICOS / COMUNIDAD	Bocas de Uré		Centro América		Guacará / La Odisea		Puente Uré		Puerto Colombia		San José de Uré		Torno Rojo		Unión Matoso / Pueblo Flecha		TOTAL	
	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%
Nódulos calcificados (granulomas)	5	16.13	7	70.00	4	36.36	2	22.22	5	50.00	25	53.19	15	68.18	6	22.22	69	41.32
Engrosamiento de la cisura	6	19.35	1	10.00	5	45.45	1	11.11	3	30.00	8	17.02	4	18.18	6	22.22	34	20.36
Cardiomegalia	5	16.13	2	20.00	1	9.09	1	11.11	2	20.00	4	8.51	1	4.55	2	7.41	18	10.78
Tuberculosis	4	12.90	-	-	-	-	-	-	-	-	5	10.64	-	-	7	25.93	16	9.58
Bandas parenquimatosas	1	3.23	-	-	1	9.09	2	22.22	-	-	3	6.38	-	-	1	3.70	8	4.79
Adenomegalia	4	12.90	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	3.70	5	2.99
Nódulos neumoconióticos calcificados	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	2.13	1	4.55	1	3.70	3	1.80
Atelectasia Plana	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	2.13	-	-	1	3.70	2	1.20
Cáncer	-	-	-	-	-	-	1	11.11	-	-	-	-	-	-	1	3.70	2	1.20
Cor pulmonale	2	6.45	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	1.20
Mesotelioma	1	3.23	-	-	-	-	1	11.11	-	-	-	-	-	-	-	-	2	1.20
Arteroesclerosis aórtica	1	3.23	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	0.60
Borde cardiaco mal definido	1	3.23	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	0.60
Cáscara de huevo	-	-	-	-	-	-	1	11.11	-	-	-	-	-	-	-	-	1	0.60
Fractura costal	1	3.23	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	0.60
Líneas septales (Kerley)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	3.70	1	0.60
Neumoconiosis reumatoide	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	4.55	-	-	1	0.60
TOTAL	31	100.00	10	100.00	11	100.00	9	100.00	10	100.00	47	100.00	22	100.00	27	100.00	167	100.00

Fuente: Elaboración propia. Estudio pericial. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016.” 328

En 69 personas se encontraron *nódulos calcificados* (granulomas), reseñados por la literatura científica como “*depósitos de calcio en el pulmón*” 329, los cuales pueden indicar una metástasis (cáncer) o tratarse de células benignas. Dentro de sus causas se incluye tumor carcinoide, *sarcoma pulmonar, tuberculosis, fibromas*, entre otros 330. Dado el grave riesgo que ello representa, la doctrina especializada plantea que es necesaria una evaluación multidisciplinaria acompañada de la realización de una biopsia para determinar su naturaleza 331.

Dentro de los hallazgos del INML también se incluyen 2 casos de cáncer de pulmón y 34 de *engrosamiento de la cisura pulmonar*, lo cual podría reflejar la existencia de *fibrosis*, afección que genera una fuerte disminución en la cantidad de oxígeno que reciben los pulmones 332. Así

328 *Ibidem*, p. 157.
329 Carme, M; Rodríguez, J. Calcificaciones pulmonares asociadas a insuficiencia renal crónica. Departamento de Neumología, Universidad Autónoma de Barcelona, España. Archivos de Bronconeumología. Pág. 1
Poveda, C. Metástasis pulmonares atípicas. Revista Colombiana de Cancerología 2007; 11(4):258-262. Instituto Nacional de Cancerología
330 Cubillo, B. Neumología. Nódulo Pulmonar Solitario. Revista Médica de Costa Rica y Centroamérica LXX (605) Págs. 159-164, 2013.
331 *Ibidem*.
332 Vargas, R; Canales, F; Bioque, J. Enfermedad pulmonar difusa I Fibrosis pulmonar idiopática. Asociación de Neumología y Cirugía Torácica del Sur. España. Disponible en: <http://www.neumosur.net/files/EB03-32%20FPI.pdf>

como, 18 personas con *cardiomegalia*, un aumento considerable del tamaño del corazón debido al esfuerzo que realiza para enviar sangre oxigenada a todo el cuerpo, puede ser causada por una infección o exposición a sustancias químicas. Principalmente en Pueblo Flecha y San José de Uré se evidencia la presencia de *tuberculosis*, infección bacteriana que afecta principalmente a los pulmones y puede propagarse en personas con un sistema inmunológico débil.

De manera adicional, se encontraron las siguientes afecciones y hallazgos radiológicos:

- *Bandas parenquimatosas*, afección pulmonar que genera dificultad para respirar y tos, una de sus causas es la exposición ocupacional a agentes contaminantes del medio ambiente;
- *Adenomegalia*, incremento excesivo de los ganglios linfáticos que se genera en respuesta a diferentes estímulos inflamatorios;
- *Nódulos pneumoconióticos calcificados*, producidos por la presencia de partículas inorgánicas en las vías respiratorias, se relacionan con el padecimiento de *fibrosis pulmonar progresiva* o el *Síndrome de Caplan*, los cuales surgen como consecuencia de la exposición prolongada al carbón y otros polvos inorgánicos;
- *Atelectasia plana*, la cual indica el colapso parcial o general de los pulmones debido a la obstrucción de las vías respiratorias y el agravamiento de otras enfermedades;
- *Cor pulmonale*, insuficiencia del lado derecho del corazón generada por la *hipertensión* o *fibrosis pulmonar*;

López-Campos. Fibrosis pulmonar idiopática. Marcadores de la actividad de la enfermedad. 2006. Vol. 18/4. Revista Española de Patología Torácica. Asociación de Neumología y Cirugía Torácica del Sur. España.

Vargas, J. Radiología de Tórax. Asociación de Neumología y Cirugía Torácica del Sur. España. Disponible en: <http://www.neumosur.net/files/EB03-04%20radiologia%20general.pdf>

Chemocare. Fibrosis Pulmonar. Disponible en: <http://chemocare.com/es/chemotherapy/side-effects/Fibrosis-pulmonar.aspx> y CuidatePlus. Fibrosis pulmonar idiopática. Unidad Editorial Revistas. Disponible en: <http://www.cuidateplus.com/enfermedades/respiratorias/fibrosis-pulmonar-idiopatica.html#prevencion>

- *Mesotelioma*, tumor del tejido que recubre los pulmones, el estómago y el corazón, una de sus causas es la exposición a diferentes agentes químicos como el asbesto;
- *Arterioesclerosis aórtica*, acumulación de grasa en las arterias;
- *Borde cardíaco mal definido*, hallazgo radiológico que indica la presencia de lesiones pulmonares que alteran la percepción del corazón;
- *Cascara de huevo*, se refiere a un patrón radiológico altamente sugestivo de *silicosis* (enfermedad pulmonar causada por inhalar polvo de sílice, producido por la explotación minera ³³³), *tuberculosis* o *neumoconiosis* de trabajadores de carbón u otros minerales);
- *Fractura costal*, ruptura de una de las costillas;
- *Líneas septales [Kerley]*; signo radiológico caracterizado por opacidades lineales en pacientes con *edema pulmonar secundario a falla cardíaca*, o con *silicosis*, *linfangitis carcinomatosa* (células cancerosas que se diseminan por el sistema linfático del cuerpo, usualmente se presenta en los pulmones ³³⁴) o *sarcoidosis* (inflamación en los pulmones que genera la presencia de granulomas ³³⁵), entre otras afecciones ³³⁶.
- *Neumoconiosis reumatoide*, también denominado *Síndrome de Caplan*, es la inflamación y cicatrización de los pulmones que puede relacionarse con la inhalación de polvo mineral ³³⁷. La literatura médica refiere que incrementa el riesgo de desarrollar *tuberculosis*, tiene una relación directa con *fibrosis pulmonar* y nódulos que se presentan a raíz de la minería de subsuelo de diferentes metales ³³⁸.

³³³ MedlinePlus. Silicosis. Disponible en: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000134.htm>

³³⁴ INH. Instituto Nacional de Cáncer de los Estados Unidos de América. Linfangitis carcinomatosa

³³⁵ MedlinePlus. Sarcoidosis. Disponible en: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000076.htm>

³³⁶ Rivas, M; González, F. (2015). Signo radiológico: Las líneas de Kerley. Revista Chilena de Radiología. Vol. 21 N°2, año 2015, págs. 76-78.

³³⁷ Las características de las mencionadas afecciones pueden consultarse en MedlinePlus. Producida por la Biblioteca Nacional Médica de los Estados Unidos de América. Disponible en: <https://medlineplus.gov/spanish/> y el Diccionario Académico de la Medicina. Autoridad Nacional de Medicina de Colombia. Disponible en: <http://dic.idiomamedico.net/>

³³⁸ Algranti, E. Medicina Legal. Costa Rica. Neumoconiosis generalidades. Vol. 13-14 No.2 Heredia. 1997. Disponible en:

http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00151997000200007

➤ Niveles de níquel en la sangre

Los resultados de las diversas mediciones del níquel, entre los integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, arrojaron los siguientes resultados:

“El promedio de níquel en sangre fue de 10,53 mcg/lt con una mediana de 10,21, una moda de 9,60 (máx. 52,32; min. 0,01) y una desviación estándar de 5,38. La población con mayores niveles promedio de níquel en sangre es la de San José de Uré. De acuerdo al coeficiente de variación se observa gran heterogeneidad en los niveles de níquel de las muestras de sangre lo que indica que no hay niveles parecidos entre las personas de una misma comunidad (Tabla 11.35).³³⁹

Tabla 11.35. Medidas de tendencia central de los niveles de níquel en sangre por comunidad. Estudio pericial de exposición a níquel en municipios aledaños a la mina de CMSA. Córdoba, Colombia, año 2016

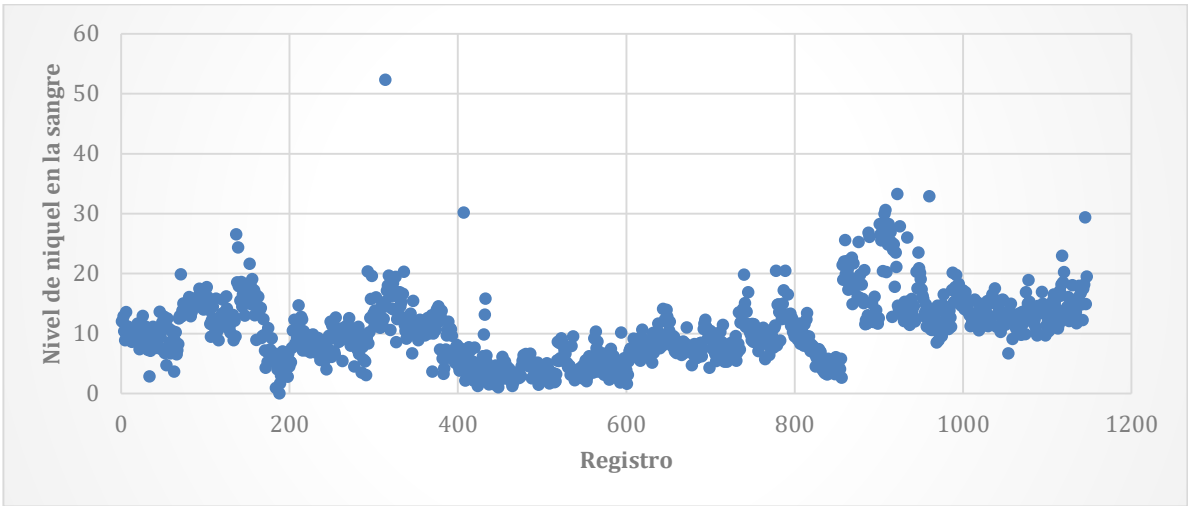
Comunidad	Promedio	Desviación	Coeficiente de variación (%)	Mínimo	Primer Cuartil	Mediana	Tercer Cuartil	Máximo
Bocas de Uré	11,764	5,799	202,866	2,615	7,750	10,874	14,901	28,244
Centro América	13,846	3,526	392,639	3,642	12,083	14,113	15,901	26,517
Guacarí / La Odisa	9,500	2,163	439,223	2,837	8,092	9,602	10,676	13,635
Puente Uré	10,446	2,780	375,794	3,278	9,754	10,823	12,174	15,452
Puerto Colombia	4,591	3,301	139,068	1,044	2,731	3,880	5,314	30,154
San José de Uré	14,939	4,340	344,220	6,677	12,327	13,975	15,864	33,241
Torno Rojo	9,946	5,037	197,443	0,011	7,079	9,292	12,107	52,322
Unión Matoso / Pueblo Flecha	6,922	2,451	282,367	1,608	5,093	7,037	8,404	14,124

Fuente: Elaboración propia. Estudio pericial. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016.

Una muestra de la heterogeneidad de los niveles de níquel en sangre se puede observar en la dispersión de los datos en la población (Figura 11.9).

³³⁹ *Ibidem*, p. 152 y ss.

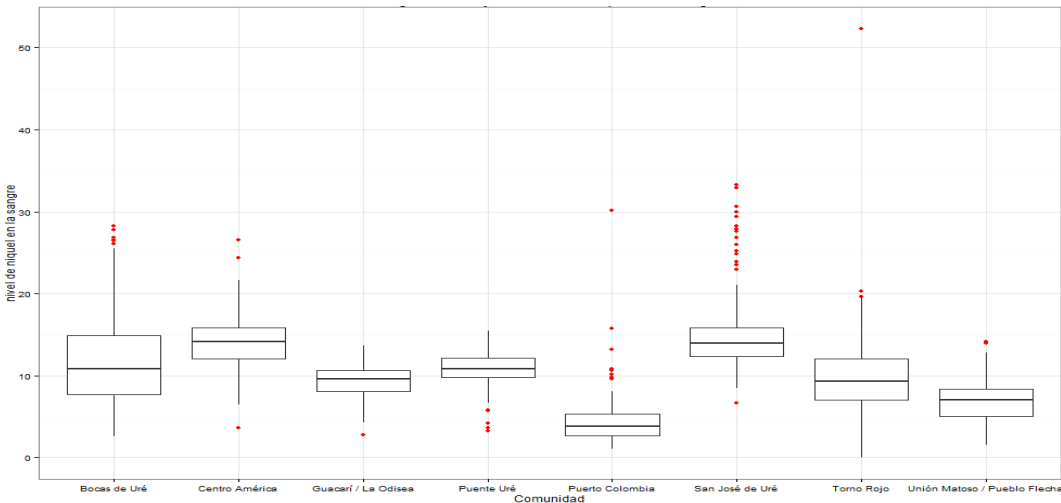
Figura 11.9. Dispersión de los niveles de níquel en sangre. Estudio pericial de exposición a níquel en municipios aledaños a la mina de CMSA. Córdoba, Colombia, año 2016



Fuente: Elaboración propia. Estudio pericial. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016.

La distribución de los niveles de níquel entre las comunidades muestra variaciones entre las medianas. Se destacan las poblaciones de San José de Uré y Puerto Colombia las cuales tienen la mayor cantidad de niveles de níquel atípicos, por encima de la mediana de la comunidad. Igualmente son estas poblaciones quienes respectivamente tienen los más altos y los más bajos niveles de níquel respectivamente (Figura 11.10).

Figura 11.10. Comportamiento del nivel de níquel en sangre entre las comunidades. Estudio pericial de exposición a níquel en municipios aledaños a la mina de CMSA. Córdoba, Colombia, año 2016



Fuente: Elaboración propia. Estudio pericial. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016.

La Corte resalta que se encontró un promedio de 10,53 mcg/litro³⁴⁰ de níquel en la sangre de las personas analizadas, hallazgo que contrasta en gran medida con valores de referencia utilizados en el ámbito internacional para examinar la presencia del metal en el organismo:

- 0,2 mcg/litro por la Agencia para el Registro de Sustancias Tóxicas y Enfermedades del Departamento de Salud de los Estados Unidos de América -*Agency for Toxic Substances and Disease Registry*- (ATDSR)³⁴¹.
- 0,59 mcg/litro por el Instituto Nacional de Salud Pública de Quebec, Canadá -*Institut National de Santé Publique de Québec*- (INSPQ)³⁴².

➤ **Niveles de níquel en la orina**

El Dictamen Pericial del INML detalla lo siguiente:

“El promedio de níquel en orina fue de 27,36 mcg/litro con una mediana de 24,94, una moda de 22,08 (máx. 125,83; mín. 0,00) y una desviación estándar de 15,89. La población con mayores niveles promedio de níquel en orina es Bocas de Uré. De acuerdo al coeficiente de variación se observa gran heterogeneidad en los niveles de níquel de las muestras de orina, aunque con menores coeficientes de variación que los niveles de níquel en sangre, lo que indica que no hay niveles parecidos entre las personas de una misma comunidad (Tabla 11.36).

Tabla 11.36. Medidas de tendencia central de los niveles de níquel en orina por comunidad. Estudio pericial de exposición a níquel en municipios aledaños a la mina de CMSA. Córdoba, Colombia, año 2016

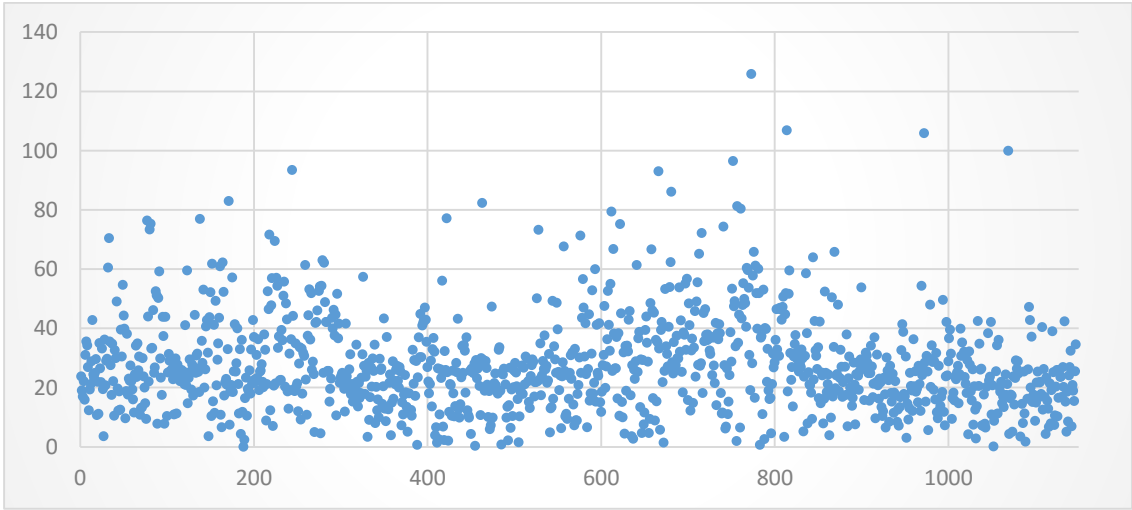
³⁴⁰ Microgramos (µg) por litro (litro)
³⁴¹ Visible a folios 45 y 46 del Cuaderno No. 22
³⁴² Ibídem. A folio 57 del mismo cuaderno se menciona la inexistencia de normatividad en Colombia relacionada con valores límite para el níquel tanto en sangre como orina. El INML referenció: “se aceptó el valor de referencia del Instituto de Salud Pública de Quebec – Canadá, dado que hace referencia a valores en población general”. Visible a folio 45.

Comunidad	Promedio	Desviación	Coeficiente					
			de variación	Mínimo	Primer Cuartil	Mediana	Tercer Cuartil	Máximo
Bocas de Uré	32,165	18,952	169,716	0,628	19,611	28,589	41,467	125,830
Centro América	29,953	15,907	188,306	3,570	20,315	25,720	36,522	76,904
Guacarí / La Odisea	26,790	13,086	204,726	2,564	18,960	24,880	34,240	70,400
Puente Uré	19,194	8,813	217,782	0,611	12,739	19,161	25,503	43,250
Puerto Colombia	22,879	13,334	171,584	0,235	13,537	22,588	29,015	82,214
San José de Uré	21,600	12,457	173,404	0,091	14,561	20,320	26,286	105,828
Torno Rojo	29,206	15,738	185,572	0,002	19,240	25,340	37,499	93,367
Unión Matoso / Pueblo Flecha	31,397	16,707	187,927	1,308	20,995	28,867	39,583	92,932

Fuente: Elaboración propia. Estudio pericial. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016.

Una muestra de la heterogeneidad de los niveles de níquel en orina se puede observar en la dispersión de los datos en la población, los cuales se observan más dispersos que los niveles en sangre por la magnitud de la desviación estándar de los datos (Figura 11.11).

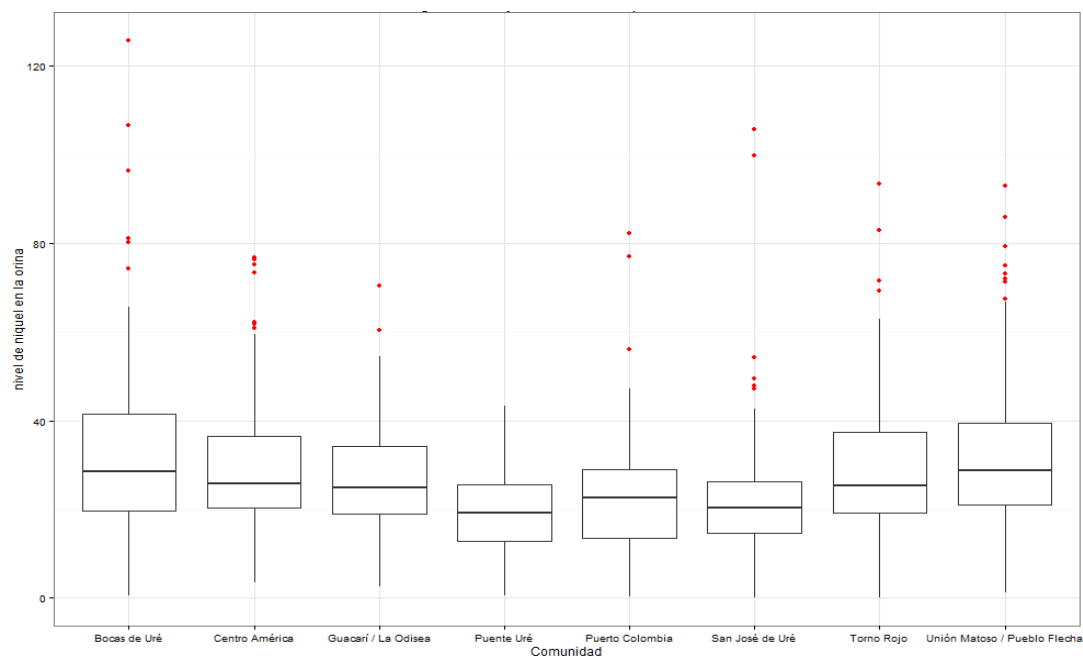
Figura 11.11. Dispersión de los niveles de níquel en orina. Estudio pericial de exposición a níquel en municipios aledaños a la mina de CMSA. Córdoba, Colombia, año 2016



Fuente: Elaboración propia. Estudio pericial. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016.

La distribución de los niveles de níquel en orina entre las comunidades no muestra variaciones importantes entre las medianas. Todas las poblaciones presentan niveles atípicos altos, exceptuado Puente Uré (Figura 11.12).

Figura 11.12. Comportamiento del nivel de níquel en orina entre las comunidades. Estudio pericial de exposición a níquel en municipios aledaños a la mina de CMSA. Córdoba, Colombia, año 2016



Fuente: Elaboración propia. Estudio pericial. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016.”³⁴³

Estos resultados también reflejan altos niveles de níquel en los integrantes de las comunidades, al encontrarse un promedio de 27,36 mcg/Lt del químico en la orina, existiendo los siguientes referentes internacionales:

- 1-3 mcg/Lt por la Agencia para el Registro de Sustancias Tóxicas y Enfermedades del Departamento de Salud de los Estados Unidos de América -*Agency for Toxic Substances and Disease Registry*- (ATDSR)³⁴⁴.
- 1,78 mcg/Lt por el Instituto Nacional de Salud Pública de Quebec, Canadá -*Institut National de Santé Publique de Québec*- (INSPQ)³⁴⁵.

³⁴³ Visible a folios 154 - 156 del Cuaderno No. 19

³⁴⁴ Visible a folios 45 y 46 del Cuaderno No. 22

³⁴⁵ Ibídem. A folio 57 del mismo cuaderno se menciona la inexistencia de normatividad en Colombia relacionada con valores límite para el níquel tanto en sangre como orina. El INML referenció: “*se aceptó*

➤ Conclusiones del INML

A partir de los hallazgos explicados, el INML presenta las conclusiones de su estudio resaltando que tiene por objeto describir la situación de salud de la población ubicada en el área de influencia de la mina:

“Con base en la información de campo recopilada por el grupo de trabajo, el Instituto Nacional de Medicina Legal hace entrega a la Corte Constitucional del presente concepto técnico en el que se describe la situación de salud de la población del área de influencia de la mina con relación a la explotación de níquel adelantada por Cerro Matoso S.A.”³⁴⁶

Dentro de los aspectos que destaca, refiere la posible existencia de una problemática de salud pública relacionada con distintas clases de afecciones dermatológicas, toda vez que el 41% de las personas examinadas presentó *lesiones cutáneas de causa no determinada*:

“Casi dos tercios de la población valorada refirió estar presentando algún tipo de síntoma al momento de la valoración clínica inicial, siendo la queja más frecuente mencionada por la comunidad los síntomas relacionados con alteraciones en la piel, tanto al momento de describir el motivo de consulta como al momento de realizar la valoración por sistemas, siendo mucho mayor que lo referido en los perfiles de salud de los municipios evaluados. Este síntoma es concordante con los hallazgos físicos encontrados durante la valoración médica ya que **en un 41% de la población se pudo documentar la existencia de lesiones cutáneas de causa no determinada**.

Dado que las lesiones cutáneas son las que mejor relación tienen entre lo que el paciente manifiesta y el hallazgo médico, el problema dermatológico se convierte casi que en un **problema de salud pública** y por ende su abordaje debe ser integral con una intervención comunitaria a este nivel que permita establecer un diagnóstico etiológico de los casos.”³⁴⁷ (Negrilla no incluida en el texto original)

el valor de referencia del Instituto de Salud Pública de Quebec – Canadá, dado que hace referencia a valores en población general”. Visible a folio 45.

³⁴⁶ Visible a folio 163 del Cuaderno No. 19.

³⁴⁷ Visible a folio 168 del Cuaderno No. 19.

También se resalta la presencia de diferentes manifestaciones irritativas en la vía aérea superior (laringe, faringe, boca y fosas nasales) y la mucosa ocular, las cuales tienen como denominador común una respuesta inflamatoria -de tipo irritativo- a noxas externas que podrían derivarse de sustancias presentes en el medio ambiente de la zona:

“Además de los hallazgos físicos de tipo dermatológico que ya fueron descritos, durante la valoración médica se evidenciaron un rango de manifestaciones que no son específicas de una patología única pero que pueden relacionarse en su conjunto como **manifestaciones irritativas de la vía aérea superior y de la mucosa ocular**, las cuales corresponden a lesiones de tipo inflamatorio de las mucosas oral, ocular y respiratoria superior.

Aunque estas manifestaciones pueden ser consideradas desde el punto de vista clínico como manifestaciones inespecíficas imposibles de relacionar con una enfermedad única, **su común denominador responde a una respuesta inflamatoria -de tipo irritativo-** a noxas externas que deben ser evaluadas en el entorno directo de los individuos como es la vivienda, así como en el ámbito comunitario evaluando **posibles agresores de tipo ambiental** que puedan estar ocasionando la irritación de mucosas en casi un cuarto de la población valorada.” ³⁴⁸ (Negrilla no incluida en el texto original)

Finalmente, se enfatiza la gravedad de las alteraciones pulmonares encontradas en la zona. Se presentaron 2 casos que sugieren cáncer de pulmón y una posible situación de alto riesgo en la comunidad Pueblo Flecha, relacionada con el padecimiento de tuberculosis:

“El análisis de las radiografías bajo la técnica OIT 2011 para **el análisis de alteraciones pulmonares derivadas de exposición a material particulado** asociadas a contextos extractivos como este, arrojó hallazgos anormales en 146 **pacientes** en los que se incluyen dos casos sugestivos de **cáncer de pulmón** y 16 casos de **tuberculosis** –la mayoría de ellos en la población de Unión Matoso-Pueblo Flecha- lo cual implica una situación de alto riesgo epidemiológico que debe ser intervenida de forma inmediata por el sector salud.” ³⁴⁹ (Negrilla no incluida en el texto original)

³⁴⁸ Ibídem.

³⁴⁹ Visible a folio 172 del Cuaderno No. 19.

- El Ministerio de Salud destacó los hallazgos del INML y aseguró que existe *“la necesidad inminente de garantizar la protección de la salud de las diferentes comunidades que se encuentran ubicadas en el área de influencia de Cerro Matoso S. A.”*³⁵⁰.

Respecto a los casos de *tuberculosis* en la región, aseguró que *“se debe canalizar a los pacientes en los que los hallazgos imagenológicos sugieren tuberculosis para evaluación clínica, de laboratorio (lo que incluye estudios microbiológicos) y los demás que sean requeridos para cada caso”* e iniciar un tratamiento integral con el fin de disminuir los síntomas de la enfermedad y mitigar su transmisión³⁵¹.

En conclusión, la revisión detalla de los diversos hallazgos descritos permite corroborar las denuncias de los accionantes, respecto a las múltiples afecciones que padecen quienes habitan en cercanías del complejo minero. Contrario a lo sostenido por parte de la empresa Cerro Matoso S.A., existe una delicada situación de salud pública en la zona, la cual se caracteriza por graves enfermedades cutáneas, pulmonares, oculares, entre otras.

4.5.1.3 Hallazgos sobre el estado actual del medio ambiente circundante

De la información allegada al proceso por: (i) la empresa CMSA; (ii) los demandantes; (iii) las autoridades ambientales; y (iv) los entes de control, se pasa a esclarecer si las condiciones medioambientales de la zona se han visto afectadas:

- El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible concluyó que: *“la actividad de producción de ferroníquel es susceptible de generar emisiones de sustancias tóxicas al aire de interés ambiental y de salud pública”*³⁵². También agregó que, Colombia no cuenta con una normatividad que establezca niveles máximos permisibles de

³⁵⁰ Visible a folio 529 del Cuaderno 22.

³⁵¹ Visible a folio 528 del Cuaderno 22.

³⁵² Visible a folio 467 del Cuaderno 3 A.

níquel ni métodos de medición, pese a los “*efectos cancerígenos demostrados*” que éste tiene ³⁵³.

Frente al manejo de aguas dentro de las instalaciones de CMSA, la Procuraduría General de la Nación adujo que las “*aguas provenientes de escorrentía de la mina, agua lluvia y en general aguas residuales industriales*” finalizan en un “*vertedero que descarga a la Quebrada El Tigre*” ³⁵⁴. Por su parte, la Secretaría de Salud del municipio de Puerto Libertador, Córdoba, reconoció que se “*recibe contaminación ambiental por parte de la mina de Cerro Matoso S.A.*” ³⁵⁵.

- La Defensoría del Pueblo, por su parte, reconoció la complejidad del escenario bajo estudio “*debido a la extensión en el tiempo de la concesión minera a la empresa Cerro Matoso*” ³⁵⁶, la cual implica la presencia de nubes de polvo y escoria que “*por efectos de la volatilización se está yendo a las comunidades*” ³⁵⁷, así como la generación de diferentes clases de daños ambientales:

“Se atribuye contaminación de las fuentes hídricas al Proyecto Cerro Matoso, que el río San Jorge está contaminado y que especies como las garzas han casi desaparecido.

A la quebrada Zaino Macho la empresa le tapó la cabecera, aguas abajo se baña la comunidad y dicen que cuando lo hacen les produce rasquiña

La quebrada San José de Uré ha tenido **gran deterioro**. Se ha perdido flora y fauna asociada a ella.

El río Uré **se contamina por el traslado de material particulado proveniente de la empresa**.

³⁵³ Ibídem.

³⁵⁴ Visible a folio 407 del Cuaderno 3 A

³⁵⁵ Visible a folio 198 del Cuaderno 3 A

³⁵⁶ Visible a folio 45 del Cuaderno No. 5

³⁵⁷ Visible a folio 50 del Cuaderno No. 5

El corregimiento de Bocas de Uré se suple del agua de la quebrada Uré, pero cuando llueve se vuelve muy sucia, **arrastra sedimentos** de la mina.

Hay contaminación de la quebrada Uré y el Tigre.

El pescado se redujo en los cuerpos de agua e incluso se acabó en algunos

Flora y fauna

Hay **tala de bosques** en sitios cercanos donde tenían cultivos, particularmente en Macedonia, lo que les genera inconvenientes cuando van a buscar la caña flecha.

Desde hace 30 años se ha sentido un **cambio en la flora, los árboles han sufrido por la contaminación**, no es la misma producción. Los cultivos en general han cambiado sus comportamientos.

Los frutos de los árboles salen negros”.³⁵⁸ (Negrilla no incluida en el texto original)

- El dictamen pericial realizado por el INML da cuenta de la existencia de graves afectaciones a las fuentes de agua, los animales (caza y pesca) y los cultivos, lo cual pone en peligro la seguridad alimentaria de las comunidades afectadas.

Además de los exámenes médicos, radiológicos y toxicológicos realizados por el Instituto, un grupo de sus expertos construyó un “contexto antropológico y social”, cuya finalidad fue:

“presentar un marco de referencia sobre la historia, situación, conflictos y derechos de las comunidades accionantes y del tema de las economías extractivas a través de un estudio de bibliografía pertinente y fuentes primarias (**entrevistas**), de manera que la autoridad competente pueda llegar a una decisión de manera

³⁵⁸ Visible a folio 51 del Cuaderno No. 5.

informada y entendiendo claramente el contexto diferencial de los derechos en cuestión”³⁵⁹.

En cuanto a la metodología empleada, el INML aclara que, tratándose de un documento orientado a enmarcar los derechos de las comunidades accionantes de manera diferencial, se llevó a cabo un acopio de información secundaria (informes, textos académicos y archivos de prensa), actividad que se adelantó al inicio de la labor y con independencia del trabajo de campo.

Durante el trabajo de campo “*se llevaron a cabo 2 grupos focales en torno a la definición y caracterización de la percepción de las comunidades en cuanto a la posible vulneración de sus derechos al medio ambiente sano, consulta previa y a la salud con líderes y población aleatoriamente seleccionada para tal fin, así como entrevistas a líderes/as de las comunidades accionantes y representantes de la empresa Cerro Matoso S.A. (CMSA)*”³⁶⁰.

A lo largo de las entrevistas realizadas por el equipo del INMLCF, a integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, se evidencia la existencia de daños a la salud.

En relación con las limitaciones al acceso al agua y la **contaminación** de la existente, en el Informe se afirma:

“Durante el trabajo de campo realizado para el estudio de salud objeto de este informe, a través de recorridos por las comunidades y **entrevistas** con autoridades y pobladores se logró establecer que el agua es uno de los componentes principales para entender el concepto de salud. La relación con el agua es fundamental para determinar cuáles son las necesidades que ellos consideran como más importantes para resolver.

El agua es de vital importancia, tanto para el consumo, como para la obtención de alimento a través de la pesca. El acceso al agua es muy limitado. Hay una comunidad que tiene que acarrear agua para su consumo durante media hora en burro, mínimo día de por medio. En

³⁵⁹ Estudio pericial...*ob.cit.* p 182.

³⁶⁰ *Ibidem.*

los lugares donde hay acueducto veredal funciona de manera irregular e intermitente y las aguas lluvias no son utilizables (y su uso esporádico) sino hasta bien entrada la temporada de invierno, porque las primeras lluvias son ‘sucias’ o están contaminadas. La población argumenta que las aguas de los afluentes del río San Jorge y de la Quebrada Uré, que son **las principales fuentes hídricas de la zona, están contaminadas**”³⁶¹. (Negrillas agregadas).

Los pobladores de la comunidad indígena Torno Rojo advierten sobre la **reducción de la pesca** en el río y las **afectaciones cutáneas y oculares** que los aquejan:

“En esta comunidad hay pescadores, toda vez que se ubica en la desembocadura de la quebrada San Pedro y Río San Jorge. En entrevistas se alega que la pesca no es igual, porque ***todos los peces son pequeños y como ya casi no hay pues se cogen todos***”³⁶² (...) Quienes trabajan en el río, se quejan de **afectaciones cutáneas** en el cuerpo y en particular en órganos genitales, además de infecciones de vías urinarias. Se tratan con cremas y pastillas en la EPS en Puerto Libertador³⁶³. (...) manifiesta que **los vertimientos que hace Cerro Matoso S.A.** son sobre la Quebrada Uré que igualmente desemboca en el Río San Jorge. La desembocadura de la quebrada Uré, es aguas más abajo de la ubicación geográfica de Torno Rojo.

Las enfermedades que aquejan a la población, están relacionadas con gripas recurrentes y **problemas dermatológicos y oculares.**” (Negrillas agregadas).

Las entrevistas realizadas a los pobladores de la comunidad indígena de Puente Uré, coinciden igualmente en señalar la presencia de afectaciones cutáneas y los daños ocasionados a la vida animal por la actividad minera de Cerro Matoso S.A.:

“Si bien forman parte del municipio de San José de Uré, se busca atención médica en Montelíbano, debido a los costos del transporte. Para ir a Montelíbano cuesta \$3.000 por la frecuencia de los viajes,

³⁶¹ Estudio pericial...*ob.cit.* p 212.

³⁶² Entrevista realizada a Pacheco, A.R. el 19 de abril de 2016 por Paola Chavarro.

³⁶³ Entrevista realizada a Blanco, W.A. el 19 de abril de 2016 por Paola Chavarro.

mientras que a San José de Uré, cuesta \$20.000. Además, dicen que en San José de Uré no hay médico. Denuncian que hace cinco años “*hubo la propagación de una ‘calcina’ que era brillante y se recogía con un imán. Que le preguntaron a la gente de Cerro Matoso, que les dijeron que eso no pasaba nada*”³⁶⁴.

Hablan de la **escasez de animales** (en específico los peces), **que se han ido por causa de las explosiones. Ya no pueden cazar tampoco**. Anteriormente, había oportunidad de vivir de la pesca, pero como peces ya no hay, viven del rebusque. Se escucharon denuncias sobre la falta de oportunidades para trabajar. Anteriormente se podía trabajar en las fincas, pero como todo se volvió propiedad de Cerro Matoso y de otros propietarios, ya no hay donde trabajar. 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”. (Negrillas agregadas).

La reducción del **caudal de agua**, y en consecuencia de la **pesca**, al igual que la aparición de **enfermedades cutáneas**, es señaladas por los pobladores de la comunidad indígena de Puerto Flecha:

“El agua y los peces se han visto disminuidos porque ***muchas de las fuentes de agua que venían del cerro, se han secado***³⁶⁵ por lo que la pesca se da en menor proporción. La cacería tampoco, porque además de la **disminución considerable de la fauna**, la propiedad alrededor es privada y el ingreso es restringido.”³⁶⁶

(...)

Las enfermedades de las que la población manifestó padecer, están relacionadas con lesiones cutáneas en distintas partes del cuerpo con la ‘rasquiña’ y lesiones oculares”.³⁶⁷

Los pobladores de la comunidad indígena de Bocas de Uré, dan cuenta de los **vertimientos** que realiza Cerro Matoso S.A. a sus fuentes de agua, y la consecuente **reducción de la pesca**, al igual que las enfermedades dermatológicas y oculares que padecen:

³⁶⁴ Entrevista realizada a Suárez, R. el 21 de abril de 2016 por Paola Chavarro.

³⁶⁵ Entrevista realizada a Carvajal, R. el 28 de abril de 2016 por Paola Chavarro.

³⁶⁶ Estudio pericial...*ob.cit.* p 224.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 227.

“Era un pueblo que vivía esencialmente de la pesca, pero ante la disminución de los peces, se han visto en la necesidad de ocuparse en otras labores, como recuperar el balastro del río San Jorge, en las mismas condiciones que se describió en la comunidad de Torno Rojo. La diferencia, es que la escorrentía derivada de la operación de Cerro Matoso S.A. hace **vertimientos** sobre la quebrada Uré, **que desemboca junto a esta población** en el río San Jorge. La población manifiesta que el agua del río provoca ‘rasquiñas’ y problemas oculares ³⁶⁸.

- El Ministerio de Salud y la ANLA han confirmado la veracidad de las denuncias elevadas por las comunidades étnicas, relativas a la presencia recurrente de nubes con escoria que llegan a sus lugares de habitación.

La entidad adscrita al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, menciona en sus Autos de control la existencia de “*emisiones dispersas*”, “*columnas de humo*”, “*emisiones no controladas*”, “*eventos aislados no contemplados*” y “*emisiones sin control*”. ³⁶⁹

De forma concordante, la cartera de Salud y Protección Social verificó presencialmente la existencia de nubes de escoria que se generaban por la explotación minera, en tal sentido, afirmó:

“Un aspecto importante observado durante la visita fue la **dispersión de material particulado** resultado de la explotación de ferroníquel de Cerro Matoso S.A, lo cual se evidenció mediante el desplazamiento de una **nube de color naranja** en dirección noreste. Sin embargo, es de resaltar que en ocasiones el viento puede tomar la dirección suroeste, donde se ubica la comunidad de Pueblo Flecha, teniendo como resultado la exposición a esta nube debido a su cercanía al sitio de disposición de material geológico y coincidiendo con lo manifestado por habitantes de la comunidad. (...)”

³⁶⁸ Entrevista realizada a González, A.R. el 30 de abril de 2016 por Paola Chavarro.

³⁶⁹ Se transcriben y explican los apartes pertinentes en la Sección 3.5.2.7, literal f) de esta Sentencia, bajo el título “*Falta de medidas correctivas a CMS, ante emisiones no controladas de escoria*”.

Estos residuos tienen gran importancia, ya que **contienen níquel y otros metales** que pueden ser dispersados por el viento hasta áreas ubicadas al noreste del sitio de disposición de escorias.”³⁷⁰

En su defensa, la empresa argumentó que la dirección predominante de los vientos es suroeste - noreste, es decir, “*de Pueblo Flecha hacia Cerro Matoso y no al revés*”³⁷¹. No obstante, con base en los mismos documentos aportados por la accionada, la Corte resalta que dicho argumento resulta insuficiente e impreciso para descartar la afectación de los pobladores de la zona, debido a las siguientes razones:

- Existen comunidades indígenas -Torno Rojo, Puente Uré y Bocas de Uré- al noreste del complejo minero, es decir, en la dirección del viento que se aduce como “predominante”;
 - Las corrientes de aire varían de manera constante y alcanzan pueblos en distintas direcciones;
 - En estudios y conceptos allegados por la empresa se incluyen rosas de vientos que indican orientaciones totalmente distintas a las expuestas por CMSA, por ejemplo, norte-sur y noreste-suroeste³⁷².
- Las pruebas relativas a la exposición de escoria tienen una gran relevancia, ya que permiten esclarecer la afectación de la calidad del aire y agua en la zona, al incluir entre sus componentes: hierro, níquel, magnesio, óxidos de silicio, entre otros³⁷³. Además, se destaca que la denominada “*escoria sin metal*”, en realidad contiene hierro, silicato de aluminio, óxido de aluminio, magnesio y níquel³⁷⁴.

Aunque CMSA reconoce que: “*el principal riesgo a la salud de las comunidades radicaría en la inhalación de estos elementos*”³⁷⁵, concluye de forma sorpresiva, lo siguiente:

³⁷⁰ Visible a folio 196 del Cuaderno 3A.

³⁷¹ Visible a folio 3199 del Folder número 2.4.

³⁷² Este punto es profundizado en la sección “*Estimación incorrecta de la dirección de los vientos en la región afectada*”, literal i) de la sección 3.5.3 de esta Sentencia.

³⁷³ Visible a folio 5757 del Folder 8.

³⁷⁴ Visible a folio 5763 del Folder 8.

³⁷⁵ Visible a folio 5763 del Folder 8.

“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**”.³⁷⁶

- En una de las 28 carpetas aportadas por CMSA, se describe la situación que llevó al bloqueo y posterior sedimentación del Caño Zaino, un afluente ubicado en cercanías de la mina que transcurre por la comunidad Pueblo Flecha y desemboca en el río Uré.

La misma empresa explica que los pobladores de la zona denunciaron el hecho, al ser generado por la construcción de un canal perimetral que circunda el complejo minero. En uno de sus informes se lee lo siguiente:

“como se puede ver en el informe de la visita realizada el día 15 de abril de 2005, **efectivamente el Caño se encontraba altamente sedimentado** y las aguas que este transportaba evidenciaban alto contenido de sólidos. Adicionalmente, se evidenció que la problemática fue en su mayoría causada por la mala conformación y falta de vegetación en el talud externo del canal perimetral construido por CMSA, lo cual facilitaba el arrastre de sólidos por acción de las aguas de esorrentía hacia el Caño Zaino”.³⁷⁷

Como muestra del suceso, se anexaron las siguientes imágenes:



Foto1. Caño zaino seco. En el sitio donde se bañaban y lavaban

³⁷⁶ Visible a folio 5753 del Folder 8.

³⁷⁷ Visible a folio 2169 del Folder 1.3



Sedimentación del caño zaino en predio de CMSA



Antiguo lavadero, manifiestan que no se utiliza porque no hay agua y la poca que llega esta con sedimentos

Foto2. Caño zaino seco. En el sitio donde se bañaban y lavaban

378

- Aunque CMSA manifestó que la situación descrita había sido controlada con la construcción de taludes externos al canal perimetral y un sistema de abastecimiento de agua subterránea ³⁷⁹, con posterioridad, 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 ³⁸⁰. Adicionalmente, la consultora K2 determinó que las especies de aves en la zona se habían reducido

³⁷⁸ Imágenes visibles a folios 2183 y 2184 del Folder 1.3.

³⁷⁹ Visible a folio 2169 del Folder 1.3.

³⁸⁰ Para consumo humano el valor máximo admisible es de 0,3 mg/L de hierro, en varios pozos de Familias de la comunidad Pueblo Flecha se registraron 1.02 mg/L, 0.6 mg/L y 5.3 mg/L; y en el Caño Zaino: 4.7 mg/L. Resultados visibles a folio 2343 del Folder 1.3, y explicados en detalle en el acápite 3.5.2.8 denominado “concentraciones excesivas en la zona de influencia directa del complejo minero”

en un 47% durante los tres años precedentes al 2003, en su concepto, esto podría deberse a la pérdida de calidad ambiental del afluente.³⁸¹

El estudio de dicha firma destaca que se ha presentado un bajo nivel de organismos pertenecientes a las comunidades planctónicas, producto de la baja profundidad y el número de plantas existentes, lo cual *“limita la cantidad de luz que penetra al cuerpo de agua y por ende dificulta el desarrollo de organismos que realizan fotosíntesis como micro algas, afectando así también los siguientes niveles tróficos”* ³⁸².

En febrero de 2014, casi diez años después de la construcción del canal perimetral, la Procuraduría General de la Nación realizó una visita al afluente, encontrando zonas *“carentes de vegetación arbórea”* y destacando que: *“en el momento de la visita es época de verano y la fuente hídrica se encontraba seca”* ³⁸³. En adición, mencionó que CMSA había construido un tanque elevado para la comunidad, pero éste no se encontraba en funcionamiento *“parece ser, por un alto contenido de hierro”* ³⁸⁴.

- Los pobladores de la zona aseguran que el Caño Zaino *“no se secaba en época de verano”* ³⁸⁵. Los siguientes testimonios de habitantes de la zona, aportados por CMSA, permiten comprender las características precedentes del cuerpo de agua:

“este sector anteriormente se encontraba rodeado de una fauna y flora natural muy abundante, pero con el tiempo la majestuosidad de los campos y quebradas fueron desapareciendo debido a la tala de árboles y el taponamiento de los caños, pues obstaculizaba las labores de excavación e investigación realizadas por la empresa.

(...)

*“este caño era apto para consumo. Aquí **nosotros nos bañábamos** y estaba rodeado de árboles maderables como cedro, roble, polvillo, etcétera; pero debido a que la empresa CMSA cogió estas tierras, se las compro a los ricos de la región y todo esto lo acabo (...) el caño*

³⁸¹ Visible a folio 2538 del Folder 1.3.

³⁸² Ibídem.

