

EL ESTANDAR DE LA DUDA. PROPUESTAS PARA FORTALECER LA ACCION
POPULAR EN MATERIA AMBIENTAL EN COLOMBIA.

Julián Agudelo Giraldo.

Sergio Alejandro Sanz.

INTRODUCCIÓN

Las nuevas dinámicas del derecho, exigen un estudio serio y profundo sobre otras formas de procesamiento, más hacia el colectivo, más hacia los derechos de los grupos. Ahí se encuentra la importancia del estudio de la acción popular y su avance en la legislación colombiana, especialmente en su reglamentación en cuanto a la protección del derecho fundamental y colectivo al ambiente sano.

Sin embargo, estas dimensiones del derecho encuentran, en países ricos en recursos naturales, como Colombia, diversas tensiones sociales que obligan a repensar su estructura lógica. Es el caso de la minería ilegal, que se entreteje con la miseria de los pueblos, pero también con la desidia del Estado, reflejada en sus gobernantes.

Este artículo, consecuente con lo expuesto, aborda las acciones populares en un estudio reflexivo desde los estándares de prueba, específicamente en temas de protección al derecho al ambiente sano, pero se asienta críticamente en la postura procesal del Consejo de Estado que hace de la acción popular, un derivado de la responsabilidad civil.

Para ello, el texto surge a partir de una investigación documental en doctrina y en sentencias. Y explica sus hallazgos en tres aspectos, en el primero se explica el caso Lloró, en el segundo los principios de precaución y de prevención y en el tercero se expone la hermenéutica de las sentencias del Consejo de Estado sobre la protección ambiental, como órgano de cierre de la jurisdicción administrativa en Colombia.

Palabras Clave: Estándar de Prueba, Principios, Precaución, Prevención, duda

Abstract

The new dynamics of law, require a serious and thorough study of other forms of processing, more towards the collective, more towards the rights of the groups. There is the importance of the study of popular action and its progress in Colombian legislation, especially in its regulation regarding the protection of the fundamental and collective right to a healthy environment.

However, these dimensions of law find, in countries rich in natural resources, such as Colombia, various social tensions that force us to rethink their logical structure. This is the case of illegal mining, which is interwoven with the misery of the people, but also with the apathy of the State, reflected in its rulers.

This article, consistent with the above, addresses the popular actions in a reflective study from the test standards, specifically on issues of protection of the right to a healthy environment, but is based critically on the procedural position of the State Council that makes the action popular, a derivative of civil liability.

For this, the text arises from a documentary investigation in doctrine and sentences. And it explains its findings in three aspects, in the first one the case of Lloró is explained, in the second the principles of precaution and prevention and in the third one the hermeneutics of the State Council's judgments on environmental protection is exposed, as an organ of closure of the administrative jurisdiction in Colombia.

Key words: Test Standard, Principles, Caution, prevention, doubt

RESUMEN

En la primera parte de este trabajo se verá a través de un caso emblemático seleccionado entre las sentencias de la Sección Primera del Consejo de Estado, lo complejo que es proteger el medio ambiente en un país como Colombia en donde gran parte de la población se esfuerza día a día por solucionar sus necesidades básicas materiales y muchas veces sólo garantizar su mínima supervivencia. Es el caso del municipio de Lloró en el departamento del Chocó. Luego se abordará el estudio de los principios ambientales de prevención y precaución, que aparecen en el ordenamiento jurídico colombiano por primera vez en la ley 99 de 1993 o ley general ambiental, y la relación del principio de precaución con el estándar de prueba de la duda que surge como un “in dubio pro natura”, principio que luego se confirmaría en la ley 1523 de 2012 y que a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C 703 de 2010 desarrollaría aún más sus alcances interpretativos y de aplicación. A continuación, se verá como el principio de precaución se vincula con otros derechos y principios trascendiendo su protección la responsabilidad de las personas y los estados a intereses internacionales y que por lo tanto esto le exige al juez que conozca de las Acciones Populares contra minería en defensa del medio ambiente sano, una

valoración de tono precautorio que no dude en tutelar los derechos colectivos ante el riesgo, amenaza o peligro de daño grave o irreversible del medio ambiente.

Para terminar, se hablará del principio de prevención, su definición, alcance y límites, tanto en las instancias previas a la entrega de licencias de explotación minera como en el momento de la acreditación o no del daño en los casos de responsabilidad civil por daño del medio ambiente. Igualmente se hablará de lo complejo y exigente desde lo científico y técnico, que es probar el daño ambiental, más allá que la ley que reglamenta la Acción Popular contiene herramientas importantes para proteger las pruebas, con preferencia para las requeridas para esta acción por su objeto especial de protección de los derechos colectivos y con una especial fuerza de la carga probatoria que recae sobre el juez.

Termina este escrito con la presentación de algunas reflexiones, propuestas y conclusiones acerca de la Acción Popular, a partir de la discusión sobre el estudio del caso del municipio de Lloró.

