

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas a la Luz del Derecho Penal Económico:  
Estudio de Casos Jurisprudenciales Sobre Contaminación Ambiental Por Explotación de  
Yacimientos Mineros en Colombia Durante los Años 2013 al 2017.

Jorge Andrés Méndez Higuera

Trabajo de Grado para Optar al Título de Abogado

Director

Carlos Alfonso Peñaranda Molina

Doctor en Derecho

Universidad Industrial de Santander

Facultad de Ciencias Humanas

Escuela de Derecho y Ciencia Política

Derecho

Bucaramanga

2022

### **Dedicatoria**

El presente trabajo lo dedico a la pacha mama, quien fue la motivación principal de esta obra, en los momentos más difíciles, fue esta la que me motivó a continuar, a nunca rendirme y así ha sido a lo largo de mi vida, este como muchos otros esfuerzos en mi vida serán en pro de la pacha mama y de que sea reconocida como un todo. Quiero dedicar también este trabajo a mi familia, mi papá, mi mamá y mis hermanos, quienes me alentaron y me apoyaron cada día en el desarrollo de este gran logro en mi vida. Por último, quiero dedicar este trabajo a mí, a mi carrera y a mi capacidad de lograr cualquier cosa que me proponga, ya que fue un reto muy grande que me planteé, que incluso llegué a pensar como imposible de lograr, pero aquí estoy, redactando la dedicatoria como parte final en esta meta.

### **Agradecimientos**

Quiero agradecer a la Universidad Industrial de Santander y a la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, por ser mi hogar estos últimos años, por enseñarme tanto de mi carrera como de la vida misma, por ser esa plataforma para alcanzar muchos sueños en mi vida. Quiero agradecer al profesor Alfonso Peñaranda, por su excelente orientación en el desarrollo de este trabajo, así como también, por sus importantes lecciones en derecho procesal penal y en consultorio jurídico, en donde siempre existió aquella extraordinaria forma de enseñar que lo caracteriza. También quisiera agradecer al profesor Miguel Francisco Contreras, quien a través del semillero de Litigio Estratégico y en específico de su dirección en la defensa socioambiental, me contagió de esta incansable voluntad de luchar por la pacha mama.

## Tabla de Contenido

<b>Introducción</b>	<b>15</b>
<b>1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas</b>	<b>35</b>
1.1. Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	35
1.2. Teoría de la ficción.	38
1.3. Teoría de la realidad o teoría orgánica.	41
1.3.1. Sistemas de imputación de RPPJ:	44
1.3.1.1. Sistema de responsabilidad por atribución o responsabilidad vicarial:	44
1.3.1.2. Sistema de responsabilidad penal por el hecho propio de la persona jurídica:	45
1.4. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Common Law.	48
1.4.1. Inglaterra:	48
1.4.2. EEUU (Mena Villegas, 2019, 71-75):	49
1.4.3. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema continental:	50
1.4.3.1. Modelo alemán de responsabilidad administrativa de la persona jurídica.	50
1.4.3.2. Responsabilidad administrativa/penal en Italia.	50
1.4.3.3. RPPJ en España:	52
1.5. Derecho penal económico y de la empresa.	53
1.5.1. Aplicación del derecho penal económico:	56
1.6. Relación entre derecho penal económico y responsabilidad penal de las personas jurídicas:	57
<b>2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación colombiana y el derecho penal económico.</b>	<b>64</b>
2.1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación colombiana.	64
2.2. Derecho penal económico.	70
2.3. La tutela del bien jurídico medio ambiente a través del derecho penal económico y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	76
<b>3. Desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre contaminación ambiental por explotación de yacimientos mineros en Colombia durante los años 2013 al 2017.</b>	<b>82</b>
3.1. Análisis jurisprudencial: sentencia T-154 de 2013 Corte Constitucional.	82
3.2. Análisis jurisprudencial: sentencia T-672 de 2014 Corte Constitucional.	92
3.3. Análisis jurisprudencial: sentencia T-660 de 2015 Corte Constitucional.	103
3.4. Análisis jurisprudencial: sentencia T-622 de 2016 Corte Constitucional.	115
3.5. Análisis jurisprudencial: sentencia SU-698 de 2017 Corte Constitucional.	146
3.6. Análisis jurisprudencial: sentencia T-733 de 2017 Corte Constitucional.	183

<b>4. Conclusiones.</b>	<b>217</b>
<b>Referencias Bibliográficas</b>	<b>221</b>
<b>Apéndice A.</b>	<b>231</b>

**Tabla de figuras.**

Figura 1. Cambios en las relaciones contractuales de Cerro Matoso S.A.	190
Figura 2. Cambios en las relaciones contractuales de Cerro Matoso S.A	191
Figura 3. Cambios en el licenciamiento ambiental de Cerro Matoso S.A	192

**Lista de Tablas.**

Tabla 1. Sentencia T-154 de 2013.	82
Tabla 2. Sentencia T-672 de 2014.	92
Tabla 3. Sentencia T-660 de 2015.	103
Tabla 4. Sentencia T-622 de 2016.	115
Tabla 5. Sentencia SU 698 de 2017.	147
Tabla 6. Sentencia T-733 de 2017.	184

## **Lista de Apéndices**

**Apéndice A.** Radicación de derecho de petición dirigido a la Fiscalía General de la Nación... **220**

## Glosario

**Antropocentrismo:** concepción retrógrada de la naturaleza, como un objeto que está al servicio del ser humano.

**Biocentrismo:** sistema de valores que reconoce cierto respeto moral hacia cualquier forma de vida.

**Colombia:** es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria (Colombia R. d., 1991), ubicado en la región noroccidental de América del Sur, el cual se caracteriza por su extensa variedad en pisos térmicos, biomas, fauna y flora.

**Compliance:** órgano al interior de una empresa, que se encarga de la guía, control y vigilancia de la misma, para el cumplimiento de la normativa previamente establecida para la regulación de las actividades propias de la entidad.

**Corte Penal Internacional:** tribunal internacional de carácter permanente que se encarga de investigar y juzgar a personas naturales acusadas de crímenes contemplados en el Estatuto de Roma.

**Delitos ambientales:** desde el plano socio jurídico, se describe como las conductas ejecutadas por un individuo que de forma voluntaria o involuntaria logra afectar bienes jurídicamente tutelados correspondientes a los recursos naturales, fauna y/o flora. Ocasionando de esta manera la necesidad de operación del derecho penal en contra de estas conductas.

**Derecho:** consiste en un conjunto de normas, principios y presupuestos filosóficos generalmente reconocidos que dan paso a una ciencia sistematizada de forma tal que toda norma de manera

individual o colectiva llevará a la fuente primaria (En Colombia bloque de constitucionalidad), encontrando en ella el sentido y fundamento razonable de su existencia (Gómez, 2016).

**Derecho corporativo:** hace referencia a la rama del derecho que comprende un conjunto de normas jurídicas de carácter empresarial, por ende, de naturaleza privada.

**Derecho penal económico:** se describe como un conjunto de normas jurídicas de carácter penal, siendo estas la materialización del poder punitivo del Estado, las cuales se caracterizan por proteger determinados bienes jurídicos supraindividuales, los cuales podemos dividir en dos grandes grupos: los bienes jurídicos relacionados con las instituciones del modelo económico imperante y los bienes jurídicos existentes producto de los mecanismos de intervención del Estado en la economía (Lascurain Sánchez et al., 2018).

**Derecho penal Internacional:** es un conjunto de normas jurídicas que busca tutelar bienes jurídicos de relevancia internacional mediante la prohibición de determinadas conductas, siendo necesaria para su aplicación la creación de tribunales ad hoc y tribunales permanentes.

**Ecocentrismo:** sistema de valores que entiende a la naturaleza como el centro de todo, considerando al ser humano como un ser vivo más, con la misma importancia que cualquier otro.

**Jurisdicción:** territorio al que se extiende la autoridad o poder sobre otro (RAE, 2022).

**Medioambiente:** conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades. (RAE, 2022).

**Naturaleza:** hace referencia a todo aquello que se ha formado de forma espontánea en el planeta, sin la intervención del ser humano.

**Ne bis in idem:** Nadie podrá ser castigado dos veces por el mismo hecho.

**Nullum crime sine conducta:** ningún delito, ninguna pena sin ley previa.

**Persona jurídica:** se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (Código Civil Colombiano, 1873). También se le denomina persona moral.

**Persona moral:** la definición inicia en minúscula.

**Pacha mama:** En voz quichua significa literalmente “madre tierra”. (RAE, 2022).

**Persona natural:** son todos los individuos de la especie humana (Código Civil Colombiano, 1873).

**Responsabilidad penal:** en la dogmática de la teoría del delito, el concepto de responsabilidad penal se equipara al de culpabilidad, entendidos estos como un juicio de exigibilidad normativa, teniendo como límites determinados los principios constitucionales, verbigracia, la dignidad humana, cimentando de esta manera la responsabilidad penal en dos elementos fundamentales: i) comprensión de la ilicitud y ii) su actuar posterior, teniendo en cuenta el anterior punto. El fundamento legal para esta acepción de la responsabilidad penal la encontramos en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 33, inciso 1° de la ley 599 del 2000 (Velásquez Velásquez, 2007).

**Responsabilidad penal de las personas jurídicas:** consiste en un juicio de exigibilidad normativa que se aplicará a toda persona jurídica que ejecute cualquier conducta punible, superando previamente la barrera de la tipicidad y antijuridicidad, y partiendo de la existencia previa del precepto normativo y del conocimiento de la misma, el cual habrá de determinar su

actuar. Para lo cual, por supuesto, se aplicará un tipo de responsabilidad subjetiva, tal como lo dispone el artículo 12 del Código Penal (Congreso de la República de Colombia, 2000).

**RPPJ:** Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

**Teoría Controlling Mind:** consiste en la ejecución de un delito por parte de una persona natural, que se encuentra en aquel instante representando a determinada persona jurídica, lo cual se entiende como si la persona jurídica también hubiese cometido el ilícito. (Mena Villegas. pag 48).

**Universitas bonorum:** patrimonio independiente.

**Universitas personarum:** personas jurídicas.

## Resumen

**Título:** La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas a la luz del Derecho Penal Económico: Estudio de Casos Jurisprudenciales Sobre Contaminación Ambiental por Explotación de Yacimientos Mineros en Colombia Durante los Años 2013 al 2017<sup>1\*</sup>

**Autor:** Jorge Andrés Méndez Higuera<sup>2\*</sup>

**Palabras Clave:** Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Derecho Penal Económico, Medioambiente, Naturaleza, Compliance, Minería.

**Descripción:** En la presente investigación se procede a realizar un análisis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz del derecho penal económico, partiendo de una breve explicación de las concepciones básicas desde las teorías propuestas por la teoría del derecho y la filosofía para su adecuada comprensión y a partir de las cuales se soportan algunos de los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicadas alrededor del mundo, se identifican diferentes sistemas de este tipo de responsabilidad aplicados en Estados Unidos, Italia, Alemania y España, para posteriormente realizar un análisis relacional entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el derecho penal económico. Se identifica la actual legislación colombiana frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se realiza un análisis a partir de la tesis básica que propone el derecho penal económico. Por último se procede a examinar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia, frente a la contaminación ambiental por explotación de yacimientos mineros, por parte de personas jurídicas, durante los años 2013 al 2017, con base en la tesis propuesta en este trabajo a partir del derecho penal económico. Con base en lo anterior se logró llegar a la conclusión de que en Colombia no existe una responsabilidad penal de las personas jurídicas en estricto sentido y existe la necesidad de su adopción y estructuración, para lo cual se puede optar por su acogida a través del derecho penal económico, constituyendo al medioambiente como bien jurídico que protege este derecho penal. Por medio de este estudio se intenta demostrar con el análisis jurídico, la necesidad e importancia que tiene la adopción de una responsabilidad penal de las personas jurídicas en estricto sentido, a la luz del derecho penal económico, frente a conductas contra el medioambiente.

---

<sup>1\*</sup> Trabajo de Grado

<sup>2\*\*</sup> Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director: Carlos Alfonso Peñaranda Molina. Doctor en Derecho.

### Abstract

**Title:** Corporate Criminal Liability in the Perspective of Economic Criminal Law: Study of Jurisprudential Cases on Environmental Pollution Due to the Exploitation of Mining Deposits in Colombia During the Years 2013 to 2017.<sup>3\*</sup>

**Author:** Jorge Andrés Méndez Higuera.<sup>4</sup>

**Key Words:** Corporate Criminal Liability, Economic Criminal Law, Environment, Nature, Compliance, Mining.

**Description:** In the present investigation we proceed to carry out an analysis of the corporate criminal liability in the perspective of economic criminal law, starting from a brief explanation of the basic conceptions from the theories proposed by the theory of law and philosophy for its adequate understanding and from which some of the criminal liability systems of legal entities applied around the world are supported, different systems of this type of liability applied in the United States, Italy, Germany and Spain are identified, to later carry out a relational analysis between the corporate criminal liability and economic criminal law. The current Colombian legislation against the corporate criminal liability is identified and an analysis is carried out based on the basic thesis proposed by economic criminal law. Finally, we proceed to examine the jurisprudence of the Constitutional Court in Colombia, in the face of environmental pollution due to the exploitation of mining deposits, by legal entities, during the years 2013 to 2017, based on the thesis proposed in this work from of economic criminal law. Based on the foregoing, it was possible to reach the conclusion that in Colombia there is no corporate criminal liability in the strict sense and there is a need for its adoption and structuring, for which it is possible to opt for its reception through the law. economic criminal, constituting the environment as a legal asset that protects this criminal law. Through this study we try to demonstrate with the legal analysis, the need and importance of the adoption of criminal liability of legal persons in the strict sense, in the light of economic criminal law, against behaviors against the environment.

---

<sup>3\*</sup> Degree Work

<sup>4</sup> Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director: Carlos Alfonso Peñaranda Molina. Doctor en Derecho.

## **Introducción**

### **Contextualización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Debido a la naturaleza de los delitos que rodean la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha sido un reto para la doctrina a lo largo de los años lograr un consenso y una definición concreta, sin embargo, en 1939, desde el plano de la criminología, Edwin Sutherland describió estas conductas como “delitos de cuello blanco”, aunque para la época tenía un significado mucho menos amplio que el actual, según Sutherland eran conductas desviadas realizadas por una persona respetable y de elevado nivel social, en el ejercicio de su profesión y abusando de su confianza (Barranco, Norberto et al. ,2018). Hoy en día este tipo de delitos se les conoce como “delitos corporativos”, un concepto muy acorde a la evolución y estudio de estas conductas.

Actualmente en Colombia no existe en estricto sentido la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a conductas punibles contra el medio ambiente, en donde responda la persona jurídica como tal y no un directivo o su representante legal, sin embargo, la Corte Constitucional, en varias ocasiones se ha pronunciado al respecto, expresando la posibilidad de existencia de este tipo de responsabilidad aplicable a las personas jurídicas en el país con el objetivo de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva (C-559 , 1999) (C-843, 1999) (C-320, 1998). No obstante, hasta la fecha no se ha regulado este tema en específico, existiendo únicamente algunas normas que se llegan a

relacionar mucho pero siguen imputando responsabilidad a directivos, representante legal, administrador o asociado, como lo es el artículo 324 B del Código Penal (Colombia C. d., Ley 599 de 2000), cuya tipificación proviene del artículo 22 de la Ley 1474 de 2011 (Colombia C. d., Ley 1474 de 2011) elevando a sanción penal la conducta de omisión de control en el sector salud o que por otro lado, se aplica a las personas jurídicas el régimen de responsabilidad administrativa (Colombia C. D., Ley 1474 de 2011) a través del cual se pretende que las personas morales respondan por los hechos ilícitos cometidos por sus empleados o directores, lo cual se complementa con lo establecido en la Ley 2195 de 2022. Se pueden encontrar algunas normas que, aunque no tengan la eficacia que se desearía, si revelan la necesidad que estima el legislador de crear normas de carácter penal dirigida a personas jurídicas, considerando a estas como un instrumento o medio por el cual se ejecutan muchas conductas punibles de todo tipo, verbigracia, el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal (Colombia C. d., Ley 906 de 2004). Considerando también necesaria la regulación de conductas contra el medio ambiente, se crea la ley 2111 de 2021, la cual sustituye el Título XI del Código Penal, modificando y agregando nuevos delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (Colombia C. d., Ley 2111 de 2021). Esta normativa primigenia de una responsabilidad de las personas jurídicas, responde, aunque no como se desearía, con la situación ambiental que ha vivido el país los últimos años, que según la Corte Ambiental, los conflictos ambientales causados por el extractivismo han aumentado, de los cuales el 54% involucran a corporaciones multinacionales (Orduz Salinas, 2018, P. 120-121).

## **Antecedente normativo internacional frente al medio ambiente y presentación del problema**

En 1972 en la Conferencia de las Naciones Unidas en Estocolmo se definió al medio ambiente como (Como se citó en Marino, 2011) “*el conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas*” (p.1)., a partir de esta conferencia el tema medioambiental se convirtió en un tema de relevancia internacional. La legislación colombiana, define al medio ambiente como un patrimonio común de la humanidad de utilidad pública e interés social, necesario para la supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos (Decreto 2811 de 1974, 1974).

Posterior a la Conferencia de las Naciones Unidas de 1972, inicia una nueva era en los acuerdos y la normativa internacional en el tema ambiental, que aunque en esta época primaba un enfoque antropocéntrico del problema, se lograron desarrollar grandes compendios organizacionales para su protección, que labraron el camino para que en el siglo XXI, se empezara a cambiar al menos hacia una visión cercana a la biocéntrica, algunos de los más importantes son:

1. La Carta Mundial de la Naturaleza: el 28 de octubre de 1982 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba este importante acuerdo, en la cual se plasma un importante avance en el tema ambiental, agregando unos principios rectores sobre los cuales debe girar toda actividad humana que afecte la naturaleza, mostrando de esta manera, la evolución de la

conciencia humana frente al medio ambiente, los principios reconocidos son: 1) Respeto por la naturaleza y sus procesos esenciales; 2) Seguridad genética de la tierra, garantía de supervivencia de especies y sus hábitats; 3) Estos principios serán fundamentales para toda existencia en el planeta; 4) Todos los ecosistemas, organismos y recursos serán administrados de forma adecuada para mantener su existencia y productividad, y 5) Protección a la naturaleza en casos de guerra (Asamblea General de las Naciones Unidas & ONU, 1982, pág 2).

2. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992: inspirado y fomentado por la Conferencia de las Naciones Unidas de 1972 en Estocolmo, se establecen nuevamente una serie de principios para la protección del medio ambiente por la conexión que tiene con el ser humano, teniendo una visión un poco más antropocentrista que la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982. En esta Declaración se establecen entre muchos principios referentes al desarrollo (inevitablemente económico) a través de la protección de la naturaleza, estipula en su principio número 13, que “los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales” (Organización de las Naciones Unidas, 1992).
3. Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992: El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), en 1988 conforma un grupo Ad Hoc, para el estudio de la implementación de un nuevo

acuerdo para la protección de la diversidad biológica, lo cual dio paso a que el 5 de junio de 1992 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, se firmara el presente acuerdo, el cual se caracteriza por ser el primer acuerdo en conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Colombia como Estado parte, ratificó el convenio a través de la ley 165 de 1994. (Organización de las Naciones Unidas & Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), 2022) (Convention on Biological Diversity, 2022) (Congreso de Colombia, 1994).

4. Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: En medio de la Cumbre de la Tierra de Río en 1992, fue firmada esta importante Convención, la cual está estrechamente relacionada con el Acuerdo para la Protección de la Diversidad Biológica de 1992, el objetivo de la presente Convención Marco, es la prevención de la interferencia humana peligrosa en el sistema climático, principalmente la producción de gases de efecto invernadero. (United Nations Climate Change, n.d.) (Organización de las Naciones Unidas, 1992).
5. La Carta de la tierra del año 2000: fue construida y abordada por una comisión especial que había participado en la Cumbre de la Tierra en Río en 1992, los cuales la dieron a conocer de forma oficial el 29 de junio de 2000, en el Palacio de la Paz en La Haya. Este documento, consiste principalmente en un estructurado consenso global frente al significado de la sostenibilidad, siendo la base fundamental sobre la cual se han

elaborado multitud de normas nacionales e internacionales, programas, herramientas de desarrollo y reglas para la educación en el desarrollo sostenible, todo esto a través de 4 pilares que la Carta propone: 1) Respeto y cuidado por la Vida; 2) Justicia social y económica; 3) Integridad ecológica; 4) Democracia, no violencia y paz (Carta de la Tierra, 2000).