³⁸³ Visible a folio 411 del Cuaderno 3 A

³⁸⁴ Ibídem.

³⁸⁵ Visible a folio 2181 del Folder 1.3

Zaino **sobrevivió hasta que llegó el canal perimetral**, que fue lo que lo secó definitivamente (...) ahora Pueblo Flecha está recibiendo tremenda contaminación por parte de CMSA, aquí con estos tremendos terraplenes de tierra que se ven aquí cerquita cuando se forma nubes de polvo que tapan toda la región, **pero nosotros no podemos decir nada** porque **ellos dicen que estamos cero contaminación** (...) aquí están las evidencias como ustedes pueden ver la quebradita **hoy en día es puras hojas secas**, por todo el canal de la quebrada, pues ya aquí el pescado no se ve” ³⁸⁶ (Negrilla no incluida en el texto original)

Respecto a la importancia ambiental del cuerpo de agua, CMSA incluye un informe realizado por la empresa K2 en el cual se explica que, a pesar de estar “*altamente intervenido*”, el Caño Zaino desempeña un papel trascendental para su ecosistema y para la preservación del recurso hídrico, ya que es “*un importante corredor de dispersión de los mamíferos y permite conectar diferentes parches del bosque facilitando el flujo genético entre especies*”. ³⁸⁷

- Por último, la revisión del expediente permitió concluir la existencia de reiterados y sucesivos incumplimientos de la normatividad ambiental aplicable, tanto en el orden nacional como el internacional ³⁸⁸.

En relación a varios ríos, quebradas y pozos aledaños al complejo minero, se observaron valores elevados de hierro y níquel, así como alteraciones del grado de turbidez y pH. Se destaca que, en el punto de captación de la comunidad Pueblo Flecha, se encontraron niveles de níquel que superan cinco veces los límites fijados por la Resolución 2115 de 2007 y la OMS ³⁸⁹; también, el incumplimiento de dichas regulaciones en nueve de los doce puntos de medición empleados por el Laboratorio de Calidad de Aguas de la CVS ³⁹⁰.

³⁸⁶ Visible a folios 2189 y 2190 del Folder 1.3.

³⁸⁷ Visible a folio 2538 del Folder 1.3.

³⁸⁸ Este punto es profundizado en el literal g) del acápite 3.5.3 de esta Sentencia.

³⁸⁹ La Resolución 2115 de 2007 y la OMS establecen el límite en 20 µg/L, en el punto de medición citado se encontraron 115,2 µg/L. Estos resultados son visibles a folio 2130 del Folder 1.2, en el folio 2126 se indican los puntos de muestreo respectivos.

³⁹⁰ A folio 2155 del Folder 1.2 se evidencian concentraciones de 109 µg/L, 234 µg/L, 37,7 µg/L, 41,7 µg/L, 36,6 µg/L, 54,4 µg/L, 262 µg/L, 82,9 µg/L y 156 µg/L.

Respecto a la calidad del aire en la zona, se registraron valores constantes de *material particulado* que exceden las Resoluciones 601 de 2006, 909 de 2008 y 610 de 2010, y la Guía de Calidad del Aire de la OMS ³⁹¹. Así mismo, se evidenciaron emisiones de níquel que resultan desproporcionadas en comparación al estándar de la Unión Europea, citado por el mismo CMSA ³⁹².

En conclusión, la Corte corrobora que el medio ambiente se ha visto gravemente perjudicado debido a la dispersión de escoria, la presencia de sedimentos en varios cuerpos de agua, la reducción de especies animales y vegetales, la alteración del Caño Zaino, así como la contaminación del aire circundante y diferentes ríos, quebradas y pozos aledaños al complejo minero de CMSA.

4.5.2 Potencialidad de generar afectaciones por parte de la actividad extractiva desarrollada por Cerro Matoso S.A.

4.5.2.1 Descripción del complejo minero y la explotación de recursos naturales

Cerro Matoso es la mina a cielo abierto de níquel más grande del continente americano y la cuarta en todo el mundo ³⁹³. Su explotación se inició desde 1982 y su producción anual es de aproximadamente “3’200.000 toneladas de mineral del cual se extraen 40.674 toneladas de ferroníquel” ³⁹⁴; la extracción funciona 24 horas al día, de lunes a domingo durante todo el año ³⁹⁵.

³⁹¹ La Resolución 601 de 2006 fijó el límite de PM10 en 150 µg/m3 para una temporalidad de 24 horas y en 70 µg/m3 como promedio anual. La Resolución 909 de 2008 estableció un valor límite para fuentes de emisión fijas en 150 mg/m3. La Resolución 610 de 2010 determinó el máximo admisible en 100 µg/m3 para 24 horas, y 50 µg/m3 para la media anual. La Guía de Calidad del Aire de la OMS aplica un estándar de: 50 µg/m3 para 24 horas, y 20 µg/m3 en el año.

Los valores excesivos encontrados se explican en el literal j. del acápite 3.5.3 y se encuentran a folios 2682, 2801 y 2802 del Folder 2.2, y a folio 2684 a 2689 del Folder 2.1, y a folios 2831 a 2855 del Folder 2.2

³⁹² El estándar de Calidad de Aire de la Unión Europea para emisiones de níquel, citado a folio 3351 del Folder 2.5, es de **0,02 µg/m3**. No obstante, a folio 3524 de ese mismo Folder, se encontraron los siguientes resultados: 0.11 mg/m3 (equivalente a 110 µg/m3); 0.23 mg/m3 (equivalente a 230 µg/m3); 0.08 mg/m3 (equivalente a 80 µg/m3); 0.09 mg/m3 (equivalente a 90 µg/m3); 0.16 mg/m3 (equivalente a 160 µg/m3); y 0.12 mg/m3 (equivalente a 120 µg/m3).

³⁹³ Rendón, M. *Desarrollo de Montelíbano y Unión Matoso, a partir de la explotación de Cerromatoso SA 2005-2015*, Universidad del Rosario, 2016.

³⁹⁴ Visible a folios 4895 y 4896 del Folder número 5. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, Auto número 2876 del 11 de septiembre de 2012.

³⁹⁵ Visible a folio 2721 del Folder 2.2.

En cuanto a los aspectos físicos de la mina, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, menciona: *“El sistema de explotación empleado es el de Cielo Abierto en un área de 260 hectáreas, predomina el arranque mecánico mediante la utilización de grandes excavadoras y el pre-corte de los materiales con voladura en los sectores que así lo ameriten. Como resultado de estas operaciones extractivas, se han conformado bancos de explotación de hasta 7 metros de altura con alturas cuasi verticales y brevas que no superan los 20 metros”*³⁹⁶.

Figura 7. Frente de explotación, Cerro Matoso S.A.



Fuente: Autora, 2014.

397

El complejo minero cuenta con las siguientes fuentes de posible contaminación: (i) 12 centros puntuales de emisión (chimeneas); (ii) 12 fuentes de área, principalmente zonas de explotación; (iii) 35 fuentes de volumen, entre las cuales se destacan 29 botaderos de escoria³⁹⁸; y (iv) diferentes puntos dispersos que corresponden a *“sitios específicos dentro del proceso donde [hay] emisiones de material particulado”*, tales como tolvas de alimentación de trituración, cargue de mineral a secadores, cargue desde secador a silos de mineral, descargue del calcinador al contenedor, entre otros³⁹⁹.

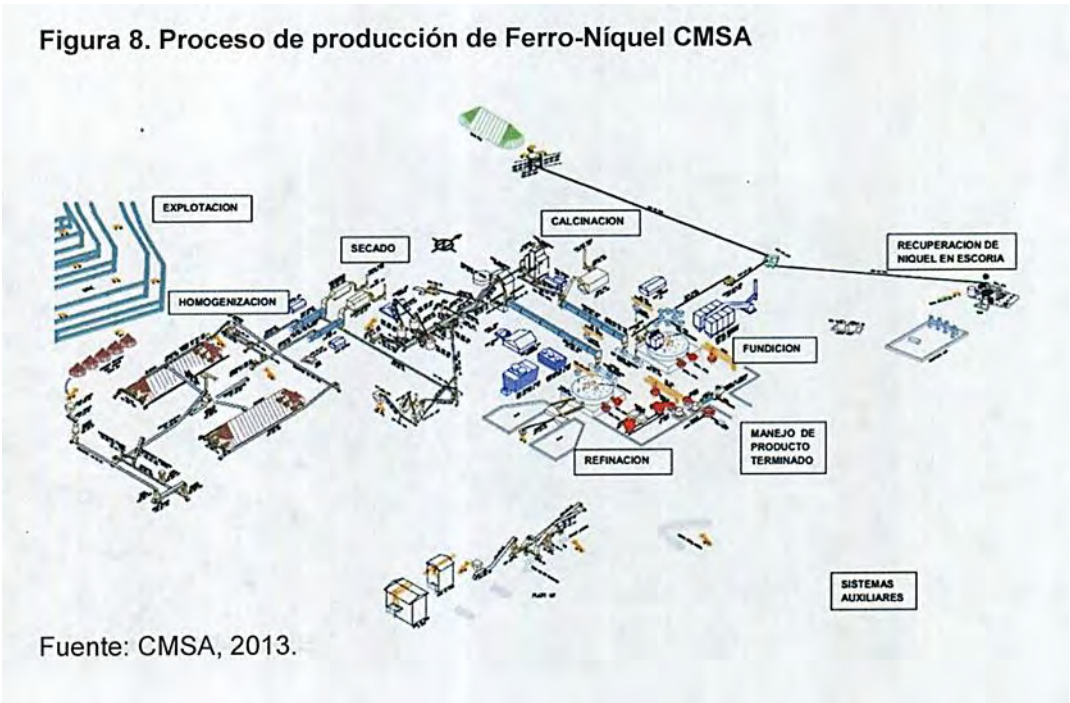
³⁹⁶ Visible a folio 4896 del Folder 5. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, Auto número 2876 del 11 de septiembre de 2012.

³⁹⁷ Visible a folio 2807 del Folder 2.2, aportado por CMSA.

³⁹⁸ Visible a Folios 3528-3530 del Folder 2.5.

³⁹⁹ Visible a folio 2815 del Folder 2.2.

El proceso de producción de ferroníquel que adelanta Cerro Matoso S.A. se divide en las siguientes etapas:



400

- **Fase de explotación minera y homogenización:** “El material seleccionado se extrae con explosivos, buldócer y cargadores, seguidamente se transporta en camiones al patio de triturado donde se deposita en dos súper-pilas, entregando así un mineral homogeneizado y húmedo en pila con las especificaciones fisicoquímicas requeridas de los componentes básicos: níquel, hierro, silicio y magnesio” ⁴⁰¹. (Subrayado no incluido en el texto original)
- **Fase de secado:** “el mineral se seca parcialmente hasta una humedad entre 9% y 11%, se clasifica retirando el mineral con grado de níquel menor a 18% el cual se envía al botadero de la mina (...) la combustión de gas natural permite retirar parte de la humedad (...) los gases de combustión están conformados por aire (en exceso), CO₂, H₂O y material particulado (...) adicionalmente,

⁴⁰⁰ Visible a folio 2808 del Folder 2.2, aportado por CMSA.

⁴⁰¹ Visible a folio 2808 del Folder 2.2

en esta etapa se tritura el carbón y se almacena para su posterior uso. (...)

“Se producen gases que salen acompañados de polvos, estos polvos deben ser recuperados por dos razones muy importantes, primero: evitar emisiones muy altas al ambiente, y segundo, recuperar este material debido a su alto contenido de Ni y Fe”.⁴⁰² (Subrayado no incluido en el texto original)

- **Fase de calcinación:** *“el mineral clasificado parcialmente seco y el carbón triturado dosificados mezclados con pellets, entran en contacto con los gases calientes que fluyen contracorriente y que son el producto de la combustión del gas con el aire, el calor generado por dicha combustión es transferido a la carga produciendo una calcina caliente pre-reducida. (...)*

Durante la calcinación, el mineral y el carbón se transportan a lo largo de los calcinadores en contracorriente con el flujo de gases (...) los gases de combustión están conformados por CO₂, O₂ de exceso N₂ del aire, SO₂, NO₂, vapor de agua y material particulado. (...) subfase de limpieza de gases y recuperación de finos (...) los gases calientes son lavados para que salgan a la atmosfera libres de partículas sólidas.”⁴⁰³ (Subrayado no incluido en el texto original)

- **Fase de fundición:** *“En la fundición, la calcina pre-reducida se carga en contenedores y se distribuye en las tolvas de alimentación del horno eléctrico, que reduce completamente los óxidos de Ni y Fe y funde la mezcla hasta una temperatura de 1480°C, produciéndose metal y escoria”⁴⁰⁴. (Subrayado no incluido en el texto original)*
- **Fase de refinación:** *“La unidad de refinería procesa el metal líquido y despacha metal sólido, granulado y empacado en bolsas y contenedores. Se presentan tres procesos: refinación, granulado y recuperación. El material colado se lleva en un crisol de*

⁴⁰² Visible a folios 2809 y 2810 del Folder 2.2

⁴⁰³ Visible a folios 2811 y 2812 del Folder 2.2

⁴⁰⁴ Ibídem, folio 2813.

aproximadamente 55 toneladas y se le adicionan productos, tales como aluminio, aleación de calcio y silicio, ferro silicio, oxígeno, nitrógeno, cal dolomita, magnesita y espato flúor” ⁴⁰⁵. (Subrayado no incluido en el texto original)

- **Recuperación de Níquel de la escoria:** *“El proyecto RNE busca incrementar la producción de ferroníquel de CMSA, a través de la recuperación del material que se pierde en el residuo generado (escoria) incorporando un proceso de separación magnética del Níquel que está contenido en este residuo de forma metálica”* ⁴⁰⁶. (Subrayado no incluido en el texto original)
- **Fase de manejo de producto terminado:** *“El ferroníquel granulado, pesado y almacenado en tolvas y el ferroníquel recuperado, entregados por las fases de refinación-granulación son procesados en la fase de manejo de producto terminado, en la cual, se pesa, identifica, sella y almacena para entregar lotes de ferroníquel al proceso de ventas y comercialización”* ⁴⁰⁷.

Sobre los botaderos de estéril, ganga y otros materiales, la ANLA indica que el área abarcada por estos es de 350 hectáreas distribuidas en 23 botaderos, compuestos por bancos que varían entre 20 a 50 metros de ancho y aproximadamente 20 metros de altura ⁴⁰⁸.

Los hornos calcinadores utilizados por la empresa tienen dimensiones de 185 metros de longitud y 6 metros de diámetro, *“mientras que los hornos eléctricos de fundición son los más grandes del mundo, con 21 metros de diámetro y 6 metros de alto (...) los hornos calcinadores de Cerro Matoso trabajan a 900° C y los hornos de fundición a 1600° C.”* ⁴⁰⁹

La cantidad de aguas superficiales utilizada por Cerro Matoso S.A. ascienden a un total de **180 litros por segundo** de la **quebrada Uré** para uso industrial y doméstico (para abastecer a 1500 habitantes); y del **río San Jorge**, un caudal de **25.2 litros por segundo** para uso doméstico (para

⁴⁰⁵ Ibídem.

⁴⁰⁶ Ibídem, folio 2814.

⁴⁰⁷ Ibídem.

⁴⁰⁸ Visible a folio 4897, ibídem.

⁴⁰⁹ Explicación suministrada por el Representante Legal de Cerro Matoso S.A., segundo cuaderno, f. 46.

abastecer a 2500 habitantes)⁴¹⁰. En relación con aguas subterráneas tienen permisos ambientales por cinco (5) años “*para aprovechar un caudal de ocho punto dos litros por segundo (8.2 l/s) y régimen de bombeo de quince horas por día (15 h/día)*”⁴¹¹.

4.5.2.2 Impactos de las principales sustancias químicas procesadas por la empresa

El INMLCF, luego de revisar la principal literatura científica existente en materia de efectos perjudiciales del níquel en la salud humana, las plantas y los animales, conceptuó lo siguiente:

“Cuando el sulfato de níquel es ingerido en agua potable, aproximadamente el 27% es absorbido, mientras que aproximadamente el 1% se absorbe cuando se administra en la comida. Las concentraciones máximas de níquel se alcanzan de 1,5 a 3 horas después de la ingesta. **Hay evidencia de que varios compuestos de níquel son capaces de penetrar la piel** (C. S. Jensen, Menné, & Johansen, 2006) (...)

Por vía cutánea, **el níquel es reconocido como una de las causas más comunes de dermatitis alérgica de contacto** (García-Gavin et al., 2001) (...). Las dermatitis por níquel pueden clasificarse en dos tipos: primaria y secundaria. La dermatitis primaria más comúnmente se presenta como una reacción eccematosa típica en el área de la piel que está en contacto con el níquel. Se caracteriza inicialmente por pápulas eritematosas que preceden a la liquenificación de la piel afectada (...) La forma secundaria implica una dermatitis más generalizada como resultado de otras exposiciones como la ingestión, transfusión, inhalación, implantación de dispositivos médicos de metal, y puede ser considerado como una dermatitis de contacto sistémica provocada por níquel (C. S. Jensen, Menné, & Duus Johansen, 2006). Las erupciones secundarias se distribuyen normalmente de forma simétrica y pueden localizarse en las áreas de flexión del codo, los párpados, cuello, cara, y en ocasiones pueden ser generalizadas (Hamann B.A & Jacob M.D, 2014) (...)

⁴¹⁰ Visible a folio 5139 del Folder 5. Resolución número 08681 del 6 de diciembre de 2004, expedida por la CVS.

⁴¹¹ Ibídem. Resolución número 1-6277 del 20 de junio de 2012, expedida por la CVS.

Según Jacob, Goldenberg et al. (2015), **el níquel es la principal causa de dermatitis alérgica de contacto (en adelante ACD) desde la primera infancia hasta la adolescencia** (...) ⁴¹². (Negrilla y subrayado no incluidos en el texto original)

En relación con las afectaciones que sufren las plantas debido a la sobreexposición al níquel, el Instituto afirmó:

“El níquel es esencial para las plantas, pero la concentración en la mayoría de las especies es muy baja (0,05-10 mg/kg peso seco). Ahora, con el incremento de la polución de níquel, el exceso de este metal es más visto que su deficiencia en las plantas. Los efectos tóxicos de las altas concentraciones de níquel han sido frecuentemente reportados, por ejemplo, la inhibición de las actividades mitóticas, reducción en el crecimiento de las plantas, y efectos adversos en el rendimiento de las frutas y su calidad. **Algunos suelos con altas concentraciones de níquel han dejado algunas tierras inservibles para la siembra de cultivos de frutas y vegetales** (C. Chen, Huang, & Liu, 2009) (...).

Bajo condiciones excesivas de níquel se desarrollan síntomas tóxicos en las plantas. Las respuestas a la toxicidad difieren sustancialmente entre diferentes especies de acuerdo a su etapa de crecimiento, condiciones del cultivo, concentración del níquel y el tiempo de exposición. En general los niveles críticos de exposición son de >10mg/kg peso seco en especies sensibles, >50mg/kg en especies moderadamente tolerantes y >100mg/kg en plantas hiperacumuladoras de níquel, tal como las especies Alyssum y Thlaspi. En especies sensibles (por ejemplo, la cebada, la espinaca y el trigo) la clorosis y la necrosis de las hojas puede aparecer después de que las plantas han sido tratadas con muy bajas concentraciones de níquel (0.2 mg/kg o 11.74 ppm) por menos de una semana. Las plantas que crecen en suelos y ambientes contaminados por el níquel muestran varias respuestas y síntomas tóxicos incluyendo la **retardación en la germinación, inhibición del crecimiento, reducción del rendimiento, inducción de clorosis y marchitamiento,** disrupción de la fotosíntesis, inhibición de la asimilación de CO₂, así como reducción de la conductancia estomática” ⁴¹³. (Negrilla y subrayado no incluidos en el texto original)

⁴¹² *Ibidem*, p. 88.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 90.

Respecto a la **carcinogenicidad** del níquel, señaló:

“La Agencia Internacional de Investigación en Cáncer (en adelante IARC), entidad adscrita a la OMS, es la encargada de realizar una evaluación exhaustiva de la literatura disponible alrededor del mundo en torno a la asociación entre la exposición a sustancias químicas y su potencial de producir cáncer en humanos o animales. Esta agencia clasifica los compuestos de níquel como carcinogénicos para los humanos en el grupo 1. Según la evaluación de carcinogenicidad del níquel del 2012 sugiere:

La parte esencial en la carcinogénesis del níquel es el ion níquel. Ambas especies de níquel, las solubles en agua y las pobremente solubles en agua son absorbidas por las células, la primera por canales y transportadores de iones, las últimas por fagocitosis. En el caso de compuestos de partículas, los iones de níquel se liberan gradualmente después de la fagocitosis. **Ambos compuestos de níquel - insolubles y solubles en agua - dan como resultado un aumento en iones de níquel en el citoplasma y el núcleo** (IARC & WHO, 2012).

Los compuestos de níquel no son mutagénicos en bacterias, y sólo débilmente mutagénicos en células de mamífero, marco de los procedimientos de prueba estándar, pero pueden inducir daño en el ADN, aberraciones cromosómicas y micronúcleos in vitro e in vivo. Sin embargo, la mutagenicidad retardada y la inestabilidad cromosómica se observan mucho tiempo después del tratamiento de las células con el níquel (Arita et al., 2013; Straif et al., 2009).

Los compuestos de níquel actúan como comutágenos con una variedad de agentes que dañan el ADN. Por lo tanto, alteraciones de la reparación del ADN parecen ser importantes. Un mecanismo importante es la aparición de cambios epigenéticos, mediados por los patrones de metilación del ADN alterado, y la modificación de histonas (Brocato & Costa, 2013). La inflamación también puede contribuir a la carcinogénesis inducida por níquel (Das et al., 2008).

Aparte del **cáncer de pulmón** y el cáncer de senos paranasales, actualmente no hay coherencia en los datos epidemiológicos que sugieran que los compuestos de níquel causan cáncer en otras partes del cuerpo (IARC & WHO, 2012).

Hay pruebas suficientes en seres humanos de carcinogénesis de mezclas que incluyen compuestos de níquel y níquel metálico. Estos agentes causan los cánceres de pulmón y de la cavidad nasal y los senos paranasales (Binazzi, Ferrante, & Marinaccio, 2015; IARC & WHO, 2012; Straif et al., 2009).

Hay pruebas suficientes en animales de experimentación para la carcinogenicidad de monóxido de níquel, hidróxidos de níquel, sulfuros de níquel (incluyendo subsulfuro níquel), acetato de níquel y níquel metálico. (...)

A escala regional el cáncer de pulmón como peor escenario es la referencia válida para darle al níquel la clasificación 2 en el estudio de sustancias cancerígenas de la OMS (IARC & WHO, 2012). En esta investigación se estudiaron tres componentes diferentes del níquel para poder aproximarse más al carcinogenicidad de éste como tal. Se estudió el subsulfuro de níquel, el óxido de níquel a altas temperaturas y el sulfato de níquel hexahidrato. Adicionalmente, el Programa Nacional de Toxicología (en adelante PNT) de los Estados Unidos realizó un bioensayo de dos años en ratas y ratones en los que se los sometió a la inhalación de estos tres componentes del níquel estos son los resultados (Oller, Costa, & Oberdörster, 1997):

Subsulfuro de níquel: las ratas fueron expuestas a 0, 0,1 o 0,7 mg Ni (Ni₃S₃)/ m³; los ratones por su parte fueron expuestos a 0, 0,4 o 0,8 mg Ni/m³. Después de dos años había clara evidencia de actividad cancerígena del Ni₃S₃ en ratas hembras y machos, con un incremento en el surgimiento de tumores de pulmón dependiendo de la dosis. Se registraron incrementos de adenoma alveolar/bronquial y la combinación adenoma/carcinoma de pulmón (de 106 machos y hembras 2 del grupo de control, 12 del grupo de baja dosis y 20 del grupo de alta dosis, presentaron tumores). No hubo evidencia de actividad cancerígena en los ratones. Varios efectos no cancerígenos se vieron en ratones y ratas, entre los que se incluyen inflamación crónica del pulmón hiperplasia alveolar epitelial focal y fibrosis.

Óxido de Níquel “Verde”: las ratas fueron expuestas a 0, 0,5, 1,0 o 2,0 mg Ni (NiO)/m³. Después de dos años no se observó incremento en la incidencia de tumores en el nivel de exposición mínima. En los niveles 1.0

mg Ni (NiO)/m³, 12 de 106 ratas y 9 de 106 ratas, presentaron adenomas o carcinomas, estos números no son estadísticamente diferentes de aquellos vistos en el grupo control (2 de 107) y en el de la baja dosis (1 de 106) pero son estadísticamente significativos comparados con los controles históricos. Por lo tanto, el PNT concluyó que había alguna evidencia de actividad cancerígena. Los ratones fueron expuestos a 0, 1,0, 2,0, o 3,9 mg Ni (NiO)/m³.

Después de dos años no se observó evidencia de carcinogenicidad en los ratones machos. Interesantemente en la dosis baja, 15 de 66 ratones hembras mostraron adenomas o carcinomas, comparado con 6 de 64 en el grupo control. Esta diferencia es estadísticamente significativa. Sin embargo, se debe notar que las dosis media y alta no mostraron un incremento de tumores en los ratones hembras. Basado en estos resultados el PNT concluyó que había evidencia equívoca de la carcinogenicidad en los ratones hembra. Otros hallazgos en las ratas incluyen inflamación y pigmentación del pulmón, e hiperplasia linfoide y pigmentación de los ganglios linfáticos nodales. Los ratones presentaron efectos similares.

Sulfato de Níquel: las ratas fueron expuestas a 0, 0,3, 0,06 o 0,11 mg (NiSO₄ 6H₂O)/m³; los ratones fueron expuestos a 0, 0,06, 0,11 o 0,22 mg Ni/M³. Después de dos años de exposición continua no hubo evidencia de actividad cancerígena ni en ratones ni en ratas. Varias combinaciones de efectos no cancerígenos se vieron en los pulmones, inflamación activa crónica, hiperplasia epitelial alveolar, proteinosis alveolar, infiltración intersticial, fibrosis, hiperplasia linfoide de los ganglios linfáticos nodales.

Todo lo anterior lo explica la forma en que se evacúan, o no, estos componentes de los pulmones. Así en los experimentos se mostró que el sulfato de níquel se despeja rápidamente de los pulmones, entre 1 y 3 días y que la exposición sostenida a este no daña las capacidades de evacuación de la sustancia. Por otro lado, el óxido de níquel se retiene 33 días y la exposición a este sí afecta las capacidades de ser evacuado después de 2 a 6 meses.

Hay dos componentes que parecen ser los principales contribuyentes al desarrollo de tumores de pulmón por ciertos componentes del níquel. El primero corresponde a los cambios genéticos o epigenéticos derivados de las acciones de los componentes del níquel.

En pro de la simplicidad podemos dividir los cambios heredables en dos grupos: aquellos que resultan directamente de los efectos del Ni^{2+} en el DNA, y aquellos que pueden ser indirectamente inducidos por componentes del níquel como consecuencia de una respuesta inflamatoria. Los efectos directos pueden ser específicos para el níquel y dependientes de su biodisponibilidad. Los efectos indirectos pueden ser atribuidos al daño causado al ADN por radicales de oxígeno. Los efectos indirectos no son exclusivos para el níquel y probablemente son compartidos por muchas sustancias que son tóxicas para los pulmones.

El segundo gran contribuyente al proceso del cáncer puede ser la proliferación de células impulsada por ciertos componentes del níquel, una vez más este efecto puede ser no exclusivo de los componentes del níquel y puede ser similar para otras sustancias asociadas con una respuesta inflamatoria. Estos dos componentes (lo que directa o indirectamente induce cambios heredables y proliferación celular) son necesarios para producir cáncer.

Argumentan más adelante que los tumores pulmonares pueden ser causados por la sobrecarga pulmonar y el impedimento para evacuar partículas de níquel, con la subsecuente inflamación, más que por los efectos genotóxicos de éste elemento.

Estudios en humanos (ICNCM, 1990) dan evidencia de la asociación entre el carcinogenicidad respiratoria a relativas altas dosis de sulfuro de níquel ($>10 \text{ mg Ni/m}^3$). Se han dado resultados positivos de carcinogenicidad animal en ratas (con evidencia según la respuesta a la dosis), pero no en ratones”⁴¹⁴. (Negrilla y subrayado no incluidos en el texto original)

La relación entre diversas **afecciones dermatológicas** y la exposición al níquel, también fue referida por el Instituto Nacional de Medicina Legal, en los siguientes términos:

“En estudios se establece que el nivel más bajo a partir del que presenta afecciones de dermatitis (LOAEL) un ser humano por exposición al níquel es de $12\mu\text{g/kg}$ (Nielsen GD et al, 1999). Este nivel se evaluó como la

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 103.

exacerbación de la dermatitis en pacientes con la afección expuestos al níquel en ayunas. Este tipo de pacientes son los más sensibles al compuesto a partir de su ingesta oral. Un LOAEL después de una exposición repetida debe ser menor, así como el LOAEL en pacientes que consumieron el níquel combinado con comida. En personas con alta sensibilidad al níquel se ha comprobado que una dieta rica en alimentos con alto contenido de níquel empeora el eczema. En estos pacientes una dieta baja en níquel ofrece mejoría (Antico & Soana, 1999; Veien, Hattel, & Laurberg, 1993).

La alergia al níquel es una alergia tipo IV (C. S. Jensen, Lisby, Larsen, Veien, & Menné, 2004). Las características de este tipo de afección son que es mediada celularmente a través de los linfocitos T y su acción es retardada, es decir que la reacción aparece de 24 a 72 horas después de la exposición al níquel. La alergia se manifiesta por la dermatitis, la inflamación de la capa externa de la piel (epidermis) con eritema, infiltraciones y vesículas. Los términos sensibilización y alergia son usados indistintamente por los dermatólogos, así como eczema y dermatitis se usan como sinónimos. En 1925 por pruebas de parches se encontró que el níquel era la causa de la dermatitis en la industria del galvanizado. La dermatitis ocupacional del platino era muy común en los años 20 y 30 del siglo XX mientras que la dermatitis asociada al consumo de níquel apareció en los años 30. En 1992 la dermatitis por contacto y consumo de platino se ha hecho más común que la dermatitis de níquel en la industria, aunque su prevalencia parece haberse estabilizado. Esta enfermedad se diagnostica a partir de la aplicación de parches con sulfato de níquel en petrolato al 5% aplicado en la espalda de la persona durante 2 días. La reacción al parche no es inmediata y el resultado se debe evaluar a los 2 días de retirado (Thyssen, Ross-Hansen, Menné, & Johansen, 2010).

En Dinamarca desde 1991 se estableció una legislación limitando el uso de níquel en productos con uso prolongado y cercano con la piel, como resultado los pacientes con eczema por níquel han casi que desaparecido en el país (Menné & Bachmann, 1979). El límite de objetos con níquel es de 0,5 μg de níquel por cm^2 a la semana. (...)

Un número considerable de pacientes sensibles al níquel presentan dermatitis en lugares diferentes al área directa de exposición. (...) En

Dinamarca estudios de dermatitis por níquel a nivel ocupacional dieron origen al aumento de compensaciones por enfermedades dermatológicas. (...) En muchos casos la alergia pasa inadvertida por el paciente y el dermatólogo al no identificar la fuente de contacto constante con níquel. **También se ha observado que los ambientes húmedos y mojados favorecen la expulsión del Ion níquel de los objetos y disminuyen la capacidad de resistencia de la piel a las sustancias**⁴¹⁵. (Negrilla y subrayado no incluidos en el texto original)

De igual manera, la entidad médico legal refiere la relación entre exposición al níquel y **afecciones respiratorias**:

“En cinco estudios se documentó el **asma ocasionado por la exposición al sulfato de níquel** relacionado con el recubrimiento de níquel (Block & Yeung, 1982; Malo et al., 1982; Malo, Cartier, Gagnon, Evans, & Dolovich, 1985; McConnell, Fink, Schlueter, & Schmidt, 1973; Novey, Habib, & Wells, 1983). En los cinco casos señalados el diagnóstico se realizó con base en cuadros clínicos específicos y test de inhalación bronquial de sulfato de níquel, puesto que este compuesto se ha clasificado como un sensibilizador respiratorio (...)

Para el cloruro, el nitrato y el carbonato de níquel no se reportan estudios de sensibilidad respiratoria. Sin embargo, se asume que estos tres compuestos también tienen el potencial de producir sensibilidad respiratoria.

El ion Ni^{2+} es considerado el causante de los efectos inmunológicos del níquel y su efecto es mayor que el de la sensibilización respiratoria causada por el níquel metálico. Para el cloruro de níquel, el nitrato de níquel y el carbonato no existen datos concluyentes en cuanto a la sensibilización respiratoria en humanos. Pero, dado que **la sal del sulfato de níquel y el níquel metálico inducen la sensibilización respiratoria, se asume que el carbonato, el nitrato y el sulfato inducen la sensibilización respiratoria.**

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 104.

El sulfato de níquel produce sensibilidad dermatológica y respiratoria y una medida de riesgo para estas afecciones se debe tomar desde la exposición mayor a los 0,012 mg de níquel por kilogramo de peso”⁴¹⁶.

Así mismo, la exposición al níquel tiene efectos en la **salud reproductiva**:

“Los niveles máximos de exposición al níquel en los que no se ha observado efecto negativo en los órganos sexuales masculinos son de 0,45 mg Ni/m³ para la inhalación y de 2,2 mg Ni/kg por día para el consumo oral. Adicionalmente, se considera que un nivel de 1,1 mg Ni/ kg por día produce una protección para los efectos tanto en los órganos sexuales como en la capacidad reproductiva de las personas. Adicionalmente, en el estudio de Vaktskjolda et al. se establece que el nivel máximo de exposición para no observar efectos negativos es de 1,1 mg Ni/ kg al día (Vaktskjold et al., 2006).

Experimentos en los que se administró nitrato de níquel de 12 mg por kg a ratones resultaron en la reducción de la capacidad fértil del esperma, y no se observaron efectos a un nivel de control de 8mg de níquel por kg. Adicionalmente **la reducción en el peso de los fetos y la reducción en el número de crías se observaron a partir de la administración de 16 mg de níquel por kg u 80 mg de subsulfuro de níquel en dosis únicas**. No se encontraron anomalías congénitas en los fetos de las ratas (F. W. J. Sunderman et al., 1978).

En otro estudio intergeneracional, se administró cloruro de níquel a través del agua en concentraciones de 0, 50, 250 o 500 mg/litro a lo largo de 90 días a ratas antes del nacimiento. Además de cambios en el peso de la madre y del hígado desde el nivel de 500 mg/litro, **hubo efectos en el tamaño y peso al nacer de las crías, la mortalidad de las crías**. En este estudio se halló un nivel mínimo de níquel sin efectos observables de 7mg por kilogramo. Sin embargo, debido a condiciones no controladas del experimento es difícil determinar una asociación estadística entre los efectos reportados y la exposición al níquel (Velazquez & Poirier, 1994).

Otros estudios multigeneracionales se enfocan en los efectos tóxicos del níquel en la integridad y funcionalidad de los sistemas reproductivos de

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 105.

ratas de ambos sexos y el crecimiento y desarrollo de su descendencia. Resultados de un estudio de 2 generaciones de ratas indican que la dosis más alta administrada de: 10mg/kg al día o 2,2mg de níquel por día fue el nivel más alto al que no se presentaron consecuencias observables. Sin embargo, a un nivel de 1000mg/kg al día aunque no se presentaron lesiones teratogénicas ni histológicas, el peso corporal bajó, **el número de crías nacidas disminuyó y el número de crías nacidas muertas aumentó.** Hubo alteraciones en la composición de la leche materna en ratas expuestas a inyecciones subcutáneas de níquel de 3-6mg/kg cuatro veces al día. Y en el grupo que recibió dosis de 6mg/kg las crías bajaron de peso y el tamaño del hígado se redujo (Dostal, Hopfer, Lin, & Sunderman, 1989).

Abortos espontáneos en trabajadoras de refinerías expuestas al níquel

No se ha establecido si la exposición a los componentes del níquel puede generar toxicidad reproductiva (CCTR, 2004). Chashschin et al (1994) reportaron irregularidades respecto al riesgo de abortos espontáneos y malformaciones estructurales en recién nacidos entre la población femenina trabajadora de las refinerías de níquel (Chashschin, Artunina, & Norseth, 1994). La investigación tiene deficiencias (Odland et al., 1999), por lo que el tema merece un mayor escrutinio. Una investigación reciente llevada a cabo en la ciudad de Monchegorsk no reveló un elevado riesgo de malformación de los órganos genitales de los recién nacidos de mujeres empleadas en trabajos expuestos al níquel, comparado con aquellas que no estaban empleadas durante el embarazo. Sin embargo, reveló que la proporción de mujeres gestantes que habían experimentado un previo aborto espontáneo, era más alto entre las expuestas (Vaktskjold et al., 2006). En una muestra de mujeres trabajadoras que incluye mujeres que no estaba empleadas en la refinería, 16,1% había experimentado uno o más abortos espontáneos.

La preocupación sobre el desarrollo del feto es plausible ya que el níquel traspasa la barrera placentaria (Odland et al., 1999) **y un estudio in vitro sugiere que las sales de níquel tienen el potencial de dañar el tejido placentario** (C. . Chen & Lin, 1998). Estudios animales muestran que el níquel tetracarbonil y las sales solubles en agua de níquel son tóxicas

para los recién nacidos (CCTR, 2004).”⁴¹⁷ (Negrilla y subrayado no incluidos en el texto original)

A renglón seguido, el Instituto Nacional de Medicina Legal refiere los efectos y agudos ocasionados por la exposición indirecta a altos niveles de níquel por la dieta, inhalación y consumo de agua:

“Efectos agudos

La exposición indirecta a altos niveles de níquel por la dieta, inhalación, consumo de agua e ingreso de polvo se dividen en efectos locales y efectos sistémicos. Los efectos locales pueden ser la irritación producida por las dosis repetidas que a largo plazo puede terminar en cáncer de pulmón o las afecciones de la piel como la dermatitis. Los efectos sistémicos son consecuencias de la exposición al níquel presentes en todo el organismo.

A nivel local estudios han mostrado que el subsulfuro de níquel no soluble en agua tiene el mayor potencial de inducir tumores en el cuerpo, estimación basada en estudios de la refinería de Kristiansand en Noruega. Los estudios en animales sugieren también que este es el compuesto más carcinógeno del Níquel, sin embargo, las características de este caso no se pueden replicar a todas las refinерías de níquel de Europa. La unidad de riesgo respiratorio de la OMS esta en 3.8×10^{-4} ($\mu\text{g}/\text{m}^3$) basado en el caso mencionado (IARC & WHO, 2012).

En estudios en conejos y ratas también se han observado efectos del níquel en el funcionamiento de los riñones, que incluyen lesiones tubulares y glomerulares cuando se administraron dosis de 1 a 6 mg/kg de forma intraperitoneal (International Program on Chemical Safety et al., 1991).

En humanos hay varios casos reportados de intoxicación con compuestos de níquel, el de una niña de 2 años y medio que ingirió alrededor de 15 gr de sulfato de níquel en forma de cristales. El paro cardíaco se produjo en 4 horas y la autopsia reveló una hemorragia gástrica severa. También, 32 trabajadores que bebieron accidentalmente agua contaminada con sulfato de níquel y cloruro de níquel (1,63 gr por litro) la cantidad ingerida por aquellos que desarrollaron síntomas como náusea, vómito, diarrea,

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 106.

cansancio, color de cabeza y dificultades para respirar fue de 7 a 35 mg/kg. Niveles elevados de albumina en la orina de 2 a 5 días luego de la exposición en algunos trabajadores indican nefrotoxicidad transitoria leve. Algunos trabajadores desarrollaron hiperbilirrubinemia al tercer día de la exposición y presentaron niveles elevados de reticulocitos en la sangre. Por estudios en animales se sabe que la inyección de níquel intrarrenal aumenta la capacidad renal de producir eritropoyetina lo que explicaría la reticulocitosis y la evidencia de que el níquel induce el incremento de la actividad de la hemi oxigenasa microsomal que reproduce la hiperbilirrubinemia (W. J. Sunderman, Dingle, Hopfer, & Swift, 1988).

Adicionalmente, hay un caso de un hombre de 55 años que después de ingerir agua con sulfato de níquel al 50µg de níquel por Kg experimentó hemianopsia (perdida de la mitad del campo visual) por 2 horas. Por último, se reportó una intoxicación de 23 pacientes de diálisis que recibieron filtración proveniente de agua de un calentador de acero inoxidable con níquel. Reportaron síntomas como náusea, vomito, dolor de cabeza y debilidad además de concentraciones de 3mg/litro de níquel en el plasma sanguíneo hasta 13 días después de la diálisis.

Efectos crónicos

Exposición respiratoria

La inhalación de compuestos insoluble de níquel (metal, subsulfuro y óxido de níquel) tiene efectos como la inflamación de los pulmones y la fibrosis. La inhalación de níquel soluble en forma de sulfato y cloruro también afecta a los pulmones. Para el sulfato de níquel se observa inflamación y fibrosis, mientras que los efectos del cloruro de níquel parecen ser más leves. Por ende, **los efectos por inhalación no parecen variar mucho de acuerdo a la solubilidad del compuesto al que se está expuesto.** Ambas consecuencias (la inflamación y la fibrosis) son **consecuencias crónicas e irreversibles.** Con base en estudios de toxicidad, se ha determinado que la escala de toxicidad de compuestos de níquel se encuentra encabezada por el hexahidrato sulfato de níquel, seguido por el subsulfuro de níquel y finalmente por el óxido de níquel. Para los compuestos insolubles de níquel se han observado **lesiones inflamatorias en los pulmones en todos los niveles de exposición** en estudios de dos años de duración. Para el hexahidrato sulfato de níquel el

nivel mínimo de exposición al que se presentan consecuencias observables es de 0,056 mg de níquel/ m³”⁴¹⁸. (Negrilla y subrayado no incluidos en el texto original)

De manera concordante, el reporte de la Agencia Europea de Medio Ambiente en su documento titulado *Air quality report in Europe, 2013*, citado por la propia empresa accionada, caracterizó los efectos que tiene el Níquel en humanos y en animales:

“Efectos del Níquel: La exposición al níquel puede resultar de respirar el aire del ambiente. El níquel es esencial para los seres humanos en cantidades muy pequeñas. Sin embargo, una amplia absorción puede ser un peligro para la salud humana debido a que varios compuestos del níquel son cancerígenos, **incrementando el riesgo de desarrollar, por ejemplo, cáncer de pulmón, nariz, laringe o de la próstata.** Efectos no cancerígenos sobre la salud incluyen **reacciones alérgicas** sobre la piel (por lo general no es causada por la inhalación), alteración de la regulación endocrina, y **daño a las vías respiratorias, y el sistema inmunológico.** El efecto adverso más común en los seres humanos es una reacción alérgica. Aproximadamente el 10-20% de la población es sensible al Níquel.

Como es el caso de los humanos, el níquel en pequeñas cantidades es un elemento esencial para los animales. Pero en altas concentraciones, el Níquel y sus compuestos pueden ser tóxicos aguda y crónicamente para la vida acuática y podría afectar a los animales en el mismo modo que a los humanos. Es conocido que las altas concentraciones de níquel en suelos arenosos pueden dañar las plantas, y que las altas concentraciones en las aguas superficiales pueden disminuir las tasas de crecimientos de algas. Los microorganismos también pueden sufrir de caídas de crecimiento. No se conoce acumulación de níquel en las plantas o animales”.⁴¹⁹ (Negrilla y subrayado no incluidos en el texto original)

En conclusión: contrario a lo sostenido por la empresa demandada, la exposición a determinados niveles de níquel ocasiona graves perjuicios a la salud humana, los cuales van desde afecciones cutáneas y respiratorias,

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 108.

⁴¹⁹ Folder 2.5 “Níquel en calidad del aire”. Air quality report in Europe - 2013 report. European Environment Agency. Pág. 78

hasta la producción de cáncer de pulmón y abortos espontáneos. De igual manera, se reportan daños en plantas, animales y al ecosistema en general.

4.5.3 Relación de causalidad entre las actividades extractivas de Cerro Matoso S.A y las afectaciones identificadas.

Habiendo identificado previamente la gravedad de las enfermedades de los pobladores de la zona, así como las alteraciones que ha sufrido el medio ambiente, resta determinar si tales daños son atribuibles a las actividades que ejerce la empresa Cerro Matoso S.A. Para tales efectos, la Corte Constitucional analizará la postura de la empresa y la confrontará con el abundante acervo probatorio del expediente.

4.5.3.1 Postura de la empresa Cerro Matoso S.A

En materia de controles ambientales sobre emisiones de níquel al aire, la empresa accionada asegura:

“Impacto en el aire: Cerro Matoso genera emisiones de material particulado (o polvo) dentro de los límites legales permitidos principalmente en los recorridos de camiones al interior de la mina y a través de las chimeneas o fuentes fijas en la planta.

Todas las chimeneas de Cerro Matoso cuentan con el **permiso de emisiones** otorgado por la autoridad ambiental representada por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge (CVS) y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS). A su vez, CMSA de forma periódica y en compañía de la autoridad ambiental realiza **monitoreos y seguimientos a las chimeneas** y a los sistemas de control para constatar que los mismos se encuentran en perfectas condiciones de operación y así garanticen el cumplimiento de la legislación y las mejores prácticas. Los equipos para el control de emisiones son considerados de muy alta tecnología según los estándares de la industria para asegurar la mayor eficacia posible.

Los resultados del monitoreo isocinético que hacen parte del Plan de Manejo Ambiental de Cerro Matoso arrojan un **cumplimiento del 100% con la legislación ambiental**. Evidencia de ello es que, durante más de

30 años de operación, la empresa jamás ha tenido una sanción de tipo ambiental.

Por otro lado, el modelo de dispersión de estas partículas en el polvo (PM10), auditado anualmente por las autoridades mineras y ambientales, **no presenta concentración de elementos contaminantes en el aire por encima de los límites legales** (promedio anual de 50 microgramos por m3) por lo cual **ninguna comunidad del AID estaría en riesgo en su salud por la presencia del material particulado en el aire proveniente de la CMSA.**

Cerro Matoso no supera los límites legales ambientales para la calidad del aire vigentes en Colombia”.⁴²⁰

En lo que respecta al impacto de la actividad minera sobre el agua, la empresa Cerro Matoso afirma:

“Impacto en el agua: Cerro Matoso usa agua en su proceso productivo fundamentalmente para enfriar la escoria y el producto final. Por esto, el impacto al agua sólo se da en el aumento de su temperatura y el aporte de algunos sólidos insolubles en suspensión. **No existe ninguna otra afectación o alteración sobre las aguas a través del proceso productivo.** Entre otras, el agua en CMSA no es mezclada con químicos, ni metales ni con ningún otro elemento contaminante.

Además, todas las aguas provenientes del proceso productivo reciben un tratamiento adecuado antes de ser vertidas a los cuerpos de agua naturales como el río Uré y la quebrada El Tigre. Para ello, se cuenta con embalses para disminuir la temperatura y sedimentar los sólidos y con una planta de tratamiento para las aguas residuales domésticas de las oficinas y el comedor. 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.

⁴²⁰ Cerro Matoso SA, *Posición y fundamentación técnica de Cerro Matoso S.A. frente al dictamen de Medicina Legal rendido dentro de las acciones de tutela: T-4.126.294 y T-4.298. 58 (sic)*, visible a folios 50 y ss. del cuaderno 21.

Gracias al sistema de canales y embalses de CMSA, los cuales recirculan el agua y recogen las aguas lluvias, Cerro Matoso recicla el 95% del agua que utiliza para su operación. Tan solo el 5% es captado del Río Uré, por lo que el impacto de esta captación en el río es de **menos del 0.1%** de su caudal medio”.
421

En lo que atañe al impacto de la actividad minera sobre la flora y fauna de la región, la empresa asegura:

“Los impactos de la operación de Cerro Matoso al suelo y la biodiversidad de las áreas vecinas tienen un saldo positivo. 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- y sería imposible que existiera si la operación de CMSA generase contaminación o daños ambientales.