METODOLOGÍA

Investigación de tono cualitativo dentro del paradigma interpretativo histórico hermenéutico, realizando una revisión literaria con base en la utilización de instrumentos tales como: Fichas bibliográficas, fichas hermenéuticas de leyes y jurisprudencia. Con un método de análisis de línea jurisprudencial y un cuadro comparativo

1. CASO LLORÓ

La región del Chocó (Caracol televisión, 2019) en Colombia, es de una importante exuberancia. Su geografía contiene una gran biodiversidad, riquezas hídricas y una de las selvas más importantes para América Latina. Pero consecuente con ello la pobreza de sus gentes alcanza el nivel del absurdo (Telesur televisión, 2014). En este hermoso departamento se encuentra el municipio de Lloró en la región del alto Andágueda, con unos afluentes fluviales ricos en oro.

En el año 2009, el Procurador 9 Judicial II Ambiental y Agrario del Choco, interpuso acción popular contra la Nación -Ministerio de Medio Ambiente, Ministerio de Minas y Energía, INGEOMINAS-, la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó y el Municipio de Lloró, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al

derecho a gozar un ambiente sano de conformidad con la Constitución y la Ley.

Argumentó la necesidad de,

(...) la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial protección ecológica, de los ecosistemas situados en zonas aledañas a dicha actividad minera y los demás intereses relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; y, la seguridad y salubridad pública. (Consejo de Estado de Colombia, Sección Primera, 27001-23-31-000-2011-00037-01(AP), 2011)

La pretensión era que se ordenaran visitas conjuntas a cada uno de los entables mineros existentes en el Municipio de Lloró, con el objeto de legalizar la minería de hecho, de conformidad con lo normado en la Ley 1382 de 2010 y su Decreto Reglamentario 2715 de julio 28 de 2010,

(...) asimismo, definir mediante coordenadas los polígonos de explotación, y exigir o continuar el trámite de las solicitudes de las licencias ambientales, planes de manejo o plan de cumplimiento ambiental, según sea el caso, con énfasis en la recuperación geomorfológica, paisajística y ambiental; exigir los planes de compensación ambiental por la actividad minera, y definir las zonas de exclusión en dicho Municipio. (Consejo de Estado de Colombia, Sección Primera, 27001-23-31-000-2011-00037-01(AP), 2011)

Para el momento en que se emite la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, 17 de octubre de 2013, la ley que permitía esta legalización había prescrito y además había sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, por no considerar en el procedimiento de legalización minera la consulta previa a las comunidades. No obstante, la sentencia Lloró, ordena a las Instituciones del Estado demandadas, realizar las visitas solicitadas y emprender medidas de normalización de la actividad minera.

Entender por qué los magistrados deciden a favor de un escenario que podría calificarse “contra legem”, requiere entender los fines del Estado Social de Derecho y la supremacía constitucional, a la cual está adscrita la Acción Popular, en el contexto colombiano.

2. LOS PRINCIPIOS DE PRECAUCIÓN Y PREVENCIÓN EN PRO DE LAS ACCIONES POPULARES, Y EL ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE SANO.

Las acciones populares están llamadas a mitigar y/o prevenir el daño ambiental, para cumplir con este propósito superior, están guiadas por los principios de precaución y de prevención. Estos principios, cumplen diversos objetivos en el marco del derecho constitucional, de ahí la importancia de analizar la aplicación del estándar de prueba que los efectiviza.

2.1. Estándar de prueba.

Los estándares de prueba consisten en criterios a los que el juez debería atender, para declarar probados los hechos que las partes han puesto a su disposición (Fenoll, 2010). Estos criterios le permiten, a través del ejercicio intelectual, tener los fundamentos para establecer cuándo ha sido, o no suficiente la prueba de un hecho. Aquí se encuentra la relación de la valoración final sobre los hechos que realiza el juez. En palabras de la doctora Diana Ramírez Carvajal “lo que se busca el juez con el estándar de prueba es adquirir conocimiento a través de las pruebas y los argumentos que construyan las partes alrededor de estas”.

El estándar de prueba obra de manera diferente en los principios del derecho ambiental. En general se propone que el estándar de la duda, sea el que se aplique siempre que las acciones populares estén dirigidas a la protección del derecho fundamental al ambiente sano. Siendo completamente contrario del estándar de prueba en el proceso civil por responsabilidad o derecho de daños, el cual se encuentra en la demostración de una probabilidad prevalente.

Cuando el caso en estudio, mediante acción popular, conlleve el principio de precaución, el estándar de prueba de la duda surge como un “In dubio pro natura” es decir “ante la duda, actúa a favor de la naturaleza” (Fellmeth & Horwitz, 2009), esto permite actos efectivos de conservación y obliga al accionado o presunto agente generador del riesgo, desplegar toda la prueba tendiente a demostrar que la naturaleza está a salvo.

2.2. El principio de precaución.

En las acciones populares, el principio de precaución se activa o surge en pro de la duda y busca anticiparse o hacer cesar el daño. Este principio nomina la obligación de proteger el menoscabo de los derechos fundamentales colectivos ambientales que se encuentren en un riesgo, por esto entre sus principales características están: la incertidumbre con respecto a la probabilidad de daño que puede causar una actividad riesgosa o la ausencia de certeza científica absoluta, para que se adopten medidas pertinentes para evitar el daño al medio ambiente. Así lo expone la ley 99 de 1993 en su artículo 1, numeral 6,

6. La formulación de las políticas ambientales tendrán cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.

A su vez, la ley 1523 del 2012 sobre gestión de riesgos, reafirma en el artículo 3 así,

(...) cuando exista la posibilidad de daños graves o irreversibles a las vidas, a los bienes y derechos de las personas, a las instituciones y a los ecosistemas como resultado de la materialización del riesgo en desastre, las autoridades y los particulares aplicarán el principio de precaución en virtud del cual 'la falta de certeza absoluta científica no será óbice para adoptar medidas encaminadas a prevenir, mitigar la situación de riesgo.