6. Declaración de Johannesburgo de 2002: en esta Declaración, la cual se encuentra estrechamente relacionada con la Carta de la Tierra de 2000, se reafirma el compromiso en pro del desarrollo sostenible, la cooperación y desarrollo a través de la economía sostenible (Organización de las Naciones Unidas, 2002), consecuentemente también se encuentra relacionada con el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, en la cual se desarrollan estrategias para abordar cada uno de las problemáticas que representa la sostenibilidad, entre ellos encontramos: modificación de modalidades insostenibles de consumo y producción, protección y gestión de la base de recursos naturales del desarrollo económico y social, la salud, el desarrollo sostenible en Estados insulares en vías de desarrollo, entre otros. (Organización de las Naciones Unidas, 2002).
7. Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: en este compendio organizacional, se encuentran estipulados 17 objetivos con 169 metas, tratando temas de tipo económico, social y ambiental, fortaleciendo de esta manera, y materializando los anteriores convenios suscritos por los

Estados parte, en un compendio de objetivos específicos que se deberán cumplir en 15 años (Organización de las Naciones Unidas, 2015).

Por otro lado, examinando el plano legislativo nacional, encontramos que, a partir de la constitución de 1991 (Constituyente de 1991 Colombia, 1991) y siendo fomentado también por los anteriores acuerdos internacionales, se le dio más cabida al tema ambiental en Colombia como se ve reflejado en las siguientes normas:

1. La constitución de 1991 (Constituyente de 1991 Colombia, 1991): Esta base normativa establece principalmente 2 aspectos: 1) El medio ambiente como patrimonio común: el cual se concreta en artículos como el 8, 95 y 48 que estipulan la obligación de conservación del medio ambiente. 2) Desarrollo sostenible: se concreta con el artículo 80, donde se establece la obligación del Estado para el adecuado manejo y aprovechamiento de los recursos naturales de forma sostenible (Gobierno de Colombia, n.d.), lo cual se encuentra bastante relacionado con el objetivo principal de normativas internacionales posteriores como la Declaración de Johannesburgo de 2002 o la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, demostrando que en Colombia desde hace 30 años ya se reconocía la necesidad de una economía sostenible.
2. La ley 99 de 1993, resulta ser de vital importancia en el tema nacional ambiental, debido a que, además de establecer las políticas ambientales en Colombia, le otorga reconocimiento y cabida como base fundamental para

determinar estas políticas, a la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre medio ambiente y desarrollo (Congreso de Colombia, 1993).

3. La ley 472 de 1998: en el plano ambiental, la presente ley (Congreso de Colombia, 1998), otorgó regulación a unas de las herramientas más importantes para la protección de este preciado bien jurídico, esto es, las acciones populares y las acciones de grupo, orientadas a la protección de derechos e intereses colectivos, tal como se pretende en la presente investigación proteger de forma permanente con el derecho penal económico.
4. La ley 1333 de 2009 (Congreso de La República de Colombia, 2009) (Valle, 2021) (Aponte, 2018) (Senadora Angélica Lozano, 2021): consiste en un compendio normativo donde se dictan ciertas normas referentes a sanciones ambientales, conformando así un procedimiento sancionatorio ambiental, marcando un avance con respecto a las anteriores legislaciones nacionales, como las ya citadas. Este nuevo procedimiento, según su artículo tercero, se encuentra bastante cercano al territorio del derecho administrativo, debido a los principios sobre los que se rige y las funciones o fines de la sanción, aunque en su aplicación se puedan llegar a usar elementos propios del derecho penal y/o de una responsabilidad subjetiva, al implementar el dolo y la culpa, sin embargo, de forma directa se prescinde del principio de presunción de inocencia y termina optando por una responsabilidad objetiva, cuando en el parágrafo 1 del artículo 5 establece que “se presume la culpa o el dolo del infractor”. Se podría

concluir entonces, que el procedimiento de sanción ambiental no podría encasillarse totalmente en un área del derecho, pero está bastante relacionada con el derecho administrativo.

5. La resolución 170 de 2009: Resulta ser un importante complemento para la ley 1333 de 2009, en donde se establecen específicamente la definición de contaminación y se dictan disposiciones frente a la protección y cuidado de los suelos contra la desertificación en el territorio nacional. (*Resolución 170 De 2009 Ministerio De Ambiente, Vivienda Y Desarrollo Territorial, 2009*).

Sin duda alguna, tanto el concepto nacional, como el internacional, giran en torno al carácter vital para la existencia y desarrollo de la vida que tiene el medio ambiente, existiendo total claridad respecto de la definición del concepto desde hace más de 45 años. Los efectos que tienen los daños generados por la contaminación a los recursos naturales y al medio ambiente, resultan convirtiéndose en un factor de riesgo para salud del ser humano, la salud de la fauna y flora, y además, para la economía misma, dado que, los daños causados a determinados recursos naturales, acarrea la inviabilidad en la continuación en la explotación de manera controlada de algunos de estos bienes, verbigracia, la relación que existe entre el agua y la minería, para cuya industria, la disposición del recurso hídrico reviste un carácter esencial, tanto para la población que la labora allí, como para los respectivos procesos de lavado del producto recolectado (Echeverría).

Consecuentemente, debido al mal manejo que se le ha dado al uso del agua en esta clase de procesos, muchos cuerpos hídricos se han visto gravemente afectados por resultar

contaminados con metales pesados, ácidos o incluso materiales radiactivos, imposibilitando de esta manera futuras extracciones de materiales del subsuelo, repercutiendo directamente en la economía de una región o un país en específico, como lo veremos más adelante en algunas jurisprudencias.

Entre las consecuencias más graves, encontramos también, los efectos a nivel sanitario de este tipo de contaminación, causando un aumento en enfermedades neurológicas, neuromusculares, dermatológicas, disfunciones cognitivas, enfermedades fetales, disfunciones renales, anemia, entre muchas otras patologías producto del consumo o contacto con este tipo de aguas contaminadas, repercutiendo no solo en a la salud humana, sino en la salud de otros seres vivos y la destrucción de extensas áreas de selvas o diferentes biomas. Esto es solo un ejemplo de la relación entre la minería y el agua, pero existen muchos otros inconvenientes que se presentan entre la industria y el medio ambiente.

En el plano internacional, la Organización de las Naciones Unidas cuenta con ciertos instrumentos o medidas jurídicas creadas con el principal fin de velar por el cuidado del medio ambiente, entre ellas, encontramos: La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que tiene como objetivo prevenir una interferencia peligrosa en el medio ambiente, convención que ha sido ratificada por 197 países hasta la fecha actual; el Protocolo de Kyoto aprobado el 11 de diciembre de 1997 en donde hoy son parte 192 países, el cual los obliga jurídicamente a cumplir ciertas metas en la reducción de emisiones; el Acuerdo de París, celebrado en la 21ª conferencia de París del 2015, el cual tiene como objetivo elevar a causa común el esfuerzo para combatir el cambio climático, siendo algo histórico no solo por su

objetivo, sino por ser el tratado internacional que más países han firmado en un solo día, siendo estos 175, y posteriormente se han unido 16 países más.

A pesar de la existencia de normativas especiales contenidas en tratados internacionales, que tienen como objetivo principal el cuidado del medio ambiente, en algunos casos se presentan dificultades, como sucedió en la pasada COP26 en noviembre de 2021, convención que se vio fuertemente criticada por no haber acordado cuestiones concretas y fiables frente a la lucha contra el calentamiento global, representantes de China e India solicitaron cambiar elementos esenciales del acuerdo que daban como resultado promesas vacías, sin garantía alguna.

En cuyo caso, la única contingencia normativa que existe para la protección del medio ambiente son las pertenecientes al ordenamiento jurídico nacional, un ejemplo claro de ello son países como España, que, desde hace más de 10 años (Norberto de la Mata Barranco, 2018), empezó a regular las afectaciones al medio ambiente causadas por personas jurídicas, no desde el plano administrativo o civil, sino poniendo en marcha el derecho penal para tal fin.

En Colombia durante muchos años atrás se ha podido observar los graves daños al medio ambiente, no solo como accidentes de grandes industrias, sino daños constantes donde muchas veces se otorgan licencias ambientales sin evaluar los daños que puede ocasionar, ni los que en la práctica se ocasionan, muchos de estos casos han desbordado en afectaciones tan graves al medio ambiente, que han logrado desplazar comunidades enteras, por actividades extractivas que se han llevado a cabo por más de 30 años.

La Corte Constitucional, como encargada de velar por la defensa de la Constitución Política, realizó importantes avances jurisprudenciales frente a la problemática ambiental que han venido causando algunas empresas en el país, aunque los primeros pronunciamientos

jurisprudenciales se dieron en los años 90, el mayor y más importante compendio lo encontramos entre los años 2013 y 2017, encontrando en ese primer año el análisis que hizo la Corte frente al caso de la empresa Sociedad Drummond Ltda, con la sentencia T-154 de 2013 y T-660 de 2015, en las cuales se probaron los graves daños ambientales que causa para los terrenos circundantes a las minas, a los cuerpos de agua adyacentes y las repercusiones sanitarias que provocan (T-154 , 2013) (T-660 de 2015); en 2017 el de la empresa Carbones del Cerrejón Limited, con la sentencia SU-698 de 2017, donde se observó no solo las consecuencias ambientales ocasionadas por esta empresa, sino también el deterioro en la vida y salud de los habitantes que se vieron obligados a desplazarse de la zona (SU-698 , 2017), así como también en ese mismo año, el caso de la empresa Cerro Matoso, tratado en al sentencia T-733 de 2017, sin duda uno de los más relevantes (T-733 , 2017). Aunque ya desde 1992 y 1999 la Corte empezó a conocer los daños ambientales que estaba ocasionando dicha entidad, por estar relacionado con otros casos (T-046 , 1999) (T-528 , 1992), no fue sino entre 2013 y 2017 donde se avizó el inicio de una fuerte producción jurisprudencial al respecto y la adopción de interesantes medidas a favor del medio ambiente.

Todos estos son casos tienen muchas características en común, entre ellas: hay personas jurídicas directamente involucradas, han ocasionado importantes afectaciones a los recursos naturales y al medio ambiente en Colombia, son hechos de ejecución sucesiva y aunque han sido analizados y sancionados por los respectivos órganos judiciales, no se ha logrado el cese real de los daños, ni mucho menos la reparación adecuada de los mismos, por lo cual se pretende exponer la importancia de la adopción de una responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, a través del derecho penal económico, en donde se integre al medio ambiente como un bien jurídico de igual o incluso mayor jerarquía que el orden económico.

Las conductas punibles contra el medio ambiente cometidas por personas jurídicas hoy en día se han convertido en un serio problema a nivel mundial, poniendo en riesgo bienes jurídicos de especial protección que por conexidad con el medio ambiente, terminan siendo afectados, cuya situación se ha podido observar en diferentes casos a lo largo de los años tanto en el plano nacional como internacional, siendo necesaria la intervención del poder punitivo del Estado contra las personas jurídicas frente a este tipo de conductas.

### **Problemática a causa de la inexistencia de una responsabilidad penal de las personas jurídicas**

La investigación frente a la responsabilidad de las personas jurídicas en el área del derecho penal ha empezado a gestarse en los últimos años, debido a la existencia de dos factores esenciales: 1) la falta de regulación que existe al respecto en nuestro país, que da como resultado la impunidad respecto de estas conductas punibles y 2) la gravosa necesidad de establecer regulaciones al respecto, debido a la criminalidad empresarial.

Por otro lado, encontramos también factores paralelos frente al tema ambiental, siendo uno de ellos la urgente necesidad en los últimos años de minimizar el impacto ecológico no solo de las personas naturales en su vida cotidiana, sino de las personas jurídicas en el ejercicio de sus labores empresariales, siendo estas las responsables de la mayor contaminación emitida por el ser humano, y esta situación se agrava aún más, cuando se habla de los accidentes ambientales ocasionados por estas, de cuyos daños pocas veces se logra siquiera individualizar al responsable y mucho menos el resarcimiento de los mismos.

El derecho penal económico, se presenta en muchos sistemas jurídicos como una excelente opción para el tratamiento de este tipo de temas, aunque muy conocido, usado y legislado en Estados como España, aún resulta tener algunos componentes bastante difusos y de absoluta importancia, como lo son los bienes jurídicos que pretende proteger, debido a que en muchos casos no existe una línea lo suficientemente clara entre lo patrimonial y lo económico. Otro tipo de inconveniente lo encontramos en la aplicación del mismo, y su choque con el principio *non bis in ídem*, ya que, hay que destacar que tanto en Colombia como en muchos otros Estados, ya existían e incluso siguen existiendo sanciones de tipo administrativo para una conducta también castigada por el derecho penal. Empero, este tipo de problemas resultan bastante comunes en la aplicación del derecho y aún más en el desarrollo de teorías de tal magnitud, por ende, todo lo anterior no logra opacar el incommensurable valor que puede tener este tipo de doctrinas en la protección de bienes jurídicos y el desarrollo del derecho como un todo.

El derecho penal económico cuenta con dos elementos cruciales, que lo hace bastante útil a la hora de proteger bienes jurídicos como los denomina el código penal español “socioeconómicos”, el primero de ellos, es la vinculación de la persona jurídica como sujeto penalmente responsable y la segunda, el reconocimiento de bienes jurídicos de naturaleza colectiva y en algunos casos supraindividual, los cuales, en conjunto logran construir un adelantamiento en la barrera punitiva (Barranco, Norberto et al. ,2018) y una teoría especialmente ajustada a la concepción mercantilista del mundo actual, vinculadas al desarrollo de actividades productivas, haciendo un llamado a la realidad, no con el fin de observar al medio ambiente con intenciones mercantilistas y establecer casi que un precio al medio ambiente y los recursos naturales, sino de reemplazar las bases del sistema económico mundial por unas bases

con una visión ecocéntrica y biocéntrica, donde primen el bienestar ambiental antes que cualquier interés patrimonial de cualquier multinacional o incluso algún Estado potencia.

Lo anterior se justifica también, al observar que los daños a los recursos naturales y al medio ambiente, son directamente proporcionales al avance de la economía mundial, cada país que supera la barrera del “subdesarrollo”, lleva tras de sí una huella ambiental inmensa, siendo responsable de graves daños al medio ambiente, no solo en su territorio nacional, sino mundial como se presenta con la contaminación de los océanos o la extinción de especies. Pero a pesar de ello, se debe reconocer una notable realidad que muchos aborrecemos, y es que, no podemos negar que el medio ambiente y principalmente los recursos naturales son un elemento crucial en el funcionamiento de la economía, no podemos prescindir de ellos e intentar que todo siga funcionando como siempre, es por esto que resulta necesario apelar al derecho penal económico para cimentar unas fuertes bases ecocéntricas y biocéntricas, donde se respete la vida de todo ser vivo, se reconozcan los procesos biológicos, se invierta en el cuidado y protección de especies en peligro de extinción, se salvaguarde el bienestar de los suelos a través del cuidado de la microbiología de los mismos y se prohíba el uso de agentes químicos, y se evolucione hacia una economía sostenible lo más rápido posible.

Proponer acudir a una rama del derecho penal, al encontrar un problema jurídico, resulta bastante familiar en el plano nacional, durante muchos años, se ha optado por acudir de forma equivocada al populismo punitivo, cosa que no ha logrado resolver nunca el problema inicial, sin embargo, si se analiza el problema real del medio ambiente y se logra observar que las personas jurídicas, con su exagerado poder económico e influencia política, pueden llegar a causar todo el daño que deseen sin ningún límite ni prohibición, y agregando a ello, la dificultad que representa

regular el mercado, tanto por el componente político como por el componente práctico, resulta gestando un problema que ha sido abordado durante mucho tiempo mayormente desde el plano administrativo, hablando de su regulación más fuerte, pero jamás ha sido suficiente para lograr la eficacia deseada frente al respeto del medio ambiente. Hasta la expedición de la ley 1333 de 2009, la protección del medio ambiente empezó a tener un tono un poco más serio y eficaz en Colombia, empero, sin lograr desmarcarse por completo del derecho administrativo y seguir aplicando sanciones insuficientes a través de una autoridad totalmente ineficaz. Optar por un derecho penal económico, es un paso fundamental hacia el futuro de cara a la protección del medio ambiente.

Esta estrategia jurídica, inevitablemente tiene consecuencias sociales e incluso culturales, que van de la mano con la categoría de derechos propuesta a nivel internacional y denominada derechos bioculturales, a partir de la cual se considera a la naturaleza como sujeto de derechos, cuya visión no es muy aceptada por algunos, no por el hecho de proteger o no proteger, está claro que lo más importante es proteger el medio ambiente, pero al tratar de sustentar teóricamente esta categoría se encuentran algunos obstáculos, sin embargo, no se pretende ir en contra de estas prácticas, que sin duda alguna resultan ser demasiado interesantes, y de igual manera, como lo sería la aplicación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, caracterizada por tener también obstáculos, merece un análisis de su sustentación teórica con el fin de aportar en su construcción y proponer incluso una adopción en la Constitución colombiana, para lo cual, sería un gran aporte, el tema que se trata en el presente trabajo, ya que, a través del reconocimiento del ambiente como base fundamental de un orden económico, logrará propiciar un mayor sustento para el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos formalmente.

Este reconocimiento podría asimilarse al que se puede encontrar en los artículos 10, 71 y 72 de la Constitución de la República de Ecuador, con la declaración de la naturaleza como sujeto de derechos (Ecuador, 2008), en este caso, por razones no solo de protección, sino de cosmovisión de los pueblos indígenas, y el importante reconocimiento de este, resulta bastante distante, si se compara con la declaratoria en Colombia de esta categoría, que se hace enteramente por la urgencia de la protección de recursos naturales, debido a la ineficacia normativa y especialmente por la ineficacia de las autoridades para cumplir sus funciones, como se demuestra en una de las jurisprudencias más importantes en Colombia frente al tema, sentencia T 622 de 2016, en la cual, la Corte Constitucional realiza una inspección judicial a los territorios del Chocó, especialmente a los aledaños al río Atrato, a lo cual concluyó (Corte Constitucional de Colombia, 2016): *“Las autoridades estatales demandadas son las responsables de la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas demandantes por su conducta omisiva al no realizar acciones efectivas para detener el desarrollo de actividades mineras ilegales, que han generado la configuración de grave crisis humanitaria y ambiental en la cuenca del río Atrato (Chocó), sus afluentes y territorios aledaños”*, siendo este solamente un ejemplo de muchos de los casos que se han presentado en Colombia, donde las autoridades principalmente administrativas omiten por completo sus funciones.

Aunado a lo anterior, existen posiciones como la de la Corte Constitucional en sentencia C-320 de 1998, que en vista del inmenso daño que se le causa al ambiente y en su interés por la protección ambiental, (C-320, 1998) aclara: *“El daño al ecosistema, así ello se haga en desarrollo de una explotación lícita, desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de*

*conducta antijurídica. No puede entenderse que la previa obtención del permiso, autorización o concesión del Estado signifique para su titular el otorgamiento de una franquicia para causar impunemente daños al ambiente*". Cuestión que claramente incita e incluso obliga a la profundización en el estudio de la explotación de recursos naturales como hecho jurídicamente relevante, ya que, esta aclaración resulta bastante controversial, debido al importante carácter económico que reviste la explotación de estos recursos, y la dificultad que representa esta afirmación para la determinación en un supuesto fáctico de los límites entre explotación y contaminación.

Empero, dicha afirmación por el alto tribunal, contiene también un elevado tono de urgencia que ha obligado a tales interpretaciones, propiciado por la omisión de las respectivas autoridades al no ejercer sus funciones, obligando a los aplicadores de la norma a optar por considerar como ilícita y/o contaminante toda explotación, incluso si esta se hace a través de adecuados procesos lícitos y autorizados por la administración, cuestión que también se analiza en la citada sentencia T 622 de 2016 en donde se afirma (Corte Constitucional de Colombia, 2016): *"la falta de recursos y de capacidad institucional local, regional y nacional no pueden ser excusa para permitir que se "atente impunemente" contra el medio ambiente y no se realicen los controles que la ley ordena. A ese respecto, afirmó que "la problemática que genera la minería es tan grave que no deben establecerse diferencias de tratamiento entre si la minería se hace de forma legal o ilegal, porque ambas no tienen controles efectivos por parte de las autoridades y contaminan aún con título y licencia ambiental, no solo en Chocó sino en todo el país"*.