Diversos estudios demuestran **el efecto protector de la operación de Cerro Matoso sobre las diferentes especies de flora y fauna** (entre otras, gracias al cuidado y protección de dicho corredor biológico que, se reitera, demuestra adicionalmente que no hay ningún impacto relacionado con potenciales contaminantes ambientales provenientes del proceso minero-metalúrgico”.⁴²²

En pocas palabras, según la empresa Cerro Matoso S.A.:

- Cuenta con los respectivos permisos ambientales;
- Las emisiones de níquel al aire se encuentran dentro de los niveles legales permitidos;
- A lo largo de más de treinta (30) años de operación, jamás ha sido sancionada por temas ambientales;

⁴²¹ *Ibidem*, folio 52.

⁴²² *Ibidem*, folio 53.

- El agua que emplea en el proceso productivo de la planta no es mezclada con químicos o metales. Además, recibe un tratamiento de enfriamiento y sedimentación de sólidos antes de ser vertidas a los cuerpos de agua naturales; y
- No existe impacto alguno en el suelo y la biodiversidad de la región.

Las anteriores aseveraciones de CMSA la llevan a concluir la inexistencia de todo vínculo de causalidad entre sus actividades productivas y las afectaciones a la salud de los pobladores indígenas y afrodescendientes que habitan en cercanías de la mina, así como sobre el medio ambiente.

4.5.3.2 Contraste con el acervo probatorio obrante en el expediente

Una revisión del expediente evidencia que efectivamente la empresa Cerro Matoso S.A no ha sido sancionada por infracciones ambientales. Al respecto, en el informe rendido a la Corte el 27 de agosto de 2015, la CVS afirma: *“Se resalta que a la fecha no existe acto administrativo sancionatorio proferido por la Corporación en contra de la empresa Cerro Matoso S.A.”*⁴²³.

Consta asimismo que la empresa cuenta con una licencia ambiental expedida por la CVS mediante Resolución número 224 del 30 de septiembre de 1981, la cual ha sido objeto de cuatro (4) modificaciones puntuales.

De igual manera, la empresa dispone de los siguientes permisos ambientales:

⁴²³ Visible a folio 187 del cuaderno 9

Listado de permisos vigentes de la empresa Cerro Matoso S.A.					
Permiso	Referencia	N° Acto Administrativo	Fecha Expedición Acto	Seguimiento	Resultados seguimiento
Agua Subterránea	Concesión Pozos Complejo Habitacional Tacasaluma	Res 1,3034	20-feb-2009	Permiso de concesión de aguas subterráneas vencido. CMSA manifestó su deseo de sellar el pozo y la CVS envió los lineamientos trazados por la Corporación para el sello.	
Agua Subterránea	Concesión Pozos Complejo Operacional Katuma y Jagua	Res 1,5538	3-ago-2011	Seguimiento semestral de volúmenes captados.	Caudales acordes a la concesión.
Agua Subterránea	Concesión Pit's de la mina	Res. 1,6277 Res. 1,6803	20-jun-2012 18-ene-2013	Recurso de reposición en el que confirma en todas sus partes la Res. 1,6277 del 20 de junio de 2012	
Agua Superficial	Concesión Ríos San Jorge y Uré	Res. 0,8681 Res. 0,8944	06-dic-2004 31-mar-2005	Permiso en trámite de renovación	
Vertimiento	Permiso Vertimiento Planta	Res. 1.1873	10-dic-2007	Evaluación semestral de monitoreos	Monitoreos acorde a Decreto

				compuestos de aguas residuales.	1594/84, artículos 72,74 y 38.
Vertimiento	Permiso Vertimiento Ciudadela	Res. 1,3100 Res. 1,3812	19-mar- 2009 24-nov- 2009	Permiso en trámite de renovación	
Vertimiento	Permiso Vertimiento Escorrentía Mina - Dique Norte y Sur	Res. 1,4442	13-ago- 2010	Evaluación semestral de monitoreos compuestos de aguas residuales.	Monitoreos acorde a Decreto 1594/84, artículos 72,74 y 38.
Emisiones atmosféricas	Permiso Emisiones Línea 1	Res. 1.1248	27-abr-2007	Visitas de seguimiento semestral, acompañamiento y evaluación anual de monitoreos isocinético. Contaminante criterio PM10 (Material Particulado)	Los informes de monitoreo isocinético cumplen con los niveles máximos permisibles de contaminantes (Resolución 909 de 2008).
Emisiones atmosféricas	Permiso Emisiones Recuperación de Níquel en Escoria	Res. 1,2571 Res. 1,3045	19-sep- 2008 24-feb-2009	Permiso en trámite de renovación	
Convenio Reconversión de Tecnologías Limpias	Líneas de producción 1 y 2.	Res. 1.4099 Convenio 01	07-abr-2010 01-jun-2010	Visitas de seguimiento (12) sobre cronograma de reconversión de equipos de control.	Cumplimiento del cronograma acorde al Decreto 948 de 1995
Permiso Global de	línea 1 y 2 de producción	Res. 1,6541	1-oct-2012	Envío de informe trimestral,	Los informes de monitoreo

emisiones atmosféricas	Recuperación de Níquel de la Escoria			Visitas de seguimiento semestral, acompañamiento y evaluación anual de monitoreos isocinético.	isocinéticos cumplen con los niveles máximos permisibles de contaminantes (Resolución 909 de 2008).

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.

Si bien existe una licencia ambiental y unos permisos sobre emisiones y vertimientos, la empresa no ha sido sancionada por infracciones ambientales, y sus actividades han sido monitoreadas por autoridades del orden nacional (Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales) y regional (Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge), también lo es que, de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente:

- La licencia ambiental de CMSA no se ajustaría a los estándares fijados por la Constitución de 1991;
- 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.

La Corte abordará la explicación de cada uno de los puntos mencionados a fin de esclarecer la relación de causalidad que existe en el presente caso.

a. La licencia ambiental de CMSA frente a los estándares fijados por la Constitución de 1991

El 30 de septiembre de 1981, el Director Ejecutivo de la CVS expidió la Resolución número 224, mediante la cual se concedió una licencia ambiental a la empresa Cerro Matoso S.A. Para tales efectos, la empresa presentó una Declaración de Efecto Ambiental (DEA), señalando el área en la cual se desarrollaría el proyecto.

Según la accionada “*la licencia otorgada en 1981 no limitó su alcance a él (sic) níquel y las áreas de los contratos de concesión 866 de 1963 y 1727 de 1970. Ni la licencia ni el documento de Declaración de Efecto Ambiental (DEA) presentado a la CVS para dicha licencia indican la limitación de su alcance para las reservas mineras localizadas en dichos contratos, como tampoco lo hizo el contrato 051-96M*”⁴²⁴.

El texto de la licencia es el siguiente:

⁴²⁴ Respuestas a Control de Advertencia CGR Temas ambientales. 27 de diciembre-2012. Visible a folio 2 del folder número 9.

116.0
005191

RESOLUCION No. 00-0224
30-SET-1981

"Por la cual se concede una licencia"

EL DIRECTOR EJECUTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE LOS VALLES DEL SINU Y DEL SAN JORGE, CVS EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES Y ESTATUTARIAS, Y

Notificación 16 oct 1981

CONSIDERANDO :

Que en el sitio denominado Cerromatoso, localizado en el Municipio de Montelíbano, se iniciará una explotación de mineral de níquel, por la Sociedad de Economía Mixta "Cerro Matoso S.a.",

Que los artículos 27 y 28 del Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al medio ambiente (Decreto 2811/74), ordenan que para adelantar cualquier actividad susceptible de producir contaminación, es necesario elaborar un estudio de efecto ambiental y obtener licencias, con base en tal estudio;

Que la Sociedad "Cerro Matoso S.A.", ha presentado el estudio de efecto ambiental relativo a la explotación de níquel de la mina de Cerro Matoso y solicitado la licencia respectiva, por intermedio de su representante legal,

Que la CVS, previo el análisis de dicho estudio lo encuentra ajustado a las condiciones y requisitos que deben aplicarse para tal clase de trabajo,

RESUELVE :

ARTICULO PRIMERO.- Concédase a la Sociedad "Cerro Matoso S.A.", la licencia exigida por el artículo 28 del Decreto 2811 de 1.974.-

ARTICULO SEGUNDO.- Contra esta providencia procede el recurso de reposición, dentro de los términos señalados por el Decreto 2733 de 1.959.-

ARTICULO TERCERO.- Esta Resolución rige a partir de la fecha de su expedición

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Montería, a 30 SET. 1981

PEDRO NEL GARCIA ESPÍTA
Director Ejecutivo CVS

Corporación Autónoma Regional
de los Valles del Sinú y del San Jorge
C. V. S.
ROOSEVELT MORALES ALEJANDRO
Secretario General

A lo largo de la explotación de la mina de Cerro Matoso, la referida licencia ambiental ha tenido las siguientes modificaciones:

Modificación	Contenido
Primera	Resolución número 1609 del 11 de agosto de 2006 , expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Se incluye una nueva actividad: denominada “Recuperación de Níquel de la Escoria RNE”. Incluye la construcción de una nueva planta para procesar 374 millones de toneladas de escoria granulada por año. Se aprueba un plan de manejo ambiental para esa actividad.
Segunda	Resolución número 0621 del 31 de marzo de 2009 , expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Se precisan las especies nativas que deben ser plantadas por la empresa Cerro Matoso S.A., en los márgenes de las quebradas, caños y drenajes naturales tributarios de la quebrada El Tigre y del río Uré.
Tercera	Resolución número 0664 del 31 de marzo de 2010 , expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Se incluye una actividad denominada “Optimización Quemadores de Combustible”.
Cuarta	Resolución número 0684 del 2 de julio de 2013 , expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Se autoriza la actividad denominada “Recuperación de Níquel Baja Ley en Minerales Lateríticos a través de proceso Hidrometalúrgico”.

La expedición de cada una de esas modificaciones puntuales a la licencia ambiental de 1981, en el sentido de agregar nuevas actividades

relacionadas con la explotación minera, fue precedida por la presentación de su respectivo estudio de impacto ambiental.⁴²⁵

El artículo 117 de la Ley 99 de 1993 previó el siguiente régimen de transición:

“ARTÍCULO 117. TRANSICIÓN DE PROCEDIMIENTOS. Los permisos y licencias concedidos **continuarán vigentes por el tiempo de su expedición**. Las actuaciones administrativas iniciadas continuarán su trámite ante las autoridades que asuman su competencia en el estado en que se encuentren. Las normas y competencias establecidas en la presente Ley, son de vigencia inmediata y se aplicarán una vez se expidan los correspondientes reglamentos, cuando sean necesarios. (negrillas agregadas).

El nuevo Código de Minas (Ley 685 de 2001) volvió a regular el tema de la vigencia de las licencias ambientales, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 208. VIGENCIA DE LA LICENCIA AMBIENTAL. La Licencia Ambiental tendrá vigencia desde su expedición hasta el vencimiento definitivo de la concesión minera, incluyendo sus prórrogas. En caso de terminar la concesión en forma anticipada por caducidad, renuncia, mutuo acuerdo o imposibilidad de ejecución, también terminará dicha licencia”.

La empresa Cerro Matoso sostiene que su licencia ambiental está vigente por cuanto fue expedida de conformidad con la legislación ambiental de la época; que además, leyes posteriores han fijado regímenes de transición, que han permitido extender la vigencia de aquélla.

Bajo esta línea de argumentación, y merced a la suscripción del otrosí número 4 de 2012, la licencia ambiental que obtuvo Cerro Matoso en el año 1981, junto con sus cuatro modificaciones, le serviría para continuar operando hasta el año 2044, susceptible de prórrogas indefinidas, siendo la primera por veinte (20) años.

⁴²⁵ *Ibidem*.

La anterior interpretación es compartida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA-. Sin embargo, los conceptos de varios órganos de control niegan, o al menos, ponen en duda la vigencia de la licencia ambiental de Cerro Matoso.

La Contraloría General de la República, en su función de advertencia 2012EE0085413, remitió al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Directora de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, y al Ministro de Minas y Energía un informe en el cual se afirma:

“En el supuesto de admitir que Cerro Matoso S.A. se encontraba operando amparada en la "licencia" concedida por la CVS a través de la Resolución 224 de 1981, como lo expresa la ANLA, **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**.

Los estudios base que se han presentado para obtener las modificaciones a la licencia que manifiesta tener Cerro Matoso S.A. han carecido de información que permita realizar un seguimiento y monitoreo a la calidad ambiental del área de influencia directa e indirecta del complejo minero industrial.

Por ello no es comprensible que la autoridad ambiental competente haya otorgado las autorizaciones correspondientes para la modificación de la licencia, bajo los parámetros presentados por la compañía de Cerro Matoso S.A. permitiendo así la explotación en condiciones que no garantizan el control y mitigación de los impactos ambientales asociados⁴²⁶”. (Negritas agregadas)

La postura de la Contraloría, fijada en 2012 y reiterada ante la Corte Constitucional en 2014⁴²⁷, apunta a que actualmente la empresa Cerro

⁴²⁶ Visible a folio 268 del cuaderno 3A.

⁴²⁷ Visible a folio 207 y ss cuaderno 3A

Matoso S.A. no cuenta con una licencia ambiental que ampare sus actividades mineras.

La Defensoría del Pueblo, por su parte, en su “*Informe Defensorial Explotación de Níquel Proyecto Cerro Matoso. Montelíbano, Córdoba*”⁴²⁸, publicado en 2014, afirma:

“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 real”.

(negritas agregadas).

Determinar la vigencia de la licencia ambiental, es decir, de un acto administrativo, implica examinar diversos tránsitos legislativos y complejos cambios contractuales conocidos por la explotación del yacimiento de níquel, labores que desbordan la competencia del juez de amparo.

Por el contrario, en sede de tutela, ante un caso en el cual se alega, por parte de unas comunidades indígenas y afrodescendientes, que una explotación a cielo abierto y a gran escala de níquel viene afectando gravemente su salud, e incluso, su seguridad alimentaria y la pervivencia de su cultura, el juez constitucional sería competente para analizar los riesgos que representa dicho instrumento ambiental, de cara a los estándares fijados por la Carta Política y la jurisprudencia de esta Corporación.

En otras palabras, no le corresponde a la Corte Constitucional emitir un pronunciamiento en el sentido de si la licencia ambiental, con la cual viene operando actualmente la empresa Cerro Matoso S.A., se encuentra vigente o no, juicio de legalidad del acto administrativo, propio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

⁴²⁸ Visible a folio 75 y ss. del cuaderno 5.

Por el contrario, la defensa judicial de la Constitución le impone a este Tribunal examinar si una determinada licencia ambiental tiene la capacidad de prevenir daños a las comunidades circundantes; tanto más y en cuanto aquélla fue expedida antes de 1991.

El siguiente cuadro evidencia las dudas que existen sobre la vigencia de la licencia obtenida por Cerro Matoso S.A. en 1981, en razón a las múltiples deficiencias que ésta posee respecto a los estándares constitucionales actuales:

Licencia otorgada en 1981	Actuales parámetros constitucionales en materia de licencias ambientales
Identificación general del proyecto (explotación de una mina de níquel en la localidad de Montelíbano, Córdoba).	La licencia ambiental es un instrumento de gestión de la política ambiental que permite anticipar y prever los posibles efectos ambientales señalando las correspondientes responsabilidades de los agentes interesados exigiendo la internalización de las externalidades ambientales incentivando la reducción de la contaminación y el empleo de tecnologías limpias (C-293 de 2002)
Se afirma que contó con un “Estudio de Efecto Ambiental”.	
No se delimitan áreas, ni se prevén medidas de mitigación, corrección, compensación y prevención.	
No se determinan cantidades de mineral que pueden ser explotados, ni los métodos para ello.	
No se fijan fases, plazos ni un término para llevar a cabo el proyecto minero.	La licencia ambiental es un instrumento coordinador, planificador, preventivo, cautelar y de gestión, mediante el cual el Estado cumple diversos mandatos constitucionales, entre ellos proteger los recursos naturales y el medio ambiente, conservar áreas de especial importancia ecológica,

No se describen las obras civiles requeridas para el proyecto. Se omite mencionar la existencia de comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas. Inexistencia de consulta previa No se caracteriza el medio ambiente intervenido No se prevé la existencia de controles y seguimientos.	prevenir y controlar el deterioro ambiental y realizar la función ecológica de la propiedad (C-746 de 2012) La licencia ambiental es el resultado de un proceso administrativo reglado y complejo que permite la participación ciudadana, la cual puede cualificarse con la aplicación del derecho a la consulta previa si en la zona de influencia de la obra, actividad o proyecto existen asentamientos indígenas o afrocolombianos. (C-746 de 2012) La licencia ambiental debe ser el producto de un riguroso estudio, en el que se tomen en cuenta las consecuencias que pueden producirse y, por consiguiente, se adopten las medidas necesarias para evitar la causación de daños que tengan efectos irreparables para el medio ambiente en tanto bien colectivo, así como para los derechos fundamentales que se derivan del uso y disfrute del mismo, como el derecho fundamental al agua, a la salud e, incluso, a la vida en condiciones dignas. (T-652 de 2013) El desarrollo normativo de la licencia ambiental ha tenido varios cambios a lo largo del tiempo, pero se ha mantenido la necesidad de tener en cuenta las circunstancias

	socioeconómicas de las comunidades que residen en el área de influencia. El deber de consultar a la población en general y a las comunidades diferenciadas como las indígenas, étnicas y afrocolombianos sobre los cambios o impactos que se generan con la construcción de obras y proyectos sobre los recursos naturales, lo cual se fortalece a partir de los principios y valores de la Constitución de 1991. Así pues, las autoridades deben realizar un monitoreo sobre estos proyectos en todo tiempo, y la licencia ambiental y el plan de manejo ambiental son herramientas esenciales de naturaleza preventiva que garantizan la protección y el buen manejo del ambiente y el control de otros impactos. (T-462 A de 2014)

La comparación entre el contenido de la licencia ambiental otorgada a Cerro Matoso S.A. y los parámetros constitucionales sobre la materia, pone de presente la necesidad de pronunciarse sobre el alcance y los límites de las modificaciones contractuales, así como de los regímenes de transición utilizados por la accionada. Para la Sala, no resulta acorde a la protección constitucional del medio ambiente, hacer uso de estos regímenes para prolongar *ad infinitum* una explotación minera que aún se rige bajo estándares previos a la Constitución de 1991.

Lo cual, también se colige frente a: (i) Los múltiples cambios contractuales y sustanciales que han tenido las actividades extractivas de Cerro Matoso S.A. en las últimas décadas; (ii) la eficacia directa que tiene

la Carta Política⁴²⁹; y (iii) la aplicación del principio *indubio pro ambiente* o *in dubio pro natura* al caso concreto⁴³⁰.

Así las cosas, se tiene 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.

b. Irregularidades en los instrumentos ambientales que rigen las operaciones extractivas

- Documento de Evaluación y Manejo Ambiental -DEMA-:

El principal instrumento de control ambiental invocado por la empresa se fundamenta en una normativa excluida del ordenamiento jurídico

⁴²⁹ La Sentencia T-204 de 2007 explica al respecto: “***Deber de respeto a la Constitución Política, como disposición normativa aplicable directamente en las decisiones de las autoridades y de los particulares*** La nueva concepción que sobre la Constitución Política introdujo la Carta Fundamental de 1991, propia del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, ha generado cambios trascendentales no sólo en el sistema de fuentes del derecho sino principalmente en la forma como se percibe la Constitución por parte de las personas que habitan en Colombia. Lo anterior, se manifiesta en una clara distinción entre los conceptos ley y Constitución que ponen a ésta en un lugar prevalente dentro del sistema normativo, convirtiéndola formal y materialmente en la principal fuente de derecho y por lo mismo, no como un conjunto de disposiciones meramente programáticas sino como una verdadera regulación con consecuencias normativas. De allí que la Constitución Política de Colombia no pueda ser considerada como una Carta meramente retórica, carente de fuerza jurídica, por el contrario, es ante todo la norma de normas al tenor de lo preceptuado en el artículo 4º Superior. (...) Así, en este nuevo modelo, a la noción de supremacía constitucional se adiciona el de eficacia directa o aplicación directa de la Constitución que tiene varias consecuencias, en primer lugar, el derecho que tiene toda persona de exigir ante las autoridades la realización de las reglas, principios y valores constitucionales, sin necesidad que, en principio, exista una ley que desarrolle las disposiciones contenidas en la Carta Política y, en segundo lugar, que al ser ella la principal fuente de derecho, toda decisión de una autoridad o un particular debe observar los contenidos constitucionales y ello en razón al efecto de irradiación que caracteriza los preceptos superiores.”

⁴³⁰ Tal como se explicó con anterioridad, el criterio *in dubio pro ambiente* o *in dubio pro natura*, implica que, ante la existencia de una tensión entre diferentes interpretaciones relativas a la protección del ecosistema, debe prevalecer aquella que resulte más acorde a la garantía y disfrute de un medio ambiente sano. Sentencias C-449 de 2015 y C-339 de 2002.

colombiano hace casi veinte años. El Decreto 883 de 1997 fue declarado nulo en dos ocasiones por la Sala Primera del Consejo de Estado (26 de febrero de 1998 -Rad:4500- y 20 de agosto de 1998 -Rad:4599-).

El propósito de la norma era definir y regular un instrumento administrativo distinto al licenciamiento ambiental, para actividades que no causaran un deterioro grave al medio ambiente y/o complementaran proyectos que ya se encontraban en curso.⁴³¹

El artículo 4° del Decreto, creó el Documento de Evaluación y Manejo Ambiental -DEMA-, en los siguientes términos:

“Artículo 4: Documento de evaluación y manejo ambiental. La persona natural o jurídica, pública o privada que pretenda adelantar alguno de los proyectos, obras o actividades descritos en el artículo 3 del presente Decreto, previamente deberá elaborar un documento de evaluación y manejo ambiental que contenga una evaluación de los factores de deterioro ambiental que se puedan presentar y un plan de manejo ambiental para prevenir, mitigar, corregir o compensar los efectos adversos en los recursos naturales renovables y el medio ambiente.

La evaluación de los factores de deterioro ambiental y el plan de manejo ambiental debe corresponder en su contenido y profundidad a la magnitud del proyecto, obra o actividad y se deberá elaborar previendo la menor afectación posible a los recursos naturales renovables y al medio ambiente.

El documento de evaluación y manejo ambiental será el instrumento con base en el cual la autoridad ambiental competente ejercerá un seguimiento sobre la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental que se puedan ocasionar con la construcción o ejecución de los proyectos, obras o actividades consagrados en el artículo 3 del presente Decreto.”

Dentro de las actividades exentas de licenciamiento ambiental, se incluyen: proyectos sísmicos de hidrocarburos, construcción de pozos petroleros, exploración geológico-minera por métodos de subsuelo, ampliación y mejoramiento de proyectos mineros, montaje de subestaciones eléctricas, entre otros.⁴³²

⁴³¹ Considerandos del Decreto 0883 de 1997.

⁴³² Artículo 3° del Decreto 0883 de 1997

Teniendo esto en consideración, el Consejo de Estado dictaminó que se vulneraba lo previsto en la Ley 99 de 1993, respecto a la protección de los recursos naturales y la consecuente obligación de solicitar una licencia ambiental para las actividades exentas. La Sentencia proferida el día 26 de febrero de 1998 (Rad: 4500), afirma:

“De igual manera tiene vocación de prosperidad el cargo de violación del artículo 49, dado que en él se señala que requerirán de licencia ambiental las actividades que de acuerdo con la ley y los reglamentos puedan producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o que introduzcan modificaciones notorias al paisaje, dentro de las cuales se encuentran comprendidas, de conformidad con el numeral 10 del artículo 5o. las actividades mineras, industriales, de transporte y en general todo servicio o actividad que pueda generar directa o indirectamente daños ambientales.

A las citadas actividades el decreto acusado las exime de obtener licencia ambiental, pues en los artículos 3o. y 4o. dispone que quienes quieran adelantar, entre otros, proyectos de hidrocarburos, de minería, energéticos, de comunicaciones, de infraestructura vial, portuarios y de infraestructura fluvial y marina, de rehabilitación y mejoramiento de vías férreas, industriales y agropecuarios, etc., deberán elaborar un **documento de evaluación y manejo ambiental, documento que en manera alguna sustituye la licencia ambiental para las actividades mencionadas,** exigida por el artículo 49 de la Ley del Medio Ambiente”.⁴³³ (Negrilla no incluida en el texto original)

Tal es la fuerza del argumento, que la misma Sección profirió una segunda decisión en idéntico sentido (20 de agosto de 1998). Pese a ello, el día 24 de agosto del mismo año, la empresa Cerro Matoso S.A radicó un Documento de Evaluación y Manejo Ambiental -DEMA- como instrumento de control y seguimiento de sus operaciones mineras.⁴³⁴

⁴³³ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia proferida el día 26 de febrero de 1998 (Rad: 4500).

⁴³⁴ Visible a folio 5932 del Folder No. 9

Por esta razón, la Contraloría Delegada para el Medio Ambiente cuestiona por qué se aceptó su radicación, si ya se tenía conocimiento de las sentencias aludidas y de la ilegalidad del Decreto 883 de 1997 ⁴³⁵.

Adicionalmente, indica el ente de control que el DEMA no sólo incluyó actividades relacionadas con la ampliación de la infraestructura interna asociada a sistemas para el beneficio y la transformación del níquel, sino también lo relacionado con la aceleración y aumento de la actividad extractiva. ⁴³⁶

En su defensa, la empresa accionada aduce que este incremento se amparó en que la licencia ambiental “*no contempla límite alguno de extracción mineral*” ⁴³⁷, por lo cual, no tenía la obligación de solicitar una nueva licencia para intensificar sus operaciones.

Este aspecto llama la atención de la Corte, toda vez que tal indeterminación de licenciamiento otorgado a la empresa demandada en 1981, reitera su incompatibilidad con la protección especial que merece el medio ambiente de acuerdo a lo sostenido por la jurisprudencia constitucional.

Por otra parte, la accionada señala que: “*el DEMA presentado por CMSA en 1998 es completamente legal y vigente*” ⁴³⁸, debido a que se preparó con varios meses de antelación a la decisión del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa ⁴³⁹. En tal sentido, agrega:

“Su presentación, aún si tuvo lugar en las etapas finales de deliberación y trámite de una sentencia de nulidad en el Consejo de Estado contra el Decreto 883 de 1997, no fue, por lo tanto, un acto improvisado”. ⁴⁴⁰

Añade que, la sentencia no estaba ejecutoriada al momento de la radicación del Documento. “*Por tanto, la nulidad del Decreto 883 de 1997 no impide*

⁴³⁵ Visible folio 250 del Cuaderno 3 A, y folio 5975 del Folder No. 9. En el primer informe presentado por la Contraloría también se indican varias irregularidades y omisiones del DEMA que presentó la empresa, los cuales no han sido corregidos en posteriores documentos o planes de manejo ambiental.

⁴³⁶ Visible a folio 5975 del Folder No. 9

⁴³⁷ *Ibidem*. CMSA también sostiene “*La licencia otorgada en 1981 no limitó su alcance a el níquel y las áreas de los contratos de concesión de 866 de 1963 y 1727 de 1970. Ni la licencia ni el documento de Declaración de Efecto Ambiental (DEA) presentado a la CVS para dicha licencia indican la limitación de su alcance para las reservas mineras localizadas en dichos contratos*”. Folio 5931.

⁴³⁸ Visible a folio 5932 del Folder No. 9.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

*que la autorización ambiental que se obtuvo al presentar el DEMA en 1998 y hacer la publicidad pertinente siga produciendo plenos efectos”.*⁴⁴¹

La Corte Constitucional reitera que fueron dos los fallos emitidos por el Consejo de Estado, los cuales datan del 26 de febrero de 1998 (Rad: 4500) y el 20 de agosto de la misma anualidad (Rad: 4599 y 4647). Es de anotar que se interpuso un recurso extraordinario de súplica en contra de la primera decisión, pero mediante Auto del 30 de abril de 1998 se declaró improcedente por falta de legitimación por activa.

Además, se destaca que el recurso extraordinario en cuestión procede contra sentencias ya ejecutoriadas. El artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, establecía:

“El recurso extraordinario de súplica, **procede contra las sentencias ejecutoriadas** dictadas por cualquiera de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado. Es causal del recurso extraordinario de súplica la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas. Los miembros de la sección o subsección falladora estarán excluidos de la decisión, pero podrán ser oídos si la sala así lo determina...”. (Negrilla no incluida en el texto original)

Aunque este hecho podría llevar a la ilegalidad del DEMA utilizado por Cerro Matoso S.A, al haber sido aprobado en 1998 contrariando: (i) La Ley 99 de 1993, y sus postulados relativos a la consulta previa ⁴⁴², y (ii) Lo sostenido por el Consejo de Estado, llama la atención que la empresa minera argumente que tal instrumento se encuentra vigente y produciendo plenos efectos jurídicos, a pesar de las irregularidades señaladas, y el transcurso de casi veinte años de explotación minera.

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, entidad accionada que ha intervenido en defensa de la empresa Cerro Matoso S.A,

⁴⁴¹ Visible a folio 5933 del Folder No. 9.

⁴⁴² El artículo 76 de la Ley 99 de 1993, establece que las actividades sometidas a licenciamiento ambiental deben respetar la integridad cultural de las comunidades étnicas y la consulta previa. La disposición citada, señala: “*De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades*”

contradice tal afirmación al indicar que el DEMA no es objeto de su control o seguimiento. En este sentido, arguye:

“Se debe resaltar enfáticamente que el proyecto a favor de Cerro Matoso S.A, no cuenta o tiene establecido, actualmente, Documento de Evaluación o Manejo Ambiental -DEMA-. Razón por la cual, el seguimiento y control no se realiza sobre dicha clase de documentos”.⁴⁴³
(...)

“Para finalizar, se dirá entonces que el ejercicio de la función de control y seguimiento ambiental que realiza esta Autoridad sobre el cumplimiento y eficacia de la implementación de los programas y fichas de manejo ambiental presentadas en el DEMA radicado el 24 de agosto de 1998, se hace como seguimiento a la licencia ambiental y su respectivo Plan de Manejo Ambiental, y no sobre DEMA alguno”.⁴⁴⁴ (Negrilla no incluida en el texto original)

Observando el expediente, se encuentra que los Informes de Cumplimiento Ambiental -ICA- presentados por la empresa demandada, mencionan de manera reiterada el DEMA como instrumento de control ambiental de su complejo minero. En la introducción del ICA N° 8, se referencia la interacción existente entre licencia ambiental, DEMA y permisos otorgados por la CVS:

“la empresa cuenta con un Documento de Evaluación y Manejo Ambiental (DEMA), elaborado y radicado ante la autoridad ambiental competente el 24 de agosto de 1998, de acuerdo a la normatividad entonces vigente Decreto 883 de 1997; adicionalmente dado el tipo de licencia ambiental que posee, CMSA ha tramitado ante la autoridad ambiental regional CVS, los permisos aplicables a su operación”. (...)

“Por ser un proyecto que existe antes de la ley 99 de 1993, la licencia ambiental otorgada a Cerro Matoso no incluye los permisos, concesiones y/o autorizaciones ambientales, para el uso, explotación y aprovechamiento de recursos naturales renovables, por lo tanto, los permisos necesarios son obtenidos por parte de CMSA a través de la Autoridad Ambiental Regional

⁴⁴³ Visible folio 5951 del Folder No. 9

⁴⁴⁴ Visible folio 5954 del Folder No. 9

– Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge -
CVS-”.⁴⁴⁵

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.

- Plan de Manejo Ambiental:

Pese a los requerimientos de la ANLA (2008 y 2011) para que se diseñara un Plan de Manejo Ambiental -PMA- que abarcara la totalidad de las actividades del complejo minero, sólo fue hasta el año 2015, estando en curso el proceso de tutela ante esta Corporación, que la empresa cumplió con esa exigencia.

La Autoridad Ambiental indica en su Auto No. 4533 del 14 de octubre de 2014, que:

“La empresa CERRO MATOSO S.A., en cumplimiento de los requerimientos efectuados en Auto 2981 del 25 de septiembre de 2008 y Auto 2470 del 1 de agosto de 2011, mediante radicado No. 4120-E1-7159 del 17 de febrero de 2014, allega el Plan de Manejo Ambiental Unificado de los programas comunes a las diferentes actividades y/o etapas del proyecto”.⁴⁴⁶

Conforme a la Resolución 032 del 16 de enero de 2015, se formularon múltiples observaciones y correcciones al PMA presentado por CMSA, algunas de las cuales fueron objeto de recurso de reposición. Sólo hasta el día 16 de julio de 2015, mediante la Resolución 0835, se dejó en firme la decisión de la ANLA y se allegó el Plan al expediente.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Visible a folios 3812 y 3813 del Folder No. 4.1

⁴⁴⁶ Visible a folio 5114 del Folder No. 5

⁴⁴⁷ Visible a folio 160 del Cuaderno No. 14

Con anterioridad al PMA Unificado, el control general de las operaciones extractivas se basaba en tres instrumentos: (i) El DEMA presentado en 1998, el cual versaba sobre la totalidad del complejo minero y la ampliación efectuada ese año; (ii) un Plan de Manejo Ambiental diseñado para la actividad denominada “Recuperación de Níquel de la Escoria (RNE)” de 2006; y (iii) otro Plan de Manejo Ambiental elaborado para la “Optimización de Quemadores de Combustible” llevada a cabo en 2010.⁴⁴⁸

El Plan de Manejo Ambiental Unificado inicia explicado este punto, en los siguientes términos:

“Es de resaltar que la presente unificación, se desarrolla con el fin [de] contar con un único instrumento de manejo y seguimiento ambiental actualizado, que les permita a las autoridades realizar el seguimiento y control correspondiente, y a la empresa igualmente, continuar llevando a cabo de manera eficiente sus actividades y fines operativos.

La siguiente tabla presenta la estructura de los planes de manejo originales (DEMA, PMA del proyecto de Recuperación de Níquel de la Escoria y PMA del proyecto de Optimización de Quemadores de Combustible) y el resultado de su unificación, que corresponde a la estructura del Plan de Manejo Ambiental Unificado de CMSA”.⁴⁴⁹

Como conclusión de este acápite, se destacan las siguientes irregularidades en los diferentes instrumentos de control ambiental de CMSA:

- El DEMA presentado en 1998 tiene como fundamento un Decreto declarado nulo por el Consejo de Estado;
- Dicha normativa exoneraba a las actividades mineras de obtener licencia ambiental y surtir el proceso que ello requería, incluyendo la obligación de consultar a las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas;
- Si bien CMSA argumenta que la Sentencia aludida no se encontraba ejecutoriada, se corrobora que ya existía una decisión en similar sentido, proferida el día 26 de febrero de 1998;

⁴⁴⁸ Visible a folio 38 y ss del Cuaderno No.18 C

⁴⁴⁹ Visible a folio 38 del Cuaderno No. 18 C

- La empresa accionada se amparó en la indeterminación de la licencia ambiental aprobada en 1982, para incrementar su producción mediante el Documento de Evaluación y Manejo Ambiental;
- Cerro Matoso S.A. y la ANLA tienen posiciones contradictorias respecto a la vigencia del DEMA, el primero sostiene que dicho instrumento continúa produciendo plenos efectos jurídicos, mientras que la Agencia niega tal afirmación.
- Sólo hasta el año 2015 se presentó un Plan de Manejo Ambiental Unificado para toda la operación de CMSA, en contravía de los requerimientos hechos por la ANLA en los años 2008 y 2011;
- Se comprueba que el DEMA de 1998, pese a sus irregularidades, fue el principal instrumento de control de ambiental durante casi dos décadas de explotación minera.

c. Ausencia de límites claros para las emisiones de níquel en el ordenamiento jurídico colombiano

- No existe normatividad alguna sobre calidad del aire relacionada con el níquel

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”* ⁴⁵⁰. Indica en otro aparte que, *“Colombia no cuenta con una norma o referencia para la concentración de níquel para calidad de aire”* ⁴⁵¹, debido a que la Resolución 610 de 2010 del Ministerio de Ambiente, Vivienda, y Desarrollo Territorial omite incluir el nivel máximo de concentración de ésta sustancia en el ambiente atmosférico.

En consecuencia, Cerro Matoso S.A sostiene que ejerce sus controles con base en: (i) los Criterios de Calidad del Aire de la Unión Europea incluidos

⁴⁵⁰ Afirmación que figura en el folder 2.5. “Níquel en calidad del aire”, aportado por Cerromatoso SA, folio, 7.

⁴⁵¹ Ibídem. Visible a folios 7-10.

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 µg/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 µg/m³ (promedio anual) y/o 0.1 µg/m³ (promedio diario).

Una revisión de la Resolución 610 del 24 de marzo de 2010, expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, evidencia que existe una definición del término “*valor límite de emisión*”. Según el artículo 1° del referido acto administrativo:

“**Norma de Calidad del Aire o Nivel de Inmisión:** Es el nivel de concentración legalmente permisible de sustancias o fenómenos contaminantes presentes en el aire, establecido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con el fin de preservar la buena calidad del medio ambiente, los recursos naturales renovables y la salud humana”.

La citada Resolución contiene un listado de sustancias contaminantes, con efectos cancerígenos, dentro de las cuales no figura el níquel:

ARTÍCULO TERCERO.- Modificar el Artículo 5 de la Resolución 601 de 2006, el cual quedara así:

“Artículo 5. Niveles Máximos Permisibles para Contaminantes No Convencionales con Efectos Carcinogénicos y Umbrales para las Principales Sustancias Generadoras de Olores Ofensivos. En la Tabla 2 se establecen los niveles máximos permisibles para contaminantes no convencionales con efectos carcinogénicos y en la Tabla 3 se establecen los umbrales para las principales sustancias generadoras de olores ofensivos.

Tabla 2. Niveles máximos permisibles para contaminantes no convencionales con efectos carcinogénicos

Contaminante No Convencional	Nivel Máximo Permissible (µg/m ³)	Tiempo de Exposición
Benceno	5	Anual
Plomo y sus compuestos	0,5	Anual
	1,5	24 horas
Cadmio	5 x 10 ⁻³	Anual
Mercurio inorgánico (vapores)	1	Anual
Tolueno	260	1 semana
	1.000	30 minutos
Vanadio	1	24 horas

Tabla 3. Umbrales para sustancias generadoras de olores ofensivos

Contaminante	Umbral (µg/m³)
Acetaldehído (C ₂ H ₄ O)	380
Ácido Butírico (C ₄ H ₈ O ₂)	4,0
Amoniaco (NH ₃)	35,0
Clorofenol (C ₆ H ₅ ClO)	0,1
Dicloruro de azufre (SCl ₂)	4,2
Etil mercaptano (C ₂ H ₅ SH)	0,5
Etil acrilato (C ₅ H ₈ O ₂)	2,0
Estireno (C ₈ H ₈)	200
Monometil amina (CH ₅ N)	27,0
Metil mercaptano (CH ₃ SH)	4,0
Nitrobenceno (C ₆ H ₅ NO ₂)	24,0
Propil mercaptano (C ₃ H ₈ S)	22,0
Butil mercaptano (C ₄ H ₁₀ S)	3,0
Sulfuro de dimetilo (C ₂ H ₅ S)	5,0
Sulfuro de hidrógeno (H ₂ S)	7,0

La pregunta que se realiza la Corte es la siguiente: si no existe en Colombia un valor límite de emisión para el níquel, y la misma empresa lo reitera en sus informes, ¿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 Colombia no se encuentran regulados niveles de níquel para cuerpos de agua de uso doméstico, consumo humano, uso pecuario ni para potabilización.**

En el dictamen rendido por el INMLCF se plantea que no existen valores límites de níquel para agua destinada a consumo humano y doméstico, ni para aquella de uso pecuario, tan sólo existiría una limitación frente a cuerpos de agua de uso agrícola:

“La reglamentación colombiana, según el artículo 40 del capítulo IV del decreto 1594 del 26 de Junio 1984 estableció los criterios de calidad admisibles para la destinación del recurso para uso agrícola en la que determinó que las concentraciones máximas permitidas para níquel en agua es de 0,2mg/L; no obstante, **no establece los niveles en aguas con destinación del recurso para consumo humano y doméstico ni para uso**

pecuario (Ministerio de Agricultura, 1984). Este decreto fue derogado por el decreto 3930 del 25 de Octubre de 2010 (Ministerio de Ambiente - Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010) y posteriormente modificado parcialmente mediante el decreto 4728 del 23 de diciembre de 2010 (Ministerio de Ambiente - Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010b), no obstante, se mantienen vigentes estos valores”. (Negrilla no incluida en el texto original)

Por su parte, la CVS señala que en Colombia no hay un límite o medida máxima de concentración de níquel para vertimientos en cuerpos de agua que requieren potabilización para su consumo.⁴⁵²

Al respecto indica:

“En el muestreo realizado a las aguas de la quebrada Uré, la quebrada Saíno (sic), Pozo Subterráneo de agua para consumo de la comunidad de caña flecha (sic), quebrada el tigre y un canal de aguas lluvias, se detectó la presencia de Níquel (Ni) a nivel(sic) bajos (trazas) en concentraciones que varían entre 13.03 µg Ni/L a 115.2 µg Ni/L en los diferentes puntos de muestreo, valores que están cumpliendo el rango exigido por el Decreto 1594/84 Art.41 (<200 µg Ni/L) para aguas de uso agrícola; **para potabilización no existe referencia en la normatividad colombiana**”.⁴⁵³ (Negrilla no incluida en el texto original)

La CVS indica que tampoco existe un valor límite para el hierro en los artículos 38 y 74 de la normativa citada, los cuales versan sobre potabilización del agua y control de vertimientos, respectivamente.⁴⁵⁴

Resulta necesario señalar que las disposiciones en comento son reiteradas en el Decreto 1076 de 2015, “Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”, en sus artículos 2.2.3.3.9.1 y siguientes.

La Corte corrobora lo sostenido por el INMLCF y la CVS, respecto a la ausencia de una normatividad clara, completa y suficiente para regular las

⁴⁵² Ibídem. Visible a folio 2288 del Folder 1.3. Informe del día 11 de julio de 2012.

⁴⁵³ Ibídem. Visible a folios 2291 del Folder 1.3. Informe del día 11 de julio de 2012.

⁴⁵⁴ Ibídem. Visible a folio 2343 del Folder 1.3. Informe del 10 de diciembre de 2012.

emisiones de níquel e hierro, situación que resulta contradictoria con décadas de explotación de ferroníquel por parte de la accionada.

- **La aplicación de niveles foráneos al control ambiental de la mina de CMSA resulta ambigua e imprecisa**

La empresa Cerro Matoso S.A sostiene que, al no existir unos valores límite nacionales, aplican dos estándares foráneos para la medición del níquel: (i) la Directiva 2004/107/CE del 15 de diciembre de 2004, relativa al arsénico, el cadmio, el mercurio, el níquel y los hidrocarburos aromáticos poli cíclicos en el aire; y (ii) la legislación ambiental canadiense del Estado de Ontario, es decir, el “*Ontario’s Ambient Air Quality Criteria*”.

La accionada aporta los siguientes mapas, donde figuran cinco estaciones de monitoreo de calidad del aire, y las confronta con la ubicación de seis comunidades indígenas (Pueblo Flecha, Puente Uré, Bocas de Uré, Centro América, Puerto Colombia y Torno Rojo). No se menciona la comunidad indígena de Guacarí-La Odisea, tampoco el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré:

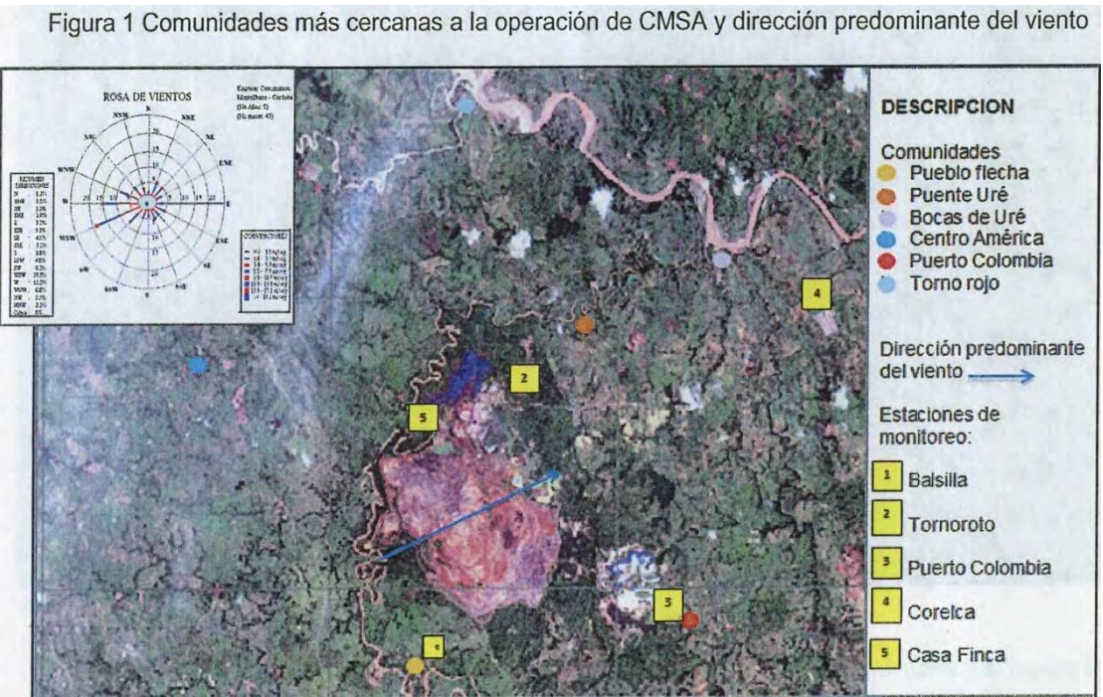


Figura 2 Imagen satelital ubicación estaciones de calidad de aire



La empresa afirma que las referidas estaciones de monitoreo de calidad del aire se ajustan a los requerimientos estipulados en el Protocolo de Monitoreo y Seguimiento de Calidad del Aire (Resolución 2154 de 2010) del Ministerio de Ambiente. De igual manera, para la determinación de las concentraciones de material particulado, se toman en cuenta los métodos acogidos por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, avalados por la legislación colombiana.

A primera vista, podría pensarse que la accionada actúa responsablemente en materia ambiental, ante la ausencia de unos niveles nacionales para la medición de níquel, decidió aplicar unos foráneos. Sin embargo, la Corte advierte lo siguiente:

La postura de Cerro Matoso frente al estándar ambiental europeo es contradictoria, por un lado, afirma someterse al texto de la Directiva 2004/107/CE del 15 de diciembre de 2004; por el otro, la desacredita afirmando que el cumplimiento de los límites, no implica la inexistencia de un riesgo para la salud humana y el medio ambiente:

“Los datos científicos muestran que el arsénico, el cadmio, el níquel y algunos hidrocarburos aromáticos poli cíclicos son cancerígenos genotóxicos para el ser humano y que **no hay ningún límite identificable por debajo del cual estas sustancias no constituyan un riesgo para la**

salud humana. El impacto en la salud humana y el medio ambiente se produce a través de las concentraciones en el aire ambiente y el depósito. A efectos de rentabilidad, hay determinadas zonas donde no pueden alcanzarse las concentraciones de arsénico, cadmio, níquel e hidrocarburos poli cíclicos aromáticos que no suponen un riesgo considerable para la salud humana.” (...)

“En particular, **los valores objetivo de la presente Directiva no se consideran normas de calidad medioambiental ...**”. ⁴⁵⁵ (Negrilla no incluida en el texto original)

La misma empresa reconoce que los Valores Límite deben aplicarse de acuerdo al contexto que implica cada caso concreto:

“En cuanto a la aplicación de estos valores objetivos en entornos industriales, la Unión Europea plantea que estos deben ser aplicados de manera razonable y teniendo en cuenta el contexto de la operación y la viabilidad de la actividad industrial”. ⁴⁵⁶

Como se ha explicado en el numeral 3.4.5 de esta Sentencia, con relación a la sobrestimación del valor probatorio de los Valores Límites, en su creación y aplicación deben tenerse en cuenta las particularidades de cada país y región, así como la clase de explotación minera que se esté llevando a cabo.

Cerro Matoso también incurre en la siguiente ambigüedad: por una parte, afirma la inexistencia de valores límite para níquel en el ordenamiento colombiano; por la otra, sostiene que:

“Los principales agentes de riesgo evaluados por CMSA de manera periódica corresponden a material particulado, **níquel** insoluble, sílice cristalina cuarzo, humos de alquitrán y polvo respirable, entre otros.