Es así, que el principio de precaución tiene una aplicación contraria en cuanto a estándar probatorio se refiere, al principio de prevención. Este principio opera de acuerdo al conocimiento obtenido por los medios probatorios para acreditar una reparación o resarcimiento de un daño, y el de precaución, por el contrario, autoriza para actuar cuando no hay certeza o mejor dicho respecto a la duda.

Por ello, el estándar aplicable al principio de precaución, se relaciona directamente con incertidumbre, con un peligro imprevisible en el que no se da espera. Este se aplica como una respuesta de anticipo a la existencia del daño o a evitar que se continúe con el menoscabo del

ambiente. La sentencia C-703 de 2010 del M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo menciona, en este sentido, que

(...) el principio de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos. (2010, P.54)

Por ello, el principio de precaución enmarca un estándar de prueba laxo, de poca exigencia, determinado como estándar de duda, ya que no produce certeza con respecto al posible daño que se pueda generar. Con esta duda debe tomar las decisiones el juez. Por lo tanto no considerar este estándar de duda, en las acciones populares que buscan proteger el derecho fundamental y colectivo al ambiente sano, generaría la vulneración de uno de los más importantes derechos, dejándolo en un campo de desprotección en el actuar procesal constitucional.

“Esto significa que lo amparado por este Principio es el riesgo, pues, de considerarse que existe el peligro (y sólo peligro) sin aún existir daño consumando o incluso una amenaza inminente y sin contar con certeza absoluta, se procederá a tomar la medida preventiva respectiva de suspensión, limitación, condicionamiento o prohibición.” (Kesie, 2011)

Es un nivel precautorio ante la incertidumbre del riesgo, la amenaza y el peligro de los ecosistemas, como el afectado con el caso Lloró, donde la acción popular, fue finalmente aceptada en su naturaleza preventiva, a sabiendas que estas acciones, como lo afirma la Corte Constitucional “*su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño*”. (Corte Constitucional, C-215 de 1999, p.2)

Es por esto que el reconocimiento para la tutela del derecho colectivo al medio ambiente por medio de la acción popular, le exige al juez una decisión que, ante la ausencia de una certeza

con respecto a la ocurrencia del daño, no dude en tutelar los derechos colectivos, siguiendo un sistema de valoración de tono precautorio, acatando el estándar de prueba de duda, para las decisiones de las acciones populares de protección del ambiente sano, en contra de la contra de las actividades de riesgo.

Entonces, todo indica que el principio de precaución citado en los principios generales de la ley 99 de 1993 en pro de la protección ambiental y aclarado por la ley 1523 del 24 de abril del 2012, debe ser respetado y ejecutado ante el riesgo, amenaza o peligro de daño grave o irreversible. Este principio genera un especial cuidado en la protección del medio ambiente, tanto así que N. Cafferata citando a A. Benjamin expone que: *“el principio precautorio no solamente invierte la carga de la prueba sino también el estado de juridicidad. Quien desarrolla una actividad de riesgo, de daño grave e irreversible, desarrolla una actividad antijurídica hasta que demuestre lo contrario.”*. (Cafferatta, 2010)

El principio de precaución, se activa, incluso ante la ausencia de información o certeza científica, ésta no debe ser utilizada como razón para postergar la adopción de medidas eficaces con el objetivo de evitar la degradación del medioambiente, conservando así, los lineamientos de los artículos 2, 8, 49, 58, 67, 79, 80 y 95-8 de la Constitución Política de Colombia, que articulan la protección ambiental y ecológica de nuestro País.

El principio de precaución, es procesalmente, una institución que permite abordar la relación entre derecho ambiental y los mecanismos de protección constitucionales. Por esto los problemas ambientales deben atenderse en forma prioritaria, siendo coherentes con que los daños ambientales nunca serán reparados satisfactoriamente o son imposibles de reparar. Estos ponen en riesgo la vida y la salud de la comunidad, incluso el desarrollo de la sociedad.

Es un imperativo, ver el principio de precaución por encima del resarcimiento o la reparación. Este principio exige la ejecución ordenada de las acciones populares en pro del ambiente, no para un resarcimiento patrimonial, sino para que jamás se vuelvan a causar estos daños, de acuerdo a los lineamientos constitucionales y ambientales,

(...) dado que lo que está en juego es la protección ambiental de las generaciones presentes y la propia supervivencia de las futuras. Por ello, el compromiso de proteger el medio ambiente es responsabilidad de todas las personas y ciudadanos e involucra a los Estados, trasciende los intereses nacionales, y tiene importancia universal. (Corte Constitucional, C-293 de 2002, p.34)

El principio precautorio,

(...) genera una obligación de previsión extendida y anticipatoria. Se trata de un principio proactivo en la adopción de decisiones, es un concepto jurídico indeterminado, es una norma jurídica, no una mera declaración y la incerteza debe existir al momento de adoptar las decisiones. (Lorenzetti, 2016)

En conclusión, el principio de precaución, tiene aplicación prioritaria en la legislación colombiana, propicia la inversión en la carga de la prueba y permite al juez tomar medidas, en base al estándar de duda, protegiendo efectivamente al medio ambiente y a las comunidades. Contrario a lo que pasa en el caso Lloró, que se protege igualmente a las comunidades mineras ilegales, pero tradicionales, y al medio ambiente, pero a través del principio de prevención pues esta acción popular presentada por las autoridades ambientales del Chocó tiene como eje principal la protección de los derechos fundamentales colectivos económicos y en específico el medio ambiente.