Este gigantesco problema, termina derivando en 2 elementos: la necesidad de unos principios económicos biocéntricos y ecocéntricos, producto de una norma lo suficientemente

vinculante como para lograr ese propósito, y la conducta omisiva de las autoridades administrativas. Dos defectos que se resuelven con la aplicación del derecho penal económico en Colombia, aportando normas de elevado carácter vinculante, proporcionando figuras jurídicas novedosas como el *compliance*, que por consiguiente, obligará a la economía a optar por actividades sustentables, y por otro lado, se sustrae a la administración de ser el primer control de la valiosísima responsabilidad del cuidado del medio ambiente y se le otorga esta, al sistema jurídico-penal, elevando el tema ambiental a un conjunto de bienes jurídicos de especial protección.

Con una teoría del derecho penal de las personas jurídicas a través del derecho penal económico, frente a conductas atentatorias contra los recursos naturales y el medio ambiente, se pretende reconocer las dos caras que tienen estos: como elementos esenciales para el desarrollo de la vida humana y como el principal sustento económico para el desarrollo de una sociedad, cuando nos referimos a este último, no hacemos referencia al petróleo, carbón y demás combustibles que pueden llegar a ser reemplazables, sino a materiales básicos para la vida de una sociedad en la edad moderna, que aunque no estén directamente relacionadas con el intercambio de bienes y servicios, sí están vinculadas con el desarrollo de actividades productivas (Barranco, Norberto et al. ,2018), como puede ser la extracción y producción de hierro, algodón, acero, titanio, cerio, lantano, samario, entre muchas otras materias primas usadas tanto para la construcción de elementos contaminantes como los automóviles, como para la construcción de centrales de energía “limpia” o para cualquier dispositivo moderno.

Debido a lo anterior, las investigaciones relacionadas resultan completamente útiles para construir una base bibliográfica, un compendio doctrinal y un aporte al desarrollo teórico de este

tipo de responsabilidad en Colombia. Para lo cual se pretende analizar los casos más relevantes ocurridos en Colombia entre los años 2013 y 2017, época en la cual, se concentran fallos frente a daños ambientales que vienen ocasionándose por grandes empresas, desde hace más de 30 años, y de los cuales no se le había prestado mayor importancia judicial, estableciendo de esta manera un hito en el desarrollo jurisprudencial.

El resultado práctico de la investigación constituirá un referente teórico tanto para la resolución de casos de esta naturaleza, como para la legislación del tema, así como también, se pretende aportar desde el plano jurídico a la protección de los recursos naturales y el medio ambiente en el país, situación que sin duda alguna tiene un impacto positivo en la vida de todos los colombianos.

### **Hipótesis**

Confirmar la vulnerabilidad de los bienes jurídicos relacionados con el medio ambiente y los recursos naturales, producto de la falta de regulación normativa hacia las conductas delictivas de esta naturaleza ejecutadas por personas jurídicas. Ratificando, de esta manera, la urgente necesidad de intervención del poder punitivo del Estado a través del derecho penal.

## **1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas**

### **1.1. Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

La responsabilidad penal individual corresponde a una de las figuras más antiguas del derecho, debido a que compone la base fundamental a partir de la cual se redacta una norma jurídica, tanto de naturaleza civil de naturaleza penal, verbigracia, el Código de Urukagina creado alrededor del año 2350 a. n. e., que hoy en día se conocen como el conjunto de leyes más antiguo, antecesor del Código de Ur-Nammu, creado entre los años 2100 y 2050 a. n. e., al cual sucedió el Código del rey Lipit-Ishtar entre los años 1870 y 1860 a. n. e. y posteriormente el Código de Hammurabi, entre los años 1795 y 1750 a. n. e. (Mark et al., 2021), a partir de allí se logró identificar el concepto de responsabilidad a partir de las obligaciones que le correspondía a cada persona, como lo serían las normas criminales, las cuales tenían el único trasfondo del respeto por los derechos de las personas, que en caso de ser transgredidos por determinado sujeto activo, este deberá responder por sus actos y aceptar las consecuencias, lo cual se corresponde con la definición de responsabilidad según la Real Academia Española (RAE, 2022) “Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”.

Con el devenir histórico, el concepto de responsabilidad en el derecho, se ha desarrollado por múltiples ramas, como lo es la civil, penal, administrativa, fiscal, etc., moldeando su definición conforme al mismo desarrollo humano, a las relaciones sociales, económicas y

culturales, el profesor Antonio Fernández (Fernández, 2014, 16) describe la responsabilidad de la siguiente manera:

La responsabilidad es la forma que el derecho ha implementado y desarrollado para reparar el daño causado en el patrimonio, tanto económico como moral, y de esta forma equilibrar y compensar las relaciones humanas, y sus consecuencias económicas, por lo que todo orden jurídico sano tiene en mayor porcentaje de cumplimiento de la reparación del daño causado y por lo tanto un mayor grado de responsabilidad y de justicia en todos los ámbitos de la sociedad.

La responsabilidad, corresponde entonces, a un concepto aplicable a absolutamente todas las actividades humanas, es por esto que las empresa, no son la excepción.

Las empresas son una de las figuras más importantes que se han desarrollado en el plano económico, su relevancia no consiste únicamente en un activo productor de capital, resulta ser también una figura que cumple un papel social, muchas veces como eje fundamental en el desarrollo de un país. Empero, existe un grave inconveniente que desde la constitución de la primera empresa en la historia de la humanidad, se pudo presentar, pero que, en cierta época se negó su posible realización, con aquel famoso brocardo jurídico “*societas delinquere non potest*” cuya invención, según algunos autores (Mena Villegas, 2019, 31) (García Sánchez, 2017, 97), se le atribuye al papa Inocencio IV, quien en el siglo XIII la instituyó, con el fin de impedir la imposición del castigo de excomunión a las corporaciones, mientras que otros indican que fue Franz von Liszt quien la formuló, en su *Das Deutsche Reichsstrafrecht* publicado en 1881, asegurando que su invención no pudo formularse más allá del siglo XVIII, ya que 7 siglos antes

predominó una concepción opuesta: *universitas delinquere et puniri potest*, cuya idea fue reconocida e incluso pudo ser acuñada por juristas romanos (Menéndez Conca, 2021, 95-111).

Entrando en el análisis de la problemática encontramos que, desde el siglo XIX doctrinantes como Savigny y Gierke, empezaron a proponer teorías frente a la RPPJ reconociendo la criminalidad empresarial como algo posible y con una total necesidad de resolución, a esta problemática se le ha dado un trato muy diferente, por parte de las dos vertientes jurídicas más importantes en occidente, el common law y el derecho continental, el primero de ellos, desde mitad del siglo XIX a través de sus decisiones jurisprudenciales, empezó a sancionar a personas jurídicas, como se dio en uno de los casos más conocidos, donde en 1842 *Queen vs Birgmingham & Gloucester Railway Co*, se sancionó a esta última por no cumplir lo ordenado por otro tribunal, afirmando que “La responsabilidad penal debería ser aplicada en la medida de lo posible como a las persona físicas” (Mena Villegas, 2019, 70).

El manejo dado por el Common Law (Jacob, 2016, 27) al tema, dista bastante del trato que se le dio a la RPPJ en el sistema jurídico continental, donde en algunos países, aún se reconoce el principio “*societas delinquere non potest*”, pero también, contradictoriamente y de forma tácita, se reconoce la posibilidad que existe de que personas naturales cometan conductas reprochables, a través de personas jurídicas, por ende, existe la necesidad de sancionar a las dos partes involucradas, buscando estrategias para a través de la dogmática sustentar las sanciones sin chocar con el principio anteriormente mencionado, como ocurre en Alemania, donde la RPPJ se trata desde el plano administrativo, o casos más curiosos como el de Italia, que recibe muchas críticas de parte de la doctrina (Mena Villegas, 2019, 86), donde se describe este sistema jurídico

de las personas morales, como un derecho penal de naturaleza administrativa, pero solo se relaciona con el derecho administrativo por el nombre.

En el siglo XIX Savigny propone su teoría de la ficción, para posteriormente Gierke proponer su teoría de la realidad, contraria a la de Savigny, constituyéndose de esta manera las dos teorías del derecho, a partir de los cuales se debe abordar el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde el plano de la filosofía jurídica, de cuyas teorías incluso hoy en día se siguen considerándose como la columna vertebral de los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## **1.2. Teoría de la ficción.**

Para el desarrollo de la explicación de esta afamada teoría, vale la pena citar el contexto que refiere Salvador Cárdenas en su sistematización de la gran obra “*Sistema del derecho romano actual*” del tratadista Savigny (Von Savigny, 2004, 16):

Frente al frío individualismo codicista exaltado por la Revolución Francesa, así como al formalismo racionalista que desconoce y fácilmente desprecia las realidades históricas como fuente primaria de todo orden jurídico, el historicismo de Savigny, inspirado en Vico, regresa el derecho a su suelo nutricional, que es la vida, el devenir de la existencia humana en el aquí y ahora: costumbres, tradiciones, usos; en suma, el mundo de las cosas, con toda la carga semántica que esa palabra tiene en el pensamiento jurídico (p. 16).

Esta teoría surge como lo señala el profesor Villegas (Mena Villegas, 2019, 36) de la equiparación teórica que hace Savigny entre los conceptos de sujeto de derecho y ser humano, a partir de lo cual argumenta que no puede existir la RPPJ, ya que, la persona jurídica es simplemente una creación humana, una mera ficción, donde se le dota a esta de un patrimonio, una libertad y unos derechos, provenientes del ser humano, la personas jurídica no tiene existencia por sí misma, no goza de las facultades jurídicas y fácticas para ser considerado persona en estricto sentido y atribuírsele sus respectivos derecho y obligaciones, mucho menos goza de voluntad propia ni posibilidad de acción, es decir, de intervenir en el mundo fenomenológico ejecutando conductas como lo haría una persona física. Debido a todo lo anterior, no sería posible considerar a las personas jurídicas como sujeto activo de delitos (Nascimento & Pozzetti, 2019, 252).

Esta teoría resulta ser bastante aceptada por muchos doctrinantes y adoptada por algunos sistemas jurídicos nacionales alrededor del mundo, los cuales, generalmente, hacen parte de la corriente continental, donde se sigue el principio “societas delinquere non potest” a partir del cual se encuentra sustentada esta teoría, aunque en algunos casos sea una barrera para poder construir una dogmática jurídica sobre la RPPJ, teniendo en cuenta la creciente criminalidad empresarial, que se ha presentado en los últimos años.

Según Oscar Romero (Romero Cárdenas, 2012, 9) :

Savigny es el autor de la teoría de la ficción que sostiene que es un instrumento que suministra el legislador para que el ser humano, quien es el único titular de derechos y obligaciones, pueda agruparse en asociaciones que generen relaciones jurídicas. Es decir

para la teoría de la ficción excluye, cualquier responsabilidad penal de las colectividades o agrupaciones por razones muy similares a las emitidas sobre la no responsabilidad de las personas naturales incapaces (p. 9).

Aulis Aarnio (Aarnio, 1986, 86) hace referencia a la teoría de la ficción de la siguiente manera:

El principio general para SAVIGNY es que sólo el ser humano puede ser titular de derechos, es decir, únicamente el hombre singular es capaz de derechos, pero el Derecho positivo puede modificar este principio, al negar capacidad a algunos hombres o al atribuírsele a entes que no son seres humanos, como acontece en las personas jurídicas. La capacidad puede extenderse a entes artificiales creados por una mera ficción. Un sujeto así es llamado persona jurídica, esto es, que es admitida sólo para un objeto de Derecho. De ello resulta una delimitación esencial del concepto de persona jurídica; sólo a las relaciones de Derecho Privado puede referirse la capacidad artificial de las personas jurídicas. El concepto de las personas jurídicas sólo puede referirse al aspecto patrimonial; por eso SAVIGNY las define como un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio.

Esta teoría cobra gran relevancia a lo largo de los años, frente a la concepción de la persona jurídica, autores como Quintana Adriano (Quintana Adriano, 2014, 624) definen a la teoría de la realidad de la siguiente manera:

De las teorías de Savigny se desprende que la persona jurídica es un ser creado artificialmente capaz de tener un patrimonio, pero que no tiene voluntad. Se llega

entonces a la conclusión de que persona es todo ente capaz de obligaciones y derechos y al ser una ficción, las personas jurídicas carecen de albedrío y no pueden ser sujetos de derecho. Así, para esta corriente, solo es persona el hombre en cuanto tiene voluntad para adquirir derechos y obligaciones y por lo mismo, sujeto de derecho (p. 624).

### **1.3. Teoría de la realidad o teoría orgánica.**

Gierke, a través de su interesante contraposición respecto de la teoría de la ficción propuesta por Savigny, fundamenta su teoría de la realidad, la cual, Jose Luis Pérez (Pérez, 2020, 694) describe de la siguiente manera:

Gierke afirma una teoría realista de las personas morales y se centra en una especie particular de estas personas colectivas: las personalidades colectivas complejas, a las que considera sujetos específicos del derecho social. En primer lugar se opone a la teoría de la ficción y de la concesión por parte del Estado, pues esta teoría constituye una expresión tributaria de las concepciones individualistas y mecanicistas, las cuales se muestran incapaces de captar la idea de la totalidad concreta en su expresión organizada. Y pone de manifiesto la realidad de los hechos que cuestionan la teoría individualista de la ficción en un sentido más favorable a la realidad espontánea de las personas morales. Para Gierke las asociaciones humanas son seres que existen realmente y que son desde la perspectiva jurídica “personas reales” como unidades personales. Es más, la realidad de las personas morales o colectivas es una realidad específicamente jurídica y moral, pues, en su opinión, cada sujeto de derecho es un producto del orden jurídico objetivo al que pertenece (p. 694).

Las personas jurídicas según Gierke se entienden como la personificación de esa voluntad de asociación, que en principio el derecho los reconoce como personas, pero no como personas reales, proponiendo una distinción entre derecho individual y derecho social. Es únicamente en el derecho social, donde puede entenderse y aceptarse esta teoría, aceptando este concepto de persona jurídica como un cuerpo perfecto o una unidad personal.

Este mismo autor (Pérez, 2020, 695) alude a lo anterior de la siguiente manera:

Las personas colectivas o morales constituyen unidades reales antes de ser dotadas para su actividad exterior del carácter de sujetos del orden jurídico. De manera que preexisten al orden jurídico que se encuentra ante ellas como algo ya existente. En este sentido Gierke hace referencia a una voluntad colectiva preexistente a su reconocimiento como sujeto del derecho. Para él dicha voluntad colectiva se basa en un orden jurídico objetivo que regula la vida interior de los cuerpos en cuestión. Es esta la realidad del derecho social que constituye precisamente esa realidad preexistente, identificada y encontrada a través del orden jurídico. Es este derecho social el que hace nacer la voluntad colectiva de la persona moral o colectiva.

La teoría de la realidad, propuesta por el doctrinante Gierke, concibe a las personas jurídicas como sujetos con capacidad de voluntad, contenida esta en sus órganos, los cuales se encargan de tomar las decisiones y trazar las directrices para cumplir sus objetivos. La persona jurídica se convierte entonces, en un conjunto de personas, cuya suma de voluntades constituye la voluntad de la persona moral, siendo esta, totalmente diferente a la voluntad de los que la integran, cumpliendo con un elemento esencial para interactuar en el plano jurídico y social.

A partir de esta teoría muchos autores como Von Liszt, sustentan la RPPJ, donde la persona jurídica tiene capacidad producto de la idea de organismo, pero se niega la posibilidad de acción (Mena Villegas, 2019, 39) omitiendo de esta manera la posibilidad de cometer muchos delitos.

Una gran parte de la doctrina sostiene un argumento igualitario, donde proponen que las personas jurídicas deben responder penalmente por sus actos, sustentándose en la teoría de la realidad, y argumentando qué, así como las personas morales tienen capacidad jurídica para actuar en otras áreas del derecho como lo es el civil o administrativo, así mismo, debe considerarse también, con la capacidad necesaria para ejecutar conductas punibles.

La sanción que se le impone a la personas jurídica, según esta teoría, los socios que componen la entidad, no son objeto directo de la sanción, sólo percibirán los efectos económicos indirectos, como sucedería con la familia en la cual uno de sus integrantes, quien es su proveedor, se encuentra con medida de aseguramiento o pena de prisión (Nascimento & Pozzetti, 2019, 253). Esta característica de la teoría de la realidad resulta ser un componente fundamental para superar uno de los obstáculos más grandes que se puede presentar al momento de sustentar un sistema jurídico de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en ella.

### **1.3.1. Sistemas de imputación de RPPJ:**

Los siguientes sistemas, tienen características bajo las cuales se les puede catalogar que tienen un sustento filosófico jurídico en la teoría de la realidad, principalmente por considerar que la persona jurídica tiene capacidad para responder por determinada conducta delictiva. Estos sistemas de imputación componen el eje fundamental de algunos sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas en ciertos países.

#### **1.3.1.1. Sistema de responsabilidad por atribución o responsabilidad vicarial:**

El profesor Andrés Ortúzar (Ortúzar Gjuranovic, 2012, 215) describe la responsabilidad vicarial de la siguiente manera:

El sistema vicarial de atribución de responsabilidad se destaca esencialmente por atribuirle responsabilidad penal a una persona jurídica por la realización de uno o más delitos por parte de una persona natural dentro de la organización empresarial, basado en ciertos criterios de conexión que pueden variar de sistema a sistema, pero que ordinariamente se trata del grado de responsabilidad que dicha persona natural tiene dentro del ente societario (p 215).

A partir del modelo vicarial, se empiezan a construir teorías para su aplicación en el plano empresarial, una de las más destacadas, es la teoría de la identificación o *controlling mind theory*, desarrollada por la jurisprudencia y citada por el profesor Mena Villegas, la cual consiste, en la ejecución de un delito por parte de una persona física, que se encuentra representando a la empresa, lo cual tiene como resultado que también lo esté cometiendo la empresa (Mena Villegas, 2019, 48). En palabras de la profesora Silvina Bacigalupo (Bacigalupo Saggese, 1997, 372) “esta doctrina se basa en el reconocimiento de que toda empresa funciona, en la medida en

que personas físicas actúen y controlen de forma directa las actividades de la misma”. El gran aporte de esta teoría es resolver la contradicción que existía frente al mens rea, el cual se le atribuía a un cuerpo sin alma (Mena Villegas, 2019, 48).

Bajo esta teoría producto del modelo vicarial, se pueden presentar dos situaciones donde se le imputa responsabilidad penal a la persona jurídica, en la primera responde directamente por la ejecución de actos delictivos por parte de directivos, y en la segunda, se aplica la culpa in eligendo y culpa in vigilando, donde responde la persona jurídica, por los hechos cometidos por sus trabajadores que están bajo subordinación de los directivos. Saneando de esta forma lo que algunos autores como Yesenia Crespo (Crespo, 2017, 20) denominan el encubrimiento delincencial bajo la protección de la intangibilidad de la persona jurídica.

#### **1.3.1.2. Sistema de responsabilidad penal por el hecho propio de la persona jurídica:**

Este modelo opta por imputar responsabilidad a partir de la realidad como estructura organizativa de la persona jurídica, no por transferencia, sino teniendo en cuenta el nivel de organización que tiene la misma, a través del cual se evitará la consecución de conductas punibles por parte de sus trabajadores. Debido a esto, el modelo de imputación de la persona jurídica por el hecho propio, se caracteriza por la existencia de la imputación en un extenso espacio de tiempo, en donde no se mantuvo una adecuada organización, no únicamente al momento de la lesión del bien jurídico, dando origen al concepto de culpabilidad duradera (Mena Villegas, 2019, 54).