Los resultados de tales mediciones demuestran que **CERRO MATOSO en ningún caso supera los límites permitidos por la ley, razón por la**

⁴⁵⁵ Visible a folios 3350 y 3351 del Folder 2.5.

⁴⁵⁶ Visible a folio 3351 del Folder 2.5.

cual no es posible imputarle ninguna violación de los derechos alegados en la tutela”.⁴⁵⁷ (Negrilla no incluida en el texto original)

Adviértase que, si la Resolución 610 de 2010 del Ministerio del Medio Ambiente no incluyó los valores límites de emisión de níquel, no se entiende de qué forma, a través de sus cinco (5) estaciones de monitoreo, la empresa Cerro Matoso ha venido verificando su cumplimiento. Además, como se evidenciará en un apartado posterior, en varias ocasiones se han superado límites internacionales para el níquel y el hierro.

En conclusión, se observa que: (i) En Colombia no existe una norma que regule valores máximos para emisiones de níquel a la atmosfera; (ii) Tampoco se ha estipulado un límite de concentración de ese metal para cuerpos de agua destinados a uso doméstico, consumo humano, uso pecuario o potabilización; (iii) El ordenamiento jurídico omite regular el hierro para caudales que requieren potabilización para su consumo y para el control de vertimientos; (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.

d. Imprecisión de las mediciones realizadas por la empresa accionada

De forma adicional a lo anterior, se destaca el documento aportado por el mismo Cerro Matoso S.A a esta Corporación, titulado “*Estimación de emisiones y modelación de la dispersión de contaminantes del complejo minero de Cerro Matoso S.A ubicado en Montelíbano, Córdoba*”⁴⁵⁸, en cuanto admite la existencia de factores que afectan la precisión de los cálculos que realiza la empresa respecto a sus emisiones:

“El uso de factores de emisión en el presente modelo **posee grandes niveles de incertidumbre** y solo hasta que sea validado el modelo regionalmente se podrá considerar que es ajustado a la realidad, mientras tanto **los valores**

⁴⁵⁷ Visible a folio 33 del Cuaderno No. 18

⁴⁵⁸ Visible a folio 3493 del Folder 2.5.

deben ser considerados con cautela y tomados de un modo semicuantitativo". ⁴⁵⁹ (negrillas agregadas)

A manera de conclusión, se afirma:

“Tal como se es ratificado en el texto anterior, las predicciones halladas por parte del modelo de dispersión no calibrado son útiles para identificar fuentes principales, las áreas más sensibles, las fuentes que deben ser objeto de los principales controles, **pero nunca deben tomarse como conclusiones definitivas desde el punto de vista cuantitativo**". ⁴⁶⁰ (negrillas agregadas)

(...)

“El anterior concepto se debe interpretar teniendo en cuenta que en este estudio **no se consideraron mediciones de calidad del aire de fondo para la mayoría de los contaminantes analizados**, lo cual se deben sumar a los resultados del modelo de cada uno de los receptores para determinar las consideraciones totales”. ⁴⁶¹ (negrillas agregadas)

La empresa accionada admite entonces que el modelo empleado para recolectar la información sobre la calidad del aire ofrece importantes limitaciones e incertidumbres y que, por lo tanto, deber ser leído “*en sus capacidades reales*”, lo que significa que, en sus propias palabras: (i) el modelo es fiable “*estimando los puntos de mayor concentración*”; y (ii) los resultados “*dan un orden de magnitud probable y solo en esas dimensiones puede ser interpretado*”. ⁴⁶²

De igual manera, se admite que “*no se consideraron mediciones de calidad del aire de fondo para la mayoría de los contaminantes analizados*”. ⁴⁶³

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

⁴⁵⁹ Ibídem. Folio 3544.

⁴⁶⁰ Ibídem. Folio 3545.

⁴⁶¹ Ibídem. Folio 3547.

⁴⁶² Ibídem. Folio 3543.

⁴⁶³ Ibídem. Folio 3546.

automático del vínculo de causalidad entre la actividad minera y las afectaciones a la salud y al medio ambiente.

e. Errores y omisiones en los actos administrativos de seguimiento y control ambiental

Las actividades de inspección y vigilancia sobre CMSA han corrido por cuenta de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge -CVS-, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Un examen de los diversos actos administrativos proferidos por aquéllas⁴⁶⁴, pone de presente que, si bien se ha ejercido un control ambiental permanente sobre el complejo minero de CMSA, también lo es que éste no ha escapado de diversos errores y omisiones graves, los cuales se enuncian a continuación y se explican de forma detallada con posterioridad:

- A pesar de la inexistencia de Valores Límite de emisión de níquel, las autoridades ambientales han certificado su continuo cumplimiento.
- Ausencia de estudios de calidad de aire por parte de la CVS debido a la falta de recursos.
- El seguimiento ambiental del complejo minero ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la Contraloría General de la República.
- Incumplimientos de CMSA a obligaciones establecidas por las autoridades ambientales.

⁴⁶⁴ Visibles en el argollado número 5. “Actos administrativos de seguimiento de la ANLA”. Incluye los siguientes actos administrativos: Auto No. 2876, día 11 de septiembre de 2012, Resolución No. 0317 del día 11 de abril de 2013, Auto No. 1083 del día 19 de abril de 2013, Auto No. 3569 del día 22 de octubre de 2013, Resolución 0095 del día 04 de febrero de 2014, Resolución 1188 del día 10 de octubre de 2014 y Auto No. 4533 del día 14 de octubre de 2014.

- **A pesar de la inexistencia de valores límites de emisión de níquel, inexplicablemente, las autoridades ambientales colombianas han certificado su cumplimiento**

La empresa Cerro Matoso sostiene que las respectivas autoridades ambientales, han realizado un estricto monitoreo de sus actividades, sin encontrar irregularidad alguna:

“La efectividad de estas medidas de control se verifica mediante el monitoreo de la calidad del aire en los alrededores de la operación. Las mediciones, los estudios de la calidad del aire, auditorías internas y externas, y las revisiones realizadas por las autoridades ambientales (CVS y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) demuestran que las emisiones al aire de Cerro Matoso no tienen impactos en la calidad del aire de las comunidades vecinas”.⁴⁶⁵

Una revisión de las actuaciones de seguimiento y monitoreo ambiental, adelantadas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y la Corporación del Valle del Sinú -CVS-, conducirían a concluir que Cerro Matoso ha cumplido con los estándares en materia de emisión de níquel.

Así, por ejemplo, mediante Auto número 2870 del 11 de septiembre de 2011, *“Por el cual se efectúa seguimiento y control ambiental”*, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), concluyó:

“Calidad del aire

Los resultados de los muestreos de calidad del aire mostraron cumplimiento de la Resolución 610 de 2010.

Durante la visita de seguimiento al proyecto se verificó en campo que los procedimientos se realizaran de manera adecuada”⁴⁶⁶. (Negritillas agregadas)

⁴⁶⁵ CMSA, Respuestas la Contraloría General de la República, folder número 9, folio 7.

⁴⁶⁶ CMSA, Actos administrativos de seguimiento de la ANLA, 2014, folder número 5.

En el Auto No. 2876 del 11 de septiembre de 2012, también se sostiene: *“en la visita se verificó que los equipos se encontraban en buen estado de mantenimiento (...) En general se puede afirmar que en base (sic) a los monitoreos de calidad de aire efectuados por la red de monitoreo de CMSA operada por un laboratorio acreditado por el IDEAM, la calidad del aire en la zona se encuentra en niveles aceptables”*. Visible a folios 35 y 36 del auto mencionado, incluido en el Folder 5.

En igual sentido, por medio de Auto número 1083 del 19 de abril de 2013, *“Por el cual se efectúa seguimiento y control ambiental”*, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), afirmó:

“Según los resultados obtenidos por el sistema de vigilancia de la calidad del aire de Cerromatoso SA, durante el período evaluado, en el presente seguimiento se encontró que los valores reportados estuvieron por debajo de los límites máximos permisibles según la Resolución 610 de 2010, y se verificó (sic) los procesos de recolección de los datos, lo cual permitió verificar que los procesos de recolección de información están bien ejecutados bajo los parámetros de IDEAM.

Con lo que se puede concluir que **los niveles de emisión se encuentran bajo los estándares de la normatividad ambiental**, a pesar de que se presentan eventos no contemplados en las líneas de producción que generan columnas de humo durante el proceso productivo, los niveles de calidad del aire se han mantenido y no han presentado valores que comprometan la calidad del aire”. (Negritas agregadas)

No obstante, sorprenden las afirmaciones realizadas, ya que no se explica con base en qué medida de calidad del aire se puede llegar a tales conclusiones, debido a que de acuerdo a lo aducido por la misma entidad accionada ⁴⁶⁷ y lo explicado en esta providencia, en Colombia no existe una norma que fije un límite para la concentración de níquel en el aire.

A modo de conclusión, surgen los siguientes interrogantes:

- ¿Por qué se afirma que Cerro Matoso no ha afectado la calidad del aire y ha cumplido los estándares de la normatividad ambiental, cuando lo cierto es que, como se ha explicado, en Colombia no existe regulación relativa a valores límite aplicables a las emisiones de níquel, y justamente, ese metal es el principal agente explotado?;
- ¿Por qué la autoridad ambiental concluyó que *“los niveles de emisión se encuentran bajo los estándares de la normatividad ambiental”*, con base en los datos reportados por la misma empresa

⁴⁶⁷ Visible a folio 7-10 del Folder 2.5

sometida a inspección y vigilancia, sin confrontarlos con mediciones propias?

- **Ausencia de estudios de calidad de aire por parte de la CVS debido a la falta de recursos**

La empresa Cerro Matoso S.A, en un documento titulado “*Taller ambiental: calidad del aire (2014), en materia de permisos y autorizaciones de emisiones atmosféricas vigentes*”, explica que su licencia ambiental y Planes de Manejo son complementados por distintos permisos otorgados por la CVS:

“El manejo del recurso aire en Cerro Matoso se realiza de acuerdo a lo establecido en sus Planes de Manejo Ambiental, aprobados y auditados por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- (*Ver Anexo 3 Permiso de emisiones de CMSA*), **y el permiso de emisiones atmosféricas otorgado y auditado por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge CVS** (ver Anexo 3 Permiso de emisiones de CMSA), a través de Resolución 1.6541 de octubre de 2012, el cual incluye las fuentes fijas de las líneas 1 y 2 (secadores y calcinadores), chimenea del calcinador de RNE, entre otras fuentes; para un total de 13 fuentes fijas que serán descritas en los numerales 3.1., 3.2, 3.3 y 3.4 del presente documento.”⁴⁶⁸ (Negrillas agregadas)

No obstante, la misma accionada reconoce que el Director de la CVS, mediante oficio del 17 de octubre de 2013, informó que esa Corporación no ha realizado estudios de calidad del aire en la región:

“En el ámbito regional, la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del Sn Jorge – CVS -, a través de oficio con radicado No. 060-4630 de 17 de octubre de 2013, dio respuesta al comunicado de CMSA con radicado No. 6515 de 23 de septiembre de 2013, en el cual la empresa solicita copia de los informes de mediciones de material particulado realizadas por la CVS en la atmosfera de la zona de influencia de CMSA, a lo cual **la CVS respondió, que hasta la fecha no ha realizado estudios de calidad del aire en esta zona**, teniendo en cuenta que la Corporación

⁴⁶⁸ Visible a folio 2637 del folder número 2.1.

no posee los recursos necesarios para desarrollar estas mediciones”.⁴⁶⁹
(Negrillas agregadas)

En otro acápite, el Ministerio de Salud indica que, de acuerdo a lo sostenido por la CVS, esta entidad fundamenta su control ambiental en los datos aportados por la misma empresa CMSA:

“En reunión con la Corporación Autónoma esta menciona que no cuenta con red de monitoreo de calidad del aire en el municipio de Montelíbano, **tan solo cuenta con los datos entregados por la administración de la mina de Cerro Matoso** al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible”.⁴⁷⁰ (Negrillas agregadas)

Lo anterior significa que, a pesar de que la CVS fue la autoridad ambiental que otorgó los permisos de emisiones atmosféricas a CMSA, reconoce que no ha realizado una labor propia de seguimiento y control. De allí que, utiliza los datos aportados por la misma empresa, sin llevar a cabo tarea alguna de contraste o verificación, para ejercer sus funciones. En otras palabras, 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.

- **El seguimiento ambiental del complejo minero ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la Contraloría General de la República**

El ente de control fiscal, en enero de 2013, rindió un informe sobre la explotación de Cerro Matoso S.A, en el cual se incluyen los siguientes temas: (i) Desarrollo cronológico de las concesiones mineras 866-63 y 1727-71; (ii) La Declaración de Efecto Ambiental de 1981; (iii) Verificación documental y de campo de las acciones adelantadas por Cerro Matoso S.A, en cumplimiento de las autorizaciones ambientales; (iv) Complemento al estudio de impacto ambiental PMA del proyecto de recuperación de níquel de la escoria RNE de 2006; (v) Seguimiento a los instrumentos administrativos de gestión ambiental por parte de la

⁴⁶⁹ Visible en el anexo número 9 al folder número 2.1.

⁴⁷⁰ Visible a folio 177 del Cuaderno 3 A.

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales; y (vi) Conclusiones y resultados.⁴⁷¹

En sus comentarios finales, la Contraloría crítica duramente: (i) el monitoreo que viene realizando Cerro Matoso en relación con la contaminación de los recursos hídricos y el aire, y (ii) el trabajo de vigilancia realizado por las autoridades ambientales en la materia.

En relación con las mediciones realizadas por la empresa, señala:

“Cerro Matoso S.A. no cuenta con una red de monitoreo de variables hidrometeorológicas que permita ajustar los modelos de comportamiento de caudales de las corrientes hídricas directamente afectadas, ni de las calidades de los recursos hídricos y atmosféricos. Por el contrario, variables tan fundamentales como caudales son estimados y la dirección y velocidad del viento se toman de estaciones ubicadas en zonas alejadas y con paisajes totalmente diferentes, por lo cual **no resultan precisas para la predicción de un comportamiento ni la medición de las afectaciones.**

Los informes de cumplimiento ambiental presentados por Cerro Matoso S. A. carecen de evaluaciones al comportamiento de los indicadores en series históricas de largo plazo, aspecto que de acuerdo a los compromisos adquiridos puede construirse con el fin de evaluar los impactos acumulativos y sinérgicos más que puntuales y aislados”.⁴⁷²(Negrillas agregadas)

Argumenta que CMSA no ha actualizado adecuadamente la información del complejo minero y sus impactos ambientales a lo largo de 30 años de operación, toda vez que no existe un reporte claro y sistemático de indicadores que permitan conocer la evolución de las características fisicoquímicas del agua y aire en la zona⁴⁷³. Como consecuencia de ello, sostiene que no se debieron admitir las sucesivas modificaciones a la licencia ambiental de la empresa, toda vez que no se logra garantizar la mitigación de sus impactos:

“Los estudios base que se han presentado para obtener las modificaciones a la Licencia que manifiesta tener Cerro Matoso S.A. **han carecido de**

⁴⁷¹ Visible a folios 237 a 273 del Cuaderno 3 A.

⁴⁷² Ibídem.

⁴⁷³ Visible a folio 263 del Cuaderno 3 A

información que permita realizar un seguimiento y monitoreo a la calidad ambiental del área de influencia directa e indirecta del complejo minero industrial.

Por ello no es comprensible que la autoridad ambiental competente haya otorgado las autorizaciones correspondientes para la modificación de la Licencia, bajo los parámetros presentados por la compañía de Cerro Matoso S.A. permitiendo así la explotación en **condiciones que no garantizan el control y mitigación de los impactos ambientales** asociados.”⁴⁷⁴ (Negrilla no incluida en el texto original)

Respecto a la forma como las diversas autoridades ambientales han venido monitoreando las actividades extractivas desarrolladas por Cerro Matoso, se lee:

“Los informes de cumplimiento ambiental se presentan de forma anual en el mes de agosto y la autoridad ambiental competente ha realizado las visitas de seguimiento de forma previa a este mes y se ha identificado, que se toma por lo menos cuatro (4) meses para elaborar y remitir el auto correspondiente, por tanto **la información que se verifica tiene dos años vencidos y los requerimientos que se realizan se verifican dos años después.**

Dado que la minería a cielo abierto tiene enormes consecuencias conocidas sobre la hidrogeología del área en la cual se adelanta, **no es comprensible que la autoridad ambiental haya avalado el estudio Hidrogeológico elaborado por Cerro Matoso S.A.** cuando no da cumplimiento a los compromisos adquiridos en el Plan de Manejo Ambiental presentado para la aprobación de la Recuperación del Níquel de Escoria - RNE, en lo relacionado a la elaboración de sondeos eléctricos verticales que permitieran un conocimiento detallado de la estratigrafía del área, así como la correlación de variables que permiten establecer la calidad de los diferentes acuíferos del área (almacenamiento, transmisividad, conductividad)”.⁴⁷⁵ (Negrillas agregadas)

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

⁴⁷⁴ Ibídem.

⁴⁷⁵ Ibídem.

de Licencias Ambientales, y (iii) Ministerio de Minas y Energía. En los siguientes términos:

“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”.⁴⁷⁶ (Negritas agregadas)

De este documento se destacan los siguientes apartes, relativos a la problemática de salud existente en las comunidades étnicas afectadas y su relación con los vacíos en el control y seguimiento ambiental realizado a CMSA:

“La Contraloría General de la República - CGR dentro de su labor de control de los recursos públicos y gestión del Estado ha venido señalando las **graves deficiencias y debilidades presentadas en el desarrollo de explotación minera** adelantada por la empresa Cerro Matoso S.A. - CMSA, así como de los procesos de seguimiento, monitoreo y control que en cumplimiento de sus funciones han llevado a cabo las entidades ambientales del Estado competentes en esta materia.

En particular la CGR ha detectado numerosos **vacíos en la aplicación de la normativa ambiental** que regula la materia, así como en el seguimiento y control del cumplimiento de las obligaciones ambientales que corresponden a la empresa CMSA por parte del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible - MADS y más recientemente de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, que **impide verificar que las acciones dirigidas a prevenir**, mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos

⁴⁷⁶ Visible a folio 266 del Cuaderno 3 A

ambientales que producen las actividades de explotación, transformación y entrega de ferro níquel **hayan sido efectivas.**” (...)

“**No se cuenta con estudios sólidos que permitan garantizar** que se han mantenido las condiciones de **calidad del aire** ni de los recursos hídricos superficiales y subterráneos en niveles que aseguren **el buen estado de salud de los habitantes** de los centros poblados aledaños, por ello, se pueden configurar pasivos sociales por problemáticas de salud pública derivados de la exposición de habitantes a elementos dañinos que se encuentran relacionados en liga íntima con el hierro y el níquel que se constituyen en el objeto de la explotación minera y su posterior transformación en ferroníquel.

Por otra parte, el Contrato de concesión 051 - 96M, del cual hoy hacen parte las áreas de las concesiones 866 de 1963, 1727 de 1970 que expiraron el 30 de septiembre de 2012, señala expresamente la **obligación de Cerro Matoso S.A. de acatar la normatividad ambiental vigente**, que incluye, como es de pleno conocimiento, el trámite y obtención de Licencia Ambiental para el desarrollo de actividades de explotación, proceso que aún no se ha adelantado. Al ser incorporadas las áreas de los Contratos 866 y 1727 en el Contrato de Aporte 051-96M, el instrumento ambiental (licencia de 1981), con el que eventualmente contaban, dejó de tener efecto, conforme se dispone en el artículo 208 del Código Minas, norma a la que se acogió la empresa Cerro Matoso en 2002.”⁴⁷⁷ (Negrillas no incluidas en el texto original)

En conclusión: el ente de control critica duramente la forma en la cual Cerro Matoso ha monitoreado sus niveles de contaminación y ha actualizado la información relativa a su impacto ambiental en la zona; también, cuestiona la calidad y eficacia de las labores de control ejercidas por las distintas autoridades estatales encargadas de salvaguardar el medio ambiente y la salud de las comunidades étnicas aledañas.

⁴⁷⁷ Visible a folios 266 a 268 del Cuaderno 3 A.

- Incumplimientos de la empresa respecto a obligaciones establecidas por las autoridades ambientales

En el texto del Auto número 3569 del 22 de octubre de 2013, expedido por la Directora General de la ANLA bajo el título “*Emisiones atmosféricas. Explotación de la mina*”, ⁴⁷⁸ se evidencia que la empresa tiene permisos ambientales vencidos sin que se realice advertencia alguna al respecto:

“Mediante Resolución 9870 del 27 de diciembre del 2005 se otorgó permiso de emisiones (Línea 2) por parte de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge por 5 años hasta el 6 de diciembre de 2011, **el cual actualmente se encuentra vencido.**

Mediante Resolución 13045 del 24 de febrero de 2009 se otorgó permiso de emisiones atmosféricas al proyecto (RNE) por parte de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge por 5 años **hasta el 29 de septiembre de 2013.**

Mediante Resolución 12571 del 09 de septiembre de 2008 se otorgó permiso de emisiones atmosféricas al proyecto (RNE) por parte de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge por 5 años **hasta el 29 de septiembre de 2013.**” (negritas agregadas)

Como puede advertirse, a 22 de octubre de 2013, fecha de expedición del Auto número 3569, el permiso de emisiones de la línea 2 de CMSA se encontraba vencido hacia casi dos años, en tanto que aquellos referentes a las emisiones atmosféricas al proyecto (RNE), también lo estaban desde hacía varias semanas. A pesar de encontrarse probadas tales irregularidades, en la parte resolutive del citado acto administrativo se omite adoptar medida alguna en contra de CMSA.

Es más, en el expediente se evidencia que, la ANLA había identificado el vencimiento del permiso de emisiones atmosféricas de la línea 2 con un año de anterioridad. El Auto número 2876, proferido el día 11 de septiembre de 2012, reza así:

⁴⁷⁸ Visible a folio 5049 del folder número 5.

“Mediante Resolución 9870 del 27 de diciembre del 2005, la CVS otorga permiso a la empresa para la línea 2, por el término de cinco (5) años el cual vence en diciembre 06 de 2011.

Al momento de la visita se verificó que el permiso se encuentra actualmente vencido”. ⁴⁷⁹ (Negrilla no incluida en el texto original)

Tal situación es una muestra más de las irregularidades e ineficiencias del control ambiental ejercido al complejo minero. No sólo se evidencia que una de las dos líneas de producción ha realizado continuas emisiones con permisos ambientales vencidos, también, que ello fue identificado y debidamente registrado por la ANLA en dos de sus Autos de seguimiento (11 de septiembre de 2012 y 22 de octubre de 2013), sin embargo, de forma llamativa, no se toma ninguna medida o se impone una sanción al respecto.

Por otra parte, la Autoridad ambiental mencionada advierte que uno de los depósitos lateríticos de la mina presenta peligro de sobresaturación, así como uno de los botaderos de escoria:

“Se debe indicar cuál es la capacidad de sedimentación del Pit 6, ya que **a simple vista pareciera que todos estos sedimentos pasarían al embalse 1** y este está disminuyendo su capacidad.” (...)

“Se considera pertinente solicitar a la empresa la información concerniente con el manejo y las medidas tomadas con los botaderos que se encuentran, o fueron suspendidos según el Anexo 43, los cuales **han presentado problemas de agrietamiento o sobresaturación** 1FP, 1EM-2, 1EM-1, 1DPS-2, 1DS-1, 1BLO-1, 1BLO.” ⁴⁸⁰ (Negrilla no incluida en el texto original)

De forma adicional, el Auto 2876 del 11 de septiembre de 2012, proferido por la ANLA, identifica al menos nueve (9) incumplimientos por parte de CMSA, los cuales se referencian a continuación:

⁴⁷⁹ Visible a folio 4912 del Folder No. 5

⁴⁸⁰ Visible a folio 4925 del Folder No. 5

(i) Utilizar agua subterránea de la región sin tener autorización para ello⁴⁸¹; (ii) Infringir la exigencia hecha desde el año 2003, respecto a la realización de un programa de reconformación morfológica y paisajística⁴⁸²; (iii) No presentar imágenes actualizadas de la zona de explotación minera⁴⁸³; (iv) Abstenerse de incluir en el ICA N° 6, los ajustes relacionados con los volúmenes de explotación de ferroníquel, estériles, desarrollo de tajos, entre otros⁴⁸⁴; (v) Incumplir su obligación de precisar en el ICA, los recursos naturales que estima se verán afectados en la siguiente anualidad⁴⁸⁵; (vi) No aportar información socioeconómica de las comunidades que se encuentran en su área de influencia⁴⁸⁶; (vii) Omitir los datos respectivos al aprovechamiento de 44 árboles en la zona sur de Uré⁴⁸⁷; (viii) Reincidir en la falta de información sobre los volúmenes de explotación, desarrollo de tajos y otras actividades que lleva a cabo⁴⁸⁸; y (ix) Abstenerse de remitir la georreferenciación de sus labores de siembra con la especie *guadua*⁴⁸⁹.

Pese a todo ello, nunca se ha sancionado a la empresa Cerro Matoso, inaplicando así lo sostenido en la parte resolutive de los Autos y Resoluciones que emite ANLA:

“El incumplimiento de las obligaciones establecidas o requeridas en el presente acto administrativo y en la normatividad ambiental vigente **dará lugar a la imposición y ejecución de las medidas preventivas y sanciones que sean aplicables** según el caso, de conformidad con lo establecido en la Ley 1333 del 21 de julio de 2009, o cuando quiera que las condiciones y exigencias establecidas en la Licencia no se estén cumpliendo conforme a los términos definidos en el acto de su expedición, se dará aplicación del artículo 62 de la Ley 99 de 1993”. (Negrilla no incluida en el texto original)

En conclusión, CMSA no sólo ha incurrido en irregularidades e imprecisiones a lo largo de treinta y cinco años de exploración y

⁴⁸¹ Visible a folio 4926 del Folder 5.

⁴⁸² Ibídem. Folio 4931

⁴⁸³ Ibídem

⁴⁸⁴ Ibídem. Folio 4934

⁴⁸⁵ Ibídem.

⁴⁸⁶ Ibídem. Folio 4935

⁴⁸⁷ Ibídem.

⁴⁸⁸ Ibídem.

⁴⁸⁹ Ibídem. Folios 4950, 5109, 5188, entre otros

explotación minera, también ha incumplido las obligaciones ambientales que le han sido impuestas. Aunque la ANLA, una de las entidades encargadas de su control y seguimiento, ha identificado tales infracciones, no ha ejercido sus facultades correctivas y sancionatorias al respecto en perjuicio de la salud de las personas que habitan en su zona de influencia y de la preservación del medio ambiente circundante.

f. Presencia recurrente de emisiones no controladas de escoria que llegan a las comunidades

Como se ha explicado, la empresa Cerro Matoso S.A. cuenta con un extenso proceso productivo caracterizado por las siguientes fuentes de posible contaminación: (i) el complejo industrial, conformado por 12 centros puntuales de emisión (chimeneas); (ii) 12 fuentes de área, principalmente zonas de explotación; y (iii) 35 fuentes de volumen, entre los cuales, se destacan 29 botaderos de escoria.⁴⁹⁰

Una revisión de los Autos proferidos por la ANLA, en materia de alteración de la calidad del aire, pone de presente la existencia de múltiples inconsistencias relacionadas con nubes de escoria. En primer lugar, se afirma que las emisiones de la mina se encuentran bajo los estándares señalados por la normatividad ambiental, y que ello garantiza la protección de las comunidades étnicas aledañas; no obstante, se reconoce que se han presentado “*eventos no contemplados en las líneas de producción que generan columnas de humo durante el proceso productivo*”.⁴⁹¹

En Auto número 1083 del 19 de abril de 2013, la Dirección General de la ANLA, se manifiesta:

“Con lo que se puede concluir que los niveles de inmisión de contaminantes se encuentran bajo los estándares de la normatividad ambiental, **a pesar de que se presentan eventos no contemplados en las líneas de producción que generan columnas de humo** durante el proceso productivo, los niveles de calidad de aire se han mantenido y no han presentado valores que comprometan la calidad del aire”.⁴⁹²

⁴⁹⁰ Visible a Folios 3528-3530 del Folder 2.5.

⁴⁹¹ Visible a folio 5015 del folder número 5.

⁴⁹² Visible a folio 5015 del Folder No. 5.

Al año siguiente, la ANLA mediante Auto del 10 de octubre de 2014, reitera que se verificaron “*emisiones dispersas*” y “*emisiones no controladas*”, frente a lo cual no procede a imponer sanción alguna a la empresa, tan sólo establece medidas preventivas:

“Para evitar las **emisiones de material particulado** por erosión eólica o acción del viento en los botaderos de escoria con y sin metal, es necesario que se aplique un producto aglomerante, el cual se encargue de mantener el material húmedo, principalmente en las áreas perimetrales del botadero en dirección a las poblaciones, evitando de manera significativa las emisiones fugitivas”.

“Abstenerse de depositar la escoria fina procedente de los canales, en la parte alta de los botaderos” (...)

“Presentar en un término máximo de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria del presente acto, un cronograma de mediciones de calidad del aire y determinar la eficiencia de las medidas implementadas para controlar las **emisiones dispersas**, al igual que el posible impacto que se pueda generar por las **emisiones no controladas** al calcinador de la línea 2, en las poblaciones de Puerto Uré y Puerto Colombia”.⁴⁹³ (Negrilla no incluida en el texto original)

En el mismo sentido, la ANLA en Auto del 14 de octubre, reporta la existencia de “*eventos aislados no contemplados*” y “*emisiones sin control*”, a pesar de ello, continúa certificando la calidad del aire y el cumplimiento de la normatividad ambiental:

“Por lo tanto se puede concluir que los niveles de inmisión de contaminantes se encuentran cumpliendo los estándares de la normatividad ambiental, **a pesar de que se continúan presentado eventos aislados no contemplados en las líneas de producción que generan emisiones sin control** por períodos de tiempo muy cortos durante el proceso productivo, sin que se comprometa la calidad del aire en la zona de influencia”.⁴⁹⁴

⁴⁹³ Visible a folio 5108 del Folder No. 5.

⁴⁹⁴ Visible a folio 5177 del Folder No. 5.

En conclusión, a pesar de que los sucesivos controles realizados por la ANLA a la empresa Cerro Matoso S.A., demuestran que se han presentado “*emisiones sin control*”, “*emisiones no controladas*” y “*columnas de humo*”, inexplicablemente, dicha entidad siempre concluye que no se encuentra comprometida la calidad del aire en la zona, y tampoco aplica medidas sancionatorias por tales hechos.

g. Estimación contradictoria de la dirección de los vientos

Una revisión de las pruebas aportadas por la empresa Cerro Matoso S.A. pone de presente la existencia de contradicciones en punto a la medición de la dirección del viento, situación que tiene un impacto directo sobre la calidad de las mediciones del aire y el nexo causal con las diversas afectaciones que sufren las comunidades indígenas y afrodescendientes.

La empresa accionada sostiene:

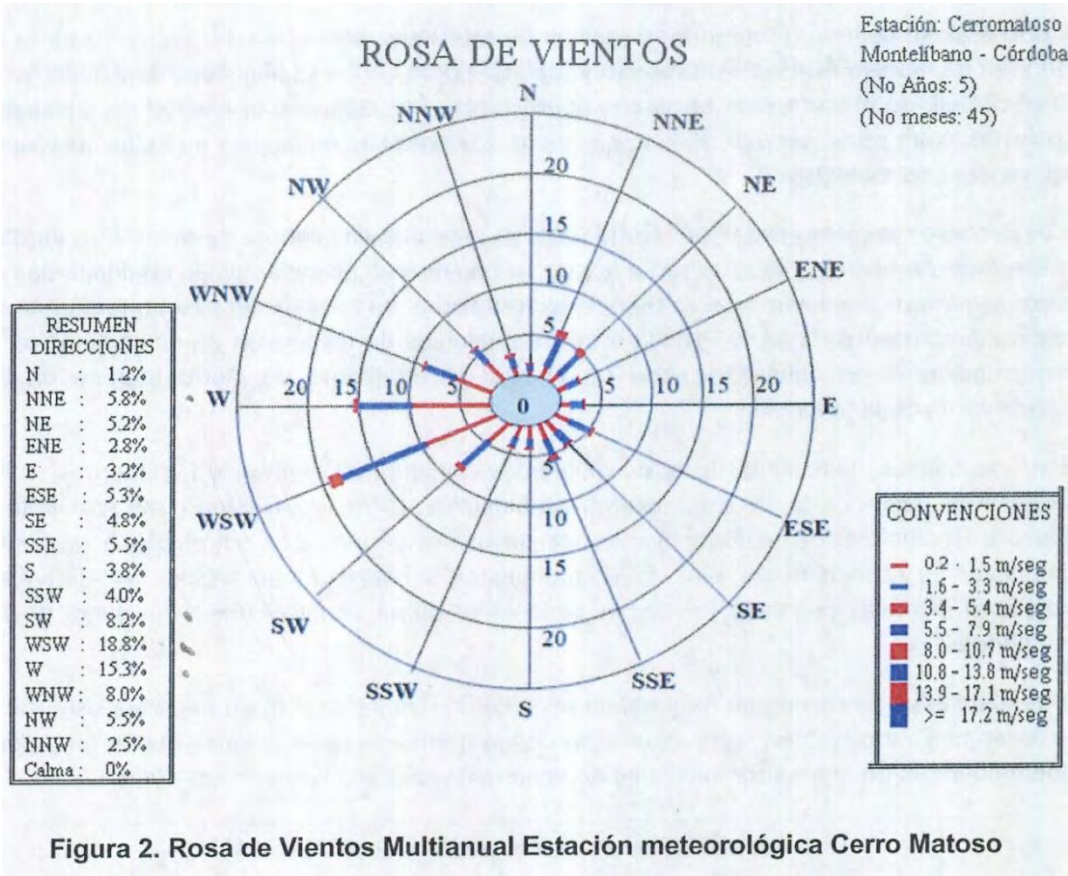
“3. Sobre la dirección del viento en Cerro Matoso

La dirección del viento en Cerro Matoso se encuentra graficada en la rosa de los vientos de la estación Cerro Matoso, desarrollada por un período de cinco años por el estudio “Informe Meteorológico Estación Meteorológica Automática Cerro Matoso S.A. (Ambienciq, 2010. Anexo 3). Figura 2.

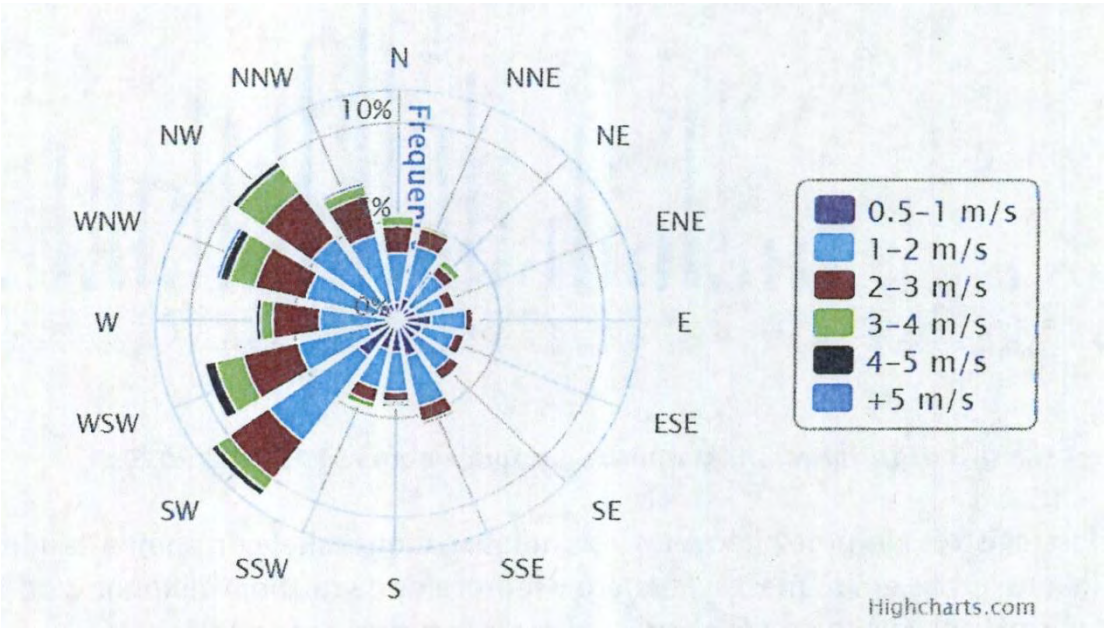
Esta rosa de los vientos del área de Cerro Matoso indica que la dirección predominante son los vientos provenientes del Suroeste, que soplan en dirección Noreste, la dirección predominante del viento es de Pueblo Flecha hacia Cerro Matoso y no al revés”.⁴⁹⁵ (subrayado original)

Soporta la anterior afirmación con la siguiente gráfica:

⁴⁹⁵ Visible a folio 3199 del folder número 2.4. Rosa de los vientos.



La empresa K2, contratada por Cerro Matoso S.A., elaboró un estudio en 2014 titulado “*Estimación de emisiones y modelación de la dispersión de contaminantes del complejo minero de Cerro Matoso S.A ubicado en Montelíbano, Córdoba*”, en el cual se aporta la siguiente gráfica y enunciado:



“De acuerdo a los resultados presentados en la gráfica Figura 3.8. hay una predominancia de vientos provenientes del SW, también se puede apreciar que el siguiente componente más importante proveniente del NW y las velocidades de viento para este período analizado se encuentran en un mayor porcentaje entre 1 y 2 m/s.” ⁴⁹⁶

Como puede advertirse, contrario a lo sostenido por Cerro Matoso, las mediciones del aire realizadas por la empresa K2 incluyen fuertes vientos con direcciones noroeste-sureste, y otros que van desde el norte hacia el sur.

En 2014 el Centro Nacional de Producción Más Limpia y Tecnologías Ambientales CONHINTEC, presentó ante la CVS un estudio independiente, en el cual figura la siguiente rosa de los vientos ⁴⁹⁷:



Nótese que, contrario a lo sostenido por la empresa Cerro Matoso S.A, se registran fuerte vientos en direcciones este-oeste, noroeste-sureste y norte-sur.

Con ello, son dos los estudios científicos que coinciden en afirmar que existen fuertes vientos en direcciones distintas a las sostenidas por la empresa Cerro Matoso S.A, al indicar la presencia de aquellos que se dirigen desde el norte o noroeste hacia el sur o sureste, respectivamente.

⁴⁹⁶ Visible a folio 3512 del cuaderno 2.5. Niquel en la calidad del aire.

⁴⁹⁷ Visible a folio 2724 del folder número 2.2. Calidad del aire CVS.

La Corte encuentra que resulta insuficiente, escaso e impreciso argumentar que las comunidades indígenas no han sido afectadas por la escoria que levantan los vientos, con base en la dirección predominante de estos. Así se logrará demostrar con precisión, ello no significaría que en algunas ocasiones las corrientes de aire varían y pueden ir desde el complejo minero hasta los pueblos aledaños.

Las mismas evidencias aportadas por CMSA demuestran que los vientos también se orientan hacia el sur o sureste. Lo cual tiene un impacto importante en la calidad del aire, al igual que en el esclarecimiento de un vínculo de causalidad entre las actividades mineras y las afectaciones sufridas por las comunidades afrodescendientes e indígenas.

h. Concentraciones excesivas de contaminantes en la zona de influencia directa del complejo minero

La empresa Cerro Matoso S.A sostiene de manera enfática que, a lo largo de décadas de explotación minera, nunca ha sobrepasado los límites fijados para emisiones o vertimientos de sustancias contaminantes. A partir de lo cual, argumenta que no ha afectado el ambiente atmosférico o acuático de las comunidades que habitan en su zona de influencia:

“Los principales agentes de riesgo evaluados por CMSA de manera periódica corresponden a material particulado, níquel insoluble, sílice cristalina cuarzo, humos de alquitrán y polvo respirable, entre otros.

Los resultados de tales mediciones demuestran que CERRO MATOSO **en ningún caso supera los límites permitidos por la ley**, razón por la cual no es posible imputarle ninguna violación de los derechos alegados en la tutela”. ⁴⁹⁸ (Negrilla no incluida en el texto original)

En una de las profusas carpetas aportadas por la empresa, bajo el título “*Calidad de aguas CVS*”, se lee:

“Luego de las exhaustivas mediciones que se han hecho en las aguas alrededor del complejo minero por entes totalmente externos a la compañía, e incluso por solicitudes formales de terceras partes interesadas,

⁴⁹⁸ Visible a folio 33 del Cuaderno No. 18

se puede deducir que **bajo ningún parámetro existe evidencia de que la empresa Cerro Matoso afecta negativamente la condición de las aguas en su zona de influencia**". ⁴⁹⁹ (Negrilla no incluida en el texto original)

En relación a la calidad del aire, se pronuncia de forma concordante:

"Cerro Matoso S.A no impacta con sus emisiones a las comunidades vecinas, esto es corroborado por mediciones y modelamientos que indican como **la calidad del aire de estos receptores sensibles están dentro de los límites exigidos** por la ley colombiana". ⁵⁰⁰ (Negrilla no incluida en el texto original)

No obstante, un examen detallado del acervo probatorio muestra todo lo contrario, en múltiples y sucesivas ocasiones, la empresa accionada ha excedido la normatividad nacional o internacional aplicable, poniendo en grave riesgo el medio ambiente y la salud de las personas que habitan en zonas aledañas, como pasará a explicarse a continuación:

- Incumplimientos sucesivos de CMSA respecto a cuerpos de agua en la zona:

Informes de Resultados elaborados por el Laboratorio de Calidad de Aguas de la CVS, Resoluciones de seguimiento y control emitidos por la ANLA, e intervenciones del Ministerio de Salud, entre otros, permiten a la Corte comprobar que, la empresa ha sobrepasado límites relacionados con la concentración de níquel o hierro presente en ríos, quebradas y pozos aledaños al complejo minero. También, se encontró que el grado de turbidez y pH de algunos cuerpos de agua han sido alterados.

- En abril de 2009, fruto de un muestreo realizado por la CVS en el punto de captación de las Empresas Públicas del municipio de Puerto Libertador, la Estación de Bombeo de Agua Potable y la red de distribución, determinó:

"En cuanto a los metales pesados como mercurio, cadmio y plomo se está cumpliendo con el rango exigido por el decreto 1594/84. Los resultados de agua potable indican que **no se está cumpliendo con los parámetros de**

⁴⁹⁹ Visible a folio 1679 del Folder 1.2

⁵⁰⁰ Visible a folio 2697 del Folder 2.1

PH, hierro total y turbidez, observándose concentraciones fuera del rango estipulado por la resolución 2115 de 2007”.⁵⁰¹ (Negrilla no incluida en el texto original)

- El día 19 de diciembre de 2011, la CVS realizó un análisis de calidad de aguas, con el fin de determinar la calidad fisicoquímica de la Quebrada el Tigre. En uno de las intervenciones presentadas por CMSA, se lee al respecto:

“Llama la atención la tendencia a la **acidez** de la quebrada el Tigre y que se observa también en el agua tomada aleatoriamente de un pozo casero”.⁵⁰² (Negrilla no incluida en el texto original)

- De acuerdo al Informe de la CVS presentado el día 11 de junio de 2012, se encontraron niveles altos de hierro y níquel en varios puntos de muestreo, incluyendo, puntos de captación de agua para la comunidad Pueblo Flecha.

A pesar de ello, la Corporación Autónoma concluyó que la calidad del agua no se ha visto afectada. En su explicación, referencia distintas normas de manera alterna e imprecisa:

“En el muestreo realizado a las aguas de la quebrada Uré, la quebrada Saíno, Pozo Subterráneo de agua para consumo de la comunidad de caña flecha [sic], quebrada el tigre y un canal de aguas lluvias, **se detectó la presencia de Níquel (Ni)** a nivel bajos (trazas) en concentraciones que varían **entre 13.03 µg Ni/L a 115.2 µg Ni/L** en los diferentes puntos de muestreo, valores que están cumpliendo el rango exigido por el Decreto 1594/84 Art.41 (<200 µg Ni/L) para aguas de uso agrícola; **para potabilización no existe referencia en la normatividad colombiana.**

El agua utilizada para **consumo humano** por los pobladores de pueblo flecha presenta una concentración de níquel de 13.03 µg Ni/L, niveles que están cumpliendo con el rango exigido por la Resolución 2115 de 2007 para agua potable (<20 µg Ni/L) y la Organización Mundial de la Salud (<20 µg Ni/L)”.⁵⁰³ (Negrilla no incluida en el texto original)

⁵⁰¹ Visible a folio 1672 del Folder 1.2.

⁵⁰² Visible a folio 1675 del Folder 1.2.

⁵⁰³ Visible a folio 2133 del Folder 1.2

Al verificar las mediciones encontradas para cada punto de muestreo, se detectó una concentración de 115,2 µg Ni/L en el sector de captación de agua de la comunidad Pueblo Flecha, es decir, se encontraron niveles cinco veces superiores a los fijados por la Resolución 2115 de 2007 y la OMS: 20 µg Ni/L. En el punto de captación del Acueducto de Uré, se encontraron 29.68 microgramos de níquel por litro, medida que también excede el límite mencionado.⁵⁰⁴

- El mismo informe bajo revisión, indica la existencia de concentraciones excesivas de hierro en cinco de los seis lugares de muestreo. El parámetro de control utilizado por la CVS es de 0,3 mg/L, de acuerdo a las Guías de Calidad de la OMS⁵⁰⁵. Los resultados indican:

“En el muestreo realizado a las aguas de la quebrada Uré, quebrada Saíno, quebrada el Tigre y un canal de aguas lluvias, se detectó la presencia de Hierro (Fe) en **concentraciones que varían entre 0.61 mg Fe/L a 10 mg Fe/L** en los diferentes puntos de muestreo”.⁵⁰⁶ (Negrilla no incluida en el texto original)

En el punto de captación de agua de la comunidad Pueblo Flecha se encontró una concentración quince veces superior al límite (4.66 mg Fe/L), así como en el lugar de recolección del Acueducto de Uré (4.10 mg Fe/L). Se resalta la medición hallada en la Quebrada Uré, detrás del Cerro de Escoria de CMSA, correspondiente a 10.8 mg Fe/L, esto es, treinta y seis veces el estándar fijado por la OMS y la Resolución 2115 de 2017; también, se excede el rango establecido por el Decreto 1594 de 1984 para aguas de uso agrícola (5 mg Fe/L).⁵⁰⁷

- El Auto N° 2876 del 11 de septiembre de 2012, proferido por la ANLA, solicita a la demandada explicar las razones por las cuales se presentan valores excesivos de hierro y aluminio:

⁵⁰⁴ Los resultados mencionados se encuentran visibles a folio 2130 del Folder 1.2, en el folio 2126 se indican los puntos de muestreo respectivos.

⁵⁰⁵ Visible a folio 2135 del Folder 1.2

⁵⁰⁶ Visible a folio 2135 del Folder 1.2

⁵⁰⁷ Los resultados mencionados se encuentran visibles a folio 2129 del Folder 1.2, en el folio 2126 se indican los puntos de muestreo respectivos.

“ARTÍCULO PRIMERO: Requerir a la empresa CERRO MATOSO S.A, la ejecución de las siguientes actividades y la presentación de la información que a continuación se señala, en el próximo Informe de Cumplimiento Ambiental
(...)

3.3.1 Informar por qué los **valores de hierro y aluminio en los puntos de análisis del relleno sanitario presentan valores altos** y la incidencia de este aspecto en el medio ambiente”. ⁵⁰⁸ (Negrilla no incluida en el texto original)

- En el monitoreo de calidad de aguas en la zona de influencia de la empresa Cerro Matoso S.A, adelantado el día 10 de diciembre de 2010, se detectaron 123 µg/L de níquel:

“De igual manera se encontró una **concentración de Níquel (Ni) de 123 µg Ni/L** en el punto de muestreo denominado canal de desagüe – del cerro de escoria (vertimiento mina)”. ⁵⁰⁹ (Negrilla no incluida en el texto original)

Dicha medición supera el límite establecido por la Resolución 2115 de 2007 y la OMS para consumo humano (20 µg/L), pero cumple con lo exigido por el Decreto 1594 de 1984 aplicable a cuerpos de agua de uso agrícola (200 µg/L).