2.3. El principio de prevención

En respuesta a un proceso de conocimiento, el principio de prevención,

(...) se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente (Corte Constitucional, C-703 de 2010, p.4)

El campo de la prevención o el de la acreditación o no del daño (responsabilidad civil), es la que tiene la difícil tarea de recaudar los medios probatorios en materia ambiental, que permitan definir y cuantificar el daño provocado.

En este sentido, la acción popular, reglamenta que,

(...) podrán solicitarse y practicarse antes del proceso las pruebas necesarias con el objeto de impedir que se desvirtúen o se pierdan, o que su práctica se haga imposible y para conservar las cosas y las circunstancias de hecho que posteriormente deben ser probadas en el proceso.

Parágrafo. - Los jueces de la república le darán trámite preferencial a las solicitudes y prácticas de pruebas anticipadas con destino a los procesos en que se adelanten acciones populares. (Art 31. ley 472 de 1998)

En este estadio de la acción popular, que se asienta en medios técnicos probatorios, al estar frente al imperativo de la acreditación de un daño (responsabilidad civil), el estándar de prueba es el exigido en materia civil, es decir la probabilidad prevalente, poniendo así el énfasis probatorio en la actividad del accionante. Una tarea que se torna costosa y dispendiosa para las comunidades demandantes, pues tiene una base de prueba pericial muy amplia, por ello afirma la Corte que,

(...) si por razones económicas o técnicas el demandante no puede acreditar las pruebas, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia probatoria, para lo cual puede solicitar a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate, dichos experticios probatorios y así obtener los elementos indispensables para adoptar un fallo de mérito (Corte Constitucional, C-086 de 2016)

Esta norma, promueve la actividad probatoria del juez, elevando la carga de la prueba por encima de la responsabilidad del accionante. En beneficio de una sentencia de fondo y en justicia, será el juez, quien deberá suplir las deficiencias probatorias, poniendo la carga de la prueba en las entidades encargadas de la protección o vigilancia del medio ambiente, lo que resulta lógico, ya que es el Estado quien en principio debe velar por la protección del medio ambiente como derecho fundamental.

Los medios de prueba para una acción de prevención y en específico para mitigar y contrarrestar, o reparar un daño, o intervenir constitucionalmente los intereses que representa el medio ambiente, serán siempre técnicos y científicos.

El trabajo probatorio es desde las ciencias duras (*hard science*) (Cafferatta, 2010), en el ámbito ambiental, bien a cargo de las partes o del juez, ya que se requieren análisis especializados sobre vestigios, rastros, vertimientos de químicos, movimiento de tierras y, en fin, los diferentes impactos ambientales que desde las infraestructuras extractivistas mineras, se generan en el país. Son las ciencias técnicas, las únicas capaces de dilucidar los temas en los cuales se ve inmerso un conflicto de prioridad ambiental. Por ejemplo, en cuanto a,

(...) los contaminantes del aire son especialmente peligrosos cuando las condiciones atmosféricas reducen su tasa de dilución. Una vez que los contaminantes entran en la atmósfera sus concentraciones usualmente comienzan a disminuir a medida que se mezclan con aire más limpio. Cuanto mayor sea la mezcla, más rápida será la velocidad de la dilución. (Cafferatta, 2010)

Para concluir es importante dejar alguna reflexión sobre los conocimientos multidisciplinares que se exigen en la resolución de acciones populares, por daño ambiental. ¿serán los mineros tradicionales, en estado de ilegalidad, como el caso Lloró, quienes deben ser perseguidos o será una intervención integral, como la ordenada por el Consejo de Estado, la ruta para el equilibrio de los derechos colectivos ambientales?

3. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN POPULAR

En Colombia se entiende, que las acciones populares como mecanismos de protección de los derechos colectivos, hacen parte del desarrollo del contrato social, a favor de la comunidad. Su sustento normativo, es superior, y se encuentra en la Carta Política.

Por ello afirma la Corte Constitucional, que

la Carta de 1991 elevó a canon constitucional: las denominadas acciones populares (art. 88, inciso primero, C.P.). Estos instrumentos buscan proteger esa categoría de derechos e intereses en cuanto se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definan por el legislador. (Corte Constitucional, C-215 de 1999)

Ello pone la acción popular como una herramienta para mitigar las amenazas que provienen de los cambios de la sociedad, de actividades que generan riesgos y que, en nuestro país, en la mayoría de los casos, se ven relacionadas con proyectos de explotación de los recursos naturales, por eso la constitucionalización de estas acciones

(...) obedeció entonces, a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden

colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución les ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad. (Corte Constitucional, C-215 de 1999)

El proceso constitucional, de la acción popular como mecanismo de protección de los derechos fundamentales colectivos, es en general simple, y su resolución tiene prelación. La pregunta de acuerdo a la aplicación del principio de precaución es, ¿hay un interés real del Estado colombiano de proteger los derechos colectivos?, y la respuesta es tendiente al no. Ello se explica de la siguiente manera:

De las 15 sentencias del Consejo de Estado, periodo 2000 a 2019, que hicieron parte del estudio documental aquí referenciado, se encuentran tres que protegen los derechos colectivos aplicando el principio de precaución y el estándar de la duda, y hay en ellas dos sentencias importantes para entender, además, de la línea decisional de la Sección Primera, por un lado, lo complejo de aplicar el principio de precaución en las circunstancias sociales del país y por otro lado, lo difícil que es probar para las comunidades el daño ambiental cuando el proceso constitucional se torna en un proceso de responsabilidad civil. La sentencia de la Consejera ponente M. García González, con radicación No. 27001-23-31-000-2011-00037-01(AP) del año 2013 y la sentencia del Consejero ponente R. Serrato Valdés, radicación No. 17001-23-00-000-2011-00337-01, del 14 de marzo de 2019. La primera, es sobre caso Lloró que ya se ha expuesto, y es importante por la confusión de la aplicación de principios, pues ante el daño se debió aplicar el principio de precaución pero en privilegio del derecho al trabajo se aplica el principio de prevención aplicando leyes que ya no estaban vigentes y estaban declaradas inconstitucionales; y la segunda es importante por todo el acervo probatorio aportado, pruebas de una exigencia científica y técnica que permiten entender la diferencia entre los estándares de prueba adoptados durante el proceso.

Así se quedó graficada la línea jurisprudencial:

Sección Primera - Consejo de Estado

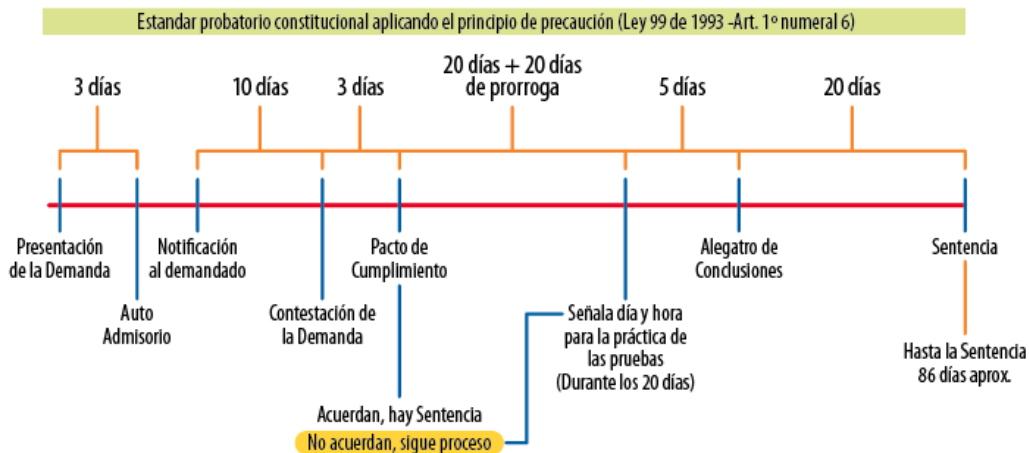
Ppio. de Precaución de origen ambiental	¿Cómo es interpretado el principio del artículo 1º numeral 6 de la Ley 99 de 1993?	Ppio. de Prevención de origen económico
	<p>C.p.: Manuel Santiago Urueta Ayola #R.: AP-115 - Año 2000</p> <p>C.p.: Martha Sofía Sanz Tobon #R.: 19001-23-31-000-2003-01327-01(AP) Año 2007</p> <p>C.p.: Marco Antonio Velilla Moreno #R.: 15001-23-31-000-2003-02013-01(AP) Año 2011</p> <p>C.p.: María Elizabeth García Gonzalez #R.: 05001-23-31-000-2005-03529-01(AP) Año 2011</p> <p>C.p.: María Elizabeth García Gonzalez #R.: 73001-23-31-000-2011-00765-01(AP) Año 2013</p> <p>Hito C.p.: María Elizabeth García Gonzalez #R.: 27001-23-31-000-2011-00037-01(AP) Año 2013</p> <p>C.p.: María Elizabeth García Gonzalez #R.: 25000-23-24-000-2011-00654-01(AP) Año 2015</p> <p>C.p.: María Elizabeth García González #R.: 15001-23-31-000-2012-00135-01(AP) Año 2017</p> <p>C.p.: Roberto Augusto Serrato Valdés #R.: 15001-23-33-000-2014-00223-01(AP)A Año 2017</p> <p>C.p.: Oswaldo Giraldo López #R.: 15001-23-33-000-2015-00730-01(AP)A - Año 2018</p> <p>Importante C.p.: Roberto Augusto Serrato Valdés #R.: 17001-23-00-000-2011-00337-01 - Año 2018</p>	