El autor André Ortúzar (Ortúzar Gjuranovic, 2012, 221) describe la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la siguiente manera:

El modelo de atribución de responsabilidad que a continuación se revisará se conoce fundamentalmente como el de culpabilidad de la empresa. Tal como su nombre lo indica, lo esencial de este modelo es que se le reconoce culpabilidad a la persona jurídica, no porque una persona natural dentro de la organización empresarial cometa un delito, sino porque se entiende que es la persona jurídica como sujeto de derecho penal la que ha cometido un ilícito a raíz de su propia culpabilidad. A diferencia de los sistemas de heterorresponsabilidad, como el vicarial tratado más arriba, los modelos de culpabilidad de la empresa son esencialmente de autorresponsabilidad: son sistemas en que la culpabilidad no es derivada del hecho punible de una persona natural, o en que la comisión de un delito por ésta no transfiere la responsabilidad penal a la persona jurídica (p. 221).

Este mismo autor (Ortúzar Gjuranovic, 2012, 222-223) destaca cuatro variantes de culpabilidad de la empresa, descritos por el profesor Adán Nieto:

**1. “deficiente cultura corporativa”**, esto es, una culpabilidad derivada de un ambiente en la empresa que impulsa –de alguna manera– la comisión de delitos al tolerar su realización, en lo que sería una suerte de “responsabilidad por el hecho ajeno” con elementos de un sistema en el que cada individuo aporta una “intención” a la realización de hechos delictivos en favor de la empresa; según Nieto, este es el camino adoptado por el Código Penal austríaco. Desde otro punto de vista; **2) “defecto en la organización”** de la empresa es el elemento catalizador de su propia culpabilidad (...) sería aquella que se produce por la negligencia en el actuar de una persona jurídica, pero como directa consecuencia de la falta de “organización conforme a derecho” de la misma empresa (que podría considerarse en términos de autoorganización como una construcción que evitase

el aumento del riesgo permitido por el sistema jurídico); es decir, se trataría de culpa empresarial por no haber actuado con el cuidado debido o, dicho de otra manera, por haber aumentado el riesgo permitido. **3) La tercera variable que este autor desarrolla se refiere a la de una “culpabilidad de la empresa derivada”,** la que fundamentalmente se construye a partir de la imposibilidad de determinar al sujeto individual integrante de la persona jurídica que comete un delito en su beneficio. Esto ocurre cuando, como consecuencia del entramado organizativo propio de los entes colectivos, no es posible identificar a uno u otro sujeto individual como autor, coautor o partícipe de un determinado hecho ilícito; en este caso se estaría frente a una verdadera responsabilidad “subsidiaria” derivada del mencionado entrelazado organizativo propio de las grandes corporaciones modernas. (...) **4) la culpabilidad de la empresa derivada de su falta de su autoorganización,** es decir, ella no ha realizado todo lo que se le exigía, produciéndose a la postre un hecho o hechos lesivos a bienes jurídicos (p. 222-223). (negrilla fuera del texto original).

Frente a este modelo, surge una dificultad en su aplicación, ya que, no hay manera de identificar el dolo o la culpa ejercido por la persona jurídica en la consecución del ilícito. Empero, algunos autores, como Robles Planas (Robles Planas, 2006, 13), proponen la solución a este obstáculo desde el plano subjetivo, identificando el grado de responsabilidad dolosa o culposa a partir del grado de omisión dolosa o culposa de los compliance programs (Lledó Benito, 2018, 41) para la evitación de delitos, en conclusión, la responsabilidad por el hecho propio, constituye la necesidad de un conjunto de deberes, lo cual se puede asimilar a otorgarle una posición de garantía a la persona moral (Robles Planas, 2006, 6).

Gracias a la estructuración de este modelo bajo la idea de la adecuada organización empresarial, se le da un lugar muy importante a una figura jurídica vital para su aplicación real, es el compliance, el cual consiste en un órgano de la entidad, que se encarga de vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el ejercicio de la misma, buscando mantener a la persona jurídica en límites de riesgo permitidos.

#### **1.4. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el *Common Law*.**

##### ***1.4.1. Inglaterra:***

En Inglaterra, uno de los primeros casos de renombre en responsabilidad penal de las personas jurídicas, se dio en 1846, caso *The Queen vs Great North of England Railway*, en el cual se aplicó la responsabilidad vicarial, imputando responsabilidad a la persona jurídica por los hechos ejecutados por sus empleados. Inicialmente en Inglaterra, la aplicación de la responsabilidad vicarial, únicamente se aplicaba para delitos reglamentarios, los cuales eliminan la prueba del *mens rea* y se consideran de naturaleza administrativa, por lo tanto, permite la aplicación de responsabilidad objetiva (Mena Villegas, 2019, 70).

Cerca de un siglo después, en 1940, se adopta la teoría de la identificación para la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, pero durante el siglo XX el crecimiento de la criminalidad empresarial, obliga al sistema jurídico a adoptar la teoría de la responsabilidad por organización, imponiendo sobre las personas jurídicas la obligación de vigilancia y regulación de sus conductas internas.

#### **1.4.2. EEUU (Mena Villegas, 2019, 71-75):**

La RPPJ en Estados Unidos consistió inicialmente, de una responsabilidad de tipo objetiva, posibilitando la imputación de conductas punibles que no requerían dolo, extendiendo la aplicación de la misma. Este sustento teórico, dio origen a los primeros casos de RPPJ en Estados Unidos, como lo fue el caso de *State vs Morris & Essex Railroad company*, en 1852, donde se determinó que la responsabilidad penal de las personas jurídicas deriva de hechos cometidos por otras personas, ya que, la personas jurídica carecer de capacidad para actuar físicamente. Por lo cual, se puede observar la similitud en la teoría aplicada en la época, con la de Inglaterra, asemejándose a un modelo de igual forma, vicarial.

A través de los años, el modelo que se aplicaba, fue mutando, hasta que en 1977 fue creada por el gobierno de Estados Unidos, la FCPA (*foreign corrupt practices act*), la cual tenía como objetivo sancionar a las personas jurídicas por actos ilícitos. En 1984 el congreso de EEUU crea la *United States Sentencing Commission*, la cual dio las pautas para la creación de *The Federal Sentencing Guidelines* en 1987, que entre otras cosas, es un cuerpo normativo que consiste en regular el comportamiento al interior de la persona moral.

El conjunto de normas denominado *The Federal Sentencing Guidelines*, considera a los trabajadores como un instrumento para transferir el *mens rea* y *actus reus* a la persona moral, la cual solo podrá considerarse responsable en 2 situaciones que se deberán demostrar: 1) El empleado que físicamente ejecuta la conducta vulnerante del bien jurídico, actúa en ejercicio y naturaleza de su cargo. 2) El trabajador subordinado actuó total o parcialmente a favor de la

empresa. La sanción se decidirá evaluando el alcance del delito y el grado de participación de la persona jurídica.

### ***1.4.3. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema continental:***

#### **1.4.3.1. Modelo alemán de responsabilidad administrativa de la persona jurídica.**

El modelo alemán se caracteriza por adoptar una responsabilidad de tipo objetiva contravencional, imponiendo multas a las personas jurídicas por cometer delitos o contravenciones, optando por el tratamiento de la criminalidad empresarial a través del derecho administrativo, respetando aún el principio *societas delinquere non potest*.

La doctrina tradicional alemana, entiende a la imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas como castigo conjunto de inocentes (Mena Villegas, 2019, 83), debido a que su característico modo de determinar la participación en la conducta punible, es a través de su participación financiera en la persona jurídica, caso en el cual se podría presentar que un socio con 25% de participación financiera tenga que responder en mayor medida que un socio que tiene el 5% de la participación financiera, pero fue este, quien instigó a los subordinados para la realización de la conducta reprochable.

#### **1.4.3.2. Responsabilidad administrativa/penal en Italia.**

En sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia, cuenta con un obstáculo de gran importancia, esto es, el artículo 27 de la Costituzione della Repubblica Italiana de 1947, en el cual se establece la “responsabilità penale è personale” obligando a los

aplicadores de la norma, a sancionar al autor del delito por sus propias acciones, imposibilitando la aplicación de cualquier teoría de transferencia o responsabilidad por el hecho ajeno.

Debido a ello, se promulga el decreto legislativo N° 231 del 2001, la cual establece una forma de responsabilidad para las personas jurídicas, de tipo administrativa, pero sustentado en principios y trámite penal, solucionando de esta manera el inconveniente que se presenta al aplicar cualquier tipo de modelo o teoría de RPPJ. Este tipo de responsabilidad nueva, recibe fuertes críticas por parte de la doctrina, la cual denomina este fenómeno como fraude de etiquetas, donde la responsabilidad es penal, la cual es imputada por un juez penal, pero la norma la denomina de tipo administrativo.

La RPPJ contenida en el decreto legislativo N° 231 de 2001, se encuentra inspirada en la Guidelines estadounidense, en un modelo de heterorresponsabilidad, añadiendo la culpabilidad de la empresa, que se analizará a partir de la presencia y eficacia de los organismos de compliance. El sistema que estipula este decreto legislativo, consiste en establecer un estrecho vínculo entre el acto ilícito y la persona jurídica, para posteriormente imputar responsabilidad por defecto de organización, logrando así una adecuada conexión entre la persona física y la persona jurídica. Esto se realiza a partir de 5 estadios:

1. Pertinencia por destinación: Se aplica cuando es posible demostrar que la persona jurídica fue beneficiaria total o parcialmente del delito.
2. Pertenencia por la posición del sujeto activo: La conexión entre la acción y la persona jurídica se prueba a través de la naturaleza y ejercicio del cargo del sujeto activo.
3. Pertenencia derivada del defecto de organización: defecto de organización interna de la entidad.

4. Pertenencia por riesgo no permitido de la empresa: defecto de organización interna de la entidad.
5. Pertenencia por la elusión no fraudulenta del modelo organizativo: defecto de organización interna de la entidad (Mena Villegas, 2019, 83).

#### **1.4.3.3. RPPJ en España:**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, se establece gracias a la Ley Orgánica 5 de 2010, la cual estructura un sistema de imputación que se le denomina, de doble vía:

- 1) Delitos cometidos por directivos de la persona jurídica.
- 2) Subordinados de los directivos, los cuales cometen delitos a causa de la falta de vigilancia.

En cualquiera de los dos casos, es el directivo de la empresa quien transmite la responsabilidad a la persona moral, en la primera vía, de forma directa y en la segunda, de forma indirecta, a través de la omisión de vigilancia y control.

Diferente a lo que se podría pensar, esta novedad legislativa en España, no desconoce el principio de *societas delinquere non potest*, ya que, el sistema se fundamenta en una visión de las personas jurídicas como un conjunto de personas físicas, que dotan a la misma de una voluntad colectiva, muy diferente a la voluntad de cada uno, son entonces, las personas físicas las que ejecutan los actos delictivos, omitiendo de esta manera, roses con la tradición continental.

Posteriormente se expide la Ley Orgánica 1 de 2015, la cual estableció el modelo actual de RPPJ, el principal objetivo de esta ley, fue aclarar el funcionamiento y sustento dogmático del sistema anterior, ya que, algunos autores lo entendían como un régimen de responsabilidad

vicarial, esta reforma puntualizó que, la imputación de la persona moral debe sustentarse en el defecto de organización y el cumplimiento normativo, el control que debe existir al interior de las empresas, a partir de lo cual se sustentará la responsabilidad de la persona jurídica, según el cumplimiento de las normas que regulan su ejercicio.

Este sistema tiene las siguientes características:

1. Sistema *numerus clausus*.
2. Doble vía.
3. Modelo de tipo preventivo.
4. Penas de imposición obligatoria y de imposición facultativa.
5. Sistema acumulativo y no alternativo para la persona física (Mena Villegas, 2019, 83).

Existe un tema muy importante en el plano empresarial al momento de aplicar la RPPJ, son las pequeñas empresas o microempresas, en donde existe formalmente una persona jurídica, pero según el sistema español, se considera innecesaria la aplicación del mismo a este tipo de empresas, ya que, teniendo en cuenta que la dirección, vigilancia, control e individualidad en el aporte financiero, la practica el mismo dueño, sería como transmitir un hecho ejecutado por una persona física, a otra persona física, lo cual si resulta vulnerante de principios constitucionales y penales, no existe entonces una persona jurídica a la cual imputar, siendo que, el mismo dueño es exactamente la persona jurídica.

### **1.5. Derecho penal económico y de la empresa.**

El término de derecho penal económico, es un término acuñado por la doctrina alemana, el cual se caracteriza por el grupo especial de bienes jurídicos que tutela, conocidos como colectivos y de naturaleza económica, los cuales componen el sistema socioeconómico de un

país, diferentes a los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal general, que son de naturaleza patrimonial y completamente individuales. El derecho penal de la empresa, se encuentra bastante relacionado con el derecho penal económico, incluso se podría llegar a considerar que son dos conceptos que se refieren a los mismos hechos delictivos, o que por otro lado, se complementan si se tratan de forma individual, entendiendo el derecho penal de la empresa, como las conducta punibles ejecutadas en los negocios en general, no solo al interior de una entidad de orden privado.

El derecho penal económico lo define Miguel Bajo Fernandez (Bajo Fernández, 1973, 95-96) como:

Un grado de la intervención estatal en la economía, precisamente el grado más intenso, caracterizado por el uso de su poder sancionador, la función del derecho penal económico no es otra cosa que la sublimación de la finalidad y la función del intervencionismo estatal en la economía: cumplir las exigencias de una valoración diferente del imperativo de Justicia en orden a las relaciones sociales económicas

Al sumar otro concepto a esta distinción, como lo sería la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se puede denotar la unidad y la sinergia de los anteriores conceptos, ya que, si se analiza, la gran mayoría de delitos que ocasionan la RPPJ, son de tipo económico (Lascuraín Sánchez et al., 2018, 49), apelando al derecho penal económico, pero también existe un grupo de delitos que no tienen que ver con lo económico, pero que pueden ocasionar la RPPJ, como el tráfico de armas, tráfico de personas, tratamiento ilícito de datos, acceso abusivo a un sistema informático, delitos con fines de terrorismo, entre otros.

Se observa un mínimo de claridad entre la doctrina frente a la delimitación del concepto de un derecho penal producto del corporate crime, empero, se presenta en la actualidad referencias que se podrían catalogar como erróneas, en la normativa de algunos países, como sucede en España, donde el legislador establece como nombre del Título XIII del Código Penal “delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, donde el último concepto de delitos contra el orden socioeconómico, puede resultar muy adecuado, englobando de forma excelente los bienes jurídicos que se pretenden proteger, pero cuando habla de delitos contra el patrimonio, genera una gran confusión, porque inmediatamente se piensa en delitos como el hurto, que vulnera un bien jurídico de carácter individual, lo cual no resulta acorde a la base fundamental del derecho penal económico, de tutela bienes jurídicos de naturaleza colectiva.

Según algunos autores (Lascurain Sánchez et al., 2018, 48), existen 3 tipos de conductas, que trata el derecho penal económico:

1. Delitos contra la capacidad financiera del Estado: El objetivo es proteger el orden tributario y la política económica de la nación.
2. La protección de la parte más débil de las relaciones económicas: El objetivo es proteger la vida, la salud y el patrimonio de consumidores, ahorradores y trabajadores en general.
3. Protección de instituciones básicas de la economía: El objetivo es proteger las bases de la economía de una sociedad, como lo son el sistema crediticio, la seguridad financiera, entre otros.

El derecho penal económico es entonces la herramienta a través de la cual el Estado ejerce su poder punitivo, con el fin de proteger bienes jurídicos que afectan a toda la población y/o a la estructura económica de una sociedad, brindando una garantía para tan importantes pilares.

### ***1.5.1. Aplicación del derecho penal económico:***

El derecho penal económico puede ser aplicado de dos maneras:

**A.** De forma accesoria: Consiste en un derecho penal económico que se activa, cuando la conducta resulta ser de tal gravedad, que ya no sea suficiente una sanción administrativa o de cualquier otro tipo, claro está, que para darse esto, el tipo debe exigir variaciones en la conducta que constituyan un daño al bien jurídico, creando una línea continua, donde al ejecutarse la conducta, dependiendo de la gravedad se avanza en la línea y el fin de esta será la sanción penal. El beneficio de esta forma de aplicación, es la coordinación con todas las demás áreas del derecho, por lo tanto, no sería posible caer en el gran obstáculo del *ne bis in idem*.

**B.** A través de leyes penales en blanco: Consiste en un derecho penal económico que, se compone de infinidad de remisiones normativas de otra naturaleza, para poder construir el tipo penal. El beneficio de esta forma de aplicación es la facilidad de extensión que tiene, permeando fácilmente cualquier ámbito jurídico, pero así mismo, puede ocurrir que, como en España, su aplicación fundada en una remisión dinámica, donde sea necesario acudir a gran cantidad de normas jurídicas, que dificultan la construcción del tipo y que en

algunos casos remita a normas de tipo infralegal o incluso normas que no han sido creadas, las cuales pueden ser fácilmente intervenidas por entidades de orden privado, legislando a su favor. Para una adecuada aplicación del derecho penal económico a través de las leyes penales en blanco, es recomendable acudir al modelo usado en Alemania, Francia e Italia, donde la remisión es estática, es decir, se estipula la sanción y se remite a una norma limitada y determinada (Lascurain Sánchez et al., 2018, 52).

#### **1.6. Relación entre derecho penal económico y responsabilidad penal de las personas jurídicas:**

El derecho penal económico, constituye una herramienta fundamental para la protección de especiales bienes jurídicos, que en algunos sistemas jurídicos nacionales carecen de protección, o las normas que lo regulan se encuentran dispersas en varias ramas del derecho. Sin embargo, su objetivo no es únicamente de tipo organizativo, esta área, creada y basada en la doctrina alemana, también constituye un universo jurídico, el cual se encuentra dotado de principios, formalismos y teoría, que es fuertemente nutrida por la doctrina en todo el mundo, logrando fortalecer esa protección que en principio se desea, tal como sucedería con cualquier otra rama del derecho.

Frente a los bienes jurídicamente tutelados que se pretende proteger, no existe un consenso total en la doctrina, pero una parte de ella y algunas legislaciones que lo aplican, si resultan estar de acuerdo con la determinación de unas características generales de bienes jurídicos que se pretende proteger con el derecho penal económico, esto es, la

supraindividualidad y/o colectividad de los bienes jurídicos, y su carácter socioeconómico (Lascuráin Sánchez et al., 2018, 312). Las dos primeras características puede llegar a generar confusión, incluso algunos autores (Lascuráin Sánchez et al., 2018, 47) identifican erróneamente estas características de los bienes jurídicos acá tratados, por ello, vale la pena aclarar:

1. Supraindividualidad:

Es la característica que contienen algunos bienes jurídicos, por ser un conjunto de bienes jurídicos individuales, producto de la necesidad de agrupar una realidad, que aunque tenga un soporte en un bien individual, procede de una función macro, entendiéndose ésta como el bien jurídico supraindividual. Este tipo de bienes jurídicos, al ser menoscabados en su individualidad, ponen en riesgo no solo el de los demás, que hacen parte del conjunto, sino también ponen en riesgo la razón principal por la que se instituyó ese bien supraindividual o la razón por la cual se conforma el conjunto (Barrientos Pérez, 2015, 101).

2. Colectividad:

La función de los bienes jurídicos colectivos es la de proteger directamente realidades macro, como instituciones básicas en el funcionamiento del Estado o de la sociedad, es allí donde se encasilla al orden socio-económico. No se podrían conectar de forma directa con algún bien individual, está relacionado únicamente con intereses generales de la sociedad.

Algunos autores como Adan Nieto (Mejía Patiño & Nieto Martín, 2009, 33) consideran como sustento racional para la existencia del derecho penal económico, lo que denominan como criminalidad de la economía que es "aquella criminalidad que hace peligrar los elementos estructurales, esenciales y/o las específicas condiciones de funcionamiento del sistema económico, mermando la optimización de su capacidad de rendimiento" (p. 33). Descripción que resulta bastante acertada con la definición general del derecho penal económico, teniendo en cuenta, las principales características del mismo.