- El informe mencionado, ilustra el comportamiento del níquel en el mes de octubre de 2012. Se destaca que, **en nueve de los doce puntos se sobrepasa el límite de níquel para consumo humano (20 µg/L)** ⁵¹⁰; en dos de los muestreos restantes, correspondientes a pozos subterráneos de la comunidad Pueblo Flecha, se presentan concentraciones cercanas al umbral, y en los sectores de vertimiento Norte y Sur se exceden, incluso, los niveles máximos para uso agrícola (200 µg/L) ⁵¹¹.

Con relación a la acidez en pozos de la comunidad Pueblo Flecha y algunos cuerpos de agua cercanos a la mina, Cerro Matoso S.A. menciona:

⁵⁰⁸ Visible a folio 4949 del Folder 1.2

⁵⁰⁹ Visible a folio 2152 del Folder 1.2

⁵¹⁰ A folio 2155 del Folder 1.2 se evidencian concentraciones de 109 µg/L, 234 µg/L, 37,7 µg/L, 41,7 µg/L, 36,6 µg/L, 54,4 µg/L, 262 µg/L, 82,9 µg/L y 156 µg/L.

⁵¹¹ Visible a folio 2155 del Folder 1.2.

“Los hallazgos de este estudio demostraron: aguas ligeramente ácidas aguas arriba del complejo minero y **ligeramente ácidas en los 3 pozos de la comunidad**”. ⁵¹² (Negrilla no incluida en el texto original)

- El monitoreo realizado el día 10 de diciembre de 2012, evidencia el incumplimiento de estándares referentes al hierro en pozos para consumo humano, así como, en lugares de vertimientos de la zona minera de Cerro Matoso S.A. De forma contradictoria con los resultados, la CVS concluye:

“El agua de los pozos subterráneos que la comunidad de caña flecha [sic] utiliza para consumo, no tiene problemas con este metal (Hierro), ya que la concentración encontrada está cumpliendo con los rangos exigidos por la legislación nacional y la Organización Mundial de la Salud (OMS) <0.3 mg Fe/L”. ⁵¹³

Una revisión de los datos encontrados por la CVS, permite concluir que se sobrepasó el límite de forma sucesiva, de hecho, en todos los puntos de muestreo en los que se encontró este mineral **se hallaron valores que superan más de diez veces la medida máxima permitida**. ⁵¹⁴

Los pozos subterráneos que utiliza la comunidad de Pueblo Flecha corresponden a los siguientes puntos de muestreo: 056-05-6 (Familia Ruiz Rojas), 056-06-6 (Familia Policarpo Tres palacios Rojas), 056-07-6 (Agua de consumo Pueblo Flecha Pozo subterráneo) y 056-07-8 (Caño Zaino). ⁵¹⁵

Lugares en los cuales se obtuvo concentraciones de 1.02 mg/L, 0.6 mg/L, 5.3 mg/L y 4.7 mg/L, respectivamente. ⁵¹⁶ Esto hace manifiesto que la comunidad consume agua contaminada con concentraciones excesivas de hierro.

Sin embargo, para la CVS no se superan los 0,3 microgramos por litro exigidos por la OMS para cuerpos de agua destinados a consumo humano. En una de sus conclusiones, hace referencia a los niveles

⁵¹² Visible a folio 1677 del Folder 1.2.

⁵¹³ Visible a folio 2153 del Folder 1.2.

⁵¹⁴ Resultados visibles a folio 2148 del Folder 1.2.

⁵¹⁵ Visible a folio 2141 del Folder 1.2.

⁵¹⁶ Visible a folio 2148 del Folder 1.2.

hallados en otros puntos de muestreo y plantea una posible causa de ello:

“El hierro presentó concentraciones superiores a 5 mg Fe/L, en los puntos de muestreo de aguas superficiales (Quebraza Uré, Quebrada Saino (sic) y Quebrada el tigre) y vertimientos de la zona minera de Cerro Matoso CMSA, valores que superan el valor máximo admisible por el decreto 1594/84 art. 40 uso agrícola, **esto puede ser debido a la presencia de este metal en los suelos de la zona**”.⁵¹⁷ (Negrilla no incluida en el texto original)

Al identificar la cercanía de la comunidad de Pueblo Flecha con el área de explotación minera, correspondiente a tan solo 902 metros y no a 3.719,⁵¹⁸ como adujo la empresa accionada, resulta extraño afirmar que la causa de tan altas concentraciones de hierro sea la presencia de este metal en los suelos de la zona, y no las actividades mineras de Cerro Matoso S.A, más aún, si se tiene en cuenta que, de ser cierta tal afirmación, se encontrarían mediciones similares en todos los Informes de Resultados presentados por la CVS y estudios de otras entidades de control.

- En respuesta a una de las acciones de tutela formuladas en el presente caso, (julio de 2013), la Secretaría General de la CVS afirma que se encontraron trazas de níquel y cromo en dos quebradas de la zona:

“Se requiere que la empresa Cerromatoso S.A realice unas mediciones de níquel y cromo en las emisiones generadas en la mina de proceso de producción de ferroníquel con el fin de determinar si existe alguna concentración de estos dos metales pesados en la atmósfera, debido a que **un análisis de agua realizado por la Corporación en las quebradas el Tigre y Uré se encontraron trazas de estos contaminantes** y actuando bajo el principio de precaución se requiere que sea enviado a la Corporación en un tiempo no mayor a 30 días un informe con los resultados obtenidos en las mediciones de níquel y cromo en la atmósfera”.

⁵¹⁹ (Negrilla no incluida en el texto original)

⁵¹⁷ Visible a folio 2160 del Folder 1.2.

⁵¹⁸ Conforme se explicó en la página 61 de esta Sentencia. En el punto 2.f del Contexto en el que se inscribe el caso concreto.

⁵¹⁹ Visible a folio 54 del Cuaderno 1.

- El día 10 de marzo de 2014, el Ministerio de Salud indicó que el operador de la planta de tratamiento del Río San Jorge había referenciado altos niveles de hierro:

“El municipio de Montelíbano cuenta con una planta de agua potable administrada por la empresa JAGUA AZUL S.A, esta planta abastece el 85% de la población de Montelíbano, la fuente de abastecimiento y captación es el Río San Jorge en donde por información del Ingeniero José Arjona, quien opera la planta de tratamiento, menciona que se han realizado muestreos de esta fuente antes de entrar al proceso de tratamiento **evidenciado altos niveles de hierro, sobrepasando notablemente el valor determinado en norma** de 0.3 p. m de hierro total, causando problemas de color, incrementando el pH y costos en el tratamiento, y por ende la operación de la planta, como se muestra en la gráfica 1.”⁵²⁰
(Negrilla no incluida en el texto original)

- Afectación de la calidad del aire por parte del complejo minero de CMSA

En los informes y estudios aportados por la misma empresa Cerro Matoso S.A se verifica la existencia de concentraciones excesivas de *material particulado* en el aire de la zona, las cuales sobrepasan los límites fijados por las Resoluciones 601 de 2006, 909 de 2008 y 610 de 2010, y la Guía de Calidad del Aire de la Organización Mundial de la Salud -OMS-⁵²¹.

Estos documentos no fijan un nivel máximo específico para el níquel o el hierro, en cambio, utilizan como criterio genérico el *material particulado* debido a la variedad de sus componentes, los cuales pueden incluir sulfatos, nitratos, metales como el níquel, hierro, plomo, entre otros, llegando a tener un amplio rango de propiedades morfológicas, físicas, químicas y termodinámicas.⁵²²

⁵²⁰ Visible a folio 170 del Cuaderno 3 A, en el folio siguiente se incluye la gráfica mencionada, se detallan muestras de hasta 8.8 mg Fe/L.

⁵²¹ La Resolución 601 de 2006 fijó el límite de PM10 en 150 µg/m3 para una temporalidad de 24 horas y en 70 µg/m3 como promedio anual. La Resolución 909 de 2008 estableció un valor límite para fuentes de emisión fijas en 150 mg/m3. La Resolución 610 de 2010 determinó el máximo admisible en 100 µg/m3 para 24 horas, y 50 µg/m3 para la media anual. La Guía de Calidad del Aire de la OMS aplica un estándar de: 50 µg/m3 para 24 horas, y 20 µg/m3 en el año. Datos visibles a folios 2682, 2801 y 2802 del Folder 2.2.

⁵²² -Ruíz, C. (2006). Caracterización del Material particulado en las principales vías del transporte público colectivo y masivo del Centro de Bogotá. Universidad de los Andes. Págs. 10 y 23.

Uno de los análisis realizados por el Departamento de Ingeniería Ambiental de la Universidad de Córdoba, aportado por la empresa demandada, destaca que la exposición al *material* incrementa los índices de mortalidad por enfermedades en el sistema respiratorio y el cardiovascular. Tal riesgo para la salud crece de forma progresiva a mayor tiempo de exposición, inclusive, se resalta en el informe la inexistencia de un límite debajo del cual no se prevean resultados adversos:

“Efectos del material particulado en la salud:

El abanico de los efectos en la salud es amplio, pero se producen en particular en los sistemas respiratorio y cardiovascular. Se ve afectada toda la población, pero la susceptibilidad a la contaminación puede variar con la salud o la edad. Se ha demostrado que el riesgo de diversos efectos aumenta con la exposición, y hay pocas pruebas que indiquen un umbral por debajo del cual no quepa prever efectos adversos en la salud (...)

Las partículas suspendidas son capaces de interferir con uno o más mecanismos de defensa del aparato respiratorio, o actuar como vehículo de sustancias tóxicas absorbidas o adheridas a la superficie de la partícula”.

⁵²³ (Subrayado no incluido en el texto original)

- En el documento titulado “*Histórico del cumplimiento legal ambiental Componente Aire*”, presentado por CMSA en el mes de mayo de 2013, se observan al menos siete mediciones que registran concentraciones excesivas de *material particulado*, algunas alcanzan el doble de lo permitido:

➤ El *Horno Eléctrico Línea 1* registró 175 mg/m³ a finales del año 2009, la Resolución 909 de 2008 establecía el valor máximo en 150 mg/m³. ⁵²⁴

➤ El *Calcinador Línea 1* presentó un flujo de *material particulado* de 160 Kg/h a 190 Kg/h durante los años

-Arciniegas, C. (2012). Diagnóstico y control de Material Particulado: Partículas suspendidas totales y fracción respirable PM 10. Pág. 1.-La composición del *material particulado* también se explica a folios 2786 y 2787 del Folder 2.2.

⁵²³ Visible a folio 2788 del Folder 2.2

⁵²⁴ Visible a folio 2685 del Folder 2.1

1993 a 1996, valores que se encuentran justo al límite de lo exigido por la Resolución 02 de 1982 (200 Kg/h), vigente en esa época.⁵²⁵

- El *Secador Línea 2* tuvo una concentración de 190 mg/m³ en el año 2009, superando el límite de 150 mg/m³ fijado por la Resolución 909 de 2008. En su defensa, CMSA aduce que activó oportunamente un plan de contingencia.⁵²⁶
 - Con relación al mismo *Secador Línea 2*, en el año 2012 se emitieron 325 mg/m³ de *material particulado*, excediendo el doble de lo permitido (150 mg/m³).⁵²⁷
 - El *Calcinador Línea 2* registró una medida de 220 mg/m³ entre los años 2011 y 2012.⁵²⁸
 - El *Horno Eléctrico Línea 2* presentó una concentración cercana a los 300 mg/m³ en mayo de 2008, casi dos veces el valor máximo.⁵²⁹
 - En el mismo *Horno Eléctrico Línea 2* se encontraron 190 mg/m³ de *material particulado*, superando nuevamente la Resolución 909 de 2008.⁵³⁰
- En el Informe titulado “*Análisis de los niveles de inmisión de PM10 y PST entre los años 2006 y 2013 generados en el alto San Jorge por las empresas mineras que cuentan con permiso de emisiones atmosféricas otorgados por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge - CVS-*” de la Universidad de Córdoba, se verifican sucesivos incumplimientos de la Guía de Calidad del Aire de la Organización Mundial de la Salud, en adelante, GCA de la OMS. La normatividad colombiana que resultaría aplicable no

⁵²⁵ Visible a folio 2684 del Folder 2.1

⁵²⁶ Visible a folio 2687 del Folder 2.1

⁵²⁷ *Ibídem.*

⁵²⁸ Visible a folio 2688 del Folder 2.1

⁵²⁹ Visible a folio 2689 del Folder 2.1

⁵³⁰ *Ibídem.*

se ajusta al estándar internacional establecido desde el año 2005 por esa entidad.⁵³¹

- En los meses de enero, febrero, marzo y abril del año 2006, se registraron mediciones superiores (52, 60, 62, 78, 82 y 92 $\mu\text{g}/\text{m}^3$) a lo exigido por la GCA de la OMS para *material particulado* con un diámetro menor a 10 micras (PM 10), a saber, 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$.⁵³²
- En el año 2007, se evidencian concentraciones de 65, 70, 72, 73 y 90 $\mu\text{g}/\text{m}^3$. En los meses de febrero y marzo, las tres estaciones de monitoreo existentes indicaron valores que exceden la GCA de la OMS.⁵³³
- En los meses de abril, junio y diciembre del año 2008, los niveles de PM10 superaron el estándar internacional.⁵³⁴
- El mismo hecho ocurrió en el mes de enero del año 2009.⁵³⁵
- En el primer trimestre del año 2010, las estaciones de Corelca, Torno Roto, Balsilla y Puerto Colombia presentaron valores por encima de 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$.⁵³⁶
- En el año 2011, siguió reiterándose en el mes de febrero respecto a la estación Balsilla.⁵³⁷
- Los meses de febrero y marzo del año 2012 también indicaron concentraciones que excedían la GCA de la OMS. En el estudio se explica que, Cerro Matoso S.A.

⁵³¹ La Resolución 601 de 2006 fija el límite de PM10 en 150 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ para una temporalidad de 24 horas, y 70 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ como promedio anual. La Resolución 610 de 2010 lo determina en 100 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ para 24 horas, y 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ para la media anual. En cambio, la Guía de Calidad del Aire de la OMS aplica un estándar de: 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ para 24 horas, y 20 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ en el año. Datos visibles a folios 2801 y 2802 del Folder 2.2.

⁵³² Visible a folio 2831 del Folder 2.2

⁵³³ Visible a folio 2834 del Folder 2.2

⁵³⁴ Visible a folio 2837 del Folder 2.2

⁵³⁵ Visible a folio 2840 del Folder 2.2

⁵³⁶ Visible a folio 2843 del Folder 2.2

⁵³⁷ Visible a folio 2847 del Folder 2.2

efectuó reparaciones al *Horno Eléctrico de la Línea 1*, lo cual influyó en los niveles de inmisión.⁵³⁸

- En lo atinente al promedio anual del año 2012, la estación Torno Roto registró incumplimientos a lo largo de tal anualidad, por su parte, la estación Balsilla presentó algunos en la segunda parte del año. El estudio menciona que ambas estaciones mostraron un incremento en los niveles de inmisión anual de PM 10 con respecto al año 2011.⁵³⁹
- En el año 2013, se destaca la concentración de la estación Corelca en el mes de junio, llegando a 87 µg/m³ siendo el estándar internacional igual a 50 µg/m³. En los demás puntos de evaluación también se encontraron resultados por encima de la Guía de Calidad de Aire.⁵⁴⁰
- El último dato incluido en el Informe, es el comportamiento anual del año 2013, la estación Torno Roto refleja de forma constante la violación del límite internacional.⁵⁴¹
- En relación al año 2014, la ANLA, mediante Auto N° 4533 del día 14 de octubre de esa anualidad, en el acápite “*Alteración de la calidad de aire*”, sostuvo que algunos de sus muestreos reflejan valores por encima de la normatividad vigente y episodios de dispersión de *material particulado*.⁵⁴²
- El concepto técnico elaborado por la empresa Conhintec S.A.S, indica que el límite fijado para el Cadmio en la Resolución 610 de 2010 es de 0,005 µg/m³, sin embargo, en la comunidad San José de Uré se reportó una concentración de 9 µg/m³, es decir, un valor 1800 veces superior al exigido⁵⁴³. Los promedios más altos de PM10 se hallaron en esa comunidad, seguida de la

⁵³⁸ Visible a folio 2851 del Folder 2.2

⁵³⁹ Visible a folio 2852 del Folder 2.2

⁵⁴⁰ Visible a folio 2854 del Folder 2.2

⁵⁴¹ Visible a folio 2855 del Folder 2.2

⁵⁴² Visible a folio 5177 del Folder 5.

⁵⁴³ Visible a folio 2745 del Folder 2.2

Subestación ISA, puntos en los que fueron encontradas *partículas* cercanas al límite establecido por la GCA de la OMS⁵⁴⁴.

- El informe de la consultora K2, relativo a la estimación de emisiones y dispersión de contaminantes en CMSA, incluye mediciones elevadas de níquel en las chimeneas que se examinaron: 110 µg/m³, 230 µg/m³, 80 µg/m³, 90 µg/m³, 160 µg/m³, y 120 µg/m³ ⁵⁴⁵. Se dimensiona el impacto de dichas cantidades al compararlas con el estándar de calidad de aire de la Unión Europea, utilizado por la empresa accionada, el cual equivale a 0,02 µg/m³ de níquel ⁵⁴⁶.

En conclusión, no es cierto que la empresa Cerro Matoso S.A. nunca haya excedido algún valor límite fijado a nivel nacional o internacional, ni que haya mantenido la calidad del aire y de los cuerpos de agua cercanos a su complejo minero. Todo lo contrario, a lo largo del expediente se evidencian múltiples incumplimientos y concentraciones excesivas de níquel, hierro y material particulado. De allí que resulte probada la afectación de las condiciones ambientales de las comunidades accionantes.

i. Conclusiones sobre la relación de causalidad en el caso concreto

La empresa Cerro Matoso S.A. afirma estar cumpliendo con todos los estándares ambientales vigentes y contar con un programa de emisiones atmosféricas, “*que hacen parte de su Plan de Manejo Ambiental aprobado y vigilado por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge (CVS) y la Autoridad Nacional de Licencias (ANLA)*”⁵⁴⁷.

En relación con el manejo de los recursos hídricos sostiene:

⁵⁴⁴ Visible a folio 2747 del Folder 2.2

⁵⁴⁵ A folio 3524 del Folder 2.5, se verifican los siguientes resultados: 0.11 mg/m³ (110 µg/m³); 0.23 mg/m³ (230 µg/m³); 0.08 mg/m³ (80 µg/m³); 0.09 mg/m³ (90 µg/m³); 0.16 mg/m³ (160 µg/m³); 0.12 mg/m³ (120 µg/m³).

⁵⁴⁶ Visible a folio 3351 del Folder 2.5.

⁵⁴⁷ Memorial presentado por el apoderado judicial de la empresa Cerro Matoso S.A., visible en el cuaderno 18, folio 30.

“Las **mediciones realizadas**, verificadas por las autoridades ambientales, **demuestran la calidad del agua** de la quebrada aguas abajo de su paso por la operación de Cerro Matoso es similar, y en ocasiones incluso mejor, que las de aguas arriba, debido al adecuado control y tratamiento que la empresa realiza de sus vertimientos de aguas residuales, que se presentan sólo en época de lluvias por rebose de los embalses de sedimentación”⁵⁴⁸.
(negrillas agregadas).

En este orden de ideas, la empresa Cerro Matoso, en materia de emisiones y vertimientos estaría operando de conformidad con los estándares ambientales vigentes, cuyo cumplimiento viene siendo verificado -mediante diversas mediciones- por las respectivas autoridades competentes. De tal suerte que no se configuraría una vulneración al derecho a la salud de los integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habitan en inmediaciones a la mina, así como tampoco lesión alguna al derecho a disfrutar de un medio ambiente sano.

No obstante, la Corte Constitucional, examinando el copioso acervo probatorio obrante en el expediente encuentra lo siguiente:

- En Colombia no existe normatividad sobre la calidad del aire en relación con el níquel;
- En Colombia no se encuentran regulados los niveles de níquel en agua empleada para uso doméstico y consumo humano;
- Los niveles foráneos de medición aplicados por la empresa accionada no se ajustan al contexto colombiano;
- Las propias mediciones realizadas por la empresa Cerro Matoso sostienen estar expuestas a factores que afectan su precisión;
- El acatamiento de los valores límites no excluye, *per se*, la existencia de afectaciones a la salud o al medio ambiente, ni el rompimiento del vínculo causal.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, folio 37.

- A pesar de la inexistencia de valores límites de emisión de níquel, inexplicablemente, las autoridades ambientales colombianas han certificado el cumplimiento de aquéllos por parte de la empresa accionada;
- La forma como son medidos y monitoreados los niveles de níquel y otros minerales ha sido objeto de críticas por los órganos de control;
- De conformidad con ciertas mediciones realizadas por la empresa Cerro Matoso en ocasiones se han superado los valores límites permitidos.

La Corte considera que existe una relación de **causalidad adecuada y altamente probable** entre las actividades extractivas, desarrolladas por la empresa Cerromatoso S.A. hace más de tres (3) décadas, 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.

En cuanto a los alcances y limitaciones del examen pericial, es necesario precisar que la Sala Séptima de la Corte Constitucional, mediante Auto del 30 de enero de 2015, le solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, “*prestar apoyo técnico y científico para establecer si los síntomas de salud manifestados por las comunidades tienen alguna causa directa con la explotación de níquel de la mina de la empresa Cerro Matoso y demás actividades que ejecuta*”.

Al inicio de su dictamen pericial, el referido Instituto puso de presente las dificultades teóricas y metodológicas existentes para determinar la existencia de una relación de causalidad “**directa**”, entre la explotación de Cerro Matoso S.A. y las afectaciones a la salud y al medio ambiente que padecen los integrantes de las comunidades aledañas a la mina:

“ALCANCE Y LIMITACIONES

Determinar la asociación entre los efectos producidos en la salud de los habitantes como producto de la explotación minera del níquel por acción de CMSA supone grandes dificultades para las instituciones involucradas en este proceso, dado que los factores que pueden impactar negativamente en la salud de los habitantes pueden ser de diversa índole, y podrían no explicarse ni atribuirse explícita y unívocamente a una causa.

Tratar de conocer mediante un estudio el atributo señalado en estas poblaciones y comprobar la existencia de asociación entre la exposición – en un momento específico de tiempo- y la presencia de enfermedad, no podría dar respuestas en profundidad a la dimensión del problema; debido a la ausencia de una línea de base como punto de partida. Esto puede ser explicado por el hecho de que no es posible establecer el instante preciso en que empezó la exposición al agente objeto de estudio, las personas verdaderamente expuestas y si la exposición precede a la enfermedad.

En relación a los niveles de níquel en sangre u orina, establecer si dichos resultados son elevados o no, desde la mirada puramente teórica es difícil dado que los valores de referencia oficiales publicados (OMS; INSPQ) se han establecido en sujetos muy diferentes a la población de estudio. Esta situación podría resolverse si se tuviera una población control que tenga los mismos hábitos que la población de referencia pero que no viva en el área de influencia de la mina, lo cual es absolutamente inviable en nuestro estudio dado que se está respondiendo a una acción de tipo jurídico que involucra a unas comunidades indígenas accionantes que han participado en el estudio por un deseo e interés propio relacionado con su situación ambiental y sanitaria; por esta razón y teniendo en cuenta su condición particular de derechos es imposible incluir a otra población indígena que no esté directamente afectada y que no haya sido accionante en el Auto de la Corte.

Aunque el abordaje de este tipo de estudios de corte transversal no permite determinar asociaciones directas entre la exposición a un factor de riesgo (para este caso exposición al níquel) y la presentación de un desenlace (afectación del estado de salud), sí permite la correlación de posibles factores de riesgo con el desenlace. Es recomendable implementar nuevos

modelos analíticos que sean orientados por las hipótesis que puedan desprenderse de este primer acercamiento y que contribuyan a identificar riesgos potenciales a la salud y al ambiente para su intervención”.

Las limitaciones señaladas por el Instituto de Medicina Legal, en materia de “**causalidad directa**”, no se traducen en la inexistencia de un vínculo causal entre la explotación del níquel y las afectaciones a la salud y al medio ambiente de las comunidades étnicas. Lo anterior, por cuanto:

- Los estudios científicos demuestran las diversas afecciones que la exposición al níquel ocasiona en la salud humana, las plantas y los animales, es decir, la potencialidad de la actividad extractiva del níquel para causar daños (causalidad adecuada).
- Como se ha explicado, los tribunales americanos, europeos y el Consejo de Estado colombiano, no aplican un test de causalidad directa en materia ambiental; por el contrario, se acude a exámenes de causalidad adecuada y probable.
- Los valores límites que viene aplicando la empresa en sus mediciones, no implica el rompimiento del nexo causal entre la actividad minera, desarrollada por Cerro Matoso, y las diversas afectaciones a la salud sufridas por las comunidades accionantes.
- De igual manera, como se ha sostenido a lo largo de la Sentencia, la actual licencia ambiental con que cuenta Cerro Matoso, no se ajusta a los estándares constitucionales en materia ambiental (principios de prevención y precaución).

Aunado a lo anterior, si bien los Valores Límite de Concentración permiten prevenir la comisión de daños ambientales, su regulación presenta varias limitaciones y complejidades que deben tenerse en cuenta por parte del juez constitucional. En consecuencia, no se puede afirmar que tienen un valor probatorio absoluto o que, incluso, se asimilan a un dictamen pericial anticipado, únicamente constituyen un elemento probatorio más que debe ser considerado para la resolución de cada caso concreto.

El principio de causalidad exige que se acredite de manera clara la existencia de un nexo entre una determinada conducta y el daño

ocasionado, ahora bien, en materia ambiental dicha exigencia se flexibiliza dadas las grandes dificultades probatorias que existen en ese ámbito.

En conclusión: en el caso concreto existe una **causalidad adecuada y altamente probable** entre las actividades de Cerro Matoso S.A. y las afectaciones al medio ambiente y a la salud de las comunidades que habitan en cercanías de su complejo minero.

F. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN SEDE DE TUTELA

1. Subreglas constitucionales

- En principio, la indemnización de perjuicios debe ser resuelta por el juez competente en cada caso concreto. Sin embargo, en sede de tutela resulta posible ordenarla **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.
- Esta facultad del juez de amparo es **consecuencia natural de la comprobación del daño**, de allí que, en aplicación de criterios de *justicia material*, se encuentre justificada y, más aún, se convierta en una exigencia de carácter constitucional⁵⁴⁹.
- La aplicación de los requisitos mencionados ha sido flexibilizada en casos de especial gravedad y relevancia *iusfundamental*, los cuales implican la imposibilidad de restituir o volver las cosas a su estado original, a saber: (i) dilaciones injustificadas para acceder oportunamente a la Interrupción Voluntaria del Embarazo -IVE-⁵⁵⁰;

⁵⁴⁹ Sentencia C-543 de 1992

⁵⁵⁰ Sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-841 de 2011 y T-301 de 2016.

así como (ii) vulneraciones a los derechos fundamentales a la intimidad y a la honra como producto de la extralimitación de algún medio de comunicación⁵⁵¹.

- También se ha ordenado el resarcimiento en cuestión frente asuntos relativos al derecho a la igualdad y a la discriminación racial, ante los cuales se ha asegurado que la acción de tutela se constituye en el **medio más expedito, idóneo y eficaz** para efectuar la indemnización correspondiente⁵⁵².
- En relación con casos que han implicado un **prolongado tiempo** para ser resueltos de manera definitiva, se ha considerado que, en aplicación de la *justicia material* y la protección efectiva de los derechos fundamentales, resulta desproporcionado exigir al accionante formular una nueva acción judicial para solicitar la reparación de perjuicios⁵⁵³.

2. Fundamento de las subreglas

A continuación se estudia la procedencia del resarcimiento por parte del juez de amparo, a la luz de sus requisitos normativos y la línea jurisprudencial que ha fijado esta Corporación en la resolución de casos concretos.

a. Consagración normativa de la figura

El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 25, establece los presupuestos necesarios para la reparación de perjuicios en sede de tutela: (i) el afectado debe carecer de otro mecanismo judicial para obtener el respectivo resarcimiento; (ii) la violación del derecho ha de ser manifiesta y consecuencia de una actuación arbitraria; y (iii) la indemnización debe ser necesaria para asegurar el goce efectivo de la garantía constitucional⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ Sentencias T-611 de 1992, T-036 de 2002, T-439 de 2009 y T-496 de 2009.

⁵⁵² Sentencia T-1090 de 2005.

⁵⁵³ Sentencia T-416 de 2016.

⁵⁵⁴ Decreto 2591 de 1991. Artículo 25.- “*Indemnizaciones y costas. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho, así como el pago de las costas del proceso...*”. (Negrilla no incluida en el texto original). Al respecto, también puede consultarse el artículo del profesor Gilberto Martínez Rave titulado “*La indemnización de perjuicios en*

Al constatar dichas circunstancias el juez tiene la potestad de ordenar, **de oficio y en abstracto**, la reparación del daño emergente causado al accionante⁵⁵⁵. La liquidación de éste y otros perjuicios (vgr. lucro cesante y daño moral) se realiza mediante un trámite incidental ante la jurisdicción competente⁵⁵⁶, dentro de los seis (6) meses siguientes a la decisión.

La Corte Constitucional, en Sentencia **C-543 de 1992**, se pronunció sobre la exequibilidad del artículo en cuestión, resaltando que la mencionada facultad del juez de tutela se encuentra justificada debido a criterios de justicia que se desprenden directamente de la comprobación del daño.

En tal sentido, sostuvo:

*“Ningún motivo de inconstitucionalidad encuentra la Corte en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, también acusado en este proceso, puesto que ese precepto se limita a indicar la **natural consecuencia atribuida por el Derecho, en aplicación de criterios de justicia, a la comprobación del daño que se deriva de acción u omisión antijurídica, la cual no puede ser distinta del resarcimiento a cargo de quien lo ocasionó, tal como dispone el artículo 90 de la Constitución.***

la acción de tutela” en la Revista *Responsabilidad Civil y del Estado* No. 5. (1998) del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado (Hoy Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado) -IARCE-. Así como el texto del profesor Obdulio Velásquez Posada “*Responsabilidad Civil Extracontractual*”. Bogotá. Editorial Temis. Universidad de La Sabana. Segunda edición, 2013.

⁵⁵⁵ El artículo 25 recién citado, dispone frente al **daño emergente** que: “...La liquidación del mismo y de **los demás perjuicios** se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación” (Negrillas agregadas). Por este motivo, la liquidación que realiza el juez, después de la condena en abstracto, puede abarcar una amplia gama de perjuicios diferentes al daño emergente. Al respecto, resultan pertinentes las Sentencias SU-256 de 1996, T-1090 de 2005, T-465 de 2010, entre otras, así como la opinión del profesor Diego Armando Yáñez Meza (2016) en el texto “*Responsabilidad constitucional: el juez de tutela en la reparación de daños*”, quien asegura que limitar el resarcimiento tutelar únicamente al daño emergente desconoce el principio de reparación integral. Págs. 117-124.

⁵⁵⁶ Al respecto, la Sentencia T-1029 de 2010 estableció: “*Conclusión sobre la correcta interpretación constitucional. Por todo lo anterior, para la Sala resulta claro que la interpretación que debe dársele al artículo 25 del decreto 2591 de 1991 es aquella en la cual una vez el juez de tutela ha ordenado la liquidación de los perjuicios, debe remitir el expediente al juez competente, quien debe iniciar de oficio el incidente para determinar el monto de la liquidación y resolverlo en no más de seis meses después de haberlo recibido. Para la Sala no cabe duda que cuando la norma hace alusión a que la liquidación “se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente”, hace referencia a que cuando la liquidación se ordena contra el Estado la misma se hará frente a los jueces administrativos y cuando es contra particulares es el juez de primera instancia. Por tanto, la interpretación de la norma que hizo el Juez Primero Civil de Cartagena no se ajusta ni a la Constitución, ni a los parámetros que la jurisprudencia constitucional han señalado para la actuación del juez de tutela.*”

*Se trata de reparar, por orden judicial, el daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, **supuestos que justifican y aún exigen que el fallador, buscando realizar a plenitud la justicia en cada caso, disponga lo concerniente.***” (Negrillas agregadas)

Así mismo, especificó que ordenar la reparación de los daños generados a causa de la vulneración de derechos fundamentales, no implica una sustitución de la jurisdicción competente ni un desconocimiento de la garantía del debido proceso:

*“Desde luego, **no se trata de sustituir a la jurisdicción especializada** ya que el juez de tutela tan sólo tiene autorización para ordenar la condena en abstracto y su liquidación corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o al juez competente, lo cual en nada se opone a las previsiones constitucionales. (...)*

*Tiene razón uno de los demandantes cuando afirma que **la condena en cuanto a indemnizaciones y costas sólo puede ser el resultado de un debido proceso**, pero esta aseveración no lleva necesariamente a la inexequibilidad de la norma acusada, pues el proceso de tutela, aunque sumario y preferente, debe surtirse con plena observancia de las previsiones generales consagradas en el artículo 29 de la Constitución, de las cuales no ha sido ni podría haber sido excluido en cuanto se trata de un derecho fundamental. Si en un proceso específico tales requerimientos constitucionales se transgreden, tiene competencia el superior ante quien se impugne el fallo y, en su caso, esta Corporación, para revocar la correspondiente decisión judicial.”* (Negrillas agregadas)

b. Línea jurisprudencial sobre la indemnización de perjuicios en la resolución de casos concretos

La Corte Constitucional ha abordado este tópico en al menos treinta y un (31) sentencias de tutela⁵⁵⁷, en las cuales ha examinado si resulta

⁵⁵⁷ Sentencias T-611 de 1992, T-236 de 1993, T-303 de 1993, T-375 de 1993, T-004 de 1994, T-033 de 1994, T-095 de 1994, T-259 de 1994, T-403 de 1994, T-171 de 1995, T-621 de 1995, SU-256 de 1996, T-574 de 1996, T-649 de 1996, T-408 de 1998, T-170 de 1999, T-465 de 1999, T-673 de 2000, T-036 de 2002, T-1090 de 2005, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-299 de 2009, T-439 de 2009, T-496 de 2009, T-841 de 2011, T-179 de 2015, T-301 de 2016, T-352 de 2016, T-416 de 2016 y SU-443 de 2016.

procedente ordenar el resarcimiento de los daños causados. La primera de ellas fue la providencia **T-611 de 1992** que amparó el derecho fundamental a la intimidad de los familiares del cantautor Rafael Orozco Maestre, en razón de las múltiples y constantes publicaciones sobre su vida privada y familiar en algunos medios de comunicación.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, en segunda instancia, decidió condenar “*in abstracto*” a los periódicos involucrados a la indemnización del daño emergente causado. En tal sentido, argumentó:

"El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 faculta al juez para que en el fallo que concede la tutela, de oficio ordene en abstracto la indemnización del daño emergente causado, si fuera necesario para asegurar el goce del derecho tutelado, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial y sea manifiesta la violación del derecho constitucional fundamental como consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria.

Establecido como se halla que el derecho fundamental a la intimidad se lesionó y que no existe otro medio de defensa del cual la parte actora pueda hacer uso, la Sala considera procedente condenar en abstracto a los periódicos "El Herald", "La Libertad" y "El Espacio" a la indemnización del daño emergente causado al actor en el monto que este compruebe ante las autoridades competentes". (Negrillas agregadas)

La Corte confirmó dicho fallo, afirmando que la condena resultaba acertada ante la vulneración de los derechos de los accionantes:

"Así, pues, establecidas como lo han sido las transgresiones a la Constitución Política y el desconocimiento a derechos fundamentales en que incurrieron los medios de difusión demandados en este proceso y hallándose fundados los motivos que invocaron los jueces de primera y segunda instancia para conceder la tutela y éste último para acceder a condenar "in abstracto" por los perjuicios morales causados a la familia Orozco Cabello, esta Corte habrá de confirmar en todas sus partes la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla que a su vez confirmó la del Juez Octavo Penal del Circuito de esa ciudad."

Al respecto también puede consultarse el recuento jurisprudencial realizado por el profesor Diego Armando Yáñez Meza (2016) en su libro “Responsabilidad constitucional: el juez de tutela en la reparación de daños”, página 85 y siguientes.

La Sentencia **T-236 de 1993**, en contraste con la anterior, decidió revocar la condena resarcitoria que había dictado el juez de segunda instancia. El Tribunal Constitucional amparó el derecho fundamental a la seguridad social del accionante, quien solicitaba el pago de las mesadas pensionales adeudadas, en virtud de la sustitución pensional que le correspondía a causa del fallecimiento de su padre.

Respecto a la indemnización del daño emergente adujo que no se había acreditado la *arbitrariedad* exigida por el Decreto 2591 de 1991:

*“En efecto, de las actuaciones de la entidad contra la que se dirige la acción de la referencia, no puede predicarse una conclusión semejante sin la previa determinación probatoria de los elementos subjetivos sustanciales para establecer la arbitrariedad exigida; por lo contrario, **se encuentra suficiente material para considerar como improbable la arbitrariedad**. En consecuencia se revocan las partes resolutivas de las decisiones revisadas en las que se decretó la aludida indemnización por el supuesto “daño emergente”.”* (Negrillas agregadas)

La segunda ocasión en la cual se otorgó el mencionado resarcimiento fue la Sentencia **T-303 de 1993**. La actora indicaba que había sido reportada erróneamente en la central de información DataCrédito y que ello le había generado pérdidas económicas, debido a la imposibilidad de adquirir prestamos en entidades financieras.

Esta Corporación consideró que la “*clara y manifiesta violación del derecho fundamental al Habeas Data*”, así como la comprobación de los perjuicios ocasionados, justificaba indemnizar a la accionante. Tras citar lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, afirmó:

*“De la lectura de la norma, y como así lo entendió esta Corporación en sentencia No. C-543 de octubre 1o. de 1992, se infiere que “ésta se limita a indicar la natural consecuencia atribuida por el derecho, en **aplicación de criterios de justicia**, a la comprobación del daño que se deriva de una acción u omisión antijurídica (...).*

Por lo tanto, aplicando lo anterior al caso en cuestión, y encontrando como así lo hizo esta Corte, la clara y manifiesta violación del derecho fundamental al Habeas Data por parte de la Caja Social de Ahorros, al

*omitir su deber constitucional de actualizar los datos comerciales que poseía de la señora María Carmenza Yarce Orozco en su central de información -DataCrédito-, lo cual ha debido ordenar y hacer desde el mes de abril de 1986, se **ordenará** en la parte resolutive de esta providencia, **condenar en abstracto a la Caja Social de Ahorros para que indemnice el daño emergente causado por dicha omisión**, así como el pago de las costas del proceso, lo que corresponderá evaluar y determinar al Juzgado Octavo Civil Municipal de Medellín.” (Negritas agregadas)*

En consecuencia, adoptó la siguiente decisión:

“TERCERO. -CONDENAR en abstracto a la Caja Social de Ahorros al pago de indemnización del daño emergente, en favor de la señora MARIA CARMENZA YARCE OROZCO, así como el pago de las costas del proceso, por su conducta omisiva en la actualización de los datos que sobre ella poseía. Para tales efectos, corresponderá al Juzgado Octavo Civil Municipal de Medellín determinar y liquidar el monto de tales perjuicios.”

El fallo **T-375 de 1993**, por su parte, revocó la condena impuesta por el juez de segunda instancia relativa al pago de los perjuicios causados a un ciudadano por las demoras y omisiones en el estudio de su solicitud de pensión. La Sala Quinta de Revisión argumentó que, si bien la *obligación de reparar* es el efecto natural de la comprobación del daño, el *ad quem* desconoció el derecho a la defensa de la funcionaria pública demandada y la acreditación del perjuicio:

*“La condena en perjuicios y costas decretada en el caso materia de examen provino del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que actuaba como juez de segunda instancia. Su decisión hizo más grave la situación de la Caja porque la obligó a reconocer indemnización, lo cual en sí mismo no sería contrario a la preceptiva constitucional pues **la obligación de indemnizar es la natural consecuencia de la violación del derecho cuando se ha causado un perjuicio y la forma adecuada de procurar la reparación de los daños ocasionados.***

***Pero**, en el asunto que se estudia no sólo fue afectada la Caja con la condena "in genere", sino que también lo fue **una de sus funcionarias**, quien **resultó condenada solidariamente sin haber tomado parte en el proceso** y, por tanto, sin haber sido oída ni vencida dentro de él. (...)*

*En el caso presente, si bien es claro que la Caja de Previsión, como organismo, vulneró el derecho de petición del demandante, **no aparece probado un perjuicio** sufrido por éste. Tanto es así que el Tribunal de segunda instancia, al fundamentar su decisión de condenar "in genere" al pago de indemnización, habla del "daño emergente que se pudo haber causado al derecho hoy tutelado". (Negrillas agregadas)*

En otro caso la Sala Primera de Revisión suspendió la explotación de balasto en una cantera contigua al predio de una familia radicada en el municipio del Tolima. No obstante, negó sus pretensiones indemnizatorias en tanto no se acreditó, de forma suficiente, que los daños a sus bienes habían sido causados por las actividades extractivas. De tal forma, la Sentencia **T-004 de 1994** sostuvo:

*“De acuerdo con el experticio, es claro, entonces, que la inestabilidad del terreno, su conformación y la ausencia de un margen de seguridad respecto de las instalaciones de la finca San Carlos, indican que **si el Municipio persiste en la extracción de balasto, los deslizamientos de tierra serán probables, casi seguros.** (...) Por lo tanto, sin necesidad de mayores consideraciones, por el aspecto del amparo al derecho a la vida y la integridad, la tutela habrá de prosperar. (...)*

*Por último, la Sala no accederá a condenar al municipio de Ibagué para los efectos de las indemnizaciones y las costas, **toda vez que no está suficientemente acreditado que los daños a los bienes fueron causados, total o parcialmente, por la explotación de la cantera,** ni que esos perjuicios ocurrieron con posterioridad a la compra de la finca San Carlos por parte de los actores; y porque el artículo 25 del decreto 2591 de 1991 no permite tal decisión si el afectado dispone de otro medio de defensa judicial. En este caso, es claro, como los interesados pueden acudir a la acción de reparación directa, la condena en abstracto por la indemnización de perjuicios y costas es improcedente.” (Negrillas agregadas)*

En la providencia **T-033 de 1994** se revocó la condena impuesta por el juez de segunda instancia, respecto a los perjuicios generados al demandante como consecuencia del excesivo tiempo empleado para la ejecución de un fallo. La Corte afirmó que, si bien se había vulnerado el derecho de petición, el resarcimiento podía ser solicitado por otro

mecanismo judicial y, además, no resultaba indispensable para garantizar el goce efectivo de la garantía vulnerada:

“la condena "in genere" no tiene cabida sino para asegurar el goce efectivo del derecho, motivo por el cual no puede decretarse cuando éste queda salvaguardado en su integridad y de manera cierta con sólo conceder la tutela e impartir la orden consiguiente con miras a su efectividad. (...)

*En efecto, **goza el peticionario de otro medio judicial**, específicamente el indicado en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (...). Pero, **además, la condena en abstracto no era indispensable para garantizar el goce efectivo del derecho** vulnerado, que lo era, según lo visto, el de petición. Este quedó satisfecho con la sola orden impartida por el Tribunal.”* (Negritillas agregadas)

Esta Corporación, mediante Sentencia **T-095 de 1994**, concluyó que resultaba improcedente una acción de tutela formulada por pescadores artesanales de la ciudad de Santa Marta, en la cual se oponían al avance de las obras adelantadas por la empresa Puertos de Colombia. Frente al resarcimiento de perjuicios consideró que no se cumplían los requisitos previstos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos:

*“[La] **indemnización sólo es posible decretarla si se concede la tutela**, razón por la cual la prosperidad de la acción en esta materia -que, por ende, resulta ser accesorio- **únicamente puede darse si prospera la pretensión principal**, es decir, si el juez ha encontrado aquélla procedente y, además, ha concluido que las razones de hecho y de derecho por él evaluadas dan lugar a impartir una orden de inmediato cumplimiento en cuya virtud se realicen, en el caso específico, los postulados constitucionales.*

Pero, fuera de eso, se requiere que la indemnización sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho; que el afectado no disponga de otro medio judicial para obtener el resarcimiento del perjuicio; que la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, "...supuestos que justifican y aun exigen que el fallador, buscando realizar a plenitud la justicia en cada caso, disponga lo concerniente" (Cfr. Sentencia C-543, ya citada).

*En el asunto del que se ocupa la Sala, así se hubiese encontrado viable la acción -lo que no acontece, dada la existencia de otros medios de defensa judicial- **no se ha configurado ninguno de los enunciados requisitos.***”
(Negrillas agregadas)

En relación con un amparo formulado por los familiares de la víctima de un homicidio, cuyo cadáver fue fotografiado y publicado en el periódico “El Espacio”, la Corte consideró, en providencia **T-259 de 1994**, que dicha institución había vulnerado el derecho al buen nombre del fallecido y de sus allegados. Respecto a la improcedencia de la condena en abstracto para el caso concreto, mencionó:

*“El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 autoriza al juez para ordenar en abstracto **la indemnización** del daño emergente causado. Esta clase de pronunciamiento se ve condicionado a que el accionante no disponga de otro medio judicial, situación que no se presenta en el caso sometido a revisión, toda vez que la señora MARIA AUXILIADORA MENDEZ DE OÑORO bien puede iniciar contra el diario "EL ESPACIO" la acción civil correspondiente, en procura de que se reconozca y ordene el pago de la indemnización a que pueda tener derecho.”* (Negrilla agregada)

En la Sentencia **T-403 de 1994** la Sala Quinta de Revisión negó el amparo invocado por la propietaria de un inmueble ubicado en el conjunto campestre “Macondo”, al cual atribuía la muerte de uno de sus familiares por causa de una descarga eléctrica. Por lo tanto, manifestó que no resultaba procedente ordenar la indemnización solicitada:

“en el asunto sometido a estudio no podía prosperar la solicitud de la actora sobre condena en abstracto a la indemnización de perjuicios, pues, si bien éstos pudieron darse, no era el procedimiento indicado en el artículo 86 constitucional el que ha debido seguirse para obtener resarcimiento.

*Partiendo de la base de que la tutela misma era improcedente por las razones consignadas en esta providencia, resulta cierto que **no se configuraban ninguno de los presupuestos señalados por el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.** Basta considerar que en el caso examinado la peticionaria podía obtener la indemnización buscada acudiendo a los procedimientos ordinarios; no se estableció una acción clara e indiscutiblemente arbitraria; la pretendida indemnización por los daños ya*

ocasionados no era elemento indispensable para el goce del derecho a la vida de la solicitante y su familia, como lo demuestra el hecho de que ni siquiera reside en el inmueble afectado.” (Negrillas agregadas)

Así mismo, el fallo **T-171 de 1995** negó el amparo instaurado por un ciudadano que acusaba a diferentes comunidades indígenas de invadir su propiedad y talar árboles en ella. Este Tribunal argumentó que no se logró acreditar vulneración alguna y que tampoco resultaba procedente ordenar una indemnización:

*“en el caso del señor Sánchez García **no procede la condena a indemnizar los perjuicios causados porque**, aun existiendo éstos, no son atribuibles a las entidades demandadas, y como **no se configuró la violación o amenaza de un derecho fundamental**, ello hace improcedente la acción.” (Negrillas agregadas)*

En Sentencia **T-621 de 1995** la Sala Tercera de Revisión resolvió un caso relativo al deterioro ambiental del río Patía Viejo, generado por la construcción de un canal. Los accionantes requerían la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al medio ambiente y al trabajo, los cuales consideraron vulnerados por las omisiones de la Corporación Autónoma Regional del Nariño y el Inderena.

La Corte concedió el amparo y ordenó distintas medidas de protección para la población circundante, sin embargo, se abstuvo de ordenar una condena en abstracto aduciendo que:

*“En el presente caso, los afectados - bajo la asesoría de FUNDEPUBICO - no pueden pretender soslayar las exigencias procesales y probatorias necesarias para demostrar la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios presuntamente causados, mediante una acción que debe ser resulta en diez días por parte del juez constitucional. **La ley (Código Contencioso Administrativo, art. 86) prevé otras acciones para el resarcimiento de los perjuicios causados.** En consecuencia, la Corte avala la decisión de los fallos de instancia en el sentido de no reconocer la pretensión indemnizatoria.” (Negrillas agregadas)*

La Sala Plena se pronunció sobre la procedencia de indemnizar perjuicios en sede de tutela, a la luz de un caso concreto, en el fallo **SU-256 de 1996**.