Se logra probar el daño al derecho colectivo al medio ambiente

Gráfica 1

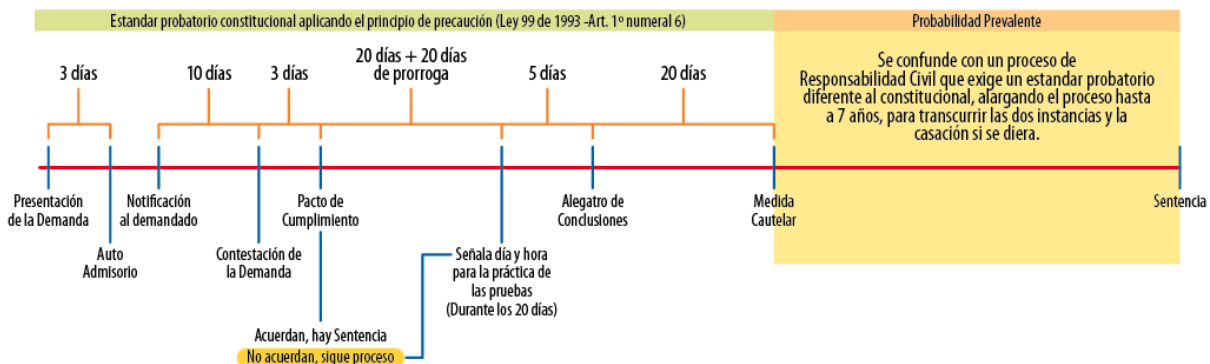
En este estudio jurisprudencial, cuando se analizan los tiempos del proceso y sus etapas, es evidente que el proceso de la acción popular, diseñado por la Ley 472 de 1998, derivó con el tiempo en un proceso de responsabilidad civil que contamina la acción constitucional colectiva, al punto, que la protección del medio ambiente cuando se da vía Acción Popular, ya no se traduce en una sentencia sino en una medida cautelar, esto se puede representar con los siguientes gráficos, derivados del estudio jurisprudencial:

Tiempos de la Acción Popular según la Ley 472



Gráfica 2

Tiempos de la Acción Popular hoy, contaminada por el proceso de responsabilidad civil



Gráfica 3

Esta situación errática debe corregirse, en beneficio de los fines por los cuales se constitucionalizó la acción popular. Es necesario que las acciones populares recuperen la fuerza, la eficiencia y la efectividad que pretendió el constituyente de 1991.

Es un imperativo propiciar la separación de los dos procedimientos derivados de la acción popular.

El primero es un proceso constitucional puro, el de la acción popular, que lleva a la protección de los derechos fundamentales colectivos, como aquel del ambiente sano y

sostenible y que exige un estándar probatorio de “duda pro natura”, más laxo, más rápido y que responde al principio de precaución.

El otro procedimiento, el de responsabilidad civil, responde al principio de prevención y por ello aplica un estándar probatorio más exigente, “probabilidad preponderante” con el principio de reparación integral.

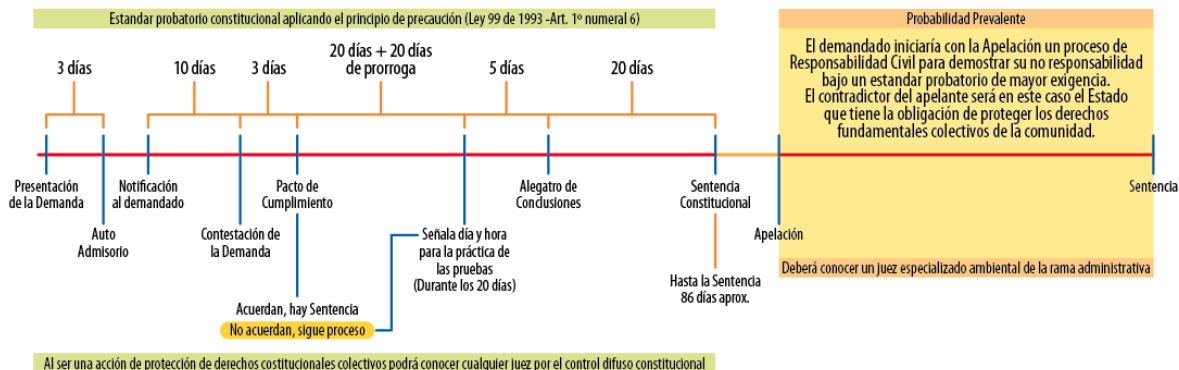
La acción popular, expresa una primera etapa, que sería constitucional y de protección, que no requiere la identificación del demandado en concreto y que solo exige prueba sumaria, que podrían solventarse con la inspección judicial, para activar una protección efectiva y contundente. Con esto se evita la expedición de un auto de medida cautelar y se posibilita la emisión de la sentencia de primera instancia con tránsito a cosa juzgada.

La segunda etapa, sería una etapa especializada donde el juez, competente en temas ambientales, deberá identificar al demandado, y procurar suficiente conocimiento probatorio con la finalidad de determinar la responsabilidad y ordenar la sanción que de ella se derive.

Esta claridad, significaría un freno a las tendencias económico-extractivas tradicionales e ilegales, haría menos oneroso el proceso para los demandantes, realizaría con eficiencia la protección de los derechos colectivos, y lo más importante, permitiría asignar al Estado, la responsabilidad de enfrentar al dañoso como contraparte y defender los intereses colectivos, ambientales y/o económicos, de manera cierta y correcta en un proceso civil de responsabilidad.