Por otro lado, las personas jurídicas se diferencian de las personas naturales, a partir de su esencia, el ser persona natural indica en principio ser parte de la especie humana, dotado de funciones biológicas y físicas, propias del ser de carne y hueso (Serrano Gómez, 2011, 1) el cual, al reconocerse como persona, se le dota de ciertas facultades en la sociedad, reconocidas por el Estado a través del sistema jurídico nacional, mientras que, la persona jurídica es únicamente un ente jurídico no físico, que representa la voluntad conjunta de sus socios, a través de los cuales facultan al ente no físico de unos derechos y capacidades jurídicas específicas.

Las personas jurídicas, es un concepto que ha sido debatido durante muchos años, los juristas romanos eran cuidadosos al distinguir entre *universitas bonorum* y *universitas personarum*, es decir, patrimonio independiente y personas jurídicas (como tipo de asociación o conjunto de personas), pero gracias al carácter organizativo de la pandectística, se catalogó al ser humano como persona natural y a cualquier ente diferente al ser humano, como persona jurídica (de Castro y Bravo, 1949, 1398) concepto a partir del cual, se generaron multitud de nuevas figuras jurídicas en la actualidad. Hoy en día, persona jurídica, se pueden definir como sujetos de

derecho que se componen por un conjunto de personas naturales, los cuales, al reunir ciertos requisitos, entre ellos, la voluntad de asociación y el capital económico, con el fin de constituir un ente dedicado a determinados objetivos, entre los cuales, se podría destacar la producción de capital. Esto significa que, la persona jurídica cuenta también con algunos derechos y obligaciones similares a los que tendría cualquier persona natural, generalmente de naturaleza civil y administrativa, no todas las legislaciones reconocen su capacidad de acción y de contraer obligaciones en el ámbito penal.

A partir de la primera revolución industrial, las personas jurídicas empezaron a tener un carácter fundamental en el desarrollo de las sociedades, siendo las responsables del impulso económico que significó para algunos países la revolución industrial, las personas jurídicas fueron el combustible para impulsar aquel desarrollo económico. Aunque en aquella época, no se reconocía el papel social que brindaba esta figura, teniendo como único interés la producción de capital para el enriquecimiento de una minoría social, con el pasar de los años, y el nacimiento de teorías filosóficas y económicas como las de Marx y Engels, la empresa se empezó a dotar de aquel carácter social con el que hoy en día cuenta, no solo como medio de producción y fuente de empleo, sino como sujeto capaz de ejecutar ciertas conductas por sí solo, incluso lejos de la voluntad de sus directivos o trabajadores. Es así como la personas jurídica hoy en día ha tomado un papel ya no como un ente meramente económico, sino como una persona en sí misma, con facultades legales propias de una persona física, e incluso con capacidad de acción en el mundo fenomenológico, que debido al cúmulo financiero de muchas, resulta teniendo una gigantesca capacidad de acción.

Teniendo en cuenta la incidencia social que tienen las personas jurídicas, se debe llegar a considerar la necesidad de ejercer la totalidad de las regulaciones legales que tendría cualquier otra persona, principalmente las concernientes al derecho penal, ya que, resulta bastante contradictorio que, un ente con suficiente capacidad para ejecutar cualquier conducta incluso punible, hasta de forma masiva, no le sea reconocido por la legislación de un Estado la responsabilidad penal, eso sería castigar a los que menos capacidad delictiva tienen y omitir sanciones a los más capacitados para ejecutarlas. Este análisis, puede llegar a cuestionar fuertemente las bases de un Estado social, constitucional y democrático de derecho. Sin embargo, autores tan importantes en la criminología y el derecho penal como Raul Zaffaroni, consideran que, tratar de punir a las personas jurídicas vulnera el principio constitucional de *nullum crime sine conducta*, siendo este obstáculo, uno de muchos que se presentan en la sustentación dogmática de teorías alrededor de la RPPJ.

No se pueden negar entonces, las dificultades que se presentan al aplicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, frente a lo cual muchos países alrededor del mundo, han luchado para poder adecuar este tipo de responsabilidad en su legislación, en donde no se han presentado obstáculos solo frente al tema dogmático de la teoría del delito, sino también frente a algunas normas de carácter nacional, como sucede en Italia con el artículo 27 de la *Costituzione della Repubblica de Italia*. Cabe destacar que las cunas de las principales corrientes del derecho occidental, han visto en las personas jurídicas, la necesidad real de regular sus conductas a través del derecho penal.

Algunas de las dificultades que se presentan en la sustentación del derecho penal en la teoría del delito son:

- a. Incapacidad de acción directa en el plano físico para la ejecución de conductas punibles, debido a su condición ficticia.
- b. Carencia de voluntad, libertad y autodeterminación.
- c. Culpabilidad, por no existir consenso previo frente a la existencia de RPPJ.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta estar estrechamente relacionada con el derecho penal económico, debido a que el último, resulta ser una de las herramientas de tipo legal y dogmático a través del cual se tipifican las conductas de las personas jurídicas, asignándole un área del derecho específica con sus respectivos sustentos teóricos, el cual cobija determinados bienes jurídicos concerniente principalmente a escenarios fácticos en donde más recurrencia y desenvolvimiento tienen los entes morales, como lo es el plano económico, en donde existen multitud de figuras que cimentan la base de un sistema socioeconómico, del cual también hacen parte las personas jurídicas, pero donde la única figura dotada con capacidad de acción y voluntad es esta.

Esta relación, se sustenta a partir de las conductas punibles que ejecuta la persona jurídica, las cuales logran conculcar bienes jurídicos de tipo colectivo y/o supraindividual, que para el presente caso, hablamos del medio ambiente. Algunos podrían considerar como erróneo, materialista o antropocentrista, tratar este bien jurídico denominado medio ambiente, naturaleza o pacha mama, desde el plano del derecho penal económico, pero analizando en profundidad las

características del mismo y su relación con el ser humano y por consiguiente con la economía, resulta ser bastante acertado, cuyo análisis se expondrá a fondo más adelante.

En conclusión, la relación que existe entre el derecho penal económico y responsabilidad penal de las personas jurídicas se basa en que, el derecho penal económico es la herramienta que usa el aplicador de la norma (juez) y el legislador para poder imputar y tipificar, respectivamente, las conductas atribuibles a una persona jurídica que conculca bienes jurídicamente tutelados de naturaleza colectiva, económica y/o supraindividual.

## **2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación colombiana y el derecho penal económico.**

### **2.1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación colombiana.**

La constitución de 1991 (Constituyente de 1991 Colombia, 1991) establece un modelo económico intermedio, en donde existe tanto una libertad económica privada, como una adecuada intervención del Estado, es allí donde principalmente surge el orden económico como bien jurídico penal, conservando aquel carácter de ultima ratio, proveniente del derecho penal individual, lo que indica, que solo será posible acudir a la tutela penal de este bien jurídico, cuando no exista otro mecanismo idóneo para su protección, esta protección se materializa con la tipificación y persecución de conductas que atenten contra dicho bien jurídico.

En Colombia según la normativa actual, que se explicará más adelante, esta responsabilidad no existe en estricto sentido, así como tampoco existe una normativa específica que ordene y regule la adopción de una figura fundamental en el derecho moderno para este tipo de responsabilidad como lo es el *compliance*, la cual consiste en la constitución de un órgano al interior de la empresa, totalmente especializado en la valoración del cumplimiento de la normativa que rige a la misma, desde sus aspectos particulares como lo sería la regulación minera en una empresas dedicada a la extracción de recursos naturales o la regulación financiera al interior de una entidad financiera, como también aspectos generales como lo sería la normativa comercial o tributaria que aplica para todas las empresas (Lledó Benito, 2018, 41), la labor de este órganos se puede ejecutar de dos formas diferentes: 1) como un órgano investigador al interior de la empresa, el cual tiene acceso total a la información de sus trabajadores y ejerce

sus funciones únicamente a través del control y vigilancia de estos; y 2) como un órgano consultivo, el cual asesora a los directivos de la empresa para la creación de estrategias que prevengan la ejecución de conductas punibles, a través de la aplicación y fomento de valores éticos y empresariales (Lascuraín Sánchez et al., 2018, 145-146) (Bernate Ochoa, 2018, 37) (Bacigalupo, 2021, 265).

Con base en la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través del compliance en Colombia, se establece entonces una nueva definición o perspectiva de la conducta punible, según la cual la doctrina (Bernate Ochoa, 2018, 38-40) considera como el incumplimiento de ciertas expectativas que hacen referencia tanto a los deberes como ciudadano y también a los deberes que adquiere el sujeto según su rol al interior de la persona jurídica, entonces se puede afirmar que, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como descendiente de un derecho penal moderno, propone no solo una nueva perspectiva del delito que será aplicado únicamente a la persona moral, sino que también propone modificar esta perspectiva frente a la responsabilidad individual, ya que, incluye a los ciudadanos en esa categoría de deberes por organización, entendiendo esta como la condición que tiene todo ser humano de hacer parte de una sociedad organizada, a partir de la cual se obtienen beneficios como derechos fundamentales, pero también deberes ciudadanos, con el fin de no afectar con sus acciones a otras personas o a órdenes que conforman la estructura del Estado como sería el económico.

Las normas internacionales que establecen la adopción de la figura *corporate compliance* en Colombia son:

1. Ley 970 de 2005 a través de la cual, Colombia ratifica la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales de 1997. En donde se estableció por parte de este órgano, la obligación de que cada persona jurídica debe establecer sus propios códigos de conducta acorde a la norma nacional. También establece en su artículo 26 la obligación de los Estados parte, para la adopción de una responsabilidad de las personas jurídicas, sea de índole civil, penal o administrativa, según los principios jurídicos que rigen al Estado.
2. Ley 412 de 1997 por medio de la cual, Colombia ratifica la Convención Interamericana Contra la Corrupción, a partir de la cual se pretende promover y fortalecer la construcción de mecanismos para prevenir la corrupción.
3. Ley 800 de 2003, a través de la cual Colombia ratifica la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo. A través del cual se ordena también el establecimiento de una responsabilidad de las personas jurídicas, a través del derecho penal, civil o administrativo y la fijación de estrategias de prevención de delitos.
4. Ley 1573 de 2012 por medio de la cual, Colombia ratifica la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores en Transacciones Comerciales Internacionales, en donde se estableció un procedimiento de monitoreo y seguimiento, además de la obligación de cada Estado Parte para la adopción de una responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho de un servidor público extranjero.

Las normas nacionales que hacen referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas, a través de la aplicación de la teoría propuesta por la figura del compliance son:

1. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Ley 663 de 1993, la cual establece ciertas regulaciones frente a la prevención de actividades delictivas únicamente en el ejercicio de actividades financieras, por medio de mecanismos y procedimientos de control.
2. Artículo 325 del Código Penal, en el cual se tipifica el incumplimiento de procedimientos de control para actividades financieras o bancarias, como por ejemplo las establecidas en la ley 663 de 1993.
3. La Ley 1474 de 2011, en su artículo 11 establece que las entidades sometidas a control de la Superintendencia Nacional de Salud, deberán adoptar medidas de control y vigilancia al interior de las entidades, para evitar que se generen fraudes. Además, en su artículo 22 agrega un nuevo tipo penal, la omisión de control en el sector salud, contenida en el artículo 325 B del Código Penal.
4. La Ley 1778 de 2016 estableció en su artículo 23 que la Superintendencia de Sociedades promoverá en las personas jurídicas la adopción de mecanismos de transparencia, ética y prevención de conductas punibles establecidos en el artículo 2 de la presente ley. Estableciendo también, la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y sus respectivas sanciones.
5. Circular Externa 100-000003 del 26 de julio de 2016, por medio del cual la Superintendencia de Sociedades, estableció el Sistema de Gestión de Riesgos y la guía para programas de cumplimiento en la prevención de ciertas conductas punibles.

Esta serie de normas, aunque algunos autores (Bernate Ochoa, 2018, 43) (Castro Giraldo & Díaz Rincón, 2020, 2) la consideren en conjunto como la responsabilidad penal de las

personas jurídicas en Colombia, es necesario aclarar que esta afirmación está completamente equivocada, ya que, como se ha podido observar en el primer capítulo de esta investigación, una responsabilidad con estas características, se asemeja a la responsabilidad administrativa aplicada en Alemania, la cual se caracteriza por no reconocer directamente a la persona jurídica como un sujeto que de forma autónoma puede ejecutar acciones, en virtud del respeto al vocablo *societas delinquere non potest*, sustentando cada imputación a la persona jurídica, en una acción ejecutada por un integrante de la misma, prueba de esta similitud es el inciso segundo del artículo 34 de la ley 1474 de 2011 (Congreso de la República de Colombia, 2011), modificado por la ley 2195 de 2022 (Congreso de la República de Colombia, 2022), en donde se establecen tres supuestos por medio de los cuales se desata el régimen de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas:

1. Cuando exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada contra alguno de los administradores o funcionarios de la persona jurídica por la comisión de determinados delitos, entre ellos, cualquier delito contra el medio ambiente.
2. Cuando la persona jurídica se haya beneficiado o haya intentado beneficiarse de la comisión de conductas punibles por parte de sus administradores o funcionarios.
3. Cuando la persona jurídica consintió o toleró la realización de una conducta punible por parte de sus administraciones o funcionarios.

Cuyos supuestos son completamente contradictorios con lo estipulado en el inciso primero de este artículo, ya que, se hace referencia a que *la responsabilidad de las personas jurídicas se ejecutará independientemente de la responsabilidad penal individual*, intentando

optar por un tipo de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, pero después expone unos supuestos por medio de los cuales se ejecuta la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, optando ahora por un modelo de responsabilidad vicarial o tal vez por un modelo proveniente de esta como lo sería el de la teoría de la identificación o *controlling mind*, lo que ocasiona en cualquiera de los dos casos, que se aplique un tipo de responsabilidad objetiva, que para la presente situación y según la norma, no se imputa directamente, pero sí resulta suficiente para iniciar el respectivo proceso, ya que, según esta, a partir de estos supuestos se aplicará el régimen de responsabilidad administrativa, condicionando la existencia de un proceso penal en contra de una persona jurídica con la previa existencia de un proceso penal de una persona natural, resultando en una total contradicción, ahora con el artículo 12 de la Ley 599 del 2000 (Congreso de la República de Colombia, 2000) por medio de la cual se expide el Código Penal, a cuya rama pretende asemejarse este procedimiento.

Estos supuestos aunque no hagan parte en estricto sentido de un derecho penal debido a su respeto por el vocablo *societas delinquere non potest*, que se corresponde con el nombre del propio régimen “*responsabilidad administrativa*”, sí llega a relacionarse mínimamente con el derecho penal, en cuanto a que este, conlleva ciertas sanciones que se podrían considerar adecuada para una persona jurídica, que incluso se pueden encontrar en el derecho comparado. Empero, esta cercanía se corta de tajo, cuando se analiza el artículo 34-1 de la Ley 1474 de 2011, adicionado por la ley 2195 de 2022, en donde se establece:

Las superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia y control son las competentes para iniciar de oficio el proceso administrativo sancionatorio referido en el artículo 34 de la presente Ley, e imponer las sanciones correspondientes a sus vigilados,

cuando existan los supuestos descritos en el anterior artículo. (Congreso de la República de Colombia, 2011) (Congreso de la República de Colombia, 2022).

Adicionalmente, en el párrafo 1 del artículo 34-1, que se refiere a los conflictos de competencia, haciendo referencia a los casos en los que se presentan, los refiere como “conflictos de competencia administrativa” (Congreso de la República de Colombia, 2011), lo cual significa que este tipo de procedimiento que puede llegar a asemejarse a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no es más que un procedimiento administrativo, un derecho penal especial en estricto sentido, como amerita el caso, debe ser aplicado enteramente por la rama judicial, no por autoridades de orden administrativo, debe estar debidamente sustentado en una teoría acorde al derecho penal y constitucional nacional, sin contradicciones y respetando el principio de culpabilidad.

## **2.2. Derecho penal económico.**

El aumento en la necesidad de protección del orden económico y el convulsionado siglo XX, han ocasionado que el derecho penal haya iniciado una serie de evoluciones de todo tipo, modificando algunas de sus más antiguas estructuras, con el objetivo de adaptarse a la realidad social que afronta el mundo, es así como surge el derecho penal económico, el cual, conservando aún el carácter de ultima ratio, se empieza a incorporar a las normas ya existentes, dotándolas de una última etapa de sanción, caracterizada por la imposición de penas como la disolución de la personería jurídica, logrando de esta manera una leve evolución respecto del derecho penal económico, que diferente a lo que podría pensarse de un derecho penal especial, su normativa no

se encuentra contenida en un cuerpo legal determinado, sino que opta por una construcción del tipo a través de múltiples remisiones normativas, cuya característica aún hoy en día se sigue aplicando en muchas legislaciones alrededor del mundo, como ya se explicó.

Algunos autores (Bajo Fernández, 1973, 97) como crítica al sistema de derecho penal que se pretendía aplicar en España en el siglo XX, consideraban que, el derecho penal económico no funcionaba enteramente como derecho penal, debido a que las facultades sancionadoras se encontraban en cabeza de la administración, situación que también se presenta en Colombia, lo cual nos trae hasta el siglo XXI, donde hoy en día en algunas legislaciones ha funcionado de forma adecuada, empero no es el caso de Colombia, en donde no solo no ha rendido frutos, sino que, las autoridades administrativas que tienen esta potestad sancionadora, ni siquiera logran cumplir sus deberes más básicos como lo es el control de empresas con potencial de contaminación ambiental, como se vio reflejado en todas las jurisprudencias analizadas. En Colombia se intentó copiar un modelo de responsabilidad de las personas jurídicas que ya había sido aplicado en otras legislaciones alrededor del mundo, con excelentes resultados, sin embargo, nunca se contrastó este nuevo modelo, con la realidad jurídica actual, donde a causa de la ineficacia e improductividad de las autoridades ambientales, muchas empresas a lo largo de todo el territorio nacional han causado daños incalculables al medio ambiente, y consigo, a los mismos ciudadanos.

Esta problemática actual en Colombia, se complementa con la fuerte crítica que este mismo autor (Bajo Fernández, 1973, 117) hace a la entrega del poder represivo a la administración: “No hace falta ya dar ningún paso más para llegar a la imposición de una pena

de muerte por vía administrativa”. Esta crítica sarcástica a la estrategia jurídica usada por muchos legisladores en el mundo, para evitar entrar al debate de la capacidad volitiva de la persona jurídica, solo nos lleva a un nuevo debate, según el cual, sería necesaria la diferenciación sustancial entre la pena criminal y sanción administrativa, cuya dicotomía no se encuentra hasta el momento completamente clara según el profesor Bajo Fernandez (Bajo Fernández, 1973, 118-119).

Otra característica que tiene en cuenta el profesor Bajo Fernandez (Bajo Fernández, 1973, 97), como crítica al modelo actual de derecho penal económico, el cual también aplica para la realidad jurídica colombiana, es la falta de regulación de forma independiente, en otro cuerpo normativo diferente al de un código penal o la tradicional remisión normativa. Reconocer la adopción de un derecho penal económico, supone la existencia de un cuerpo normativo que contenga principios, delitos, reglas de procedimiento, entre otros componentes de un derecho penal especial, diferente al general. Lo que se conoce hoy como derecho penal económico no es más que un apéndice del derecho penal general, que se compone tanto de las mismas reglas y conductas típicas del derecho penal individual, como también contiene sus reglas especiales dispersas.

El derecho penal económico ha pasado en los últimos años por un proceso de *americanización*, en el cual se le ha dotado a este de un importante componente como lo es la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal como lo señala Adan Nieto (Nieto Martín, 2007, 14):

La responsabilidad colectiva es el ejemplo más claro de americanización del derecho penal económico europeo. Es más, tal como se concibe la corporate criminal liability en los Estados Unidos Puede decirse que en realidad su instauración supone el correlato lógico del desembarco a buena parte de las estrategias de control social examinadas en los apartados anteriores, como la negociación, la colaboración o la self compliance (p. 14).

La criminalidad al interior de las personas jurídicas, en el derecho penal económico, según el profesor José Roberto Pazmiño (Pazmiño, 2019, 94) ha sido diferenciada por la doctrina, de la siguiente manera:

1. Criminalidad como empresa: Hace referencia a las organizaciones criminales o al crimen organizado que caracterizado por la comisión de delitos como el narcotráfico, tráfico de armas, trata de personas, tráfico de órganos humanos, etc. utilizando empresas para la obtención de beneficios.
2. Criminalidad de empresa: a los delitos que se cometen a través de una actuación que se desarrolla en interés de una empresa o en otras palabras, empresas legales que cometen delitos socioeconómicos ocasionalmente, como delitos medioambientales, contra el mercado bursátil, contra la hacienda pública, etc. (p. 94).