El asunto *sub examine* estaba relacionado con una persona diagnosticada con VIH que había sido discriminada y despedida de su empleo en razón al “*peligro de contagio de sus compañeros de trabajo*”.

Se consideró que se habían vulnerado los derechos fundamentales a la dignidad, a la igualdad, a la no discriminación, al trabajo, a la salud y a la seguridad social del actor; como consecuencia de ello, condenó a la reparación de los daños que éste había sufrido argumentando lo siguiente:

*“Para el caso concreto que ahora le corresponde examinar, encaja perfectamente dentro de los parámetros y requisitos antes explicados, y, por tanto, **dadas las especiales características que este caso reviste, amerita ordenar el pago de una indemnización**, la cual será decretada en esta Sentencia en los términos que más adelante se explicarán.*

*En efecto, en el caso bajo examen **el afectado no goza de otro medio judicial de defensa** porque no es titular de la acción de reintegro, ni de la que conduzca a la nulidad del despido, toda vez que las mismas son consagradas por la ley laboral solamente para precisos casos entre los cuales no está el presente.*

*La **violación de sus derechos fundamentales**, en especial los del trabajo, la honra y el buen nombre, **es manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria**. Más todavía, la evidente amenaza de su derecho a la vida por razón de las difíciles circunstancias en las que ha sido puesto a partir del despido y de la pública divulgación acerca de la existencia de una enfermedad que, a los ojos de la actual sociedad es vista como un estigma y que, por otra parte, científicamente aún no padece, reclama de manera urgente un resarcimiento moral y material que le permita seguir viviendo con dignidad.*

*Se cumple, sin duda la exigencia legal de que **la indemnización sea indispensable para asegurar el goce efectivo del derecho**, pues no pudiendo ser reintegrado el accionante, en cuanto quedaría expuesto muy seguramente al escarnio, a la ofensa y a la discriminación en el seno del club social, y hallándose en condiciones económicas muy precarias por las circunstancias de su salida del empleo, que le ha cerrado las puertas para otras formas de trabajo, sus derechos únicamente pueden ser protegidos*

con eficacia mediante la reparación pecuniaria que decretará la Corte.”
(Negrillas agregadas)

Como aspecto a destacar, la providencia fija lineamientos para determinar el monto de la condena resarcitoria:

“1. La indemnización, cuyo pago estará exclusivamente a cargo de la Corporación Gun Club, corresponderá a los daños materiales que resulten debidamente comprobados y que tengan un nexo de causalidad directo con las violaciones de los derechos fundamentales objeto de amparo.

2. Del valor de la indemnización se deducirá la suma de dinero que el ex trabajador XX hubiese percibido del valor de la conciliación firmada ante el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá el día 3 de agosto de 1994.

La liquidación de la condena en abstracto se hará por el juez competente de la justicia ordinaria, mediante incidente que deberá tramitarse con observancia estricta de los términos procesales, con arreglo a las siguientes bases:

3. Se fijará, a prudente juicio del juez, el valor de los perjuicios morales subjetivos ocasionados al demandante, de conformidad con los parámetros establecidos por el artículo 106 del Código Penal”. (Negrillas agregadas)

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 para tal fin:

“Si una de tratándose de la indemnización de perjuicios, el propio artículo 25 del decreto 2591 de 1991, dice que ello cabe "cuando el afectado no dispone de otro medio judicial" (...)

*En efecto, no es competencia del juez de tutela decidir quién fue el responsable y ya se indicó que quienes se consideren damnificados tienen otras vías judiciales donde será motivo de controversia la responsabilidad extracontractual. Por lo mismo **la tutela no será el mecanismo adecuado***

para, en este caso concreto, decretar una indemnización de perjuicios, queda abierta la opción para que los interesados acudan ante el juez competente.” (Negrillas agregadas)

En un sentido similar, la Sala Sexta de Revisión, en providencia **T-649 de 1996**, determinó que la expedición irregular de una medida de aseguramiento en contra del entonces Procurador General de la Nación implicaba la vulneración de su derecho al debido proceso.

Dado que el funcionario pretendía la indemnización de los perjuicios causados, la Sala sostuvo que no se cumplían las “*condiciones de excepcionalidad*” necesarias para ello:

“si el juez de tutela, fundado en la viabilidad de la condena "in genere" según los presupuestos legales en comento, accede a decretarla, debe establecer con precisión en qué consistió el perjuicio; cuál es la razón para que su resarcimiento se estime indispensable para el goce efectivo del derecho fundamental; cuál es el hecho o acto que dio lugar al perjuicio; cuál la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño causado y cuáles serán las bases que habrá de tener en cuenta la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o el juez competente, según que se trate de condenas contra la administración o contra particulares, para efectuar la correspondiente liquidación.(...)”

En el presente caso, no se dan las condiciones de excepcionalidad, ni los presupuestos fácticos para que por medio de esta tutela se pueda ordenar una indemnización de perjuicios”. (Negrillas agregadas)

La Corte Constitucional también negó las pretensiones indemnizatorias de un ciudadano que alegaba la publicación ilícita de imágenes que pertenecían a su vida privada. El fallo **T-408 de 1998** indicó que no se aportaron pruebas sobre la existencia del suceso ni de los supuestos daños generados al accionante, tampoco se acreditó la imposibilidad de acudir a otro medio judicial:

“En el presente caso, no está demostrado que la señora Blanca Flor Ortiz de Rovira le haya producido al actor un perjuicio iusfundamental que merezca ser resarcido mediante la correspondiente indemnización.”

*Pero incluso si se encontrara demostrada la premisa fáctica que acá se echa de menos, **el actor tendría otros mecanismos alternativos**, como el proceso civil o la acción civil dentro de un proceso penal, para lograr el resarcimiento del daño producido.” (Negrillas agregadas)*

En la Sentencia **T-170 de 1999** esta Corporación abordó un caso relativo al desconocimiento de los derechos de reunión y asociación sindical. Aunque acreditó la existencia de un daño sostuvo que no se cumplían los requisitos previstos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, especialmente aquel referido a la necesidad de la reparación para asegurar el goce efectivo del derecho vulnerado:

*“En efecto, **no es el pago de la cantidad pedida por el accionante lo que podría permitirle el pleno ejercicio de sus libertades de reunión, de expresión y de asociación**. O, dicho de otra manera, la efectividad de tales garantías constitucionales en su caso no depende de que se le cancele el valor solicitado; si se logra que la empresa -como lo ordenará este Fallo- cese en sus actitudes de obstrucción y hostigamiento en contra del empleado y, por su conducto, del Sindicato, ninguna justificación tiene el elemento pecuniario como componente del amparo que se concede.*

Para la Corte es claro que si, por otra parte, algo tiene que reclamar el petente en lo que se refiere al pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones, por causa del contrato de trabajo, goza de los medios judiciales ordinarios, ante los cuales deberá acudir para el enunciado propósito.” (Negrilla agregada)

Argumentos similares fueron esbozados en la providencia **T-465 de 1999**, respecto al amparo formulado por varios conductores del servicio público de transporte en el municipio de Palmira, los cuales habían sido desvinculados y solicitaban que se les reparar por tal hecho. La Corte negó tal pretensión afirmando lo siguiente:

*“En cuanto hace a la vía tutelar, ya el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali señaló que, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, **en este caso no hay lugar para ordenar en abstracto la indemnización del daño** emergente que se pudiera haber causado, pues: a) los afectados disponen de las acciones contractuales ante la jurisdicción ordinaria para la defensa de sus derechos; b) la tutela judicial del derecho*

fundamental reclamado por los actores no procede debido a la carencia actual de objeto; c) la empresa demandada aduce que su actuación es legítima, pues la justifica el incumplimiento contractual de los accionantes; y d) aún en el caso de que la acción de tutela procediera en este caso, la indemnización no es necesaria "para asegurar el goce efectivo del derecho". (Negritillas agregadas)

La Sentencia **T-673 de 2000** negó solicitudes semejantes, por cuanto se verificó un *hecho superado* en relación con el derecho fundamental de petición invocado por el accionante, así como el incumplimiento de los requisitos para la reparación del daño emergente.

A diferencia de los casos precedentes, esta Corporación condenó a la indemnización de perjuicios en el fallo **T-036 de 2002**. El caso tenía por objeto dilucidar si el periódico “El Espacio” había desconocido el derecho a la intimidad personal y familiar de la demandante, en tanto divulgó detalles del suicidio de su hijo.

Se sostuvo que el medio de comunicación era responsable de vulnerar tal garantía y que, además, era procedente condenarlo en abstracto a reparar los daños sufridos ya que resultaba imposible restablecer sus derechos a una situación anterior:

“En el asunto sub judice se encuentra probada la conducta arbitraria de los periodistas del diario “El Espacio”, quienes haciéndose pasar por miembros de la Fiscalía General de la Nación ingresaron al domicilio de la Señora Rosa Miryam Camacho de Pinilla y obtuvieron información y fotografías de la vida íntima de la familia de la accionante. También se encuentra probado que el diario accionado aprovechó esa conducta para publicar dicha información, sin autorización de la accionante, vulnerando su derecho a la intimidad familiar y personal.

*De esta manera, **en consideración a la imposibilidad de restablecer el derecho** a la intimidad personal y familiar a la accionante, retrotrayendo la situación al estado anterior, **esta Corte, en ejercicio de su función de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, y con el objeto de garantizar el disfrute del citado derecho** a la de la señora Rosa Miryam Camacho de Pinilla, revocará el fallo de instancia, para conceder el amparo al derecho a la intimidad de la peticionaria, y en aplicación del*

principio del efecto útil de las normas, condenará en abstracto al diario “El Espacio.” (Negrillas agregadas)

Así mismo, en Sentencia **T-1090 de 2005** se concedió la indemnización en abstracto del daño moral sufrido por una mujer de tez morena, en razón a que fue discriminada por dos discotecas de la ciudad de Cartagena. En esta oportunidad, el Tribunal Constitucional aseguró que la acción de tutela era el medio más expedito, idóneo y eficaz para efectuar el resarcimiento correspondiente:

*“Frente a los requisitos señalados respecto del caso concreto, teniendo en cuenta, por supuesto, que el presente amparo habrá de concederse, hay que reiterar que **la tutela representa el medio más expedito para proteger los derechos vulnerados a la peticionaria y no se observa la existencia de otro medio que tenga la idoneidad y eficacia para perseguir la indemnización correspondiente.***

Adicionalmente, tal y como se expresó, la vulneración del derecho en el presente caso es manifiesta y consecuencia de una actuación no solamente arbitraria sino también grosera respecto de la Constitución y del ordenamiento internacional de Derechos Humanos, que no tiene justificación alguna. (...)

*Conforme a lo anterior, **esta Sala considera necesario indemnizar en abstracto los perjuicios morales** sufridos por la peticionaria representados en el dolor, sufrimiento y vergüenza ocasionados por los establecimientos de comercio “La Carbonera LTDA” y “QKA-YITO” de la ciudad de Cartagena, quienes impidieron el ingreso de Johana Luz Acosta Romero en razón a su raza; dineros que se consideran necesarios – por demás – para que ella asegure el goce efectivo de sus derechos a la dignidad y la honra.”*
(Negrillas agregadas)

Adicionalmente, se resalta el caso de una menor de catorce años que fue víctima de acceso carnal violento y quedó en estado de embarazo, ante lo cual solicitó la interrupción voluntaria del mismo -IVE-. Pese a ello, diferentes entidades de salud se negaron a llevar a cabo el procedimiento. En consecuencia, la providencia **T-209 de 2008** amparó los derechos fundamentales de la actora resaltando que, debido al hecho del nacimiento,

resultaba necesario que la Corte emitiera un fallo de fondo sobre los perjuicios que se habían ocasionado.

En tal sentido, consideró que:

“En el presente caso se reúnen las condiciones para imponer condena en abstracto según lo previsto en la disposición citada. En efecto, (i) la menor fue afectada de manera manifiesta en sus derechos fundamentales; (ii) la vulneración fue consecuencia de una acción clara y arbitraria; y, (iii) la menor no dispone de otro medio de defensa judicial para solicitar los perjuicios que se le causaron por negársele el acceso al servicio legal de IVE que solicitó, cumpliendo los requisitos exigidos según la sentencia C-[3]55 de 2006. (...)

En relación con los perjuicios, éstos deben ser reparados en su integridad para asegurar el goce efectivo de sus derechos, y así lo deberá tener en cuenta el juez que los liquide, para lo cual valorará que se trata de una menor de edad, cuyo embarazo fue producto del delito de agresión sexual pues fue accedida carnalmente teniendo menos de catorce años, que la violación además de ser un acto violento es de agresión, de humillación y de sometimiento, y que tiene impacto no solo en el corto plazo sino que también es de largo alcance, en los órdenes emocional, existencial y psicológico, incluidos los daños a su salud por la gestación y la enfermedad sexual que le fue transmitida.” (Negrillas agregadas)

Una decisión similar tuvo lugar en la Sentencia **T-946 de 2008**, en la cual se resolvió el caso de una mujer con limitaciones cognitivas que solicitaba la interrupción voluntaria de su embarazo -IVE-, debido a que éste había sido producto de un acceso carnal violento.

En Sede de Revisión se constató que el parto ya había tenido lugar a causa de dilaciones injustificadas, no obstante, afirmó que: *“la indemnización, prevista en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, era procedente cuando se anulaba el derecho de la mujer gestante a acceder oportuna y adecuadamente a la IVE en los eventos previstos en la sentencia C-355 de 2006”*.

Por ello, amparó los derechos sexuales reproductivos, la integridad y la libertad de la accionante, e incluyó dentro de sus órdenes la siguiente:

“Sexto: **CONDENAR en abstracto** a COSMITET LTDA, y solidariamente al profesional de la salud que atendió el caso, y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a Ana, por la violación de sus derechos fundamentales.

La liquidación de la misma se hará por el juez del circuito judicial administrativo de Caldas –reparto-, por el trámite incidental, el que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva. El juez administrativo a quien corresponda fallar el presente incidente, remitirá copia de la decisión de fondo a este Despacho.

Una vez liquidada la condena, COSMITET LTDA deberá proceder al pago total de la obligación, y posteriormente, de conformidad con las reglas de la solidaridad, podrá repetir contra el médico vinculado a la misma que atendió el caso y negó el procedimiento de IVE sin realizar la remisión correspondiente.” (Negrillas agregadas)

Por otra parte, en la providencia **T-299 de 2009** se protegieron los derechos fundamentales de personas desplazadas por el conflicto armado, sin embargo, se negaron sus pretensiones indemnizatorias en tanto no se verificó el cumplimiento de lo establecido por el artículo 25 precitado, sobre el cual se aduce:

“Respecto del alcance del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 la jurisprudencia de la Corte ha entendido que (i) la acción de tutela tiene como finalidad garantizar el goce efectivo de los derechos y no tiene una naturaleza fundamentalmente indemnizatoria; (ii) es excepcional pues si bien para concederla se requiere que se haya concedido la tutela no siempre que esto ocurre es procedente la indemnización; (iii) solo procede cuando no existe otra vía judicial para el resarcimiento del perjuicio, por lo cual, en todo caso, no es procedente cuando se concede la acción de tutela como mecanismo transitorio; (iv) no es suficiente la violación o amenaza del derecho sino que es necesario que esta sea evidente y consecuencia de la acción clara e indiscutiblemente arbitraria del accionado; (v) debe ser

necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho del tutelante; (vi) se debe garantizar el debido proceso al accionado; y (vii) sólo cubre el daño emergente, esto es, el perjuicio y no la ganancia o provecho que deja de reportarse; (viii) si el juez de tutela, fundado en la viabilidad de la condena 'in genere' accede a decretarla, "debe establecer con precisión en qué consistió el perjuicio; cuál es la razón para que su resarcimiento se estime indispensable para el goce efectivo del derecho fundamental; cuál es el hecho o acto que dio lugar al perjuicio; cuál la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño causado y cuáles serán las bases que habrá de tener en cuenta la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o el juez competente, según que se trate de condenas contra la administración o contra particulares, para efectuar la correspondiente liquidación". "

En el fallo **T-439 de 2009** se concedió el resarcimiento a una ciudadana que solicitaba la protección de sus derechos fundamentales al buen nombre, a la honra y a la intimidad, en razón a que Caracol Televisión S.A. había publicado una entrevista de ella sin que se distorsionaran su imagen y su voz.

Se sostuvo que, si bien la accionante no había solicitado una rectificación al medio de comunicación, ésta no resultaba necesaria en tanto no se requería la corrección o modificación de la información, sino el amparo judicial a efectos de: (i) impedir que continuara la lesión del derecho fundamental a la intimidad; (ii) advertir a la demandada que no reitere su conducta; y (iii) indemnizar los perjuicios que se hubieren causado:

*"Puede haber rectificación si el medio asume que tergiversó los hechos, pero la solicitud de la misma no siempre puede erigirse en requisito indispensable para que proceda la tutela, pues **ya hay un daño causado susceptible de seguir produciéndose** si la actividad del medio no es detenida por la orden judicial y **por lo tanto es posible acudir a la tutela para que se ordene al medio cesar la vulneración, corregir hacia el futuro sus actuaciones y si es del caso, ordenar las indemnizaciones a que haya lugar.**"* (Negritillas agregadas)

Como consecuencia de lo anterior, se resolvió:

*"Tercero: **CONCEDER** la tutela de los derechos a la propia imagen, intimidad y derechos de los niños solicitados en la presente tutela.*

Cuarto: ORDENAR a CARACOL TELEVISIÓN Y A LA REVISTA SEMANA que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, como medida preventiva para evitar futuras violaciones a los derechos tutelados en las nuevas emisiones del documental *COLOMBIA VIVE*, se aseguren de cubrir la imagen y distorsionar la voz de la accionante cuando esta aparezca frente a las cámaras concediendo una entrevista al reportero Carlos Betancourt.

Quinto: ORDENAR la indemnización de los perjuicios y del daño emergente causados a la accionante y a su familia, con este acto lesivo a sus derechos tutelados.” (Negritillas agregadas)

En un caso con características semejantes, la Sala Séptima de Revisión protegió los derechos fundamentales a la intimidad y a la honra de una menor, en razón a que los Diarios del Huila y La Nación habían divulgado su condición de víctima de actos sexuales abusivos.

Respecto a la aplicación del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 y la necesidad de una reparación integral en el asunto *sub examine*, la providencia **T-496 de 2009** afirmó:

“Frente a los requisitos señalados respecto del caso concreto, teniendo en cuenta, por supuesto, que el presente amparo habrá de concederse, se reitera que la tutela representa el medio más expedito para proteger los derechos vulnerados a la accionante y su menor nieta, y no se observa la existencia de otro medio que tenga la idoneidad y eficacia para perseguir la indemnización correspondiente.

Adicionalmente tal y como se expresó, la vulneración del derecho en el sub iudice es manifiesta y consecuencia de una actuación no solamente arbitraria e injustificada frente a los derechos de la menor sino también grosera respecto de la Constitución y del ordenamiento internacional de Derechos Humanos, que no tiene justificación alguna.

En los documentos que obran en el expediente se demostró que, aunado a la situación afrontada por los hechos ocurridos, el rechazo intransigente del que fueron objeto “A” y “N” les produjo tristeza, dolor y vergüenza frente a las personas con las que interactúan. (...)

Conforme a lo anterior, esta Sala considera necesario indemnizar en abstracto los perjuicios morales sufridos por la peticionaria y su nieta representados en el dolor, sufrimiento y vergüenza ocasionados por las publicaciones del Diario del Huila y La Nación de la ciudad de Neiva, que publicaron una noticia relacionada con unos sucesos que las afectan.”
(Negrillas agregadas)

El fallo **T-841 de 2011** reiteró los precedentes judiciales relacionados con la indemnización de perjuicios en casos de interrupciones voluntarias del embarazo -IVE-. En esta ocasión, la menor afectada contaba con doce años de edad y solicitaba el procedimiento citado debido a que constituía un grave riesgo para su salud mental.

En Sede de Revisión se corroboró que el parto ya había tenido lugar, por lo cual se declaró la carencia actual de objeto y se condenó a la EPS a pagar los daños causados:

“Ante la verificación del daño consumado y de la violación de los derechos fundamentales de AA, se condenará en abstracto a BB E.P.S. a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados a la menor por la negativa ilegítima de la IVE, de conformidad con el artículo 25 del decreto 2591 de 1991. Los perjuicios deberán ser reparados en su integridad, para lo cual se deberá tener en cuenta, especialmente, la condición de menor de edad de AA y el daño ocasionado a su salud mental y a su proyecto de vida como consecuencia de la negación del acceso a la IVE, a la cual tenía derecho.

Como parte de esa reparación –lo cual deberá ser tenido en cuenta por el juez a quien le corresponda liquidar los perjuicios-, y con el fin de proteger inmediatamente el derecho fundamental a la salud de AA, se ordenará a la demandada prestarle todos los servicios médicos que requiera a causa del nacimiento que se produjo, en lo que se refiere a su salud física pero especialmente en lo tocante con su salud mental. Al ser estos servicios parte de la reparación, no estarán limitados a los servicios incluidos en el POS sino a todos los necesarios de acuerdo con el criterio médico.” (Negrilla agregada)

En contraste, la Sala Sexta de Revisión negó la acción de tutela formulada por dos ciudadanos en contra de la empresa Electricaribe S.A., debido a que no encontró probadas las afectaciones que habría causado la construcción de un centro de servicios contiguo a su residencia. Ante lo cual, en Sentencia **T-179 de 2015**, argumentó:

“Una vez analizadas las pruebas allegadas al expediente la Corte no halla elementos de juicio suficientes para considerar, al menos por vía de tutela, que los accionantes o su núcleo familiar se encuentren expuestos a condiciones ambientales deficientes o de otro tipo producidas por Electricaribe, que desmejoren su calidad de vida, pongan en riesgo inminente la misma o amenacen su salud. (...)”

*En síntesis, la Sala considera que la acción de tutela que se estudia es improcedente puesto que; (i) la tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad por existir otros mecanismos judiciales; (ii) no es la acción pertinente para la protección de derechos patrimoniales; (iii) **no se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable sufrido por los accionantes ni su núcleo familiar que amenace un derecho fundamental.**”*
(Negrilla agregada)

En la providencia **T-301 de 2016** la Corte resolvió el caso de una mujer que solicitaba la finalización de su embarazo, sin embargo, debido a trámites y demoras administrativas de la accionada se produjo el nacimiento del menor. Aunque se declaró la existencia de una *carencia actual de objeto*, se consideró procedente el resarcimiento en abstracto, toda vez que:

*“Respecto al caso concreto se tiene que se ha verificado que: (i) la señora Rosa fue afectada de manera manifiesta en su derecho fundamental a la IVE, puesto que se configuró en su caso la causal de peligro para la salud mental de madre por causa del embarazo, debidamente certificada por una médica psiquiatra, pero este no se pudo realizar por la demora en el diagnóstico por parte de la EPS SaludCoop (...); (ii) la vulneración del derecho a la IVE de la señora Rosa fue consecuencia de una acción clara y arbitraria de parte de la EPS SaludCoop, entidad que sin explicación alguna demoró la atención requerida para un diagnóstico oportuno (...); (iii) **la señora Rosa no dispone de otro medio de defensa judicial eficaz para solicitar los perjuicios que se le causaron por negársele el acceso al***

servicio legal de IVE que solicitó, cumpliendo los requisitos exigidos según la sentencia C-355 de 2006.” (Negrillas agregadas)

Por su parte, la Sentencia **T-352 de 2016** se pronunció sobre los derechos de las víctimas de ejecuciones extrajudiciales y sus pretensiones de carácter resarcitorio. La Corte determinó que los juzgados administrativos que habían declarado la caducidad de las acciones judiciales habían desconocido sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

De allí que decidió revocar las decisiones proferidas, pero se abstuvo de establecer si el Estado era responsable en cada caso concreto. En tal sentido, afirmó:

“no le corresponde al juez constitucional determinar la responsabilidad de Estado en los casos puestos en conocimiento de la Sala en esta oportunidad, ya que la jurisdicción idónea para hacerlo es la contencioso administrativa, a través de la acción de reparación directa, por lo que, esta Sala dejará sin efectos las decisiones de los jueces administrativos dentro de las acciones de reparación directa interpuestas por Benigno Antonio Cañas Quintero y Dulcinea Sanabria Sánchez, respectivamente, para que, profieran nuevamente una decisión acorde con lo dispuesto a lo largo de la presente sentencia.”

Este Tribunal también ordenó la reparación objeto de análisis en la providencia **T-416 de 2016**. La accionante relató que fue suspendida de su cargo como Curadora Urbana de la ciudad de Bogotá D.C., en virtud de un proceso de responsabilidad fiscal que cursaba en su contra. Ante el archivo del mismo, demandó la nulidad del acto administrativo correspondiente y el restablecimiento de sus derechos, no obstante, la Sección Segunda del Consejo de Estado se declaró inhibida para proferir un pronunciamiento de fondo.

La Corte indicó que se había desconocido el derecho al acceso a la administración de justicia y que era viable ordenar la respectiva indemnización, ya que no podía exigirse a la actora interponer una nueva acción judicial, debido al tiempo que había transcurrido desde el hecho generador de responsabilidad:

*“Con el fin de garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, la Sala considera que por aplicación del artículo 90 Superior es procedente reparar los daños ocasionados a la actora. De este modo, en el caso concreto, la acción de reparación directa sería la llamada a garantizar la protección de la demandante que fue injustamente suspendida de su cargo. Sin embargo, **decidir en este caso que la actora tenga que acudir nuevamente a la administración de justicia** para iniciar una demanda a través de la acción de reparación directa **carecería de sentido** porque el daño se causó en el año 2007, y en ese orden la acción estaría caducada, por cuanto los 2 años para interponerla se encuentran ampliamente superados. (...)*

La imposibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa para reclamar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir (...) determina la necesidad de ordenar en abstracto la indemnización del daño o perjuicio causado, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.” (Negrillas agregadas)

También sostuvo que la reparación se otorgaba en razón a la *justicia material*, al prolongado tiempo que había implicado la resolución del asunto *sub examine* y a la protección efectiva de los derechos de la actora:

*“En virtud de lo anterior y **en aplicación de la justicia material, y defensa de los derechos fundamentales de la actora**, la Sala concluye que los yerros enunciados no tienen por qué afectar el goce efectivo de los derechos invocados por la demandante, por lo que se hace imperativo que a través de la presente acción de tutela se defina el asunto, teniendo en cuenta que la sentencia inhibitoria dejó a la expectativa y sin resolución la controversia puesta a consideración a pesar de que la actora aportó material probatorio suficiente para comprobar que la suspensión de la que fue objeto fue injusta.*

*El amparo en este caso no tiene la intención de desplazar al juez contencioso de su función de administrar justicia, sino de ajustar excepcionalmente los derechos de las partes de manera definitiva, máxime si **el asunto de la referencia lleva más de diez (10) años sin ser resuelto**. (...) En efecto, la simple decisión de protección de los derechos para que se profieran nuevas sentencias es insuficiente. (...)*

La indemnización, cuyo pago estará exclusivamente a cargo de la Contraloría de Bogotá D.C., corresponderá a los daños que resulten debidamente comprobados y que tengan un nexo de causalidad directo con las violaciones de los derechos fundamentales objeto de amparo, para lo cual deberán ser tenidas en cuenta las pruebas que reposan en el expediente contencioso administrativo, tales como las declaraciones de renta aportadas, así como la prueba pericial decretada y practicada donde se determinó el monto de los daños materiales sufridos por la actora.”
(Negrillas agregadas)

Finalmente, se hace mención de la Sentencia **SU-443 de 2016**, la cual se refirió a la posibilidad de ejecutar fallos judiciales proferidos en contra de Embajadas de otros Estados, a efectos de garantizar los derechos laborales de sus trabajadores. Esta Corporación determinó que el desarrollo del derecho internacional público permitía concluir que los jueces colombianos carecen de jurisdicción para el fin mencionado, sin embargo, manifestó que ello no puede ser óbice para impedir el acceso a la justicia.

Por lo tanto, dictó una serie de ordenes al Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de subsanar dicha imposibilidad, entre ellas se incluye la aplicación del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a efectos de indemnizar a los demandantes:

“en tanto el Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado es el encargado de suscribir los tratados internacionales, la Corte le ordenará al Ministerio de Relaciones Exteriores subrogarse la obligación monetaria a cargo de las embajadas de El Líbano y de Estados Unidos.

*Así, **procederá a indemnizar a los accionantes**, en caso de que los demandantes no obtengan el pago de las acreencias en el término de un (1) año en las cortes de dichos países, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 90 de la Carta.*

***Esta indemnización surge a su vez como consecuencia de que en estos dos casos se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991**, ya que (i) los demandantes no disponen de otro medio de defensa judicial, y que (ii) en la medida en que está probada la relación laboral y la falta de pago en los dos casos, la violación del derecho al trabajo es clara e indiscutiblemente arbitraria.”* (Negrillas agregadas)

En conclusión: este Tribunal ha resuelto casos relativos al resarcimiento de perjuicios por parte del juez de amparo, al menos, en treinta y un (31) ocasiones⁵⁵⁸, en trece (13) de las cuales lo encontró procedente⁵⁵⁹, ya sea mediante la confirmación de fallos de instancia o profiriendo dicha orden de manera directa.

Las respectivas Salas de Revisión usualmente han negado la referida indemnización con fundamento en: (i) la falta de pruebas que acrediten la existencia del daño; o (ii) la idoneidad de otros mecanismos judiciales diferentes a la acción de tutela para solicitar el resarcimiento⁵⁶⁰.

3. Resolución del caso concreto

La Corte procede a verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en el asunto *sub iudice*:

3.1 Los accionantes carecen de otro mecanismo judicial para obtener el respectivo resarcimiento

A efectos de determinar la existencia de otros medios judiciales idóneos y eficaces para obtener la indemnización de perjuicios resulta necesario analizar: (i) la situación específica de los peticionarios; así como (ii) su contexto socio-económico.

En tal sentido, el artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991, relativo a la procedencia de la acción de tutela, señala que la aplicabilidad de un recurso judicial debe ser “*apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante*”⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ Sentencias T-611 de 1992, T-236 de 1993, T-303 de 1993, T-375 de 1993, T-004 de 1994, T-033 de 1994, T-095 de 1994, T-259 de 1994, T-403 de 1994, T-171 de 1995, T-621 de 1995, SU-256 de 1996, T-574 de 1996, T-649 de 1996, T-408 de 1998, T-170 de 1999, T-465 de 1999, T-673 de 2000, T-036 de 2002, T-1090 de 2005, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-299 de 2009, T-439 de 2009, T-496 de 2009, T-841 de 2011, T-179 de 2015, T-301 de 2016, T-352 de 2016, T-416 de 2016 y SU-443 de 2016.

⁵⁵⁹ Sentencias T-611 de 1992, T-303 de 1993, **SU-256 de 1996**, T-036 de 2002, T-1090 de 2005, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-439 de 2009, T-496 de 2009, T-841 de 2011, T-301 de 2016, T-416 de 2016 y **SU-433 de 2016**.

⁵⁶⁰ Sentencias T-375 de 1993, T-004 de 1994, T-033 de 1994, T-295 de 1994, T-403 de 1994, T-171 de 1995, T-621 de 1995, T-574 de 1996, T-649 de 1996, T-408 de 1998, T-465 de 1999 y T-179 de 2015.

⁵⁶¹ El artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991 establece lo siguiente: “*Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*”

En el presente caso, la petición de amparo fue formulada por los señores Israel Manuel Aguilar Solano - Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge- y Luis Hernán Jacobo - Presidente del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, quienes actúan en nombre y representación 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.

Se trata, en consecuencia, de *sujetos de especial protección constitucional*, categoría que abarca las personas de la tercera edad, padres y madres cabeza de familia, personas con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, las comunidades indígenas o afrodescendientes, las personas que han sido víctimas de desplazamiento forzado, entre otros.

Ello implica tomar en consideración que la protección de los derechos fundamentales de los indígenas y afrodescendientes no puede tener un simple efecto retórico, pues se trata de poblaciones que requieren una salvaguarda especial a efectos de garantizar sus derechos fundamentales, así como su acceso real y efectivo a la administración de justicia.

Aspecto que adquiere mayor connotación al examinar el contexto socio-económico que rodea a las comunidades accionantes, de conformidad con el peritaje rendido por el INMLCF, los municipios cercanos a la mina presentan un elevado número de victimización.

En relación a Montelíbano se afirma:

*“En la RNI se registraron **38.985 víctimas** del conflicto armado por hechos que ocurrieron en el municipio de Montelíbano, corresponden al 11,19% de las víctimas del departamento. El 69,77% de los casos registrados en este municipio ocurrieron durante los años 2002 a 2012, con mayor número de casos en el año 2011 (5.052; 12,96%), seguido por el año 2002 (4.200; 10,77%) y 2006 (4.019; 10,31%).*

Las víctimas del municipio refirieron hechos como desplazamiento (35.344; 20,55% de las víctimas del departamento), homicidios (1.879; 9,69% del departamento), amenazas (1.304; 20,20% de lo registrado en Córdoba) y desaparición forzada (387; 14,94% del departamento)”⁵⁶².

⁵⁶² Estudio pericial... *ob.cit.*, p. 73.

En Puerto Libertador, los datos también son alarmantes:

*“En la RNI se registraron **44.523 víctimas** del conflicto armado por hechos que ocurrieron en el municipio y corresponden al 12,78% de las víctimas del departamento. El 54,72% de los casos registrados en Puerto Libertador ocurrieron durante los años 2005 a 2013, con mayor número de casos fue en el año 2008 (6.452; 14,49%).*

Las víctimas del Puerto Libertador refirieron hechos como desplazamiento (41.150; 23,93% de las víctimas del departamento), homicidios (1.395; 7,19% del departamento), amenazas (695; 10,76% de lo registrado en Córdoba) y desaparición forzada (203; 7,84% del departamento)”⁵⁶³.

En San José de Uré, las cifras de victimización son:

*“En la RNI se registraron **4.793 víctimas** del conflicto armado por hechos que ocurrieron en San José de Uré, corresponden al 1,38% de las víctimas del departamento. El 52,06% de los casos registrados en el municipio ocurrieron durante los años 2009 a 2012, con mayor número de casos en el año 2009 (1.251; 26,10%), seguido por 669 (13,96%) casos del 2010 y 434 (9,05%) del año 2011”.*

Y concluye el INMLCF:

*“En el sur del departamento de Córdoba, derivado del negocio del narcotráfico se han documentado frecuentes amenazas de la guerrilla de las FARC y bandas criminales, reconociéndose como **una de las zonas más conflictivas del país**”.*

*La confrontación entre diferentes bandos afecta a la población civil, en su mayoría a las comunidades campesinas, **miembros de cabildos indígenas** asentados en sus resguardos. Las fuerzas militares han referido un aumento de los homicidios en la zona, atribuidos al ajuste de cuentas y confrontación entre bandas criminales”*

Las condiciones de escolaridad son igualmente bajas en las comunidades accionantes:

Tabla 11.5. Nivel de escolaridad por comunidad. Estudio pericial de exposición a níquel en municipios aledaños a la mina de CMSA. Córdoba, Colombia, año 2016

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 74.

ESCOLARIDAD / COMUNIDAD	Bocas de Uré		Centro América		Guacarí / La Odisea		Puente Uré		Puerto Colombia		San José de Uré		Torno Rojo		Unión Matoso / Pueblo Flecha		TOTAL	
	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%	Casos	%
Educación básica primaria	48	26,37	46	41,07	24	42,11	11	25,00	40	31,75	54	22,41	46	25,70	57	27,67	326	28,42
Educación inicial y preescolar	57	31,32	3	2,68	6	10,53	12	27,27	39	30,95	69	28,63	58	32,40	75	36,41	319	27,81
Educación media o secundaria alta	26	14,29	30	26,79	15	26,32	8	18,18	19	15,08	40	16,60	19	10,61	23	11,17	180	15,69
Educación básica secundaria o secundaria baja	12	6,59		-	3	5,26	4	9,09	8	6,35	16	6,64	23	12,85	16	7,77	82	7,15
Educación técnica profesional y tecnológica	2	1,10	11	9,82		-	2	4,55	2	1,59	15	6,22	7	3,91	4	1,94	43	3,75
Universitario		-	2	1,79		-	1	2,27		-	6	2,49		-		-	9	0,78
Ninguna	37	20,33	20	17,86	8	14,04	6	13,64	18	14,29	41	17,01	26	14,53	30	14,56	186	16,22
Sin información		-		-	1	1,75		-		-		-		-	1	0,49	2	0,17
TOTAL	182	100,00	112	100,00	57	100,00	44	100,00	126	100,00	241	100,00	179	100,00	206	100,00	1.147	100,00

Fuente: Elaboración propia. Estudio pericial. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2016.

Como puede advertirse, la educación básica primaria ocupa el primer reglón de la categoría de escolaridad, seguida por educación inicial y preescolar. En promedio, el 16,22% de los encuestados no cuentan con ningún tipo de escolaridad.

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 atención a ello, se considera que resulta desproporcionado exigir a los integrantes de las comunidades acudir a las vías ordinarias en pro de un posible resarcimiento, más aún cuando han estado sometidos por décadas a las consecuencias ambientales y sociales del complejo minero de Cerro Matoso S.A., sin la posibilidad de ser consultados o participar efectivamente en las decisiones que los afectan.

La existencia de otro mecanismo judicial para solicitar la indemnización de perjuicios no puede analizarse con excesivo rigorismo formal, a fin de permitir la realización de garantías constitucionales como la igualdad real y efectiva (art. 13 C.P), el debido proceso (art. 29 C.P), la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P) y el acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P).

Lo contrario implicaría someter a cientos de personas en debilidad manifiesta a un proceso judicial riguroso, que resultaría difícil de soportar y llevar a cabo con éxito, dada la magnitud y relevancia de los daños que se han cometido, así como la situación especial de vulnerabilidad de los accionantes⁵⁶⁴. Además, sería inoficioso exigir a las comunidades instaurar una nueva acción judicial a efectos de solicitar la reparación de unos perjuicios que ya han sido comprobados en sede de tutela, donde, inclusive, se ha presentado un extenso y prolongado debate probatorio.

En conclusión, la acción de tutela se constituye en el medio más expedito, idóneo y eficaz para efectuar la indemnización correspondiente⁵⁶⁵, 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.

3.2 La violación de los derechos fundamentales es manifiesta y consecuencia de una actuación arbitraria

A lo largo de la presente Sentencia se encuentra plenamente probada la existencia de una grave vulneración a los derechos fundamentales a la salud y al disfrute de un medio ambiente sano, cuyas víctimas son los integrantes de las comunidades indígenas 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.

Dicha transgresión es producto de diversas actuaciones por parte de la empresa Cerro Matoso S.A., entre las cuales se destaca:

- Continuar sustentando sus actividades de explotación mineras en una licencia ambiental que data de 1981 y no se encuentra acorde a la Constitución Política;
- Abstenerse de consultar a las comunidades étnicas afectadas, quienes durante más de tres décadas no han tenido la posibilidad de

⁵⁶⁴ Sentencia T-107 de 2010.

⁵⁶⁵ Sentencia T-1090 de 2005.

participar efectivamente en las decisiones concernientes al complejo minero;

- Suscribir un Otrosí que extendió sus actividades hasta el año 2044, con la posibilidad de prorrogar dicho término de manera indefinida, y que, además, incluyó diversas cláusulas relativas al incremento de producción en un millón y medio de toneladas anuales de ferroníquel, las obligaciones ambientales de la empresa, la forma de pago e, inclusive, sustituyó integralmente el Contrato 051-96M.
- Presentar un Documento de Evaluación y Manejo Ambiental -DEMA- con fundamento en un Decreto declarado nulo por el Consejo de Estado, en atención al desconocimiento de la legislación ambiental;
- Dilatar la presentación de un Plan de Manejo Ambiental Unificado, que abarcara la totalidad de sus labores industriales y mineras, hasta el año 2015 y tras sucesivas exigencias por parte de las autoridades administrativas;
- Incumplir la normatividad ambiental, nacional y/o internacional, relacionada con los valores límite de concentración de hierro y níquel;
- Emitir material particulado de forma reiterada y no controlada hacía las comunidades étnicas y el ecosistema circundante;
- Obstruir el caudal de uno de los cuerpos de agua en la zona, denominado Caño Zaino, así como alterar la composición química de varios cuerpos de agua.

En consecuencia, se corrobora el cumplimiento del requisito bajo examen, ya que los integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes involucradas en el presente caso han estado sometidas a diferentes conductas arbitrarias que se constituyen en una violación clara y manifiesta de sus derechos fundamentales.

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

La Sala destaca que el análisis relativo al cumplimiento de este supuesto requiere tomar en consideración la intensidad e irreversibilidad de los daños causados, los cuales abarcan, entre otros:

- El padecimiento de distintas manifestaciones irritativas de la vía aérea superior (fosas nasales, boca, faringe y laringe), la piel y la mucosa conjuntival (globo ocular), identificadas por el INML a partir de radiografías analizadas la técnica OIT 2011 para el análisis de alteraciones pulmonares derivadas de exposición a material particulado asociadas a contextos extractivos;
- Dentro de los hallazgos también se incluyen casos de cáncer de pulmón y de *engrosamiento de la cisura pulmonar*, lo cual podría reflejar la existencia de *fibrosis*, afección que genera una fuerte disminución en la cantidad de oxígeno que reciben los pulmones. Así como, 18 personas con *cardiomegalia*, un aumento considerable del tamaño del corazón producido por el esfuerzo que se realiza para enviar sangre oxigenada a todo el cuerpo;
- Se resalta nuevamente que se encontró un promedio de 10,53 mcg/Lt de níquel en la sangre de las personas analizadas, hallazgo que contrasta en gran medida con valores de referencia utilizados en el ámbito internacional para examinar la presencia del metal en el organismo;
- También se hallaron altos niveles de níquel en la orina de los integrantes de las comunidades, al encontrarse un promedio de 27,36 mcg/Lt de este químico;
- En general se identificaron las siguientes afecciones de salud: atelectasia plana, silicosis, linfangitis carcinomatosa, neumoconiosis reumatoide, nódulos calcificados en el pulmón, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, dermatitis, bandas parenquimatosas, síndrome de Caplan, sarcoma pulmonar, mesotelioma, lesiones pruriginosas, pitiriasis y otras afecciones de salud que se relacionan con las operaciones extractivas de la empresa;

- Frente al manejo de aguas dentro de las instalaciones de CMSA, la Procuraduría General de la Nación adujo que las *“aguas provenientes de escorrentía de la mina, agua lluvia y en general aguas residuales industriales”* finalizan en un *“vertedero que descarga a la Quebrada El Tigre”*. Por su parte, la Secretaría de Salud del municipio de Puerto Libertador, Córdoba, reconoció que se *“recibe contaminación ambiental por parte de la mina de Cerro Matoso S.A”*.⁵⁶⁶
- La Defensoría del Pueblo, por su parte, reconoció la complejidad del escenario bajo estudio *“debido a la extensión en el tiempo de la concesión minera a la empresa Cerro Matoso”*, la cual implica la presencia de nubes de polvo y escoria que *“por efectos de la volatilización se está yendo a las comunidades”*, así como la generación de diferentes clases de daños ambientales.
- En el mismo sentido, un poblador de la zona refirió los siguientes daños: *“El agua y los peces se han visto disminuidos porque muchas de las fuentes de agua que venían del cerro, se han secado por lo que la pesca se da en menor proporción. La cacería tampoco, porque además de la disminución considerable de la fauna, la propiedad alrededor es privada y el ingreso es restringido.”*
- Respecto a la afectación e interrupción del Caño Zaino, la misma empresa incluye un informe realizado por la empresa K2 en el cual se explica su relevancia ambiental, ya que, a pesar de estar *“altamente intervenido”* desempeña un papel trascendental para su ecosistema y para la preservación del recurso hídrico, ya que es *“un importante corredor de dispersión de los mamíferos y permite conectar diferentes parches del bosque facilitando el flujo genético entre especies”*.
- Frente al escenario descrito el Ministerio de Salud y Protección Social destacó: *“la necesidad inminente de garantizar la protección de la salud de las diferentes comunidades que se encuentran ubicadas en el área de influencia de Cerro Matoso S. A.”*.

⁵⁶⁶ Visible a folio 198 del Cuaderno 3 A

Con base en lo anterior, la Sala encuentra que los daños descritos revisten tal magnitud que la indemnización resulta necesaria a efectos de lograr mitigar las consecuencias que implican las afectaciones causadas, más aún, se constata que ni siquiera una orden en tal sentido garantizaría el goce pleno de los derechos fundamentales vulnerados, toda vez que la intensidad e irreversibilidad de los perjuicios implican la imposibilidad de restituir o volver las cosas a su estado original⁵⁶⁷.

Igualmente, se destaca que el extenso trámite surtido en el presente asunto, así como los argumentos y hallazgos expuestos a lo largo de la sentencia, permiten a la Corte sostener que se ha llevado a cabo un auténtico proceso de responsabilidad constitucional⁵⁶⁸, en el cual se ha acreditado la conducta, la culpa⁵⁶⁹, el daño y el nexo causal que deben existir para declarar la *obligación de indemnizar* en cabeza de la empresa Cerro Matoso S.A.

En razón a ello, es indispensable que la Corte Constitucional adopte medidas de protección que, no sólo tengan como objeto garantizar la participación de las comunidades y la implementación de cambios que a futuro salvaguarden las condiciones ambientales y de salud en la zona, sino que también, tomen en consideración las afectaciones que ya han sido causadas.

Con lo cual, se concluye que, en atención al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, resulta procedente ordenar la reparación de los daños causados, ya que, en palabras de la Sala Plena de esta Corporación, en Sentencia C-543 de 1992, ésta es

⁵⁶⁷ La Corte ha concedido la indemnización de perjuicios en casos de especialidad gravedad y relevancia *iusfundamental* que implicaban la imposibilidad de restituir o volver las cosas a su estado original, a saber: (i) Dilaciones injustificadas para acceder oportunamente a la Interrupción Voluntaria del Embarazo -IVE- (Sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-841 de 2011 y T-301 de 2016.); así como (ii) Vulneraciones a los derechos fundamentales a la intimidad y a la honra como producto de la extralimitación de algún medio de comunicación (Sentencias T-611 de 1992, T-036 de 2002, T-439 de 2009 y T-496 de 2009).

⁵⁶⁸ Sobre este punto resulta relevante el texto “*Responsabilidad constitucional: el juez de tutela en la reparación de daños*” (2016) del profesor Diego Armando Yáñez Meza, quien expone como el juicio construido en sede de tutela, a la luz de los requisitos del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, configura un auténtico proceso de responsabilidad constitucional, en el cual el *daño* se relaciona intrínsecamente con la vulneración del derecho fundamental.

⁵⁶⁹ La comprobación de este elemento no resulta necesario en materia de responsabilidad por daños ambientales, toda vez que el régimen aplicable a estos casos es objetivo, de conformidad a lo explicado con anterioridad y a lo dispuesto en la Ley 23 de 1973. Al respecto consultar: (i) Velásquez Posada, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá. Editorial Temis. Universidad de La Sabana Segunda edición, 2013. (ii) Rojas Quiñones, Sergio: La responsabilidad civil por afectaciones ambientales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

simplemente la consecuencia natural que le atribuye el derecho a la comprobación del daño⁵⁷⁰.

G. ÓRDENES A IMPARTIR

Con base en las anteriores consideraciones, y como medidas de amparo a los derechos fundamentales a la consulta previa, al medio ambiente y a la salud de las comunidades étnicas accionantes, se imparten las siguientes órdenes:

I. Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

La Corte le ordena a dicha dependencia ministerial que, con la participación de la empresa Cerro Matoso S.A., en coordinación con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y el Ministerio de Salud y Protección Social, en un plazo máximo de un (1) año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, realice una **consulta previa** con 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, en la cual se establezcan medidas de prevención, mitigación y compensación ambiental respecto a los perjuicios que pudiere ocasionar la continuación de las labores extractivas por parte de la empresa Cerro Matoso S.A.

Teniendo en cuenta para ello: (i) la suscripción del Otrosí No. 4 de 2012 al Contrato No. 051-96M; (ii) la duración estimada de las actividades de exploración y explotación de Cerro Matoso S.A. en todo el complejo minero; y (iii) los hallazgos contemplados en esta Sentencia en materia de afectaciones al medio ambiente y a la salud.