Contrario a la forma como se vienen decidiendo las acciones populares a través de medida cautelar, este trabajo propone la siguiente corrección del procedimiento:

Propuesta de escisión para la efectividad de la Acción Popular



Gráfica 4

La primera etapa sería constitucional de protección, que no requiere la identificación del demandado ni tampoco un ejercicio jurídico de construcción del nexo causal. El juez puede cubrir la prueba con inspección judicial, evitando la medida cautelar y produciendo una sentencia de primera instancia con tránsito a cosa juzgada.

La segunda etapa, es una etapa especializada donde un juez de conocimiento afronte el daño o los daños ambientales producidos. Debe identificar al demandado, exigirle actividad probatoria y procurar con sus poderes de instrucción acreditar la responsabilidad civil y la indemnización respectiva. El Estado sería el encargado de enfrentar al dañoso y defender los intereses colectivos, ambientales y/o económicos, algo de mucha utilidad ante problemas como la minería ilegal.

4. DISCUSIÓN

El 29 de diciembre de 2010 fue aprobada por el Congreso de la República de Colombia la Ley 1425 que con sólo dos artículos derogó los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 que reconocía el incentivo económico a los demandantes en una acción popular así:

Artículo 39°.- Incentivos. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.

Artículo 40°.- Incentivo Económico en Acciones Populares sobre Moral Administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derechos a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso. Texto Subrayado Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional C-88 de 2000

Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derechos a solicitar y que se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos. (Ley 1425 del 2010)

Ahora veamos, lo importante de este incentivo, en palabras de Santiago Maqueda Fourcade, en su artículo "Economía de los procesos colectivos. El sistema de procesos colectivos como solución estatal a las "fallas" del mercado de procesos individuales", leemos en las conclusiones lo siguiente:

9) En tal sentido, sobre qué hacer para que los procesos colectivos se implementen de forma eficiente, considero que debería actuarse tanto al nivel colectivo como al individual: mejorar los procesos colectivos, pero también los individuales —desalentados por legislaciones que impiden establecer derechos de propiedad sobre una multiplicidad de bienes colectivos o del dominio público, o bien por largos juicios, códigos procesales arcaicos y tasas de interés negativas— para que los procesos colectivos no sean tan necesarios. Y con respecto a la regulación de los procesos colectivos, esta debe resguardar el derecho a la tutela judicial efectiva de los sujetos cuyo reclamo es consolidado forzosamente (v.gr., opt-out, publicidad adecuada, representación adecuada). **También debe fijar incentivos adecuados para que tanto actores como abogados encuentren beneficio en iniciar e impulsar procesos para la tutela de derechos de incidencia colectiva.** Ello, además de que, lógicamente, debe favorecer y eliminar obstáculos y cargas ineficientes para la tramitación de los procesos individuales sea por actores individuales o bien litisconsorcios "voluntarios". (Negrilla fuera de texto) (Fourcade, 2018)

Esta reforma, que en un principio buscaba desestimular el uso de la Acción Popular por parte de las comunidades y las organizaciones que defienden el medio ambiente, además de desestimular a los abogados que con la expectativa de una posible retribución económica tomaban los casos de los afectados, vemos en el desarrollo de esta investigación y con la propuesta final que hacemos de depurar el proceso de la Acción Popular, que lo logrado por el Legislador en su momento, fue hacer más pura esta acción constitucional, pues al quitarle el incentivo económico entenderíamos que no hace parte de los objetivos de la misma determinar ni el responsable dañoso, ni el monto de la indemnización.

La protección de los derechos económicos y del derecho a un ambiente sano de los habitantes de Lloró a través de la legalización de sus entables mineros es una muestra de lo difícil que puede ser comprender las circunstancias humanas de cada territorio y lo complejo que puede ser ponderar los derechos fundamentales de primera generación con los de segunda generación en un país con profundas desigualdades materiales. Casos como este invitan a repensar el fortalecimiento de la consulta popular para permitir a las comunidades decidir sobre los asuntos de interés nacional, departamental o municipal.

Desde el discurso político los últimos gobiernos presionaron a las altas cortes para que no reconocieran los resultados de las consultas, según el Ministerio de Minas y Energía, se han tramitado 70 consultas populares, de las cuales solo 9 alcanzaron a ser votadas y 7 suspendidas por entes estatales competentes, el primer obstáculo para la realización de estas es la falta de financiación estatal por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil quien es la responsable de facilitar los recursos financieros y logísticos para llevar a cabo las consultas. Es obvio que no hay interés por parte de últimos los gobiernos en facilitar la participación de las comunidades en las decisiones que conciernen al uso de sus territorios y a la elección y definición de sus vocaciones económicas, contradiciendo lo que dice la Constitución Política en su artículo 2,

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; **facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación**; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Tomando partido con esto, a favor de las empresas nacionales e internacionales dedicadas a la minería.

5. CONCLUSIONES

En un mundo con recursos finitos donde el crecimiento constante que pedía la economía del siglo XX ya no es posible, la importancia del conocimiento del principio de precaución y por ende el estándar de prueba de la duda que este contiene ante la posible afectación a derechos como el ambiente sano, juega un papel de gran importancia en su

protección. Debido a esto, los principios y su acorde entendimiento para la separación del procedimiento constitucional y de responsabilidad civil que conllevan la acción popular, solo se verá representado si el intelecto del magistrado, la buena labor probatoria y el Estado como encargado de enfrentar el proceso de responsabilidad civil actúan de acuerdo a estos mandatos.