Actualmente y gracias a importantes avances normativos en el plano internacional como la Convención de la OCDE (*CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES*, 1997), la doctrina acoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas bajo la figura de compliance, para la evitación tanto de la criminalidad de empresa, como de la

criminalidad como empresa, de cuya figura (compliance) algunos autores consideran más adecuado el tipo stakeholder democracy (Bernate Ochoa, 2018, 37), puesto que, a través de este se fortalecen los principios éticos alrededor de la empresa, en donde se asume la responsabilidad de denunciar y ser denunciado, en donde se respeta la privacidad y fomenta el desarrollo personal de los trabajadores al interior de la entidad.

El derecho penal económico, no puede ser adoptado, como lo señala el profesor Raúl Cervini (Cervini, 2008, 13):

Se ha definido al derecho penal económico como aquella rama del derecho penal cuya función es la protección del orden económico dirigido o intervenido directamente por el Estado. Esta posición no sólo confunde el concepto de orden económico con una determinada forma de intervención estatal en la economía, sino que reduce exageradamente los límites del derecho penal económico a las infracciones fiscales, monetarias, de contrabando y a las que afectan la determinación y formación de los precios, y lo aísla de aquellos casos en que el Estado renuncia a intervenir en el ámbito de la economía. Adicionalmente, tiene como consecuencia la construcción de una concepción de derecho penal económico como un derecho penal de emergencia, utilizado para reforzar políticas estatales, cuyo origen puede rastrearse en los Estados totalitarios y, en particular, en épocas de emergencia nacional (p. 13).

Por el contrario, el derecho penal económico, debe optar por una concepción amplia del mismo, que responda a las realidades jurídicas actuales, tal como lo describe este mismo autor (Cervini, 2008, 14):

Se ha desarrollado una concepción amplia, consecuencia de múltiples factores: el evidente predominio de la economía de mercado y la decadencia del dirigismo estatal, entre otros. Esta corriente lleva a una expansión de los contenidos del derecho penal económico, tanto en la legislación extra código como en el ámbito del derecho codificado. (p. 14).

Esta concepción amplia, posibilita la protección de bienes jurídicos tan importantes como el medio ambiente.

Bajo todos estos preceptos anteriormente analizados sobre el derecho penal económico, desde su origen primigenio, hasta los últimos avances en cuanto a la demanda de concepciones amplias, se puede concluir que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia no existe, solo existe una responsabilidad de las personas jurídicas bajo un trámite administrativo, que por hacer remisión a normas jurídico-penales como el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, puede llegar a generar confusiones, pero por ello no puede considerarse en estricto sentido como una responsabilidad penal, sin embargo, debe resaltarse la importante labor del legislador al poner los primeros adoquines para la construcción de una adecuada responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que, independientemente de la normativa internacional, este ha optado por establecer ciertas normas internas que adoptan elementos muy importantes como lo es la figura del compliance, que aunque aún se encuentra en un estado prematuro, es un elemento fundamental para la aplicación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas en la realidad jurídica colombiana.

Este desarrollo legislativo en Colombia resulta ser de vital importancia para responder a las problemáticas que vive el país con la elevada cantidad de delitos cometidos a través de personas jurídicas o por las mismas personas jurídicas, como lo son los delitos ambientales, ante los cuales las autoridades administrativas no hacen absolutamente nada, debido a ello, es que surge la urgente necesidad de una modificación y celeridad de estos avances legislativos, que los encaminen no hacia esa tendencia administrativista propia del derecho penal económico europeo, sino hacia una responsabilidad penal de las personas jurídicas en estricto sentido, acorde a la realidad jurídica colombiana.

### **2.3. La tutela del bien jurídico medio ambiente a través del derecho penal económico y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

Como ya se vio anteriormente, el derecho penal económico en estricto sentido tiene como función, penar conductas punibles atentatorias contra el orden económico, sin embargo, como lo ha señalado el profesor Raúl Cervini (Cervini, 2008, 14), el derecho penal económico está pasando por una expansión de sus contenidos, a partir de lo cual, el presente trabajo propone también incluir la tutela del medio ambiente en el derecho penal económico, atendiendo a la realidad jurídica colombiana, esto sustentado bajo los siguientes postulados:

1. El medio ambiente es un bien jurídico colectivo, de igual naturaleza que el orden económico. Como también se menciona por Hernando Quintero (Hernández Quintero, 2019, 181) considerando a la defensa del medio ambiente como parte de los fines del Estado en Colombia.

2. Los derechos humanos como objeto de regulación de la actividad empresarial. Como lo describe el autor Nieto Martín (Nieto Martín, 2020, 149-150), en los últimos años se ha dado un gran giro frente a la responsabilidad social corporativa, a partir de la cual ha suscitado el debate frente a la obligación que tienen las empresas para la protección de los derechos humanos.
3. El desarrollo sostenible necesariamente va de la mano con un orden económico que respete el medio ambiente, ya que, cualquier actividad del ser humano, sea ejecutada por una persona natural o jurídica, puede provocar cambios en el medio, positivos o negativos. La materialización del desarrollo sostenible debe permear absolutamente todas las relaciones sociales, económicas y culturales, y el derecho penal no es la excepción.
4. Las afectaciones al medio ambiente suponen directamente una afectación a sectores económicos de gran importancia, tanto para el orden económico, como para garantizar la vida y bienestar del ser humano, verbigracia, la agricultura.
5. El medio ambiente en la normativa colombiana se encuentra protegido por tres ramas del derecho, a saber:
  - 5.1. Derecho Constitucional: la Constitución de 1991 (Constituyente de 1991 Colombia, 1991) se ha establecido como una Constitución Ecológica, lo cual, según la Comisión de Investigación GAP de la Universidad del Rosario (Comisión de Investigación GAP de la Universidad del Rosario, 2010, 14) la ha descrito de la siguiente manera:

Los principios que conforman la Constitución Ecológica son a la vez mandatos de protección y derechos constitucionales. La Constitución Ecológica concibe al medio ambiente desde tres perspectivas: Como principio fundamental del ordenamiento jurídico, como derecho de todas las personas a gozar de un medio

ambiente sano, y como mandato que contiene obligaciones para las autoridades y los particulares. (p. 14).

5.2. Derecho penal: Como lo definiría Velasquez (Velásquez Velásquez, 2007, 1) “el derecho penal es tanto el conjunto de normas o derecho positivo, como la facultad del Estado para ejercer el derecho de castigar” (p. 1)., es decir, por medio de este, se pretende la protección del bien jurídico medio ambiente, por medio de la tipificación de conductas atentatorias contra este, ejecutadas por personas naturales, cuya potestad de castigar está en cabeza del Estado, verbigracia, ley 2111 de 2021 (Congreso de la República de Colombia, 2021).

5.3. Derecho administrativo: por medio del derecho administrativo se pretende la protección del medio ambiente, a través de la labor de entes reguladores como la ANLA y las Corporaciones Autónomas Regionales, encargadas de la vigilancia y control de licencias ambientales y del medio ambiente en sí mismo, así como también, a través de esta rama se crea la responsabilidad administrativa sancionatoria, Ley 1474 de 2011 y 2195 de 2022 (Congreso de la República de Colombia, 2011) (Congreso de la República de Colombia, 2022).

Sin embargo, no existe una regulación real, directa y eficaz, para la tutela de este bien jurídico por conductas ejecutadas por personas jurídicas, lo que más se le asemeja en la norma, es la responsabilidad administrativa anteriormente citada, pero esta se encuentra en cabeza de autoridades que cuentan con una eficacia nula, y en la realidad jurídica de la aplicación de las normas, es por medio del derecho constitucional que se le ha otorgado una protección a este bien jurídico, pero ello no significa que sea suficiente, a pesar de sus reconocidos esfuerzos, el

derecho constitucional no puede sobrepasar sus funciones y convertirse en un derecho sancionador, elemento que sin duda es clave para su protección, es allí donde surge la necesidad en la realidad jurídica colombiana de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, por conductas atentatorias contra el medio ambiente, en estricto sentido, a través de un derecho penal económico, debidamente limitado siguiendo las pautas de la constitución de un derecho penal especial, en donde se establezcan unos principios, se tipifiquen conductas y se constituyan reglas procedimentales, todo, al interior de un cuerpo normativo específico y no se opte por la remisión normativa, propia de modelos de responsabilidad penal extranjeros.

La adopción de idénticos modelos extranjeros, sin una adecuada valoración de la realidad jurídica actual, deja de lado un mecanismo célere y eficaz para la protección del medio ambiente por las conductas ejecutadas por personas jurídicas, que independientemente de si tienen o no más alcance que las personas naturales para ocasionar este tipo de daños, actualmente no se regula más que por meras sanciones administrativas, las cuales como se pudo observar en la jurisprudencia analizada, ni siquiera se mencionan, ya que, las autoridades encargadas de su imposición, no cumplen sus deberes más mínimos como lo es la vigilancia de las empresas en sus actividades extractivas.

Como lo vimos anteriormente, la aplicación del régimen de responsabilidad administrativa a las personas jurídicas equiparándola con una responsabilidad penal de las personas jurídicas, la convertiría en un sistema amorfo, inviable, inconstitucional e incluso contradictorio. Sin embargo, la única manera de aplicar este sistema, además de otorgarle las facultades propias de su aplicación a la rama judicial, es a través de la adopción de un adecuado

modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, como lo sería el modelo de responsabilidad penal por el hecho propio de la persona jurídica y superando el obstáculo del principio de culpabilidad propio de nuestro sistema penal, por medio de la aplicación de nuevas teorías como la propuesta por el profesor Robles Planas, según la cual se parte de una investigación frente al deber de organización que tiene toda persona jurídica, y en caso de no ser cumplido, pasar a establecer el grado de culpabilidad de doloso a culposo, según el grado de omisión de dicho deber. La adopción de este tipo de teoría traería consigo la adopción de la afamada figura del compliance, que como se ha demostrado, resulta ser una excelente estrategia para la evitación de conductas punibles al interior de las empresas.

En conclusión, no se puede hablar en estricto sentido de la existencia de una responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, mucho menos de una responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a conductas punibles contra el medio ambiente, sin embargo, es necesario destacar que el legislador durante los últimos años ha estado dando los primeros pasos para la construcción de una adecuada responsabilidad penal de las personas jurídicas, que por consiguiente, cuando formalmente sea concretada, se podría hablar de la adopción del derecho penal económico amplio, en el cual se logre la tutela de bienes jurídicos colectivos como lo sería el del medio ambiente, entendido este como la base fundamental de la vida en el planeta, no como era entendido en el Código Penal Colombiano de 1980, en donde se establecieron las conductas lesivas del medio ambiente en el capítulo referido al bien jurídico “orden económico y social” lo cual se hacía a partir de una visión totalmente antropocéntrica (Jiménez Cabarcas, 2017, 207).

La tesis que propone el derecho penal económico, como fue tratado en este capítulo, es la adopción de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, por conductas punibles contra el medio ambiente, a través de un derecho penal económico amplio, el cual se compone principalmente, de la adopción del bien jurídico medio ambiente, por parte del derecho penal económico, como objeto de protección, que deberá ser respetado por las actividades extractivas propias de la economía colombiana, logrando de esta manera y gracias a la intervención del estado en la economía, una materialización del desarrollo sostenible, que tanto demanda esta nueva época, y una visión ecocentrista de la economía. Respecto al tema dogmático, propone la adopción de una imputación de responsabilidad por el hecho propio, superando la barrera de la culpabilidad como lo propone el profesor Robles Planas, a través de la adopción de un deber de organización, según el cual, la persona jurídica responde frente a la omisión de este deber y su grado de culpabilidad se establecerá según si la omisión se dio de forma dolosa o culposa, por parte de su órganos de cumplimiento.

### 3. Desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre contaminación ambiental por explotación de yacimientos mineros en Colombia durante los años 2013 al 2017.

#### 3.1. Análisis jurisprudencial: sentencia T-154 de 2013 Corte Constitucional.

**Tabla 1.**

*Sentencia T-154 de 2013.*

	<p style="text-align: center;"><b>Orlando José Morales vs Sociedad Drummond Ltda</b></p> <p style="text-align: center;">Acción de tutela instaurada por el ciudadano, en razón a las actividades extractivas lesivas de derechos fundamentales.</p>
<b>Referencias</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Sala: Sexta de Revisión de la Corte Constitucional.</li> <li>● Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.</li> <li>● Lugar y fecha: Bogotá 21 de marzo de 2013.</li> <li>● Expediente: T-2550727.</li> <li>● T: 154 de 2013.</li> </ul>
<b>Partes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Accionante:</b> Orlando José Morales.</li> <li>● <b>Accionado:</b> Sociedad Drummond Ltda.</li> </ul>
<b>Hechos</b>	<p>El accionante vive en una finca que se encuentra a 300 metros de la mina de carbón Pribbenow, propiedad de la sociedad Drummond Ltda, debido al trabajo extractivo que se realiza durante las 24 horas del día, se produce gran cantidad de material particulado que se acumula en cualquier superficie, incluso cuerpos de agua y también un elevado nivel</p>

	<p>de ruido, afectando la calidad de vida, salud y bienestar tanto del accionante y su familia, como del medio ambiente.</p> <p>El accionante solicita que se suspenda o detenga la explotación de esta empresa, hasta que se verifique que cumplen con toda la normativa aplicable.</p> <p>En acta del 23 de julio de 2009 se registró lo hallado en el lugar de los hechos, durante la inspección judicial realizada, según la cual, no se encontró material particulado correspondiente a la actividad de la empresa.</p> <p>En fallo de septiembre 2 de 2009, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Valledupar, negó el amparo, aduciendo que, no se logró demostrar que Sociedad Drummond Ltda, vulnere o amenace algún derecho fundamental, producto de su actividad minera en la zona.</p>
<b>Contestación</b>	<p>Según el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las operaciones mineras ejecutadas por la sociedad Drummond Ltda, cumplen con toda la normativa aplicable al caso, como la Resolución 601 de 2006, Resolución 627 de 2006 y el decreto 1594 de 2005.</p>

<p><b>Problema jurídico</b></p>	<p>¿La sociedad Drummond Ltda, vulnera derechos fundamentales a los accionantes, tales como la vida, la salud, la intimidad y al medio ambiente sano, a causa de la explotación minera de carbón a cielo abierto ejecutada por dicha entidad?</p>
<p><b>Consideraciones</b></p>	<p>La acción de tutela como regla general no procede frente a la protección de derechos colectivos, sin embargo, la Corte ha considerado como procedente cuando los derechos colectivos que se pretenden proteger, tengan conexión directa con derechos fundamentales de carácter individual, cuyos daños deberán estar probados y la decisión judicial deberá dirigirse de forma directa al amparo de estos derechos.</p> <p>La protección del medio ambiente es un elemento fundamental contenido tanto en Convenios internacionales ratificados por Colombia, como en la Constitución Política de 1991, la cual se ha denominado Constitución ecológica, entendiéndose al aprovechamiento de los recursos naturales bajo un modelo de desarrollo sostenible, donde la explotación de estos recursos se deba realizar bajo principios de conservación, restauración y sustitución.</p> <p>La vulneración de los derechos a la intimidad, vida y salud producto de la contaminación ambiental, se materializa cuando se ven</p>

afectados elementos vitales como el agua, el aire y el suelo, demandando protección por su conexión con el bienestar del ser humano. Es por esto que la protección del medio ambiente ha tomado un papel muy importante en los últimos años, tanto en pronunciamientos transnacionales como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Según las normas de calidad del aire en exteriores, se consideran principalmente 6 contaminantes, dióxido de azufre, monóxido de carbono, dióxido de nitrógeno, ozono, material particulado en suspensión y plomo. A su vez, el material particulado en suspensión se diferencia según el diámetro aerodinámico, siendo los más riesgosos, inferiores a 10mm.

Según la visita técnica realizada por un experto del Ministerio, la vivienda se encuentra a 1.5km del botadero de estériles SO perteneciente al proyecto minero Pribbenow y según las consultas realizadas por el doctor Juan Carlos Correa, no es posible asegurar una conexión entre el material particulado generado por las actividades mineras y el desarrollo de enfermedades respiratorias o relacionadas. Totalmente contrario a lo expresado por el Ministerio de Ambiente, quien sí reconoció el considerable impacto ambiental y social que genera la actividad minera en la zona.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera como probado el daño ambiental que genera sociedad Drummond Ltda, afectando plantas, animales y afluentes hídricas circundantes, ocasionando también, un impacto en la calidad de vida y la salud de los pobladores, quienes sufren de enfermedades respiratorias y pulmonares. Se resalta la insuficiencia del presunto cumplimiento del 83% del plan ambiental, el cual, según lo anteriormente expuesto, no logra en su totalidad la protección adecuada de las riquezas naturales nacionales, así como tampoco la licencia ambiental es sinónimo de inexistente contaminación, agregando a esto lo señalado por la Corte *“La explotación económica de recursos naturales, por más importante y rentable no justifica el deterioro ambiental”* (T-154-13 Corte Constitucional De Colombia, 2013)

La Corte considera como demostrado que las operaciones mineras de la empresa se efectúan durante las 24 horas del día, debido a que, si no se realiza de esta manera, no sería lo suficientemente rentable, así como también, considera probado lo aducido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en cuanto a que la empresa Drummond Ltda, presenta un cumplimiento del 83% de sus obligaciones ambientales.

A pesar de las consultas realizada por expertos y lo argumentado por la sociedad accionada, la Corte considera evidente que el

	<p>esparcimiento de partículas de carbón producto tanto de la explotación, como de su transporte, genera contaminación a todos los seres vivos con los que tiene contacto y a afluentes hídricas de la zona, cuyo presupuesto es reforzado por el Informe Anual sobre el Estado del Medio Ambiente y los Recursos Naturales Renovables en Colombia del 2007, en donde el IDEAM destaca el fuerte deterioro que ocasiona al aire el material particulado, siendo este uno de los principales.</p>
<p><b>Ratio decidendi</b></p>	<p>El criterio de precaución según el Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro de 1992, establece que a falta de certeza científica sobre los daños que pueda ocasionar al medio ambiente determinada actividad, no se podrá postergar la adopción de medidas para su prevención, el cual es adoptado por Colombia a través del artículo 1 de la ley 99 de 1993. En fallo emitido por la sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Valledupar, se omitió la aplicación del principio de precaución, que redirecciona la decisión si se toma en cuenta la ratio decidendi de la misma, contenida en el argumento de insuficiente material probatorio, para demostrar que la sociedad accionada vulnera derechos fundamentales de los accionantes.</p>

<b>Decisión</b>	<p><b>A.</b> Revocar la sentencia dictada por la Sala-Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar frente al caso en concreto.</p> <p><b>B.</b> Tutelar los derechos fundamentales del demandante y su núcleo familiar.</p> <p><b>C.</b> Ordenar al Ministerio de Salud o a quien haga sus veces, que haga cumplir la preceptiva constitucional frente al tema ambiental y a lo dispuesto por demás organismos de orden nacional e internacional.</p> <p><b>D.</b> Ordenar al Ministerio de Salud o a quien haga sus veces, que promueva un plan de acción con actividades coordinadas con el fin de construir una política nacional integral para optimizar y hacer cumplir la prevención y control de la contaminación del aire y agua, ocasionado por la explotación y transporte de carbón.</p> <p><b>E.</b> Ordenar a la sociedad Drummond Ltda, la instalación de maquinaria de última generación, que logre minimizar al máximo la contaminación ambiental, producto de sus actividades extractivas. Así mismo, se ordena la instalación de barreras vivas que minimicen los daños generados al ambiente.</p>
-----------------	---

	<p>F. Solicitar al Defensor del Pueblo, verificar que los derechos aquí tutelados sean debidamente ejercidos y defendidos.</p> <p>G. Compulsar y enviar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que, hagan cumplir lo ordenado en esta providencia y de ser necesario se inicien las respectivas investigaciones. (Corte Constitucional de Colombia, 2013)</p>
<p><b>Análisis</b></p>	<p><b>A. Análisis crítico general.</b></p> <p>En la expuesta providencia, queda demostrada la importancia jurídica y social que le otorga la Corte Constitucional al medio ambiente, no solo por la aplicación de principios como el de precaución, sino por las consideraciones referentes a los hechos probados que tuvo en cuenta para su decisión, como considerar probada la conexidad entre la explotación minera en la zona, con las afecciones respiratorias de los demandantes, incluso sin habersele practicado un examen médico. No se entiende, cómo la Sala-Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, omitió la aplicación del principio de precaución, teniendo en cuenta que hace parte del bloque de constitucionalidad, y por ende, reviste un carácter vinculante. La aplicación de este principio, aunque para la anterior providencia no revista un carácter penal, se podría</p>

analizar la responsabilidad que ocasiona dicho principio, en donde, a falta de certeza científica que logre probar la inexistencia de afectaciones ambientales por actividades extractivas, se resolverá, en la adopción de medidas para la protección del medio ambiente, lo que trasladado al ámbito penal, ocasionará invertir completamente la carga probatoria y el desconocimiento del principio *in dubio pro reo*, resultando en un proceso penal donde las dudas se resuelvan en favor de las víctimas, o lo que es lo mismo, se resuelvan en contra de la entidad que ejecuta las actividades extractivas. Independientemente, si este tipo es o no el que se deba aplicar en Colombia, para las personas jurídicas y frente a estos temas, definitivamente este principio es la mejor herramienta para lograr la protección del medio ambiente desde el plano constitucional.