Entre las estrategias específicas de protección a adoptar se deberán incluir: (i) medidas tendientes a la descontaminación del ecosistema (aire, suelo y cuerpos de agua); (ii) adopción de métodos técnicos que impidan el levantamiento y la dispersión de material particulado; (iii) restauración de la cuenca hídrica del Caño Zaino; (iv) restablecimiento de la capacidad productiva de los terrenos afectados; (v) recuperación del paisaje; y

⁵⁷⁰ La Sentencia C-543 de 1992, establece que la indemnización de perjuicios en sede de tutela es: “la natural consecuencia atribuida por el Derecho, en aplicación de criterios de justicia, a la comprobación del daño que se deriva de una acción u omisión antijurídica”.

(vi) aislamiento del complejo minero mediante barreras artificiales y/o naturales.

La implementación de estas medidas se realizará de acuerdo con un enfoque diferencial respecto al grado de cercanía que tiene cada comunidad con el área de explotación y el centro industrial de Cerro Matoso S.A.

II. Empresa Cerro Matoso S.A.

A.- De igual manera, dado que la licencia ambiental con la cual opera Cerro Matoso S.A. no se ajusta a la Constitución, la empresa tendrá un plazo de tres (3) meses, contado desde la finalización del proceso consultivo, para iniciar los trámites necesarios para la expedición de una **nueva licencia ambiental** que: (i) se fundamente en las obligaciones asumidas en la consulta previa; (ii) incluya instrumentos necesarios, suficientes y eficaces para corregir los impactos ambientales de sus operaciones hasta el tiempo estimado de su finalización; y (iii) garantice la salud de las personas que habitan las poblaciones accionantes, así como la protección del medio ambiente conforme a los estándares constitucionales vigentes.

B.- En materia de salud y gastos médicos, la empresa deberá brindar **atención integral y permanente** a las personas que se encuentren registradas en los censos del Ministerio del Interior como integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo así como del el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré; y padezcan alguna de las siguientes enfermedades: cáncer de pulmón, atelectasia plana, silicosis, linfangitis carcinomatosa, neumoconiosis reumatoide, nódulos calcificados en el pulmón, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, dermatitis, bandas parenquimatosas, síndrome de Caplan, sarcoma pulmonar, fibromas, niveles elevados de níquel en sangre u orina, engrosamiento de la cisura pulmonar, mesotelioma, lesiones pruriginosas, pitiriasis u otras afecciones de salud que se relacionen con las operaciones extractivas de la empresa.

Las personas valoradas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses tendrán derecho a solicitar sus resultados clínicos con el fin de acreditar su condición de salud.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, juez de primera instancia (Expediente T-4.298.584), será la autoridad judicial competente para verificar el cumplimiento de la presente providencia y determinar, en caso de duda, quiénes tienen derecho a una atención integral y permanente.

C.- Así mismo, dada la magnitud de los daños descritos en esta Sentencia y la relevancia *iusfundamental* del presente caso, la Sala 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 causados**⁵⁷¹ a las personas integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacaré-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.

La liquidación respectiva se realizará ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁵⁷² mediante trámites incidentales que deberán ser resueltos en un término máximo de seis (6) meses. Para ello, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en el proceso.

La reparación específica de cada peticionario se sustentará estrictamente en los hechos que acredite ante el Tribunal y tendrá como fundamento los siguientes criterios orientadores:

⁵⁷¹ Si bien el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 establece que: “*el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente*”, también indica: “***La liquidación** del mismo y de los **demás perjuicios** se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente*”. (Negritillas agregadas). Por este motivo, la liquidación que realiza el juez, después de la condena en abstracto, puede abarcar una amplia gama de perjuicios diferentes al daño emergente. Al respecto, resulta pertinente, entre otros, la Sentencia T-465 de 2010 y el texto del profesor Yáñez Meza titulado “*Responsabilidad constitucional: el juez de tutela en la reparación de daños*”, donde se asegura que limitar el resarcimiento tutelar al daño emergente desconocería el principio de reparación integral. Págs. 117-124.

⁵⁷² Sobre el juez competente para tramitar esta clase de incidentes de liquidación de perjuicios, la Sentencia T-1029 de 2010 estableció: “***Conclusión sobre la correcta interpretación constitucional.** Por todo lo anterior, para la Sala resulta claro que la interpretación que debe dársele al artículo 25 del decreto 2591 de 1991 es aquella en la cual una vez el juez de tutela ha ordenado la liquidación de los perjuicios, debe remitir el expediente al juez competente, quien debe iniciar de oficio el incidente para determinar el monto de la liquidación y resolverlo en no más de seis meses después de haberlo recibido. Para la Sala no cabe duda que cuando la norma hace alusión a que la liquidación “se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente”, hace referencia a que cuando la liquidación se ordena contra el Estado la misma se hará frente a los jueces administrativos y cuando es contra particulares es el juez de primera instancia. Por tanto, la interpretación de la norma que hizo el Juez Primero Civil de Cartagena no se ajusta ni a la Constitución, ni a los parámetros que la jurisprudencia constitucional han señalado para la actuación del juez de tutela.*”

I. En relación con las enfermedades mencionadas en el numeral anterior, se deberán resarcir: (i) los gastos erogados respecto a tratamientos clínicos y adquisición de medicamentos; (ii) la pérdida de capacidad laboral generada por la enfermedad; y (iii) la congoja interna, dolor o sufrimiento causado.

II. Respecto a los daños al medio ambiente que tengan consecuencias patrimoniales individuales, se indemnizarán: (i) los cultivos o cosechas que se hayan visto deteriorados como producto de la contaminación ambiental; y (ii) las pérdidas económicas causadas por la disminución de productividad agrícola y/o pesquera.

D.- Como medida de reparación colectiva, se le ordena a la empresa accionada que, dentro de los nueve (9) meses siguientes a la notificación de esta providencia, cree, financie y ponga en funcionamiento un Fondo Especial de Etnodesarrollo, bajo el estricto cumplimiento de los siguientes lineamientos:

- i) El Fondo tendrá una naturaleza privada y será administrado por la empresa Cerro Matoso S.A.;
- ii) Su objeto general será la reparación y compensación de las víctimas desde una perspectiva colectiva y étnica -etnoreparación-, en razón a los perjuicios causados durante décadas por la compañía minera;
- iii) Los recursos serán utilizados específicamente para atender las necesidades que aquejan a las comunidades accionantes y que comprometen su supervivencia física, cultural y espiritual;
- iv) Como producto de lo anterior, se implementarán proyectos de salud, ambientales, educativos y de actividades productivas (agricultura), así como, estrategias adicionales de reparación simbólica con las poblaciones afectadas;
- v) La duración del Fondo y su modo específico de financiación serán establecidos atendiendo la gravedad de las afectaciones causadas, los años de explotación minera hasta la fecha y la proyección en el tiempo de la misma, todo lo cual se llevará a cabo

con la colaboración de la *relatoría especial de seguimiento* dispuesta en el resolutivo décimo cuarto de esta providencia.

Para el efectivo cumplimiento de esta orden, la empresa Cerro Matoso S.A. presentará el proyecto de creación e implementación del Fondo a las comunidades accionantes y a la relatoría especial de seguimiento, de que trata la orden décimo cuarta, dentro del mes siguiente a la creación de esa relatoría, con el propósito de acordar su puesta en funcionamiento.

E.- Por último, se le advierte a la empresa Cerro Matoso S.A. que, el **incumplimiento** de las órdenes proferidas en esta Sentencia o de las obligaciones asumidas en el proceso consultivo, dará lugar a que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de sus competencias previstas para obtener la eficacia del amparo constitucional aquí decretado, ordene la suspensión de sus actividades extractivas.

III. Ministerio de Salud y Protección Social

Se ordena a esta Cartera Ministerial que, dentro del mes siguiente a la notificación de esta providencia, constituya una Brigada de Salud, que dentro de los seis (6) meses siguientes a su constitución: (i) Haga una valoración médica de las personas que se encuentren registradas en los censos del Ministerio del Interior como integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo así como del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré; (ii) Construya el perfil epidemiológico de esas comunidades y de sus integrantes; (iii) Haga entrega de los resultados de la valoración médica y del referido perfil a esas personas; y (iv) Presente un informe del cumplimiento de la orden, la actividad desarrollada por la Brigada de Salud y sus resultados, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

IV. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

La Corte le ordena al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que, en el término de seis (6) meses contado a partir de la notificación de la Sentencia, (i) **regule** de manera específica, clara y suficiente valores límite de concentración para el agua y el aire, respecto a las sustancias químicas

de **hierro y níquel**; (ii) **ajuste** los instrumentos normativos a que haya lugar, de conformidad a los estándares de la **Organización Mundial de la Salud**⁵⁷³.

V. Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge -CVS-

La Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge -CVS-, de manera coordinada y con base en las consideraciones del presente fallo, tendrán que adoptar los ajustes administrativos necesarios para la realización de un **control ambiental estricto y efectivo** sobre las actividades extractivas de Cerro Matoso S.A. y el cumplimiento de las medidas de mitigación, prevención y compensación que se acuerden en el proceso consultivo.

V. Ministerio de Salud y Protección Social, Superintendencia Nacional de Salud, y Secretarías de Salud del Departamento de Córdoba y los municipios de Montelíbano, Puerto Libertador y San José de Uré

Se les advierte a estas entidades públicas la existencia de una **situación epidémica de tuberculosis** en la zona aledaña al complejo minero de Cerro Matoso S.A., para que en ejercicio de sus competencias, adopten todas las medidas necesarias para la protección de la salud de sus pobladores, con aplicación de los criterios derivados de los amparos constitucionales aquí dispuestos.

VI. El mecanismo especial de seguimiento al cumplimiento de la presente Sentencia

Finalmente, se ordena a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría General de la República que conforme a sus competencias legales y constitucionales establezcan una **relatoría especial**⁵⁷⁴ integrada por funcionarios expertos en los diversos temas que abarca el presente asunto, cuyo propósito principal será

⁵⁷³ Se destaca que uno de los instrumentos normativos a modificar es la Resolución 610 de 2010, debido a que los “*niveles máximos permisibles a condiciones de referencia para contaminantes criterio*” no se encontrará acorde a los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud, tal como se explicó en la parte motiva del presente fallo.

⁵⁷⁴ Con el fin de evaluar el cumplimiento de las órdenes proferidas en esta providencia se encargará a una serie de respetadas instituciones estatales que, de acuerdo a sus competencias y funciones, integren una **relatoría especial de seguimiento a la sentencia**.

coordinar, supervisar y acompañar el cumplimiento y ejecución de todas las órdenes pronunciadas en los numerales anteriores.

Dicho proceso será liderado y coordinado por la Procuraduría General de la Nación quien rendirá informes y estará bajo la supervisión general del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (juez de primera instancia en el trámite de tutela) y la Corte Constitucional, quien en todo caso, se reserva la competencia para verificar el cumplimiento de las órdenes proferidas en esta providencia.

Para este efecto, la Procuraduría General de la Nación tendrá que convocar la **relatoría especial** y las comunidades accionantes, dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, con el objeto de establecer cronogramas, metas e indicadores de cumplimiento necesarios para la efectiva implementación del fallo.

En ejercicio de tales funciones la Procuraduría General de la Nación, en conjunto con la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, estará encargada de: (i) dirigir, coordinar e impulsar todo el cumplimiento y ejecución de las órdenes aquí proferidas; (ii) diseñar e implementar los indicadores generales y específicos que permitan evaluar el cumplimiento de las órdenes de la sentencia; (iii) evaluar y analizar los informes, programas y planes que presenten las organizaciones accionadas en el trámite del cumplimiento de estas órdenes; (iv) investigar y documentar las quejas sobre posible incumplimiento de las medidas establecidas en esta providencia; y (v) hacer recomendaciones y observaciones a las partes sobre el cumplimiento de las órdenes aquí proferidas y en general respecto a la garantía de los derechos fundamentales vulnerados a las comunidades étnicas.

La relatoría podrá solicitar la información que considere pertinente a entidades públicas y privadas, conformar paneles o comités de especialistas, solicitar *amici curiae* y procesos de acompañamiento especial a las entidades que considere convenientes, e incluso convocar a actores de la sociedad civil, cuando lo considere necesario para facilitar el cumplimiento de sus funciones.

Adicionalmente, la Procuraduría General de la Nación, en conjunto con la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, deberán entregar un reporte **anual** de su gestión con indicadores de cumplimiento

de las órdenes proferidas, tanto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca como a la Corte Constitucional, para lo de su competencia.

H. SÍNTESIS.

1. Hechos relevantes invocados en las solicitudes de amparo. Los hechos referidos en los expedientes de tutela T- 4.126.294 (formulada por el señor Rubio Rodríguez, quien actúa en nombre propio) y T- 4.298.584 (presentada por los señores Israel Manuel Aguilar Solano - Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge- y Luis Hernán Jacobo - Presidente del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré) son, en esencia, los mismos:

Refieren que en el año 1963 el Ministerio de Minas y Petróleos y la compañía Richmond Petroleum Company of Colombia suscribieron el contrato de concesión núm. 866, sobre un área de 500 hectáreas, ubicadas en la región del Alto San Jorge, cuyo objeto era la exploración y explotación del níquel y de otros minerales asociados. Así mismo, protocolizaron el contrato de concesión núm. 1727 de 1971 sobre un área de 186 hectáreas adyacentes a la zona ya referida.

Por autorización del Ministerio de Minas, los contratos 866 de 1963 y 1727 de 1971 fueron traspasados a la Empresa Colombiana de Níquel S.A. Econíquel.

En 1980, Econíquel y la Compañía de Níquel Colombiano S.A. cedieron sus derechos a la sociedad Cerro Matoso S.A., la cual inició actividades de explotación en 1982.

De conformidad con lo estipulado en las normas que regían ambos contratos, el período de explotación vencía el 30 de septiembre de 2012, esto es, al cumplirse el término de treinta (30) años.

El 13 de noviembre de 1996 se celebró un nuevo contrato de exploración y explotación, el núm. 051, según el cual el Gobierno Nacional otorgó a Cerro Matoso S.A. el derecho a explotar las áreas ya asignadas de las concesiones números 866 de 1963 y 1727 de 1971 hasta el año 2029, pudiendo prorrogarse este derecho hasta el año 2044.

El 27 de diciembre de 2012, la Agencia Nacional de Minería y la sociedad Cerro Matoso S.A. suscribieron el **Otrosí número 4** al contrato número 051-96M, firmado entre Minerales de Colombia S.A. MINERALCO y Cerro Matoso S.A, modificando aspectos sustanciales del contrato original.

Respecto a los impactos de la actividad minera, los accionantes argumentan que: *“los habitantes de los municipios cercanos a la mina empezaron a percatarse de un cambio drástico del entorno, sintiendo los impactos negativos en su territorio, el medio ambiente, sus fuentes hídricas y su salud”*. Agregan que la empresa no ha adoptado los controles necesarios para evitar la contaminación de las fuentes hídricas, *“y con ocasión de dicha actividad ha proliferado el cáncer y el aumento de los casos de aborto entre sus habitantes, situaciones que no obstante las quejas y denuncias de la comunidad, no han sido atendidas”*.

2. Peticiones de amparo. La solicitud de tutela formulada por el señor Rubio Rodríguez (Expediente T- 4.126.294) fue:

“1. Ordenar tutelar los derechos fundamentales invocados⁵⁷⁵ en la presente acción de tutela.

2. Ordenar en el término perentorio que se señale en la sentencia, que las accionadas cumplan con las medidas necesarias para garantizar la cesación de la vulneración de sus derechos fundamentales.”

Las solicitudes presentadas por los señores Israel Manuel Aguilar Solano y Luis Hernán Jacobo (Expediente T- 4.298.584) fueron:

“1. Se tutelen los derechos fundamentales de las comunidades étnicas del Resguardo Zenú del Alto San Jorge – Cabildo Indígena de Bocas de Uré, Cabildo Indígena Guacarí la Odisea, Cabildo Indígena La Libertad, Cabildo Indígena La Lucha, Cabildo Indígena de Centro América, Cabildo Indígena de Bello Horizonte, Cabildo Indígena de Mira Flor, Cabildo Indígena de Torno Rojo, Cabildo Indígena Puente de Uré y del Consejo de Comunidades Negras de Uré ubicadas en el Departamento de Córdoba, en los municipios de Montelíbano, Puerto Libertador y San José de Uré, a la

⁵⁷⁵ A lo largo del amparo se invoca la protección de los derechos fundamentales al medio ambiente sano, a la salud, a la vida, a la salubridad pública y a la consulta previa.

participación a través de la consulta previa, tendiente a obtener el consentimiento previo, libre e informado, según sus costumbres y tradiciones; y por medio de este amparo se garantice la integridad cultural, social, económica y a la supervivencia, vulnerado con la firma del otrosí número cuatro (4) al contrato 051 de 1996, del 27 de diciembre de 2012, suscrito entre la Agencia Nacional de Minería y CERRO MATOSO S.A.

2. De conformidad con el numeral primero, se le ordene al Ministerio del Interior iniciar los trámites respectivos para que realice la consulta previa – con el lleno de los requisitos constitucionales, legales y con base en las reglas jurisprudenciales- expuestas por la Corte Constitucional- tendiente a obtener el consentimiento previo, libre e informado a todas las comunidades étnicas, que se encuentren dentro del área y/o aledañas del otrosí número cuatro (4) al contrato 051 de 1996, con la finalidad de buscar su consentimiento previo, libre e informado, ya que la explotación minera por parte de CERRO MATOSO S.A. causa un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

3. Antes de realizarse la consulta previa correspondiente se debe ordenar al Ministerio del Interior, con acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación para que se realicen capacitaciones a las comunidades étnicas, explicando de manera detallada, concreta y con tiempo suficiente, todo lo relacionado con el tema de consulta previa tendiente a obtener el consentimiento previo, libre e informado y lo concerniente a las consecuencias que tiene la explotación minera en las comunidades étnicas, en los ámbitos como los de su identidad e integridad cultural, su salud, sus condiciones de vida, su educación, su trabajo, los impactos al medio ambiente y en general en todo lo relacionado a la posible afectación directa que ellas puedan padecer, por causa de la explotación minera a las comunidades.

4. Se le ordene a la empresa CERRO MATOSO S.A. suspender de manera inmediata su actividad minera hasta que no se realice el proceso de consulta previa –con el lleno de los requisitos constitucionales, legales y con base en las reglas judiciales expuestas por la Corte Constitucional- tendiente a obtener el consentimiento previo, libre e informado. Tal suspensión no debe aparejar la vulneración de los derechos de terceros.

5. Se le advierta a la autoridad ambiental competente que debe abstenerse de otorgar la licencia ambiental a la empresa CERRO MATOSO S.A., hasta que se realice el proceso de consulta previa –con el lleno de los requisitos constitucionales, legales y con base en las reglas judiciales expuestas por la Corte Constitucional- con las comunidades étnicas.

6. Solicitar el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación dentro del proceso de consulta previa que se debe adelantar con las comunidades étnicas, con la finalidad de que realice seguimiento a los acuerdos que se establezcan y garantice su cumplimiento.

7. Solicitar que se investiguen los daños que han sufrido las comunidades indígenas y afrodescendientes como consecuencia de la explotación minera de níquel.

8. Que se le ordene al Ministerio de Minas y Energía, a la Agencia Nacional Minera, a CERRO MATOSO S.A. y a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, renegociar el contrato de explotación de níquel, de tal forma que se incorporen las preocupaciones y necesidades más sentidas de las comunidades indígenas y se les brinde un sistema de incentivos económicos derivados de la explotación de níquel”.

3. Respuestas de las entidades públicas accionadas. La apoderada especial del Ministerio de Minas y Energía respondió la petición de amparo, en el sentido de solicitar: (i) no acceder a las pretensiones de la demanda, por no existir vulneración alguna de derechos fundamentales imputable a su poderdante; y (ii) declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva a favor del Ministerio de Minas y Energía.

El Viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos intervino en el proceso de la referencia para solicitar que fueran negadas las pretensiones de los accionantes.

La apoderada judicial de la Agencia Nacional de Minería se opuso a la acción formulada, dado que en su concepto no existía legitimación por pasiva de su representada. Señaló que no resulta claro si el actor buscaba la protección del derecho fundamental a la realización de la consulta

previa, o por el contrario, que se brinde un sistema de incentivos económicos derivados de la explotación del níquel.

4. Contestación empresa Cerro Matoso S.A. El representante legal suplente de Cerro Matoso S.A., interviene en el proceso de la referencia con el fin de oponerse a las pretensiones de la demanda de amparo.

Señala que, a su juicio, el objeto del litigio se limita a determinar si la omisión de la consulta previa a la suscripción del Otrosí número 4 al contrato 051-96, configura una vulneración a los derechos fundamentales de los accionantes.

En relación con las afectaciones al derecho a la salud de las comunidades indígenas, señala que *“no existe **evidencia científica** alguna que establezca una **relación de causalidad** entre los problemas de salud que pueda haber en las comunidades y la operación de CERRO MATOSO S.A.”*. En cuanto a la existencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes afirma que: *“No nos consta”*.

Respecto a la contaminación ambiental, indica que: *“las emisiones al aire de CERRO MATOSO S.A. no tienen impacto en la calidad del aire de las comunidades vecinas toda vez que la calidad del aire en las comunidades alrededor de CERRO MATOSO S.A. es igual o mejor a la de cualquier poblado rural de Colombia”*. En sentido similar se pronuncia en relación con el tema del agua: *“CERRO MATOSO S.A. no contamina ninguna fuente de agua. Las **mediciones** realizadas y verificadas por las autoridades ambientales, demuestran que la calidad del agua de las quebradas (Uré y El Tigre) aguas abajo de su paso alrededor de la operación de CERRO MATOSO S.A. es similar, y en ocasiones incluso mejor, que las de aguas arriba, debido al adecuado control y tratamiento que la Compañía realiza de sus vertimientos de aguas residuales”*.

En lo que respecta a la realización de la consulta previa, la empresa se opone alegando que: *“las actividades mineras desarrolladas por CERRO MATOSO S.A., al ser anteriores incluso a la adopción del Convenio 169 de la OIT, con efectos vinculantes a partir de la expedición y publicación de la ley 21 de 1991 de un lado hace imposible la materialización de la pretensión de los accionantes de que se realice una consulta “previa”*.

Así mismo, se opone a que en sede de tutela se reconozcan indemnizaciones de perjuicios a las comunidades indígenas afectadas, como quiera que existen otras vías procesales adecuadas para ello.

Frente a este punto, conviene precisar que los accionantes no solicitaron el pago de indemnización alguna por los daños a la salud que habrían sufrido integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habitan en inmediaciones de Cerro Matoso.

5. Fallos de instancias. El Tribunal Superior de Montería, Sala Penal, mediante Sentencia de amparo del 15 de julio de 2013, decidió no tutelar los derechos fundamentales del señor Javier Rubio Rodríguez (Expediente T- 4.126.294).

En su concepto, ordenar la realización de una consulta previa en nada beneficiaría a una comunidad que ya se encuentra afectada, por lo que la mejor opción, en aras de proteger los derechos vulnerados, *“sería ordenar la indemnización por los perjuicios causados, por lo que se debería demostrar la efectiva la (sic) afectación que como consecuencia del proyecto minero se generó en la población y que merezcan ser resarcidos, lo cual en la presente no se hizo”*. El fallo no fue impugnado.

La Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Sentencia de amparo del 31 de julio de 2013 resolvió negar la tutela solicitada por los señores Israel Manuel Aguilar Solano y Luis Hernán Jacobo (Expediente T-4.298.584)

Consideró que no se encontraba acreditada la existencia y representación del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, ni del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré; los demandantes tampoco acreditaron la calidad con la que decían actuar, y del informe allegado por el Ministerio del Interior, entidad competente para el efecto, se *“encuentra acreditado que la única comunidad étnica registrada en la jurisdicción del municipio de San José de Uré y en la Región del Alto San Jorge es el Consejo Comunitario de Bocas de Uré representado legalmente por la señora Nazly Sofía Ibáñez Salas”*. Con lo cual, concluyó: *“es claro que no existe legitimación en la causa por activa en la acción de tutela ejercida”*.

Los señores Israel Aguilar Solano y Luis Hernán Jacobo Otero impugnaron el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, alegando que no se tuvieron en cuenta las certificaciones expedidas por la Secretaría del Interior y Participación Ciudadana de Córdoba y del Ministerio del Interior, las cuales daban cuenta de sus calidades de representantes del Cabildo Indígena Zenú del Alto San Jorge y del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Uré, respectivamente.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 16 de diciembre de 2013 confirmó el fallo de primera instancia.

6. Pruebas obrantes en el expediente. Si bien los accionantes acompañaron sus peticiones con muy pocas evidencias, la Corte Constitucional decretó numerosas pruebas de oficio. Así mismo, fueron vinculadas al proceso diversas autoridades públicas nacionales y locales (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Salud y Protección Social, Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge, Autoridad de Licencias Ambientales –ANLA-, Instituto Colombiano de Geología y Minería -Ingeominas-, la Contraloría General de la Nación, Alcaldías de Montelíbano, Puerto Libertador y San José de Uré y la Secretaría de Salud de Bogotá). De igual manera, la empresa Cerro Matoso S.A. aportó, entre otras pruebas, veintisiete (27) fólderes contentivos de la más variada información sobre: (i) licenciamiento ambiental; (ii) calidad del agua y aire; (iii) gestión social; (iv) salud; (v) controles ambientales; (vi) contratos de concesión, entre otros. Todas las pruebas son valoradas de forma integral, con base en los principios de la sana crítica.

7. Actuaciones surtidas en sede de revisión. El dictamen rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses -INMLCF-. A finales de 2014, la Corte Constitucional practicó una inspección judicial al complejo minero Cerro Matoso S.A. Mediante Auto del 30 de enero de 2015, esta Corporación le solicitó al Ministerio del Interior remitir los censos de las poblaciones indígenas y afrodescendientes, ubicadas en la zona de explotación de la referida empresa. De igual manera, le ordenó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses disponer de un equipo especializado que se trasladara a los territorios de las comunidades étnicas y practicara unos

exámenes médicos, a efectos de determinar el origen de las enfermedades sufridas por aquéllas.

A partir de entonces, el INMLCF inició una “*fase preparatoria*”, con expertos del Instituto Nacional de Salud, el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, con miras a determinar la metodología científica a emplear. Al final, fueron realizadas un total de diecisiete (17) reuniones, que permitieron establecer el alcance, objetivos, métodos epidemiológicos, estadísticos y periciales para el abordaje del caso.

El INMLCF realizó varias visitas exploratorias a la región, con el propósito de socializar con las comunidades la práctica de las pruebas médicas y de contexto, determinar las cantidades y calidades de los insumos requeridos, e igualmente, establecer los sitios con las condiciones necesarias para realizarlas (exámenes de sangre, orina, radiológico, general, etcétera).

Los expertos decidieron tomar una muestra representativa de 1.147 personas que habitan en la zona seleccionadas al azar del total del censo poblacional (3.463 personas), para así obtener una confianza del 95% en el peritazgo.

La entidad accionada suscribió un convenio con el INMLCF destinado a la compra de los insumos y las tecnologías necesarias para la recolección y análisis de las muestras de orina y sangre.

Durante la fase de “*trabajo de campo*”, el INMLCF conformó un equipo interdisciplinario integrado por epidemiólogos de campo, médicos especialistas, enfermeros, bacteriólogos, técnicos en radiología, fotógrafos, antropólogos y asistentes logísticos.

La valoración médica de cada paciente incluyó un completo análisis de los síntomas referidos, con especial énfasis en los órganos de los sentidos, el sistema respiratorio y dermatológico. Posteriormente, a cada persona se le tomaron fotos de los hallazgos médicos, procurando no incluir su rostro. De igual manera, a cada paciente se le realizó un estudio imagenológico, y también, le fueron tomadas muestras de sangre y orina.

Todos los materiales probatorios (historias clínicas, radiologías, fotografías y muestras biológicas) fueron embalados, almacenados, transportados y custodiados por el INMLCF.

En cuanto a la técnica de análisis de laboratorio fue empleada la “*espectroscopia de absorción atómica-horno de grafito*”, la cual tiene la capacidad de medir trazas de elementos químicos tales como el plomo, cadmio y níquel. Las muestras fueron procesadas en el Laboratorio de Toxicología de Salud Pública de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

Así mismo, el INMLCF tomó en consideración las siguientes variables: (i) sociodemográficas (sexo, edad, ocupación, etc.); (ii) ambientales y de saneamiento básico (ubicación de la vivienda alrededor de fuentes contaminantes, eliminación de basuras, tipo de energía empleada); (iii) hábitos sanitarios (lavado del cuerpo, potabilización del agua, etc.); y (iv) hábitos de consumo (fumar, consumo de pescado, etc.).

Los hallazgos físicos fueron agrupados en las siguientes manifestaciones: (i) irritativas de la vía aérea superior y conjuntiva ocular; (ii) vía aérea inferior; y (iii) dermatológicas.

El INMLCF analizó las relaciones existentes entre:

- Manifestaciones clínicas y factores ambientales;
- Manifestaciones clínicas y distancia a la mina;
- Hallazgos radiológicos y manifestaciones en vías cutáneas;
- Hallazgos radiológicos y factores ambientales;
- Relaciones entre los niveles de níquel en la sangre y orina y la distancia a la mina; y
- Relaciones entre los niveles de níquel y las manifestaciones clínicas.

El 19 de diciembre de 2016, luego de más de dos años de trabajo, el INMLCF rindió ante la Corte el informe titulado: “*Estudio Pericial de*

Exposición a Níquel en las Comunidades Indígenas y Afrocolombianas de los Municipios de Montelíbano, San José de Uré y Puerto Libertador, Departamento de Córdoba. Año 2016”, contentivo de 326 páginas.

8. Principales hallazgos y conclusiones del INMLCF. En el dictamen del INMLCF se afirma:

- Casi dos tercios (2/3) de la población refirió estar presentando algún síntoma al momento de la valoración, siendo el más común las alteraciones en la piel. Este síntoma es concordante con los hallazgos físicos encontrados durante la valoración médica *“ya que en un 41% de la población se pudo documentar la existencia de lesiones cutáneas de causa no determinada”* (p. 168, segundo párrafo);
- Irritación de la vía aérea inferior *“que correspondieron a alteraciones de los ruidos pulmonares al momento de la auscultación”* (p. 168, séptimo párrafo);
- La mayor prevalencia de las manifestaciones dermatológicas e irritativas de la vía superior ocurre en mayor proporción en las poblaciones de Pueblo Flecha, Puerto Colombia y Torno Rojo. (p. 169, quinto párrafo);
- El 12% de la población padece alteraciones pulmonares, es decir, 169 pacientes (p. 169, último párrafo); y
- Los niveles obtenidos en los muestreos de sangre y orina *“están por encima de los datos arrojados por estudios llevados a cabo a nivel mundial, incluso para estudios ocupacionales realizados en trabajadores con exposición crónica al níquel”* (p. 178, tercer párrafo).

En relación con el alcance del estudio, el INMLCF reconoce la dificultad para determinar asociaciones **directas** entre la exposición al níquel (factor de riesgo) y el desenlace (afectaciones a la salud). Sin embargo, afirma que su estudio *“sí permite la correlación de posibles factores de riesgo con el desenlace”*. (p. 17, último párrafo).

9. Peticiones de la empresa Cerro Matoso S.A. relacionadas con el dictamen pericial del INMLCF. El 23 de enero de 2017, la empresa Cerro Matoso radicó ante la Corte un escrito titulado: “*Posición y fundamentación técnica de Cerro Matoso SA frente al dictamen de Medicina Legal rendido dentro de las acciones de tutela: T-4.126.294 y T-4.298.584*”. La empresa accionada: (i) aportó un documento técnico, oponiéndose a las conclusiones de INMLCF; (ii) solicitó la celebración de una audiencia técnica, con intervención de los peritos de las partes; (iii) remitió un cuestionario de veintiocho (28) preguntas aclaratorias; (iv) solicitó se declarara que el informe social desconoce el objeto del peritazgo; (v) pidió se excluyera del dictamen lo referente a los resultados sobre sangre y orina.

Mediante Auto del 17 de febrero de 2017, la Corte decidió: (i) que el documento técnico sería examinado junto con el acervo probatorio; (ii) negar la solicitud de realización de una audiencia con intervención de peritos, por no encontrarse prevista legalmente; (iii) disponer *que el valor probatorio del “Contexto antropológico y social”*, en tanto que componente del dictamen rendido por el INMLCF sería examinado en la Sentencia; (iv) disponer que la solicitud de declaratoria de ilegalidad de los exámenes de orina y sangre sería resuelta en la Sentencia; y (v) acceder a la solicitud de preguntas aclaratorias del dictamen pericial.

El 21 de abril de 2017, la Subdirección de Servicios Forenses del INMLCF allegó respuesta al cuestionario formulado por la empresa CMSA, del cual se dio traslado a las partes e intervinientes del proceso para que se pronunciaran al respecto.

El 8 de junio de 2017, el apoderado de las comunidades accionantes remitió a la Corte un extenso listado de pobladores de la zona, en el cual se enuncian las afecciones de salud que tendría cada persona.

10. Respuesta del INMLCF al cuestionario de Cerro Matoso SA. El 21 de abril de 2017, el INMLCF respondió las veintiocho (28) preguntas aclaratorias formuladas por la empresa accionada. Como aspectos importantes se destacan:

- Las manifestaciones irritativas de la vía aérea superior y las dermatológicas ocurren con mayor frecuencia en las personas ubicadas más cerca de la mina (p. 18);
- En cuanto a la evidencia directa *“se puede afirmar que ante los estudios de valores referencia internacional frente a los encontrados en el área de estudio, sí hay unos **valores elevados** en la población estudiada, además se han encontrado personas con diagnósticos de enfermedad posiblemente asociados a la explotación minera y a las condiciones ambientales en donde viven”* (p. 42, cuarto párrafo).
- La relación salud-enfermedad frente al agente tóxico es un fenómeno complejo, en donde múltiples factores interactuantes naturales y artificiales, intrínsecos y extrínsecos inciden significativamente en el proceso y está estrechamente ligado a la persona, su subjetividad, sus circunstancias vitales, sus condiciones sociales, culturales, económico-políticas y medioambientales. (p. 48, quinto párrafo).

11. Problemas jurídicos. Tomando en consideración las peticiones de amparo, las decisiones de instancias y el abundante material probatorio obrante en el expediente, la Corte agrupa los problemas jurídicos conforme a las siguientes temáticas:

I. Legitimación activa

- a. ¿Un ciudadano puede actuar como agente oficioso de unas comunidades indígenas y afrodescendientes, cuando quiera que estas se encuentran en condiciones de acudir ante la justicia constitucional?
- b. ¿Se precisa que un cabildo o una parcialidad indígena haya sido reconocido como resguardo, a efectos de poder invocar sus derechos fundamentales en sede de tutela?
- c. Un líder de una comunidad afrodescendiente, quien ya no ejerce la representación legal de ésta, ¿puede formular una acción de tutela en defensa de los derechos del grupo étnico?

II. Derecho fundamental a la consulta previa

- a. ¿La obligatoriedad de la consulta previa se encuentra supeditada al inicio o creación de una nueva medida administrativa, o, por el contrario, también resulta imprescindible frente a medidas ya vigentes, pero cuya modificación redunde en una afectación directa a las comunidades étnicas?
- b. ¿Se requiere de un proceso administrativo de licenciamiento ambiental para que exista la obligación de realizar consulta previa a las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas por una medida?
- c. ¿Se vulnera el derecho fundamental a la consulta previa de una comunidad étnica, cuando se ha suscrito un otrosí que “*sustituye integralmente*” el contrato con base en el cual se han desarrollado actividades de exploración y explotación mineras en su área de injerencia?

III. Derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud

- a. ¿La pervivencia de una licencia ambiental que rige los efectos de un proyecto de explotación minera a cielo abierto, bajo los lineamientos fijados con anterioridad al régimen constitucional actual, constituye una amenaza a los derechos fundamentales al medio ambiente sano y a la salud de las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas?
- b. ¿La ausencia de una normatividad específica, clara y suficiente en el ordenamiento jurídico colombiano sobre los valores límite de concentración aplicables al hierro y al níquel, representa un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente al medio ambiente y los derechos fundamentales involucrados?
- c. ¿El cumplimiento de valores límite de concentración constituye un elemento probatorio suficiente para acreditar la ausencia de nexo causal entre actividades de explotación minera y la causación de daños a la salud humana y al medio ambiente?

12. Estructura del fallo. La complejidad jurídica y técnica que ofrece la resolución de los referidos problemas, amén de la necesidad de valorar adecuadamente las pruebas obrantes en el proceso, lleva a la Corte construir un breve contexto conformado por: (i) el panorama actual de la mina de Cerro Matoso S.A; (ii) la historia y localización de las comunidades indígenas y afrodescendientes que se ubican en la zona de influencia directa de las actividades de la empresa; y (iii) las relaciones contractuales que han regido la explotación minera desde 1980, así como la evolución de su licenciamiento ambiental. El contexto se construyó exclusivamente con material probatorio obrante en el expediente.

Seguidamente, la Corte aborda los aspectos probatorios. Para ello: (i) se enlistan las pruebas pertinentes para resolver el caso concreto; (ii) se examina la licitud y el valor probatorio del “*Contexto antropológico y social*”, incluido en el dictamen pericial rendido por el INMLCF; y (iii) se determina la validez de los exámenes de sangre y orina realizados por el INMLCF.

A continuación, esta Corporación examina las siguientes grandes temáticas: (i) Legitimación activa; (ii) Derecho fundamental a la consulta previa; y (iii) Derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud.

En cada uno de estos apartados, el juez constitucional:

- Presenta los problemas jurídicos;
- Examina las posturas de las partes e intervinientes;
- Deriva las subreglas constitucionales;
- Aporta los fundamentos jurisprudenciales de las subreglas; y
- Resuelve el caso concreto.

Acto seguido, la Corte aborda las órdenes a impartir y finaliza con una síntesis de la parte motiva y de las decisiones adoptadas.

13. Licitud y valor probatorio del “*contexto antropológico y social*” incluido en el dictamen pericial del INMLCF. La empresa Cerro Matoso objeta el “*contexto antropológico y social*”, el cual hace parte del peritaje rendido por el INMLCF, por cuanto: (i) no correspondería a una prueba formalmente decretada; e (ii) incurriría en un error grave.

La primera solicitud es negada por cuanto en el Auto del 30 de enero de 2015, la Corte le ordenó al INMLCF que dispusiera no sólo de un equipo de galenos, destinado a realizar los exámenes médicos, radiológicos y de laboratorio a las comunidades afectadas, sino además de los “*especialistas que considere necesarios*” para comprender las afectaciones que vienen sufriendo aquéllas “*con ocasión de las actividades de explotación que ejecuta Cerro Matoso S.A.*”. Lo anterior, con el propósito de rendir “*un dictamen pericial o concepto técnico en el que formule unas conclusiones en relación con la explotación adelantada por Cerro Matoso y los presuntos impactos a la salud.*”.

De tal suerte que el objetivo del dictamen pericial no se limitaba a la toma de unas muestras biológicas y a la realización de unos exámenes médicos y radiológicos, sino que, dada la complejidad que ofrece el tema, era preciso tomar en consideración aspectos de orden geográfico, ambiental, cultural, económico y sanitario (contexto), que permitieran hacer una lectura más integral de los resultados obtenidos.

En conclusión: el “*Contexto antropológico y social*”, que hace parte del dictamen pericial rendido por el INMLCF, no es excluido del acervo probatorio, en la medida en que su práctica fue legalmente decretada por la Corte Constitucional, se incluyó como parte de los objetivos específicos planteados por el Instituto para la realización del peritaje, y contó con la aceptación y pleno conocimiento de la empresa accionada.

La segunda solicitud de la accionada apunta a objetar por error grave el “*Contexto antropológico y social*”, alegando que: (i) desborda el objeto de la prueba decretada; (ii) contiene imprecisiones y anacronismos como son las alusiones al marco contractual o al estatus de reconocimiento de las comunidades en la zona; (iii) carece en su estructura, metodología, fuentes, análisis y desarrollo de rigor científico y las condiciones previstas en el artículo 226 del Código General del Proceso; (iv) se fundamenta casi exclusivamente en fuentes con un claro sesgo ideológico, como son los

documentos emanados de organizaciones no gubernamentales “*que se caracterizan por su proselitismo contra la actividad minera*”; (v) no incorpora documentos obrantes en el expediente; y (vi) continuamente realiza consideraciones de carácter jurídico; y (vii) “*se trata de un documento carente de las más mínimas condiciones de imparcialidad y objetividad*”.

Respecto a la metodología empleada, el INMLCF explica que se cumplieron las siguientes fases:

- Búsqueda y recolección de información bibliográfica.
- Visita preliminar a comunidades
- Levantamiento de información en campo I
- Levantamiento de información en campo II.
- Análisis de información de campo.
- Consolidación de información
- Entrega del informe.

A diferencia de lo sostenido por CMSA, los expertos responsables de la construcción del “*Contexto antropológico y social*” acogieron una metodología propia de las ciencias sociales, consistente en recolectar y sistematizar diversas fuentes documentales (fuentes secundarias), para luego realizar un trabajo de campo, consistente en entrevistas individuales y talleres con las comunidades afectadas (fuentes primarias), con miras a verificar y confrontar la información y los resultados obtenidos.

Una revisión de la bibliografía empleada para la construcción del contexto, evidencia su amplitud y confiabilidad. A lo largo de una decena de páginas se incluyen más de 190 referencias bibliográficas, entre las cuales, se encuentran artículos académicos, publicaciones científicas, documentos de entidades oficiales del ámbito nacional e internacional, sentencias judiciales, leyes, planes de desarrollo de los municipios involucrados, entre otros.

En cuanto a las apreciaciones de carácter jurídico que realizan los peritos, en especial, las relacionadas con la necesidad de adelantar una consulta previa, las condiciones del contrato de concesión y las particularidades del régimen legal minero, la Corte considera que le asiste razón a la empresa Cerro Matoso S.A, por cuanto tales valoraciones exceden el contenido de un dictamen pericial, en los términos del artículo 226 del Código General del Proceso.

Los apartes del “*Contexto antropológico y social*” relacionadas con las afectaciones ambientales y de salud que han sufrido las comunidades indígenas y afrodescendientes aledañas a la mina de Cerro Matoso, son valoradas conjuntamente con el abundante acervo probatorio obrante en el expediente, ciñéndose a las reglas de la sana crítica.

En conclusión: (i) un análisis de contexto consiste en una metodología específica dirigida a examinar el marco geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual ha tenido lugar un fenómeno objeto de prueba; (ii) el contexto tiene como finalidad aportar una visión integral de los hechos del proceso, a efectos de comprender su verdadera dimensión y el ámbito en el cual se presentaron; (iii) el Código General del Proceso no incluye el contexto como un medio de prueba, sin embargo, este puede ser incorporado al proceso a través de otro medio bajo el principio de libertad probatoria, a condición de respetar los derechos de defensa y contradicción; (iv) el “*Contexto antropológico y social*” elaborado por el INMLCF no fue aportado como medio de prueba autónomo, aquel aparece incorporado en el texto de un dictamen pericial; (v) su práctica fue legalmente decretada por la Corte Constitucional, se incluyó como parte de los objetivos específicos planteados por el INMLCF para la realización del peritaje, y contó con la aceptación y pleno conocimiento de la empresa accionada; (vi) la metodología utilizada, la extensa bibliografía que se incluyó en el dictamen y el estudio pormenorizado que se realizó de cada grupo poblacional, permite concluir la pertinencia y validez del mencionado peritazgo, a fin de ser avalado como parte del acervo probatorio obrante en el expediente; y (vii) las apreciaciones de carácter jurídico realizadas por los peritos no son admisibles según el CGP, por lo tanto, no serán tenidas en cuenta por esta Corporación.

14. Validez de los exámenes de sangre y orina realizados por el INMLCF. Durante el término de traslado del dictamen pericial, el apoderado de la empresa Cerro Matoso S.A solicitó que “*en aplicación del artículo 29 de la Constitución se excluya del peritazgo los componentes viciados de ilegalidad*”. Lo anterior, debido a “*las inconsistencias denunciadas respecto de los niveles de níquel en sangre y orina*”, relacionadas con la “*manipulación indebida de uno de los componentes de la prueba*”. En otras palabras, según la entidad accionada, las muestras de sangre y orina fueron manipuladas, lo cual explicaría los elevados niveles de níquel encontrados.

A efectos de resolver la petición formulada, la Corte: (i) analiza el decreto de la prueba; (ii) examina la construcción de la metodología empleada por el INMLCF para la práctica de los exámenes de orina y sangre a los integrantes de las poblaciones seleccionadas; (iii) describe el proceso de recolección, preservación y análisis de las muestras biológicas; y (iv) resuelve la solicitud del apoderado de la empresa accionada.

La Corte no accede a la solicitud del peticionario, por las siguientes razones:

Una revisión detallada del dictamen rendido por el INMLCF evidencia que, a lo largo de más de ciento sesenta y ocho (168) páginas los peritos explican, en profundidad, las metodologías y los resultados obtenidos, no sólo de las tomas de orina y sangre, sino además de los exámenes médicos y radiológicos practicados a un amplio número de integrantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habitan en las cercanías de la mina de Cerro Matoso.

La Corte advierte que el peticionario no aporta prueba alguna de sus afirmaciones, las cuales terminan quedando en un plano meramente hipotético y especulativo. Ante la acusación que se hace a la entidad estatal de haber cometido errores de tal gravedad, pese a los altos recursos financieros y humanos invertidos en la realización del dictamen, la exigencia mínima a la empresa accionada es aportar elementos probatorios que sustenten sus argumentos, y no basarse en meras conjeturas.

En conclusión: (i) la prueba fue legalmente decretada; (ii) no se demostró la existencia de inconsistencias o fallas en la metodología empleada para

la recolección, almacenamiento, embalaje, transporte y análisis de las muestras biológicas; (iii) la misma empresa Cerro Matoso S.A fue quién adquirió los insumos y tecnologías necesarias para la práctica de los exámenes médicos; (iv) el INMLCF tomó precauciones exhaustivas para garantizar la idoneidad de los lugares, los funcionarios, el transporte y el análisis de las muestras obtenidas; (v) los métodos científicos empleados para el análisis de níquel en muestras biológicas fueron estandarizados y verificados mediante controles de calidad NIST; (vi) la Secretaría Distrital de Salud realizó un segundo examen de muestras de sangre, arrojando idénticos resultados; (vii) la presencia de elevadísimos niveles de níquel en la sangre y orina de los pacientes, los cuales superan los estándares conocidos en el contexto internacional, no significa, *per se*, la existencia de factores externos contaminantes. Por el contrario, es necesario tomar en cuenta el **contexto**, en el cual se evidencia: décadas de exposición de los pobladores al mineral, la cercanía a la mina y la potencialidad de generar daños, entre otros factores que explican los elevados niveles de contaminación.

15. Aspectos preliminares. De manera precedente al estudio y solución de los problemas jurídicos que suscita el presente caso, se constata el cumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Respecto al primero de ellos, se destaca que la acción de tutela es el medio idóneo y eficaz para solicitar el amparo de los derechos fundamentales de las ocho comunidades étnicas involucradas, en tanto la jurisprudencia constitucional ha sostenido que: *“no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados”*⁵⁷⁶.

También se verifica la observancia del presupuesto de inmediatez, ya que el Otrosí No. 4 al Contrato 051-96M se suscribió el 27 de diciembre de 2012 y las acciones se formularon los días 28 de junio y 17 de julio de 2013, con lo cual se constata que el amparo se ejerció dentro de un término oportuno, justo y razonable en relación con las circunstancias que dieron lugar a la presunta vulneración, más aún, si se tiene en cuenta la extensión, complejidad y relevancia de la modificación contractual, así como la permanente ejecución de medidas que no han sido objeto de consulta.

⁵⁷⁶ Sentencia T-384A de 2014.