La afectación al medio ambiente sano por medio de la minería, es una realidad que vive Colombia, la razonada ejecución del estándar de prueba en pro de las acciones constitucionales, genera una favorabilidad que se ve representada en la suspensión o prohibición de proyectos mineros que no cuentan con una certeza científica para garantizar la no generación de un riesgo, siendo esto generador de que la comunidad se encuentre en constante desprotección, es por esto que la aplicación a este estándar de acuerdo al principio de precaución, es quien genera una real tutela del derecho colectivo, poniendo los intereses individuales en un segundo plano frente a los colectivos.

Con respecto a los jueces, los párrafos 2 y 3 del artículo 17 de la ley 472 que reglamenta la acción popular permite que esta pueda ser presentada para su primera protección a cualquier juez de la república aprovechando el control difuso constitucional que tenemos en Colombia siendo este el encargado de velar por la buena ejecución del principio de precaución, es decir, cualquier juez de la república. Pero el artículo 15 de la misma ley, dice que el competente para conocer de una acción popular contra una explotación minera es el juez administrativo. Entonces, para saber si cualquier juez es competente, se debería tener como elemento evaluador y determinante sus conocimientos y especialidades o separar los procesos como sugerimos en las gráficas. Opinamos que cualquier juez puede conocer de la acción popular en su etapa constitucional, pero para emprender el proceso de responsabilidad civil ambiental se debe exigir un juez que tenga el conocimiento necesario, entre otras razones, para el buen entendimiento del actuar probatorio que exige este tema, ya que el proceso de acreditación o no de un daño o la evaluación del riesgo, como se dio a entender a lo largo de este artículo, son de elevada rigurosidad científica y técnica.

5. BIBLIOGRAFÍA

Sentencias.

Colombia. Consejo de estado. (Noviembre 30 de 2000). Sala de lo contencioso administrativo sección primera. Consejero ponente: Urueta Ayola Manuel Santiago. Acción popular - apelación sentencia. Radicado de la sentencia AP-115. Bogotá D. C.

Colombia. Consejo de estado. (Diciembre 18 de 2001). Sala de lo contencioso administrativo sección cuarta. Consejera ponente López Díaz Ligia. Acción popular. Radicado de la sentencia 44001-23-31-000-2000-0313-01(AP-219). Bogotá D. C.

Colombia. Consejo de estado. (Mayo 18 de 2011). Sala de lo contencioso administrativo sección primera. Consejera ponente: García González Maria Elizabeth. Acción Popular. Radicado de la sentencia 05001-23-31-000-2005-03529-01(AP). Bogotá D. C.

Colombia. Consejo de estado. (Febrero 17 de 2011). Sala de lo contencioso administrativo sección primera. Consejero ponente: Velilla Moreno Marco Antonio. Acción Popular. Radicado de la sentencia 15001-23-31-000-2003-02013-01(AP). Bogotá D. C.

Colombia. Consejo de Estado. (Marzo 30 de 2017). Sala de lo contencioso administrativo sección primera. Consejera ponente: García González María Elizabeth. Acción Popular. Radicado de la sentencia 15001-23-31-000-2012-00135-01(AP). Bogotá D. C.

Colombia. Consejo de estado. (marzo 14 de 2019). Sala de lo contencioso administrativo sección primera. Consejero ponente Serrato Valdés Roberto Augusto. Recurso de apelación contra sentencia de acción popular. Bogotá D. C.

Colombia. Corte Constitucional. (1999) Sentencia C-215 M.P Fabio Morón Díaz. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2002) Sentencia C-293 M.P Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2010) Sentencia C-215 M.P Gabriel Mendoza Martelo. Bogotá.

Normas Jurídicas.

Congreso de Colombia (22 de diciembre de 1993) por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Ley 99 de 1993.

Congreso de Colombia. (1 de abril del 2012) Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones. ley 1523 del 2012

Congreso De Colombia. (5 de agosto de 1998). Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Ley 472 de 1998.

Cibergrafía.

Video, Chocó tierra de riquezas, (15 de marzo de 2019), recuperado de <https://noticias.caracol.com.co/colombia/choco-tierra-de-enormes-riquezas-vive-entre-el-olvido-y-la-esperanza>

Artículo, La riqueza y la miseria del chocó, (27 de noviembre de 2014), recuperado de <https://www.telesurtv.net/analisis/La-riqueza-y-la-miseria-del-Choco-20141127-0031.html>

Doctrina.

Jordi Nieva Fenoll. (2010). La valoración de la prueba. Madrid|Barcelona|Buenos Aires: Marcial Pons.

Lorenzetti, P. (enero 29 de 2019). Relación de causalidad como presupuesto del daño ambiental. Nuevos perfiles a partir del Código Civil y Comercial de la Nación.

Karem Ivette Lora Kesie (2011) El principio de precaución en la legislación ambiental colombiana. P.52

Fellmeth, A. X., & Horwitz, M. (2009). Guide to Latin in international law. Oxford University Press.

Cafferata, Néstor. (2010) Los principios y reglas ambientales. VI Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales. p.51, p.52, p53

Santiago Maqueda Fourcade (2018) Economía de los procesos colectivos. P-14-15

Tovar, Luis Freddyur (2016) Las acciones populares y el Estado Social de Derecho Colombiano.* A propósito de un estudio de caso. P. 156. 2016.