**B. Análisis a la luz del derecho penal económico:**

Desde el análisis del caso, a partir de la tesis propuesta en el anterior capítulo por el derecho penal económico, se puede afirmar que, la adopción del medio ambiente como bien jurídico, por parte de este, ocasionaría: I) la posibilidad de acudir ante la autoridad competente a realizar su denuncia por las actividades extractivas irregulares, sin llegar a comprometer el principio de subsidiariedad en instancias de acción de tutela, en el entendido de que esta se usará ahora como mecanismo

	<p>transitorio para evitar un perjuicio irremediable, que es realmente lo que se busca obtener a través de la tutela de estos casos; y II) se observará un cambio ipso facto, tanto en la garantía de este bien jurídico y todo lo que lo compone, como en la misma población que se encuentra afectada, en este caso por las actividades extractivas de la empresa Drummond Ltda, esto bajo el inevitable cambio de consciencia por parte de las empresas, sea por interés legítimo en el cuidado del ambiente o sea por evitar una sanción penal, ya no ejecutada por órganos de fácil manipulación, sino por la rama judicial, las empresas prevendrán cualquier tipo de conducta que pueda atentar contra el medio ambiente, cuya prevención en la mayoría de casos se podría presentar en la conformación de órganos de cumplimiento, que se encarguen de vigilar y controlar realmente su actuar.</p>
--	---

### 3.2. Análisis jurisprudencial: sentencia T-672 de 2014 Corte Constitucional.

**Tabla 2.**

*Sentencia T-672 de 2014.*

	<p align="center"><b>Población de Bosconia Cesar VS ANLA, ANI, FENOCO S.A. y Municipio de Bosconia.</b></p> <p align="center">Acción de tutela instaurada en conjunto por 138 personas, debido a la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, la intimidad y al medio ambiente sano, producto del paso constante de trenes por el municipio de Bosconia.</p>
<b>Referencias</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Sala: Quinta de Revisión de la Corte Constitucional</li> <li>● Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio</li> <li>● Lugar y fecha: Bogotá 10 de septiembre de 2014.</li> <li>● Expediente: T-4.349.683</li> <li>● T: 672 de 2014.</li> </ul>
<b>Partes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Accionante:</b> Karen Johana Vergara Alvear y otros 138 vecinos del municipio de Bosconia, Cesar.</li> <li>● <b>Accionado:</b> Agencia Nacional de Licencias Ambientales ANLA, Agencia Nacional de Infraestructura ANI, el municipio de Bosconia y FENOCO S.A.</li> </ul>
<b>Hechos</b>	<p>Los accionantes alegan que, debido al insoportable ruido y a la dispersión de partículas de carbón en el aire, producto del paso constante</p>

	<p>de trenes por las vías férreas, esta población ha visto gravemente afectada su salud y la del medio ambiente.</p> <p>Según los accionantes, en el 2008 y 2009 el Ministerio de Ambiente, a través de actos administrativos, ordenó a FENOCO la construcción de ciertos desvíos para evitar la afectación de personas que habitan la zona, pero el proyecto nunca se llevó a cabo.</p> <p>La Corporación Autónoma Regional del Cesar, impuso restricciones a la circulación de los trenes, sin embargo esta medida no fue posible cumplirla, debido a que la ANLA levantó la restricción.</p>
<p><b>Problema jurídico</b></p>	<p>¿Los trenes que transportan carbón, emiten partículas de carbón y provocan fuertes ruidos contaminantes que ocasionan la vulneración de derechos fundamentales a la salud, la intimidad y al medio ambiente sano de las personas que habitan los alrededores de las vías ferroviarias?</p>
<p><b>Consideraciones</b></p>	<p>Los ferrocarriles han sido un símbolo del progreso económico y social, durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX tuvo un papel fundamental para el transporte de productos de exportación como el café y el banano, sin embargo, en 1988 producto de fracasos administrativos y técnicos, fue liquidada la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por lo cual fue necesario en aquella época</p>

buscar otras alternativas de transporte. Desde 2003 existe un sistema de concesiones parciales de estas rutas ferroviarias, de las cuales son explotadas dos únicos tramos.

El ferrocarril aunque es considerado amigable con el medio ambiente, en la Cumbre de la Tierra en Estocolmo en 1972, este medio de transporte se catalogó como agente contaminante del medio ambiente, debido al fuerte ruido que ocasiona, estos sonidos son causados por los frenos que rozan las vías y por el mal estado de las mismas.

La Constitución de 1991 prevé que los derechos colectivos sean amparados a través de acciones populares, sin embargo, la acción de tutela resulta procedente para su protección, cuando la afectación de derechos colectivos resulte también en una afectación a derechos individuales, para lo cual la jurisprudencia ha establecido unas reglas de ponderación como criterio auxiliar:

1. Que la vulneración o amenaza del derecho fundamental sea consecuencia directa de la afectación al derecho colectivo.
2. El accionante debe ser el afectado, debido a la naturaleza subjetiva de los derechos fundamentales.

3. La amenaza al derecho fundamental debe estar debidamente probada.
4. La decisión judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, no del derecho colectivo en sí mismo directamente.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el ruido excesivo, además de ser considerado un factor contaminante del ambiente, puede ocasionar una intromisión indebida en el espacio de las personas, afectando derechos a la intimidad personal y familiar, y a la paz y tranquilidad. Así se ha establecido en sentencias T-210 de 1994, T-428 de 1995, T-394 de 1997, T-460 de 1996, T-589 de 1998 y T-525 de 2008.

Aunado a lo anterior, el exceso de ruido no sólo puede llegar a perturbar el derecho a la intimidad de las personas, sino también su salud, ya que, como lo ha señalado la Asociación Médica Mundial y la OMS, el ruido excesivo está asociado con el sistema nervioso vegetativo, la psiquis, la comunicación oral, el sueño y el rendimiento, puesto que, el ruido es un factor estresante, ocasionando una mayor carga en el cuerpo, lo que provoca una mayor demanda de energía y por supuesto mayor desgaste. El ruido puede llegar incluso a favorecer la aparición de

enfermedades como la apoplejía, angina de pecho, infarto al miocardio e hipertensión.

La situación presentada en el presente caso no se limita únicamente al daño provocado por la contaminación auditiva, también comprende la afectación a derechos fundamentales producto de la emisión de partículas de carbón debido al transporte de este en trenes, tal como lo ya ha reconocido la Corte en otras providencias, "la explotación y transporte de carbón genera dispersión de partículas que afectan el aire, el agua y la tierra", debido a esto, estas actividades deben estar estrictamente reguladas y controladas por las respectivas autoridades. Lo anterior se corresponde, con lo que esta Corporación encontró probado en sentencia T-203 de 2010 considerando evidente que estas partículas que emite el transporte de carbón, además de la perturbación al medio ambiente, provoca enfermedades respiratorias y pulmonares a las personas que son expuestas, comprometiendo gravemente su salud. Concluyendo de esta manera que el uso de trenes para el transporte de carbón, provoca contaminación por dispersión de partículas.

Frente a los daños al medio ambiente, la Corte señala que en el presente caso es aplicable el principio de precaución, que en directa relación con la máxima *in dubio pro ambiente* establecen que en caso de

duda sobre los efectos nocivos que pueda ocasionar determinada actividad, esta cederá para la protección del medio ambiente.

En sentencia C-595 de 2010, la Corte citó un estudio que vale la pena resaltar en análisis de esta providencia, el estudio citado se denomina "Análisis del principio de precaución en derecho internacional público, perspectiva universal y perspectiva regional europea" en donde se señalan los principios estructurales del derecho internacional del medio ambiente:

1. Principio de desarrollo sostenible y de equidad intergeneracional.
2. El principio de cooperación con espíritu de solidaridad mundial.
3. Principio de prevención.
4. Principio de precaución.

Estos dos últimos según el estudio, se diferencian debido a que el principio de prevención consiste en conocer el daño ambiental anticipadamente y poder adoptar medidas para evitarlo. Y el principio de precaución se basa en que el daño ambiental a mediano y largo plazo no puede ser conocido anticipadamente, por esto, la posibilidad de anticipación es limitada e imperfecta, debido a nuestras limitaciones en conocimientos científicos como seres humanos, es por esto que no es posible anticipar daños ambientales conociendo su exactitud.

<b>Ratio</b> <b>Decidendi</b>	<p>La Corte considera que existen tres pruebas que componen el material probatorio suficiente para considerar que sí existe una amenaza a los derechos fundamentales de los accionantes, por la contaminación provocada por el paso de trenes por la zona.</p> <p><b>A.</b> Informe de la Defensoría Regional del Pueblo del Cesar, realizada en Bosconia el 12 de julio de 2013, en la cual se verifica la frecuencia y dimensión de los trenes que atraviesan el municipio. Cada 15 a 20 minutos aproximadamente pasa un tren, que se compone de 3 locomotoras y 100 vagones cada uno con 65 toneladas de carbón, provocando fuertes ruidos por las sirenas y pitos que activan los operarios, el paso de cada vagón por los cambiavías y el mal estado de las vías, existiendo incluso el posible descarrilamiento de un tren con lamentables consecuencias.</p> <p><b>B.</b> En resolución 1410 de 2012 la Corporación Autónoma del Cesar, impuso medidas preventivas a causa del ruido causado por los trenes que opera Fenoco S.A., en donde se ordenó la suspensión del transporte ferroviario de carbón en los lugares donde las vías se encuentren a menos de 100 metros de comunidades o viviendas, entre las 4:30 am y las 10:30 pm. Se pudo verificar además, que el ruido provocado por las locomotoras asciende a 105 dB en donde se describen</p>

	<p>varios sonidos tanto de los pitos, como de los frenos y el roce con los rieles, encontrando variedad de frecuencias. Concluyendo que el paso de los trenes por la zona no cumple con estándares establecidos por la norma nacional de ruido ambiental afectando a las personas que habitan la zona.</p> <p>C. La resolución 211 de 2013 emitida por la ANLA, tiene como objetivo la revocación de la medida anteriormente decretada por Corpocesar, con base en la implementación de una medida ambiental aprobada por ANLA a través de resolución 092 de 2013, la cual consiste en la prohibición del uso de pitos o sirenas por parte de los operadores, sustituyéndolos por campanas, que según la ANLA lograron disminuir un 80% el ruido molesto. Cabe destacar que estos datos expuestos por la ANLA provienen de estudios y encuestas realizados por Fenoco, existiendo una clara imparcialidad de los mismos. Frente a esto, pocos meses después del levantamiento de la medida, la población interpuso acción de tutela expresando su inconformidad.</p> <p>No se logra comprobar la existencia de controversia científica frente a la afectación ambiental, por lo tanto, no es posible la aplicación del principio de precaución.</p>
<p><b>Decisión</b></p>	<p>A. Revocar parcialmente el fallo proferido el 11 de febrero de 2014 por el Tribunal Administrativo del Cesar y en su lugar conceder a los actores el amparo de sus derechos fundamentales a la intimidad, la</p>

	<p>tranquilidad y la salud en conexidad con el derecho a un medio ambiente sano.</p> <p><b>B.</b> Ordenar a Fenoco S.A. la suspensión de actividades de transporte ferroviario de carbón en lugares donde la vía se encuentre a menos de 100 metros de comunidades o viviendas, entre las 10:30 pm y las 4:30 am.</p> <p><b>C.</b> Ordenar a Fenoco S.A. que en un término que no exceda los 6 meses, incluya en su plan de manejo ambiental medidas adicionales, encaminadas a disminuir el coeficiente de rozamiento, implemente pantallas acústicas y otros mecanismos de control de ruido. Hasta tanto no se de cumplimiento a esta medida, no se levantará la medida de suspensión.</p> <p><b>D.</b> Ordenar a la ANLA que en un término de 2 meses proceda a hacer las mediciones y estudios necesarios para establecer la existencia de contaminación por polvo de carbón y en caso de confirmar dicha contaminación, esta entidad deberá tomar las medidas necesarias. (Corte Constitucional de Colombia, 2014)</p>
<p><b>Análisis</b></p>	<p><b>A. Análisis crítico general:</b></p> <p>En la presente providencia se muestra el adecuado análisis que hizo la Corte frente a los derechos fundamentales que se vieron</p>

vulnerados, incluso puede considerarse bastante acertada las decisiones frente a ello, en donde no sólo se ordenaron medidas a Fenoco S.A., sino también a las autoridades ambientales que como ya se ha visto a lo largo de los análisis, es un componente fundamental para la existencia de este tipo de conductas por parte de empresas. Sin embargo, es imposible no resaltar la inexistencia de un análisis del problema frente al medio ambiente, la Corte omitió por completo un serio análisis al respecto, ni siquiera se ordenó a ninguna entidad previo a la decisión, allegar estudios ambientales que puedan o no demostrar la contaminación que provoca el polvillo que emiten estos trenes, existiendo la posibilidad de hacerlo y de otorgarle un espacio en el análisis del caso, esta Corporación prefirió omitir este asunto, emitir una decisión y dejar en el aire la orden a la ANLA de elaboración de estudios para la verificación de este tipo de contaminación, ya que, solo se ordena la realización de los estudios, pero no sé especifica cuáles serán las medidas mínimas necesarias que se deberán tomar en tal situación.

**B. Análisis a la luz del derecho penal económico:**

Entrando en el análisis del caso, a partir de la tesis propuesta en el presente trabajo, se puede identificar que la existencia de un bien jurídico ambiente desde la perspectiva amplia del derecho penal económico, en el presente caso, hubiera significado la posibilidad de una mayor

	<p>investigación frente a los daños ambientales que sin duda alguna se debieron ocasionar, ya que, la emisión de partículas se logró probar, con lo cual sólo basta un sencillo ejercicio lógico para considerar como consecuencia de ello, la afectación a otros seres vivos y al medio ambiente mismo. En la aplicación de la teoría de responsabilidad penal propuesta, surge un inconveniente, como lo es la persona jurídica a la cual se le va a imputar responsabilidad, ya que, esta se dedica únicamente al transporte del material ya extraído, que aunque la etapa del proceso (transporte) igual se puede considerar como parte de la actividad extractivas, la persona jurídica que se imputaría en este caso por delitos ambientales, tiene únicamente labores de transporte, detalle que tendría que tenerse en cuenta por el legislador al momento de codificar las conductas punibles referentes a la extracción de recursos naturales, omitiendo por ejemplo, el establecimiento en ellas, de un sujeto activo calificado.</p>
--	--

### 3.3. Análisis jurisprudencial: sentencia T-660 de 2015 Corte Constitucional.

**Tabla 3.**

*Sentencia T-660 de 2015.*

	<p style="text-align: center;"><b>Comunidades Negras y Afrocolombianas <u>VS</u> Ministerio del Interior, Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio de Vivienda, Ministerio de Transporte, ANLA, FENOCO S.A., Drummond, Prodeco y Vale.</b></p> <p style="text-align: center;">Las comunidades accionantes alegan la vulneración de sus derechos fundamentales a la consulta previa, al medio ambiente sano y a la diversidad étnica y cultural, a causa del paso constante de trenes muy cerca a sus viviendas.</p>
<p><b>Referencias</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Sala: Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional.</li> <li>● Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.</li> <li>● Lugar y fecha: Bogotá 23 de octubre de 2015.</li> <li>● Expediente: T-4.520.563.</li> <li>● T: 660 de 2015.</li> </ul>
<p><b>Partes</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Accionante:</b> Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de Guacamayal, SUTO GENDE ASE NGANDE de Guacamayal, de Prado Sevilla, de 16 de Julio de Sevilla, Tucurinca, jurisdicción</li> </ul>

	<p>del municipio de Zona Bananera-Magdalena, Santa Rosa de Lima en Fundación y Algarrobo.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Accionado:</b> Ministerio del Interior, Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio de Vivienda, Ministerio de Transporte, ANLA, Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A., Drummond, Prodeco y Vale.</li> </ul>
<p><b>Hechos</b></p>	<p>Las comunidades accionantes, se encuentran asentadas a los costados de la vía férrea que opera Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A., Drummond Vale y Prodeco, esta vía une los municipios de Chiriguaná Cesar y Santa Marta Magdalena, a través de la cual se transporta el carbón con fines de exportación.</p> <p>Los accionantes aducen que, los trenes que transitan esta vía cargados con carbón, dejan a su alrededor partículas de diferentes tamaños de este mineral, provocando que algunas de estas queden suspendidas en el aire y otras caigan sobre sus vivienda, suelo, piel, ropa, animales y plantas, así como también, este medio de transporte provoca fuertes ruidos al pasar, incluso en las noches.</p> <p>Exponen también que, se está planeando la construcción de una segunda vía férrea, que afectará en mayor medida la situación actual de la comunidad, y de cuya obra tampoco se ha realizado consulta previa.</p>

	<p>Los accionantes consideran que la explotación transporte y exportación de carbón les afecta su forma de vivir, su derecho al medio ambiente, a la autonomía y a su derecho de consulta previa, ya que, esta no fue realizada previamente por parte de los accionados.</p> <p>Durante el trámite de revisión, la Corte decidió ordenar como medida provisional la suspensión de cualquier obra tendiente a la construcción de la segunda línea férrea, hasta la adopción de una decisión de fondo. Así como también ordena a Fenoco S.A, suspender las actividades de transporte ferroviario de carbón especialmente en los municipios de Algarrobo, Zona Bananera y Fundación, todos los días entre las 10:30pm y las 4:30 am.</p>
<p><b>Problema Jurídico</b></p>	<p>¿Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A., Drummond, Prodeco y Vale vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa, al medio ambiente sano y a la diversidad étnica y cultural, de las comunidades accionantes, con la ejecución de una ruta de transporte ferreo para transporte de carbón?</p>
<p><b>Consideracion es</b></p>	<p>La Corte Constitucional ha establecido que, en materia ambiental, la realización del proceso de consulta previa, es de carácter obligatorio e incluso un requisito, para la expedición de una licencia ambiental. Esto se realiza no solamente para garantizar claridad en temas ambientales de los proyectos, sino también para garantizar la participación en las</p>

instituciones y la toma de decisiones por parte de los pueblos indígenas y tribales, que estas puedan expresar sus intereses o inconformidades respecto de los proyecto que se pretenden realizar, y garantizar su subsistencia como pueblos culturalmente diversos, tal como lo ordena la ley 21 de 1991, la cual ratificó el Convenio 169 de la OIT.

La consulta previa deberá garantizarse siempre que exista una afectación directa, la cual no se determina exclusivamente con la realización del proyecto en un mismo territorio ocupado por estas comunidades, sino también se puede presentar cuando cierto proyecto vaya a ocasionar una intromisión intolerable en sus dinámicas, sociales, económicas y culturales, no solamente a comunidades indígenas y tribales, sino también a cualquier tipo de personas que dependan económica, social o culturalmente de la zona que será intervenida.