16. Legitimación activa (Expediente T-4.126.294). En relación con la acción de tutela presentada por el ciudadano Javier Martín Rubio Rodríguez, en calidad de agente oficioso de las “*comunidades étnicas existentes en el Departamento de Córdoba*”, la Sala evidencia que el accionante omitió acreditar que estas poblaciones se encontraban en total imposibilidad de promover su propia defensa. De hecho, con posterioridad a la presentación de esta acción, el Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, y el Presidente del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de San José de Uré formularon una acción de tutela en defensa de los derechos fundamentales de sus comunidades (Exp.: T-4.298.584).

Debido a lo anterior, la agencia oficiosa emprendida por el ciudadano Rubio Rodríguez carece de fundamento, en consecuencia, la Corte revoca el fallo de amparo del 15 de julio de 2013, y en su lugar, declara improcedente la acción de tutela por falta de legitimación activa.

17. Legitimación activa (Expediente T-4.298.584). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado consideraron que el señor Israel Manuel Aguilar Solano carecía de legitimación activa para formular un amparo en nombre del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, por cuanto éste se encontraba en proceso de creación.

La Corte no comparte tal argumentación por cuanto: (i) el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, no se encuentra supeditado o condicionado a la expedición de un acto administrativo mediante el cual se crea un resguardo; (ii) en diversas oportunidades, el juez constitucional ha amparado los derechos fundamentales de integrantes de cabildos y parcialidades; y (iii) en materia de derechos fundamentales, resulta inadmisibles extrapolar, por completo, figuras propias del derecho legislado, tal y como sucede con la representación de las personas jurídicas.

De igual manera, el Consejo de Estado estimó que el señor Luis Hernán Jacobo Otero, no demostró su calidad de Presidente Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Uré, y que en consecuencia, carecía de legitimación activa para actuar en nombre y representación de esa comunidad afrodescendiente. Como fundamento de ello, aseguró que el

Ministerio del Interior certificó la inexistencia de dicho Consejo Comunitario.

La Sala encuentra que el accionante aportó copia de la Resolución número 0366 del 4 de abril de 2011, así como de un oficio suscrito por la Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, en ambos documentos se da cuenta de: (i) la inscripción del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Uré en el *Registro único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras*; y (ii) la elección del ciudadano Luis Hernán Jacobo Otero como el representante legal de la comunidad.

En atención a ello, la Corte concluye que los señores Israel Manuel Aguilar Solano y Luis Hernán Jacobo Otero sí tenían legitimación activa para formular la acción de tutela *sub iudice*.

18. Derecho fundamental a la consulta previa. El objeto del debate. En un comienzo, el núcleo de la discusión se limitaba a establecer si era indispensable consultar a las comunidades indígenas y afrodescendientes que habitan en inmediaciones de Cerro Matoso S.A., el contenido del otrosí No. 4 al contrato No. 051-96M, suscrito entre la Agencia Nacional Minera - ANM y la empresa Cerro Matoso S.A.

La defensa planteada por la empresa Cerro Matoso S.A. coincide en lo esencial, con la sostenida por el Ministerio de Minas y Energía. Ambos afirman que: (i) antes de 1991 la consulta previa a las comunidades indígenas no existía, y en consecuencia, la aprobación de la licencia ambiental otorgada en 1981 no debía someterse a ella; (ii) cuando la empresa decida explotar nuevas áreas concesionadas en 1996, obtendrá una licencia ambiental adicional, y en consecuencia, realizará la respectiva consulta previa a las diversas comunidades susceptibles de ser afectadas; y (iii) la suscripción del otrosí número 4 no implicaba la obligación de realizar una consulta, ya que se trata de una prórroga que no representa afectación alguna ni la puesta en marcha de un nuevo proyecto.

19. La protección del derecho fundamental a la consulta previa en el tiempo. La garantía de participación no se encuentra supeditada al inicio o creación de una nueva medida administrativa. La Corte Constitucional reitera que la protección del derecho fundamental a la consulta previa no se encuentra supeditada al inicio o creación de una nueva medida administrativa, por ejemplo, la puesta en marcha de un nuevo proyecto de extracción minera. Los principios que establece la Carta Política impiden que, ante una modificación sustancial de las condiciones materiales o jurídicas, con base en las cuales se desarrolla un proyecto, se omita la realización de una consulta previa; más aún, si las comunidades susceptibles de ser afectadas nunca tuvieron la oportunidad de participar y ser consultadas respecto a su inicio.

20. La relación entre el derecho fundamental a la consulta previa y el proceso de licenciamiento ambiental. El ámbito de aplicación del derecho fundamental a la consulta previa no se circunscribe únicamente a un proceso administrativo de licenciamiento ambiental. La empresa Cerro Matoso afirma que no tenía la obligación de consultar el Otrosí número 4 a las comunidades que se encuentran en su zona de influencia, debido a que el objeto contractual de éste se encuentra debidamente salvaguardado por la licencia ambiental otorgada en 1981.

Aceptar la interpretación a la que llega la empresa accionada, llevaría a indicar que el criterio que fija la obligatoriedad de la consulta previa es el inicio de un proceso administrativo de licenciamiento ambiental ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, y no la protección de las comunidades étnicas que habitan el territorio nacional y su derecho fundamental a participar en las decisiones que las afectan.

21. La importancia del Otrosí número 4 al Contrato 051-96M. Vulneración del derecho fundamental a la consulta previa. Cerro Matoso S.A. plantea que no hay mérito suficiente que justifique la exigencia de realizar una consulta previa, ya que la modificación contractual mencionada tuvo los siguientes objetivos: la recopilación de todas las cláusulas que rigen las actividades de exploración y explotación de la empresa, y la prórroga de las mismas. La Corte no comparte tales afirmaciones por lo siguiente:

Habiendo identificado con exactitud los cambios introducidos al Contrato 051-96M, la Corte Constitucional verifica que el otrosí número 4 no es una simple prórroga o documento unificador, como lo sostiene Cerro Matoso S.A y las entidades que apoyan sus argumentos. Lo anterior, debido a que se realizaron modificaciones jurídicas y económicas sustanciales respecto a las actividades mineras de la empresa accionada y al impacto que éstas tienen en su zona de influencia directa.

En este sentido, no sólo se modificaron múltiples cláusulas y aspectos puntuales del contrato 051-96M, sino que también, se varió el objeto mismo del negocio jurídico, al incluir seiscientos ochenta y seis (686) hectáreas al área neta contratada, producto de la incorporación de los terrenos que cubrían los contratos de concesión núms. 866 y 1727, y que justamente, abarcaban las únicas hectáreas en las cuales se realizaban actividades de explotación minera como tal.

Si bien la incorporación señalada ya había sido objeto de un acuerdo previo entre las partes contratantes, es mediante el otrosí número 4 que ésta se materializó e incrementó el área neta del contrato pactado en 1996. Es así que cobra sentido la cláusula cuadragésima de la modificación contractual, al establecer que el otrosí rige retroactivamente desde el 1° de octubre de 2012, fecha en la cual, quedaba sin sustento jurídico la explotación minera que se realizaba en esas seiscientos ochenta y seis (686) hectáreas, pues finalizaban los períodos de los contratos de concesión núms. 866 y 1727.

Aunado a lo anterior, no puede ignorarse el tenor de la siguiente estipulación: *“el presente Otrosí No. 4 sustituye en su integridad al Contrato 051-96M y a sus Otrosíes No. 1, 2 y 3”*; expresiones que contrastan con el objetivo de una simple modificación contractual, ya que ésta se caracteriza por ser un acuerdo entre las partes con el objetivo de cambiar algunas cláusulas de un contrato celebrado con anterioridad, más no pretende sustituirlo o remplazarlo, pues de hacerlo se presentaría un contrasentido en el que lo accesorio estaría sustituyendo a lo principal.

En consecuencia, se considera que el otrosí número 4 sí constituye una medida susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes que se encuentran en la zona de influencia de las actividades de Cerro Matoso S.A, y como tal, debió contar con la participación de estos pueblos mediante un proceso de consulta previa.

En conclusión: la Corte ordenará la realización del procedimiento de consulta previa como garantía del derecho fundamental que tienen las ocho comunidades étnicas involucradas, a participar en las decisiones que las afectan. Atendiendo a que si bien los proyectos extractivos representan un factor de progreso y desarrollo económico para el país, esto no es óbice para evitar o ignorar el amparo que merecen los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección en comento.

22. Afectaciones a los derechos fundamentales al medio ambiente sano y a la salud. Presentación general del debate. Las comunidades étnicas accionantes sostienen que la actividad extractiva desarrollada por Cerro Matoso S.A. viene afectando gravemente el medio ambiente en el que viven: las aguas, los suelos, el aire, la flora y la fauna. Alegan además la existencia de diversas afecciones a su salud, las cuales van desde irritaciones cutáneas, rasquiña en los ojos, problemas pulmonares, hasta casos de cáncer y abortos.

Importa señalar que los accionantes no solicitan el reconocimiento y pago de indemnizaciones de carácter económico, con ocasión de los daños causados. Por el contrario, pretenden que las autoridades competentes investiguen tales afectaciones y sean amparados sus derechos fundamentales.

La defensa de Cerro Matoso apunta a lo siguiente:

- Actualmente cuenta con una licencia ambiental vigente, Plan de Manejo Ambiental, Permisos otorgados por la CVS (agua, aire, emisiones y vertimientos) y Documento de Evaluación y Manejo Ambiental DEMA;
- Hasta la fecha, la empresa jamás ha sido sancionada por las autoridades ambientales;
- Las emisiones de níquel y otros metales a la atmósfera siempre han sido objeto de monitoreo y control, sin que se hayan superado los valores-límite permitidos;

- Las enfermedades que sufren los miembros de las comunidades indígenas y afrodescendientes no guardan relación alguna con las actividades extractivas de la empresa, es decir, no existe un nexo causal entre los supuestos daños a la salud y al medio ambiente, y las labores desarrolladas por Cerro Matoso SA; y
- La empresa cancela oportunamente sus regalías, con lo cual, los servicios de salud, saneamiento ambiental, agua potable, etcétera, se encuentran a cargo del Estado y no de los particulares.

Si bien algunas de las afirmaciones de Cerro Matoso S.A. son verdaderas, también lo es que la Corte Constitucional encuentra que: (i) La salud y el medio ambiente de las comunidades aledañas a la mina se encuentran gravemente afectados (según se colige de múltiples testimonios, documentos de la propia empresa accionada, informes de diversas entidades estatales, el dictamen del INMLCF, entre otras pruebas); y (ii) Existe un nexo causal **altamente probable** entre las actividades extractivas de Cerro Matoso S.A. y las afectaciones al medio ambiente y a la salud de los grupos étnicos accionantes.

23. El dictamen del INMLCF en relación con la existencia de una “causalidad directa”. Las limitaciones señaladas por el Instituto de Medicina Legal, en materia de “causalidad directa”, no se traducen en la inexistencia de un vínculo causal entre la explotación del níquel y las afectaciones a la salud y al medio ambiente de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Lo anterior, por cuanto:

- Los estudios científicos demuestran las diversas afecciones que la exposición al níquel ocasiona en la salud humana, las plantas y los animales, es decir, la potencialidad de la actividad extractiva del níquel para causar daños (causalidad adecuada)
- Como se ha explicado, los tribunales americanos, europeos y el Consejo de Estado colombiano, no aplican un test de causalidad directa en materia ambiental; por el contrario, se acude a exámenes de causalidad adecuada y probable.
- Los valores límites que viene aplicando la empresa en sus mediciones, al igual que las autoridades ambientales, no son

estándares creados para el caso colombiano. De allí que su cumplimiento no rompe el nexo causal entre la actividad minera, desarrollada por Cerromatoso, y las diversas afectaciones a la salud sufridas por las comunidades indígenas y afrodescendientes.

- De igual manera, como se ha explicado, la actual licencia ambiental con que cuenta Cerro Matoso, no se ajusta a los estándares constitucionales en materia ambiental (principios de prevención y precaución).

24.Relevancia del licenciamiento ambiental como instrumento de prevención. Pese a que cálculos técnicos avalen en un principio el desarrollo de una actividad a largo plazo, factores como la complejidad de los fenómenos ambientales, el perfeccionamiento de la ciencia o el surgimiento de una alteración no prevista sobre los ecosistemas, entre otros, conllevan a que en el transcurso de la ejecución del proyecto se advierta la necesidad de adoptar medidas que conjuren un daño irreversible sobre el ambiente y las personas, máxime cuando se trata de proyectos cuyo desarrollo se prolonga por años e incluso décadas.

La concesión de una licencia ambiental no apareja una aquiescencia inmutable y perpetua del Estado frente una actividad de aprovechamiento de recursos naturales, pues aun cuando ésta haya sido inicialmente autorizada, si luego de su aprobación se reconoce como potencialmente dañosa, las autoridades ambientales tienen la obligación constitucional de diseñar estrategias para proteger el ambiente frente a los intereses particulares, en aras de satisfacer la finalidad superior para la cual se diseñó el mecanismo.

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.

25. Las particularidades del daño ambiental. El daño ambiental es bifronte, dual o bicéfalo. Los daños ecológicos suelen afectar la salud y los bienes de determinados individuos o colectividades y, al mismo tiempo, perjudican el disfrute de un derecho colectivo (daño ecológico puro). Así, mientras que el daño ecológico *impuro* se rige por los supuestos del daño civil clásico (cierto, personal, directo), afectando unos derechos subjetivos, unos patrimonios determinados, dando derecho a un resarcimiento económico, el daño ambiental *puro* es supraindividual, masificado, indirecto e impersonal, es decir, no cumple con ninguno de los requisitos tradicionales del daño jurídico resarcible.

26. El nexo de causalidad en materia medioambiental: la determinación de las causas y su prueba. En los últimos años, el derecho comparado ha creado diversas teorías sobre el vínculo de causalidad entre el daño ambiental y la acción u omisión de determinado agente contaminante. A pesar de sus diferencias, dichas teorías poseen un denominador común: flexibilizar la visión tradicional del derecho civil en la materia. Las principales teorías examinadas por la Corte fueron:

- La causa alternativa o disyuntiva (*industry wide, enterprise theory of liability* o “*market share*”);
- La condición peligrosa;
- La causa real (*actual causation*);
- La causa próxima (*proximate cause doctrine*);
- La conjetura (*conjecture causation*);
- Las probabilidades (*probabilistic causation*);
- Presunciones de causalidad, inversión de la carga de la prueba y carga dinámica de la prueba;
- Postura de la Corte Suprema de Justicia; y
- Postura del Consejo de Estado.

27. Los Valores Límite de Concentración. Función y significado probatorio. En los últimos años, la fijación de los llamados “Valores límites de Concentración” ha adquirido gran importancia en punto a la discusión sobre los niveles de contaminación legalmente permitidos, las evaluaciones de riesgo, la aplicación de los principios de prevención y precaución, así como en el examen del vínculo de causalidad entre la actividad contaminante y los daños ecológicos.

La doctrina especializada 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, su consagración en disposiciones normativas y su aplicación por instancias de control ambiental, ofrece serios reparos.

Incluso el acatamiento irrestricto de los valores límite no excluye, *per se*, la existencia de afectaciones a la salud y al medio ambiente. Tampoco configura, por sí solo, un rompimiento del nexo causal.

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*”.

En conclusión: 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 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.

28. Examen sobre la responsabilidad de Cerro Matoso S.A. Con base en una valoración integral de las pruebas obrantes en el expediente (intervenciones de las entidades de control, testimonios, documentos allegados por el Ministerio de Salud y Protección Social, peritazgo rendido por el INMLCF, respuestas y estudios aportados por Cerro Matoso S.A, entre otros), la Corte esclarece los siguientes puntos:

- 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 describen las características de la actividad extractiva desarrollada por la empresa accionada, tomando en cuenta la dimensión del complejo minero, su duración en el tiempo, los procesos industriales efectuados, las sustancias químicas utilizadas, y los riesgos que ello representa para la salud y el ecosistema. (**Potencialidad de generar afectaciones**); y
- Se examina la existencia de una relación de causalidad entre las acciones y omisiones imputables a Cerro Matoso S.A. y las afectaciones identificadas. (**Vínculo de causalidad**).

29. Afectaciones a la salud. Una revisión detalla de los diversos hallazgos descritos permite corroborar las denuncias de los accionantes, respecto a las múltiples afecciones que padecen quienes habitan en cercanías del complejo minero. Contrario a lo sostenido por parte de la empresa Cerro Matoso S.A., existe una delicada situación de salud pública en la zona, la cual se caracteriza por graves enfermedades cutáneas, pulmonares, oculares, entre otras.

30. Afectaciones al medio ambiente. La Corte corrobora que el medio ambiente se ha visto gravemente perjudicado debido a la dispersión de escoria, la presencia de sedimentos en varios cuerpos de agua, la reducción de especies animales y vegetales, la alteración del Caño Zaino, así como la contaminación del aire circundante y diferentes ríos, quebradas y pozos aledaños al complejo minero de CMSA.

31. Potencialidad de generar afectaciones por parte de la actividad extractiva desarrollada por Cerro Matoso S.A. Cerro Matoso S.A es la cuarta mina a cielo abierto más grande del mundo en operaciones de ferroníquel y la primera en el continente americano.

El área de su mina está caracterizada por una explotación a cielo abierto de 260 hectáreas, en la cual predomina el arranque mecánico mediante la utilización de grandes excavadoras y el precorte de materiales con voladura en los sectores que lo ameriten. Como resultado de estas operaciones extractivas se han conformado bancos de explotación de *“hasta 7 metros de altura con alturas cuasi verticales y brechas que no superan los 20 metros”*.

Se calcula que la producción de níquel de Cerro Matoso asciende aproximadamente a *“3.200.000 toneladas de mineral del cual se extraen 40.674 toneladas de ferroníquel”* por año. La extracción minera funciona las 24 horas del día durante todo el año.

Los hornos calcinadores de Cerro Matoso están dentro de los más largos y grandes del mundo, con 185 metros de longitud y 6 metros de diámetro, *“mientras que los hornos eléctricos de fundición son los más grandes del mundo, con 21 metros de diámetro y 6 metros de alto...los hornos calcinadores de Cerro Matoso trabajan a 900° C y los hornos de fundición a 1600° C”*.

La potencialidad de causar daños ambientales se advierte en el número de hornos que integran el complejo industrial, la cantidad de partículas que emiten al aire, así como el volumen de agua que es empleado.

32. La exposición al níquel causa daños importantes en la salud humana, los animales y las plantas. De conformidad con la bibliografía científica disponible en la materia, contrario a lo sostenido por la empresa demandada, la exposición a determinados niveles de níquel ocasiona graves perjuicios a la salud humana, los cuales van desde afecciones cutáneas y respiratorias, hasta la producción de cáncer de pulmón y abortos espontáneos. De igual manera, se reportan daños en plantas, animales y ecosistemas en general.

33. Relación de causalidad entre las actividades extractivas de Cerro Matoso S.A y las afectaciones identificadas. Según Cerro Matoso S.A. no existe vínculo de causalidad alguno entre sus actividades extractivas de níquel y las afectaciones al medio ambiente y salud de las comunidades accionantes. La Corte no comparte tales afirmaciones, por lo siguiente:

Si bien es cierto que, existe una licencia ambiental y unos permisos sobre emisiones y vertimientos, la empresa no ha sido sancionada por infracciones ambientales y sus actividades han sido monitoreadas por autoridades del orden nacional (Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible - Autoridad Nacional de Licencias Ambientales) y regional (Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge), también lo es que, de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente:

- La licencia ambiental de CMSA no se ajustaría a los estándares fijados por la Constitución de 1991;
- Se presentan 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 demanda 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.

34. La licencia ambiental de CMSA frente a los estándares fijados por la Constitución de 1991. Determinar la vigencia de la licencia ambiental, es decir, de un acto administrativo, implica examinar diversos tránsitos legislativos y complejos cambios contractuales conocidos por la explotación del yacimiento de níquel, labores que desbordan la competencia del juez de amparo.

Por el contrario, en sede de tutela, ante un caso en el cual se alega, por parte de unas comunidades indígenas y afrodescendientes, que una explotación a cielo abierto y a gran escala de níquel viene afectando gravemente su salud, e incluso, su seguridad alimentaria y la pervivencia de su cultura, el juez constitucional sería competente para analizar los riesgos que representa dicho instrumento ambiental, de cara a los estándares fijados por la Carta Política y la jurisprudencia de esta Corporación.

En otras palabras, no le corresponde a la Corte Constitucional emitir un pronunciamiento en el sentido de si la licencia ambiental con la cual viene operando actualmente la empresa Cerro Matoso S.A. se encuentra vigente o no, juicio de legalidad del acto administrativo, propio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por el contrario, la defensa judicial de la Constitución le impone a este Tribunal examinar si una determinada licencia ambiental tiene la capacidad de prevenir daños a las comunidades circundantes; tanto más y en cuanto aquélla fue expedida antes de 1991.

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 que ciertas disposiciones legales transitorias han permitido su extensión en el tiempo, también lo es que existen serias dudas sobre su vigencia actual, ya que no delimita el área a ser intervenida ni

determina la cantidad de mineral que puede ser explotado, tampoco caracteriza el medio ambiente de la zona ni fija medidas de prevención o mitigación de los impactos de la mina, inclusive, no establece plazos o un término de finalización.

Por ello, la accionada, si bien podrá seguir laborando, tendrá que obtener una nueva licencia ambiental en los términos y condiciones que se indican en este fallo.

35. Irregularidades en los instrumentos ambientales que rigen las operaciones extractivas. Como conclusión de este acápite, se destacan las siguientes irregularidades en los diferentes instrumentos de control ambiental de CMSA:

- El DEMA presentado en 1998 tiene como fundamento un Decreto declarado nulo por el Consejo de Estado;
- Dicha normativa exoneraba a las actividades mineras de obtener licencia ambiental y surtir el proceso que ello requería, incluyendo la obligación de consultar a las comunidades étnicas susceptibles de ser afectadas;
- Si bien CMSA argumenta que la Sentencia aludida no se encontraba ejecutoriada, se corrobora que ya existía una decisión en similar sentido, proferida el día 26 de febrero de 1998;
- La empresa accionada se amparó en la indeterminación de la licencia ambiental aprobada en 1982, para incrementar su producción mediante el Documento de Evaluación y Manejo Ambiental;
- Cerro Matoso S.A. y la ANLA tienen posiciones contradictorias respecto a la vigencia del DEMA, el primero sostiene que dicho instrumento continúa produciendo plenos efectos jurídicos, mientras que la Agencia niega tal afirmación.
- Sólo hasta el año 2015 se presentó un Plan de Manejo Ambiental Unificado para toda la operación de CMSA, en contravía de los requerimientos hechos por la ANLA en los años 2008 y 2011;

- Se comprueba que el DEMA de 1998, pese a sus irregularidades, fue el principal instrumento de control de ambiental durante casi dos décadas de explotación minera.

36. Ausencia de valores límite para las emisiones de níquel en el ordenamiento jurídico colombiano. Respecto a los valores-límite 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*”. Indica en otro aparte que, “*Colombia no cuenta con una norma o referencia para la concentración de níquel para calidad de aire*”, debido a que la Resolución 610 de 2010 del Ministerio de Ambiente, Vivienda, y Desarrollo Territorial omite incluir el nivel máximo de concentración de esta sustancia en el ambiente atmosférico.

En consecuencia, Cerro Matoso S.A. sostiene que 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 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ (promedio diario); y (ii) Los Criterios Ambientales de Calidad del Aire de la Provincia de Ontario, Canadá, donde el límite máximo es 0.02 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ (promedio anual) y/o 0.1 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ (promedio diario).

La pregunta que se realiza la Corte es la siguiente: si no existe en Colombia un valor límite de emisión para el níquel, y la misma empresa lo reitera en sus informes, ¿Cómo se supone que las diversas autoridades ambientales han venido monitoreando, durante décadas, el funcionamiento del complejo minero de Cerro Matoso S.A.? Tal omisión en materia de regulación configura además una grave vulneración del principio constitucional y ambiental de prevención.

Al mismo tiempo, la CVS señala que en Colombia no hay un límite o medida máxima de concentración de níquel para vertimientos en cuerpos de agua que requieren potabilización para su consumo.

37. La aplicación de niveles foráneos al control ambiental de la mina de CMSA resulta ambigua e imprecisa. La empresa afirma que sus estaciones de monitoreo de calidad del aire se ajustan a los requerimientos estipulados en el Protocolo de Monitoreo y Seguimiento de Calidad del

Aire (Resolución 2154 de 2010) del Ministerio de Ambiente. De igual manera, para la determinación de las concentraciones de material particulado, toma en cuenta los métodos acogidos por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, avalados por la legislación colombiana.

A primera vista, podría pensarse que la accionada actúa responsablemente en materia ambiental, toda vez que, ante la ausencia de unos niveles nacionales para la medición de níquel, decidió aplicar unos foráneos. Sin embargo, la Corte advierte lo siguiente:

La postura de Cerro Matoso frente al estándar ambiental europeo es contradictoria: por un lado, afirma someterse al texto de la Directiva 2004/107/CE del 15 de diciembre de 2004; por el otro, la desacredita afirmando que el cumplimiento de los límites no implica la inexistencia de riesgos, respecto al níquel y otros agentes químicos, para lo cual refiere que *“no hay ningún límite identificable por debajo del cual estas sustancias no constituyan un riesgo para la salud humana”*.

En conclusión, se observa que: (i) En Colombia no existe una norma que regule valores máximos para emisiones de níquel a la atmosfera; (ii) Tampoco se ha estipulado un límite de concentración de ese metal para cuerpos de agua destinados a uso doméstico, consumo humano, uso pecuario o potabilización; (iii) El ordenamiento jurídico omite regular el hierro para caudales que requieren potabilización para su consumo y para el control de vertimientos; (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.

38. Imprecisión de las mediciones realizadas por la empresa accionada. Cerro Matoso S.A. admite que el modelo empleado para recolectar la información sobre la calidad del aire ofrece importantes limitaciones e incertidumbres y que, por lo tanto, deber ser leído *“en sus capacidades reales”*, lo que significa que, en sus propias palabras: (i) el modelo es fiable *“estimando los puntos de mayor concentración”*; y (ii)

los resultados “*dan un orden de magnitud probable y solo en esas dimensiones puede ser interpretado*”.⁵⁷⁷

De igual manera, se admite que “*no se consideraron mediciones de calidad del aire de fondo para la mayoría de los contaminantes analizados*”.⁵⁷⁸

Las anteriores limitaciones en los modelos utilizados, confirman que 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.

39. Errores y omisiones en los actos administrativos de seguimiento y control ambiental. Las actividades de inspección y vigilancia sobre CMSA han corrido por cuenta de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge -CVS-, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Un examen de los diversos actos administrativos proferidos por aquéllas, pone de presente que, si bien se ha ejercido un control ambiental permanente sobre el complejo minero de CMSA, también lo es que éste ha tenido diversos errores y omisiones graves, los cuales se enuncian a continuación y se explican de forma detallada con posterioridad:

- A pesar de la inexistencia de valores límite de emisión de níquel en el ordenamiento colombiano, las autoridades ambientales han certificado su continuo cumplimiento;
- Ausencia de estudios de calidad de aire por parte de la CVS debido a la falta de recursos;
- El seguimiento ambiental del complejo minero ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la Contraloría General de la República;

⁵⁷⁷ *Ibidem*. Folio 3543.

⁵⁷⁸ *Ibidem*. Folio 3546.

- Se presentan incumplimientos de CMSA a obligaciones establecidas por las autoridades ambientales.

40. Ausencia de estudios de calidad de aire por parte de la CVS debido a la falta de recursos. A pesar de que la CVS fue la autoridad ambiental que otorgó los permisos de emisiones atmosféricas a CMSA, reconoce que no ha realizado una labor propia de seguimiento y control⁵⁷⁹. De allí que, utiliza los datos aportados por la misma empresa, sin llevar a cabo tarea alguna de contraste o verificación para ejercer sus funciones. En otras palabras, 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 control.

41. El seguimiento ambiental del complejo minero ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la Contraloría General de la República.

El ente de control fiscal, en enero de 2013, rindió un informe sobre la explotación de Cerro Matoso S.A, en el cual se incluyen los siguientes temas: (i) Desarrollo cronológico de las concesiones mineras 866-63 y 1727-71; (ii) La Declaración de Efecto Ambiental de 1981; (iii) Verificación documental y de campo de las acciones adelantadas por Cerro Matoso S.A, en cumplimiento de las autorizaciones ambientales; (iv) Complemento al estudio de impacto ambiental PMA del proyecto de recuperación de níquel de la escoria RNE de 2006; (v) Seguimiento a los instrumentos administrativos de gestión ambiental por parte de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales; y (vi) Conclusiones y resultados.⁵⁸⁰

En sus comentarios finales, la Contraloría crítica duramente: (i) El monitoreo que viene realizando Cerro Matoso en relación con la contaminación de los recursos hídricos y el aire, y (ii) El trabajo de vigilancia realizado por las autoridades ambientales en la materia.

Argumenta que CMSA no ha actualizado adecuadamente la información del complejo minero y sus impactos ambientales a lo largo de 30 años de operación, toda vez que no existe un reporte claro y sistemático de indicadores que permitan conocer la evolución de las características

⁵⁷⁹ Visible a folio 177 del Cuaderno 3 A.

⁵⁸⁰ Visible a folios 237 a 273 del Cuaderno 3 A.

fisicoquímicas del agua y aire en la zona ⁵⁸¹. Como consecuencia de ello, sostiene que no se debieron admitir las sucesivas modificaciones a la licencia ambiental de la empresa, toda vez que no se logró garantizar la mitigación de sus impactos.

42. Incumplimientos de la empresa a obligaciones establecidas por las autoridades ambientales. Una vez revisados los contenidos de diversos actos administrativos relacionados con el control ambiental, la Corte encuentra que CMSA no sólo ha incurrido en irregularidades e imprecisiones a lo largo de treinta y cinco años de exploración y explotación mineras, sino que también ha incumplido las obligaciones ambientales que le han sido impuestas. Aunque la ANLA, una de las entidades encargadas de su control y seguimiento, ha identificado tales infracciones, no ha ejercido sus facultades correctivas y sancionatorias al respecto en perjuicio de la salud de las personas que habitan en su zona de influencia y de la preservación del medio ambiente circundante.

43. Presencia recurrente de emisiones no controladas de escoria que llegan a las comunidades. La empresa Cerro Matoso S.A. cuenta con un extenso proceso productivo caracterizado por las siguientes fuentes de posible contaminación: (i) El complejo industrial, conformado por 12 centros puntuales de emisión (chimeneas); (ii) 12 fuentes de área, principalmente zonas de explotación; y (iii) 35 fuentes de volumen, entre los cuales, se destacan 29 botaderos de escoria. ⁵⁸²

Una revisión de los Autos proferidos por la ANLA, en materia de alteración de la calidad del aire, pone de presente la existencia de múltiples inconsistencias relacionadas con nubes de escoria. ⁵⁸³

A pesar de que los sucesivos controles realizados por la ANLA a la empresa Cerro Matoso S.A., demuestran que se han presentado “*emisiones sin control*”, “*emisiones no controladas*” y “*columnas de humo*”, inexplicablemente, dicha entidad siempre concluye que no se encuentra comprometida la calidad del aire en la zona, y tampoco aplica medidas sancionatorias por tales hechos.

⁵⁸¹ Visible a folio 263 del Cuaderno 3 A

⁵⁸² Visible a Folios 3528-3530 del Folder 2.5.

⁵⁸³ Visible a folio 5015 del folder número 5.

44. Estimación contradictoria de la dirección de los vientos. Una revisión de las pruebas aportadas por la empresa Cerro Matoso S.A. pone de presente la existencia de contradicciones en punto a la medición de la dirección del viento, ya que en ocasiones se ilustra una orientación de suroeste a noreste (desde la comunidad Pueblo Flecha hasta Cerro Matoso S.A.), y en otras, de norte a sur, o de noreste a suroeste (dirección totalmente opuesta). Dicha situación tiene un impacto directo sobre la calidad de las mediciones del aire y el nexo causal con las diversas afectaciones que sufren las comunidades indígenas y afrodescendientes.

45. Concentraciones excesivas de contaminantes en la zona de influencia directa del complejo minero. Un examen del material probatorio ⁵⁸⁴ demuestra que no es cierto que la empresa Cerro Matoso S.A. nunca haya excedido algún valor límite fijado a nivel nacional o internacional, ni que haya mantenido la calidad del aire y de los cuerpos de agua cercanos a su complejo minero. Todo lo contrario, a lo largo del expediente se evidencian múltiples incumplimientos y concentraciones excesivas de níquel, hierro y material particulado. De allí que resulte probada la afectación de las condiciones ambientales de las comunidades accionantes.

46. Conclusión sobre la existencia de un nexo causal. La Corte considera que existe una relación de **causalidad adecuada y altamente probable** entre las actividades extractivas desarrolladas por la empresa Cerro Matoso S.A. y: (i) Las diversas afecciones a la salud que padecen los integrantes de siete comunidades indígenas (Torno Rojo, Bocas de Uré, Puerto Colombia, Unión Matoso en Puerto Flecha, Guacarí, en la Odisea; Centro América y Puente Uré) y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, los cuales se encuentran ubicados en inmediaciones de la mina; y (ii) Las afectaciones al medio ambiente (agua, aire, animales y plantas), así como el peligro en el cual se encuentra la seguridad alimentaria de las comunidades.

47. Indemnización de perjuicios en sede de tutela. De acuerdo al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 se requieren tres presupuestos a efectos de ordenar la reparación de perjuicios en el proceso de tutela: (i) El accionante

⁵⁸⁴ La Resolución 601 de 2006 fija el límite de PM10 en 150 µg/m³ para una temporalidad de 24 horas, y 70 µg/m³ como promedio anual. La Resolución 610 de 2010 lo determina en 100 µg/m³ para 24 horas, y 50 µg/m³ para la media anual. En cambio, la Guía de Calidad del Aire de la OMS aplica un estándar de: 50 µg/m³ para 24 horas, y 20 µg/m³ en el año. Datos visibles a folios 2801 y 2802 del Folder 2.2.

carece de otro mecanismo judicial para obtener el respectivo resarcimiento; (ii) La violación del derecho fundamental es manifiesta y consecuencia de una actuación arbitraria; y (iii) La indemnización es necesaria para asegurar el goce efectivo de la garantía vulnerada. Con lo cual, ante la comprobación de diferentes daños cometidos por la empresa Cerro Matoso S.A., la Sala pasa a examinar la observancia de dichos requisitos en el caso concreto.

48. Los accionantes carecen de otro mecanismo judicial para obtener el respectivo resarcimiento. El análisis de este presupuesto debe centrarse en las circunstancias concretas de los accionantes. De acuerdo al informe pericial rendido por el INMLCF las comunidades presentan condiciones socioeconómicas de alta vulnerabilidad, debido a factores como el bajo nivel de escolaridad, el escaso cubrimiento de servicios públicos y un alto grado de personas víctimas del conflicto armado interno, entre otros. Tal contexto de exclusión y convulsión social se interrelaciona con la naturaleza étnica de los pueblos demandantes y los hechos probados a lo largo de esta Sentencia. De allí que la Corte examine la posibilidad real de los actores para acceder oportuna y eficazmente a los recursos y acciones disponibles en el ordenamiento jurídico. En atención a ello, se considera desproporcionado exigirles acudir a las vías ordinarias en pro de una reparación, toda vez que se trata de *sujetos de especial protección constitucional* cuyos derechos han sido menoscabados por décadas.

49. La violación de los derechos fundamentales es manifiesta y consecuencia de una actuación arbitraria. A lo largo del fallo se encuentra plenamente probada la existencia de una grave vulneración a los derechos fundamentales a la salud y al disfrute de un medio ambiente sano. Dicha transgresión es producto de diversas actuaciones de la empresa Cerro Matoso S.A., entre las cuales se destaca: (i) Continuar sustentando sus actividades en una licencia ambiental que no se encuentra acorde a la Constitución; (ii) Abstenerse de consultar a las comunidades étnicas afectadas; (iii) Suscribir un Otrosí que prorroga el tiempo de explotación, incrementa la producción minera en un millón y medio de toneladas, y sustituye el Contrato 051-96M; (iv) Incumplir la normatividad ambiental, tanto nacional como internacional; (v) Emitir material particulado de forma reiterada y no controlada hacia el ecosistema circundante; y (vi) Obstruir el caudal del Caño Zaino y contaminar distintos cuerpos de agua en su Zona de Influencia Directa.

50. La indemnización resulta necesaria para asegurar el goce efectivo de los derechos vulnerados. En relación con este punto, la Sala destaca la intensidad e irreversibilidad de los daños causados en el asunto *sub examine*, los cuales abarcan: (i) El padecimiento de distintas afecciones en la vía aérea superior (fosas nasales, boca, faringe y laringe), la piel y la mucosa conjuntival (globo ocular); (ii) El hallazgo de casos positivos de cáncer de pulmón y múltiples enfermedades cardíacas; (iii) Niveles elevados de níquel, tanto en la sangre como en la orina de las personas valoradas por el INMLCF; y (iv) La contaminación ambiental en el aire, los suelos y cuerpos de agua aledaños al complejo minero. En razón a ello, este Tribunal encuentra que los daños descritos revisten tal magnitud que la indemnización resulta necesaria a efectos de lograr mitigar sus consecuencias. Inclusive, se destaca que ni siquiera una orden en tal sentido garantizaría el goce pleno y efectivo de los derechos fundamentales vulnerados, dada la imposibilidad de restituir o volver las cosas a su estado original. Por lo cual, resulta indispensable tomar medidas de protección que, no sólo salvaguarden la salud y el medio ambiente a futuro, sino que también tomen en consideración las afectaciones ya causadas.

51. Órdenes a impartir. La Corte ampara los derechos fundamentales a la consulta previa, al medio ambiente y a la salud de las comunidades étnicas y afrodescendientes accionantes, y en consecuencia, impone un conjunto de órdenes a la empresa Cerro Matoso S.A., al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales - ANLA-, a la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge -CVS-, a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a la Contraloría General de la República, al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud, así como a las Secretarías de Salud del Departamento de Córdoba y de los municipios de Montelíbano, Puerto Libertador y San José de Uré.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de los términos para fallar, dispuesta por Auto del 13 de marzo de 2014.

SEGUNDO. (Expediente No.: T-4.126.294) **REVOCAR** la sentencia proferida el 15 de julio de 2013, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, dentro de la acción de tutela formulada por el ciudadano Javier Rubio Rodríguez contra BHP Billiton, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Salud y Protección Social, la Corporación de los Valles del Sinú y San Jorge –CVS, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, y el Instituto Colombiano de Geología y Minería -INGEOMINAS-. En su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** el amparo formulado por falta de legitimación por activa.

TERCERO. (Expediente No.: T-4.298.584) **REVOCAR** el fallo proferido el 16 de diciembre de 2013, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la cual confirmó la sentencia de primera instancia emitida el 31 de julio de 2013 por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción de tutela formulada por el Gobernador y Cacique Mayor del Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, Israel Manuel Aguilar Solano, y el Presidente del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré, Luis Hernán Jacobo, contra el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Minería y la empresa Cerro Matoso S.A. En su lugar, **AMPARAR** los derechos fundamentales a la consulta previa, a la salud y al disfrute de un medio ambiente sano de las comunidades étnicas 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.

CUARTO. ORDENAR a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que, con la participación de la empresa Cerro Matoso S.A., en coordinación con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y el Ministerio de Salud y Protección Social, en un plazo máximo de un (1) año, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, realice una

consulta previa con 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, en la cual se establezcan medidas de prevención, mitigación y compensación ambiental respecto a los perjuicios que pudiere ocasionar la continuación de las labores extractivas por parte de la empresa Cerro Matoso S.A.

Para la realización del proceso consultivo se tendrán en cuenta los siguientes factores: (i) La suscripción del Otrosí No. 4 de 2012 al Contrato No. 051-96M; (ii) La duración estimada de las actividades de exploración y explotación de Cerro Matoso S.A. en todo el complejo minero; y (iii) Los hallazgos contemplados en esta sentencia en materia de afectaciones al medio ambiente y a la salud.

Entre las estrategias específicas de protección a adoptar se deberán incluir: (i) Medidas tendientes a la descontaminación del ecosistema (aire, suelo y cuerpos de agua); (ii) Adopción de métodos técnicos que impidan el levantamiento y la dispersión de material particulado; (iii) Restauración de la cuenca hídrica del Caño Zaino; (iv) Restablecimiento de la capacidad productiva de los terrenos afectados; (v) Recuperación del paisaje; y, (vi) Aislamiento del complejo minero mediante barreras artificiales y/o naturales.

La implementación de estas medidas se realizará de acuerdo con un enfoque diferencial respecto al grado de cercanía que tiene cada comunidad con el área de explotación y el centro industrial de Cerro Matoso S.A.

QUINTO. ORDENAR a la empresa Cerro Matoso S.A. que, dentro de un plazo de tres (3) meses, contado desde la finalización del proceso consultivo, inicie los trámites necesarios para la expedición de una **nueva licencia ambiental** que: (i) Se fundamente en las obligaciones asumidas en la consulta previa; (ii) Incluya instrumentos necesarios, suficientes y eficaces para corregir los impactos ambientales de sus operaciones hasta el tiempo estimado de su finalización; y (iii) Garantice la salud de las personas que habitan las poblaciones accionantes, así como la protección del medio ambiente conforme a los estándares constitucionales vigentes.

SEXTO. ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social que, dentro del mes siguiente a la notificación de esta providencia, constituya una **Brigada de Salud**, que dentro de los seis (6) meses siguientes a su constitución: (i) Haga una valoración médica de las personas que se encuentren registradas en los censos del Ministerio del Interior como integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo así como del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré; (ii) Construya el perfil epidemiológico de esas comunidades y de sus integrantes; (iii) Haga entrega de los resultados de la valoración médica y del referido perfil a esas personas; y, (iv) Presente un informe del cumplimiento de la orden, la actividad desarrollada por la Brigada de Salud y sus resultados, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SÉPTIMO. ORDENAR a la empresa Cerro Matoso S.A. que brinde **atención integral y permanente en salud** a las personas que se encuentren registradas en los censos del Ministerio del Interior como integrantes de las comunidades Bocas de Uré, Centro América, Guacarí-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo así como del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré; y padezcan alguna de las siguientes enfermedades: cáncer de pulmón, atelectasia plana, silicosis, linfangitis carcinomatosa, neumoconiosis reumatoide, nódulos calcificados en el pulmón, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, dermatitis, bandas parenquimatosas, síndrome de Caplan, sarcoma pulmonar, fibromas, niveles elevados de níquel en sangre u orina, engrosamiento de la cisura pulmonar, mesotelioma, lesiones pruriginosas, pitiriasis u otras afecciones de salud que tengan relación con las operaciones extractivas de la empresa.

Las personas valoradas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses tendrán derecho a solicitar sus resultados clínicos con el fin de acreditar su estado de salud.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, juez de primera instancia (Expediente T-4.298.584), será la autoridad judicial competente para verificar el cumplimiento de la presente providencia y determinar, en caso de duda, quiénes tienen derecho a una atención integral y permanente.

OCTAVO. CONDENAR 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 causados** a los 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.

La liquidación respectiva se realizará ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante trámites incidentales que deberán ser resueltos en un término máximo de seis (6) meses. Para ello, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en el proceso.

La reparación específica de cada peticionario se sustentará estrictamente en los hechos que acredite ante el Tribunal y tendrá como fundamento los siguientes criterios orientadores:

I. En relación con las enfermedades mencionadas en el numeral anterior, se deberán resarcir: (i) Los gastos erogados respecto a tratamientos clínicos y adquisición de medicamentos; (ii) La pérdida de capacidad laboral generada por la enfermedad; y (iii) La congoja interna, dolor o sufrimiento causado.

II. Respecto a los daños al medio ambiente que tengan consecuencias patrimoniales individuales, se indemnizarán: (i) Los cultivos o cosechas que se hayan visto deteriorados como producto de la contaminación ambiental; y (ii) Las pérdidas económicas causadas por la disminución de productividad agrícola y/o pesquera.

NOVENO. ORDENAR a la empresa Cerro Matoso S.A. que, dentro de los nueve (9) meses siguientes a la notificación de esta providencia, cree, financie y ponga en funcionamiento un **Fondo Especial de Etnodesarrollo**, bajo el estricto cumplimiento de los siguientes lineamientos:

- i) El Fondo tendrá una naturaleza privada y será administrado por la empresa Cerro Matoso S.A.;

- ii) Su objeto general será la reparación y compensación de las víctimas desde una perspectiva colectiva y étnica *-etnoreparación-*, en razón a los perjuicios causados durante décadas por la compañía minera;
- iii) Los recursos serán utilizados específicamente para atender las necesidades que aquejan a las comunidades accionantes y que comprometen su supervivencia física, cultural y espiritual;
- iv) Como producto de lo anterior, se implementarán proyectos de salud, ambientales, educativos y de actividades productivas (agricultura), así como, estrategias adicionales de reparación simbólica con las poblaciones afectadas;
- v) La duración del Fondo y su modo específico de financiación serán establecidos atendiendo la gravedad de las afectaciones causadas, los años de explotación minera hasta la fecha y la proyección en el tiempo de la misma, todo lo cual se llevará a cabo con la colaboración de la *relatoría especial de seguimiento* dispuesta en el resolutivo décimo cuarto de esta providencia.

Para el efectivo cumplimiento de esta orden, la empresa Cerro Matoso S.A. presentará el proyecto de creación e implementación del Fondo a las comunidades accionantes y a la *relatoría especial de seguimiento*, de que trata la orden décimo cuarta, dentro del mes siguiente a la creación de esa relatoría, con el propósito de acordar su puesta en funcionamiento.

DÉCIMO. ADVERTIR a Cerro Matoso S.A. que, el **incumplimiento** de las órdenes proferidas en esta sentencia o de las obligaciones asumidas en el proceso consultivo, dará lugar a que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de sus competencias previstas para obtener la eficacia del amparo constitucional aquí decretado, ordene la suspensión de sus actividades extractivas.

DÉCIMO PRIMERO. ORDENAR al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que, en el término de seis (6) meses contado a partir de la notificación de la providencia, (i) **Regule** de manera específica, clara y suficiente *valores límite de concentración* para el agua y el aire, respecto a las sustancias químicas de **hierro y níquel**; y (ii) **Ajuste** los instrumentos

normativos a que haya lugar, de conformidad con los estándares de la **Organización Mundial de la Salud**.

DÉCIMO SEGUNDO. ORDENAR a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y a la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge -CVS- que, de manera coordinada y con base en las consideraciones del presente fallo, adopten los ajustes administrativos necesarios para la realización de un **control ambiental estricto y efectivo** sobre las actividades extractivas de la empresa Cerro Matoso S.A. y el cumplimiento de las medidas de mitigación, prevención y compensación que se acuerden en el proceso consultivo.

DÉCIMO TERCERO. ADVERTIR al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud, y a las Secretarías de Salud del Departamento de Córdoba y de los municipios de Montelíbano, Puerto Libertador y San José de Uré, sobre la existencia de una **situación epidémica de tuberculosis** en la zona aledaña al complejo minero de Cerro Matoso S.A., para que en ejercicio de sus competencias, adopten todas las medidas necesarias para la protección de la salud de sus pobladores, con aplicación de los criterios derivados de los amparos constitucionales aquí dispuestos.

DÉCIMO CUARTO. ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría General de la República que, de conformidad con sus competencias legales y constitucionales, establezcan una **relatoría especial** integrada por funcionarios expertos en los diversos temas que abarca el presente asunto, cuyo propósito principal será coordinar, acompañar y supervisar el cumplimiento y ejecución de todas las órdenes proferidas en los numerales anteriores.

Dicho proceso será liderado y coordinado por la Procuraduría General de la Nación, quien rendirá informes y estará bajo la supervisión general del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (juez de primera instancia en el trámite de tutela) y de la Corte Constitucional, quien en todo caso, se reserva la competencia para verificar el cumplimiento de las órdenes proferidas en esta providencia.

Para este efecto, la Procuraduría General de la Nación convocará la relatoría especial y las comunidades accionantes, dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, con el objeto de establecer cronogramas, metas e indicadores de cumplimiento necesarios para la efectiva implementación del fallo.

Adicionalmente, la Procuraduría General de la Nación, en conjunto con la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, deberá entregar un **reporte anual** de su gestión, con indicadores de cumplimiento de las órdenes proferidas, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y a la Corte Constitucional.

DÉCIMO QUINTO. Líbrense por Secretaría, las comunicaciones aludidas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General