La Corte encuentra como probado los siguientes hechos:

1. La empresa Fenoco actualmente se encuentra ejecutando la obra denominada “Construcción de segunda línea férrea La Loma - Santa Marta”.
2. A través de múltiples oficios, el INCODER y el Ministerio del Interior, informaron de la inexistencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras o indígenas, sin embargo, en la

visita de campo ordenada por la Corte a la zona, la Defensoría del pueblo y la Procuraduría General de la Nación, lograron identificar a las comunidades accionantes allí asentadas, las cuales tienen ubicadas sus casas entre 15 y 30 metros de las vías férreas, estas comunidades refieren además, las afectaciones pulmonares, oculares y dérmicas que han padecido producto de la gran cantidad de partículas de carbón que caen con el paso de los trenes por estas vías.

3. Adicional a lo anterior la Procuraduría General de la Nación por su parte informó el fuerte impacto que tuvo en las comunidades asentadas en la zona, producto de la primera línea férrea, a través de la cual empezaron a transitar trenes cada 15 minutos, provocando fuertes ruidos y vibraciones constantemente.

Entrando en el análisis del derecho fundamental a la consulta previa, la Corte recuerda que el ejercicio de este derecho se otorga cuando:

1. Existen medidas que pueden llegar a afectar a pueblos indígenas y tribales
2. Cuando la afectación es específica y directa.

Para el caso en concreto, el primer requisito se cumple con la acreditación por parte de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría

General de la Nación, de la existencia de estas comunidades asentadas en la zona de influencia directa del proyecto, para lo cual esta Sala no tendrá en cuenta los informes emitidos por el INCORA y el Ministerio del Interior, toda vez que, como fue señalado en sentencia T-693 de 2011 la verificación de existencia de estas comunidades en el área de influencia debe realizarse de forma empírica, con una observación de campo, en donde se logre constatar tanto la presencia física como el desarrollo de prácticas tradicionales, no solo con registros emitidos por otras entidades.

El segundo requisito, se analizan los tipos de afectaciones que pueden presentarse, como lo sería una afectación general y una específica (directa), esta última es recogida por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en donde se describe como: “las secuelas que recaen sobre la comunidad, su nicho y sus recursos, limitando los elementos que componen su cosmovisión”. Sin embargo, esta Corporación considera que los hechos probados que presuntamente han generado afectaciones, no lo han hecho respecto de la identidad, la integridad social y cultural de los accionantes, ya que, un caso muy similar fue tratado en sentencia T 672 de 2014 en donde un gran número de personas fungiendo en calidad de accionantes y sin pertenecer a un grupo sociocultural, alegaban ser afectados por las partículas de carbón que expedían los trenes al pasar por las vías férreas, afectando su salud y causando daño al medio ambiente,

	<p>lo cual pudo ser probado y se ampararon los citados derechos, situación que prueba que estos eventos no afectan los elementos que componen la cosmovisión sociocultural o ponen en riesgo la existencia de los modos de vida de la población accionante en el presente caso, y por consiguiente, bajo los argumentos de estos, no existe afectación directa que haga viable recurrir a la consulta previa, incumpliendo el segundo requisito.</p>
<p><b>Ratio decidendi</b></p>	<p>Con base en lo anterior la Corte considera que, debido al incumplimiento del segundo requisito para invocar la protección del derecho fundamental a la consulta previa, no es posible ordenar su amparo, sin embargo, los hechos narrados, si tienen el potencial de afectar otros derechos fundamentales como a la salud y al medio ambiente sano, como ya se observó con la construcción de la primer línea férrea, no sólo de las comunidades accionantes, sino también de otras personas que no pertenecen a algún grupo culturalmente diferenciado y que se logró constatar que habitan la zona, frente a lo cual, aplica el ejercicio del derecho a la participación y concertación en el diseño y desarrollo de megaproyectos, según el cual, Fenoco, deberá realizar un diagnóstico del impacto a esta población y diseñar medidas de compensación eficientes, coordinando además, espacios de concertación,</p>

	<p>información y diálogo con los afectados, en donde puedan expresar sus preocupaciones con la construcción de la segunda vía férrea y las problemáticas actuales respecto de la primer vía férrea.</p>
<b>Decisión</b>	<p><b>A.</b> Revocar la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 6 de agosto de 2014, la cual, negó el amparo solicitado. En su lugar, conceder el amparo al derecho fundamental a la participación de las Comunidade Negras, Afrocolombianas de Guacamayal, de Prado Sevilla, 16 de Julio de Sevilla, Tucurinca, jurisdicción del Municipio del a Zona Bananera-Magdalena, Santa Rosa de Lima en Fundación y Algarrobo.</p> <p><b>B.</b> Ordenar a la empresa accionada, que en un plazo de dos meses realice reuniones necesarias para garantizar el derecho a la participación de la comunidad afectada, diseñando a su vez medidas de compensación frente a los efectos sociales, de seguridad y ambientales ocasionados hasta ahora. Además, evaluar un horario en el paso de trenes, analizar la viabilidad de la suspensión del transporte de carbón a ciertas horas, la posible instalación de barreras para el ruido y mecanismos de seguridad para el control del desplazamiento de personas entre las vías. Estas reuniones serán garantizadas tanto por Feneco como por las alcaldías de la zona, la Defensoría del Pueblo y Corpomag.</p>

	<p>C. Cumplido el término señalado, las entidades anteriormente mencionadas allegaron un informe detallado del cumplimiento de lo ordenado. (Corte Constitucional de Colombia, 2015)</p>
<b>Análisis</b>	<p><b>A. Análisis crítico general:</b></p> <p>La decisión de la Sala en la presente providencia fue bastante acertada en cuanto al amparo de los derechos fundamentales de la población accionante, sin embargo, no se puede pasar por alto que nunca se valoraron a fondo los daños ambientales, la Corte ordenó la visita de un grupo interinstitucional para la valoración de todos los hechos alegados en la acción, en ella se recopilieron datos frente a las situaciones que padece la población accionante e incluso poblaciones aledañas a causa del tránsito de trenes transportadores de carbón por las vías férreas, empero, esta no valoró los daños ambientales ocasionados también por esta situación, como ya lo ha mencionado la Corte en otras providencias como la sentencia T-733 de 2017 (Corte Constitucional de Colombia, 2017, p. 219), la existencia de una licencia ambiental no es óbice para causar daños ambientales sin ningún tipo de control, no cabe duda que los daños que ocasionan las partículas de carbón que se dispersan con el transporte del mismo, tienen el potencial de causar graves daños a la salud de los seres humanos, y por consiguiente también</p>

el de animales y plantas que habitan la zona, la Corte debió tratar el tema y tomar una decisión al respecto, como se hizo en sentencia T-733 de 2017 (Corte Constitucional de Colombia, 2017 p, 424), en donde se ordenaron ciertas acciones frente a los daños ambientales, como lo fue la creación de un fondo especial de etnodesarrollo, a partir del cual se destinarán fondos entre otras cosas para la implementación de proyectos ambientales, en contraste, la presente providencia únicamente se limitó a recibir y aceptar tácitamente el argumento de cumplimiento con los límites permitidos de emisión de partículas contaminantes, sin ir más allá, como pudo haber sido, adicionar al grupo interinstitucional la recolección de estos datos en el área a través de la visita ordenada, para confirmar si realmente las partículas contaminantes que caen de los trenes no superan el límite permitido por la norma, este breve estudio era de gran relevancia, ya que, como pueden deducirse, tal como alegan los accionantes, así como la gran cantidad de partículas pueden afectar la salud en humanos, es perfectamente posible la afectación a otros seres.

Los hechos presentados en la presente decisión, nos obliga a reflexionar a cerca de los daños ambientales adicionales que provocan las actividades extractivas, por cuanto, los daños iniciales ya fueron provocados, en las minas y sus alrededores, tanto al medio ambiente como a la población aledaña, pero además de esos gigantescos impactos

negativos, es necesario agregar los daños provocados por el cargue y transporte de estos materiales, el impacto ambiental no resume únicamente a la extracción sino con cada eslabón de la cadena que comprende el uso de estos materiales. El daño ambiental provocado por estas industrias extractivas es incalculable.

**B. Análisis a la luz del derecho penal económico:**

Desde el análisis del caso, a partir de la tesis propuesta, se puede afirmar que con el establecimiento del medio ambiente como bien jurídico, a través del derecho penal económico, se pueden subsanar vacíos como los que permitió la presente decisión, en donde no se le otorgó la importancia que ameritaba la indagación de los daños al medio ambiente, que como en el caso anteriormente observado, logrando probar una emisión de partículas, es posible inferir la existencia de afectaciones ambientales.

Aunque hoy en día la explotación y transporte de este tipo de materiales, corresponda a un importante ingreso para el país, no significa que por ello se deba ignorar la materialización de un desarrollo sostenible, en el cual se intente por lo menos evitar afectaciones como las mencionadas, las cuales, con sencillas estrategias como barreras

alrededor de las vías o modificación de los vagones, se logre evite aquella contaminación tan innecesaria.

Este tipo de conductas sólo resaltan la visión antropocéntrica tanto de las empresas que intervienen en la extracción de recursos naturales, como del Estado representado en sus autoridades administrativas que debían encargarse de la evitación de estos daños, cuestión que se pretende modificar con la adopción de una responsabilidad penal de las personas jurídicas a través del derecho penal económico, caracterizado por una visión ecocéntrica, donde se le dé la importancia que merece el medio ambiente, como eje de la vida en el planeta y no sólo del ser humano.

La conducta descrita en la providencia por parte de Fedeco, corresponde indudablemente a una conducta omisiva, caracterizada por faltar a su deber de organización, según la cual, debería haber ejecutado algunas estrategias como las descritas por la Corte para la evitación de estos daños.

### 3.4. Análisis jurisprudencial: sentencia T-622 de 2016 Corte Constitucional

**Tabla 4.**

*Sentencia T-622 de 2016.*

	<p style="text-align: center;"><b>Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” <u>VS</u></b></p> <p style="text-align: center;"><b>Presidencia de la República, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.</b></p> <p style="text-align: center;">El accionante alega la vulneración por parte de autoridades estatales en contra de los derechos fundamentales a la vida, la salud, al agua, la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas de la zona, principalmente debido al abandono estatal en todo el Chocó y la minería ilegal en la cuenca del río Atrato.</p>
<p><b>Referencias</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Sala: Sexta de Revisión de la Corte Constitucional.</li> <li>● Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.</li> <li>● Lugar y fecha: Bogotá, 10 de noviembre de 2016.</li> <li>● Expediente: T-5.016.242.</li> <li>● T: 622 de 2016.</li> </ul>
<p><b>Partes</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Accionantes:</b> Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”, en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), el Consejo</li> </ul>

	<p>Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) y otros.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Accionados:</b> Presidencia de la República, Ministerio de Ambiente, Desarrollo Sostenible y otros.</li> </ul>
<p><b>Hechos</b></p>	<p>El chocó es una de las zonas geográficas más biodiversas del mundo, con 9000 especies de plantas vasculares, 200 de mamíferos, 600 de aves, 100 de reptiles, 120 de anfibios y un elevado nivel de endemismo, con un 25% de especies de plantas y animales, este terreno es conocido como Chocó biogeográfico, además de la inconmensurable riqueza natural, también es el hogar de poblaciones humanas que han sido brutalmente maltratadas, aisladas y sometidas por más de 500 años, como lo son la población afrodescendiente e indígena, entre las cuales se encuentran las etnias Embera-Dóbida, Embera-Katío, Embera-Chamí, Wounan y Tule, que se distribuyen en 120 resguardos indígenas y 600 comunidades negras.</p> <p>La demanda objeto de análisis se presenta con el fin de detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegal, que además del uso de maquinaria</p>

pesada, se incluyen sustancias altamente tóxicas como el mercurio, plomo, arsénico, cadmio, entre otros, las cuales son usadas para la extracción de oro y platino a través de dragas de succión aspirando el lecho de los ríos y minería de veta a cielo abierto, afectando de esta manera los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de todo el territorio. La situación de crisis ambiental que se ha desencadenado como consecuencia de las actividades minerales, tiene efectos dramáticos en la pérdida de vidas de población infantil indígena y afrodescendiente, como lo demuestran los informes de la Defensoría del Pueblo, donde se registra la muerte de 3 menores de edad y la intoxicación de 64 más por ingerir agua contaminada, en las regiones de Quiparadó y Juinduur, entre muchos otros casos reportados tanto de población afrodescendiente como de población indígena.

Aunado a lo anterior, este territorio también sufre graves daños ocasionados por la explotación forestal, la cual, no cuenta con ningún programa para la gestión de residuos y estos terminan obstruyendo ciénagas y humedales, afectando la fauna y flora que habita en ellos, así como también la contaminación de estos cuerpos hídricos con sustancias químicas que se usan para inmunizar la madera.

	<p>La defensoría del pueblo en 2014 declaró una emergencia humanitaria y ambiental en Chocó, pero la Presidencia de la República y los Ministerios de Salud, Ambiente, Minas, Agricultura, Vivienda, Educación, Defensa, los departamentos de Chocó y Antioquia, no han dado solución a las graves problemáticas que se vienen presentando.</p> <p>A lo largo de los años se han presentado varias acciones constitucionales, de las cuales algunas han sido falladas a favor de las comunidades étnicas, pero esto no ha sido suficiente para frenar la emergencia ambiental y humanitaria que se vive en este territorio, principalmente por la falta de articulación estatal con las autoridades locales.</p>
<b>Contestación</b>	<p>Respecto a la demanda el alcalde del Carmen de Atrato responde negando absolutamente todo lo aducido en los hechos, asegurando que la minería que se practica es la tradicional por las comunidades de la zona y la explotación forestal es únicamente para uso doméstico de las mismas. Mientras que, algunas de las entidades y ministerios alegan no estar legitimados por pasiva, y además que le sea negado el amparo, por otro lado, las restantes, guardaron silencio.</p>

	<p>La Defensoría del Pueblo, considera como procedente la acción de tutela debido a la grave vulneración de derechos fundamentales y a la improcedencia de la acción popular debido a que se busca la protección de derechos fundamentales de las comunidades, no de derechos colectivos y además, se trata de un problema estructural, superando el alcance de la acción popular, por último, considera prioritario que se adopten las medidas para evitar la continuidad de los hechos que han vulnerado por años los derechos fundamentales de las comunidades.</p>
<p><b>Problemas Jurídicos</b></p>	<p><b>A.</b> ¿Las actividades de minería ilegal en la cuenca del río Atrato Chocó y la omisión de las autoridades estatales, vulnera los derechos fundamentales a la vida, la salud, al agua, la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas de la zona?</p> <p><b>B.</b> ¿El Estado colombiano ha adoptado las medidas estructurales necesarias para garantizar un genuino Estado Social de Derecho a las comunidades accionantes?</p>
<p><b>Consideraciones</b></p>	<p><b>A. Procedibilidad de la acción:</b></p> <p>Principio de inmediatez: La Corte considera cumplido este requisito teniendo en cuenta que la comunidad ha interpuesto 3 acciones</p>

populares y 6 acciones de cumplimiento, para solucionar la problemática subexamine, pero a pesar de ello, el problema se sigue presentando, por lo tanto, se consideran actuales y persistentes en el tiempo las pretensiones, cumpliendo con el requisito de inmediatez.

Legitimación por activa: Tomando como base la sentencia T-955 de 2013 al cual extendió la interpretación del Convenio 169 de la OIT a las comunidades negras, en el entendido de que la diversidad étnica y cultural depende de la subsistencia y conservación de los pueblos indígenas, tribales, los cuales se encuentran estrechamente relacionadas con la conservación de los recursos naturales. Adicional a lo anterior, la Corte ha reconocido a los dirigentes de estas comunidades como legitimados para presentar acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos fundamentales de la comunidad, que en el presente caso, a través del poder otorgado por estos al Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” se encuentra acreditado este principio.

Requisito de subsidiariedad: La Corte encuentra cumplido este requisito en el entendido de que, aunque los accionantes piden la protección de derechos colectivos como al medio ambiente sano, esto significa también que existan repercusiones sobre otros derechos y principios que sí tienen carácter fundamental, como la salud y la dignidad humana, cuestión que resulta bastante similar con lo que aduce

Norberto J Barranco y otros, el daño a bienes jurídicos de carácter colectivo significa necesariamente una correlativa lesividad a bienes jurídicos de naturaleza supraindividual (Dopico Gómez-Aller et al., 2018, #312). Teniendo en cuenta además que de acuerdo con el artículo 1 de la ley 70 de 1993, la protección del medio ambiente sano del que son titulares estas comunidades, está estrechamente relacionado con la protección del territorio además de la clara protección de la diversidad biológica. Debido a todo lo anterior, la Corte considera como cumplido el requisito de subsidiariedad.

#### **B. Colombia Estado Social de Derecho:**

La declaración según la cual Colombia es un Estado Social de Derecho, implica la vinculación jurídica de todas las autoridades a principios que buscan una igualdad material, el cumplimiento de los derechos, justicia social, dignidad humana y bienestar general

El concepto que la Corte tendrá en cuenta para definir al principio de justicia social y distributiva será:

“En la asignación de los recursos económicos de una sociedad se deberá tender a privilegiar a los sectores menos favorecidos, tomando

esto como base para la elaboración presupuestal, la jerarquización del gasto y fijación de prioridades en prestación de servicios públicos”.

El concepto que se tendrá en cuenta para definir la dignidad humana será:

“La dignidad humana compone el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías contemplado en la constitución, siendo esta la expresión de la autonomía individual, como manifestación de ciertas condiciones materiales de existencia y como símbolo de la intangibilidad de la integridad física y moral”.

Los conceptos de bienestar que la Corte tendrá en cuenta son:

“El bienestar material es entendido como la calidad de vida en términos de buena alimentación, educación, seguridad, ingreso digno y un trabajo estable, mientras que el bienestar físico, psicológico y espiritual, está representado por el acceso a la salud, la cultura, al disfrute del medio ambiente, y la aspiración a la felicidad”.

Bajo estos 3 principios se rige el Estado Social de Derecho que la Corte ha desarrollado en los últimos 25 años, y sobre los cuales se fundamenta el análisis de esta Corporación respecto del caso en análisis,

donde existe la incógnita de si han existido medidas estructurales por parte del Estado colombiano en la construcción de un genuino Estado Social de Derecho.

**C. Frente al análisis del desarrollo concreto que ha tenido el Estado Social de Derecho en Colombia, respecto de la relevancia que tiene la protección de los ríos, los bosques las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad, la Corte expone:**

La defensa del medio ambiente compone un elemento esencial en la estructura del Estado Social de Derecho colombiano y la Constitución Política de 1991, es por esto, que surge en cabeza del Estado, la sociedad y los particulares la obligación de procurar la conservación y restauración del medio ambiente, optando por un desarrollo sostenible. Estas obligaciones plasmadas en la Carta Magna, dan como resultado, lo que hoy se le conoce como Constitución Ecológica, fomentada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano en Estocolmo en 1972, que a pesar de contener visiones antropocéntricas aún, fueron el primer paso para generar una conciencia mundial al respecto y la creación de 120 constituciones con este reconocimiento.

La construcción de esta conciencia que dio origen a multitud de Constituciones Ecológicas como la de nuestro país, no ha sido fácil, el reto más grande ha sido conciliar tres elementos: el crecimiento ecológico, el bienestar social y la protección del medio ambiente.

Colombia es considerada un país megabiódico, por ende, le corresponde una importante responsabilidad mundial para la conservación de ecosistemas y especies de fauna y flora, el cual ha sido reconocido por la Corte Constitucional, incluyéndose como objetivo fundamental en la estructura del Estado Social de Derecho Colombiano y como ha sido reconocido por la sentencia C-632 de 2011, la Constitución clasifica al medio ambiente dentro del grupo de los llamados derechos colectivos, alrededor de lo cual se han construido tres teorías principales para abordar una Constitución Ecológica: Visión antropocéntrica: concibe al ser humano como única razón de ser del sistema legal y los recursos naturales como única razón de ser del sistema legal; visión biocéntrica: concibe una responsabilidad humana intrínseca al mismo, ordenando ciertos deberes con la naturaleza y las futuras generaciones; visión ecocéntrica: concibe a la naturaleza como sujeto de derechos, siendo esta última reconocida por la Corte Constitucional en sentencias como la C-449 de 2015 y la T-080 de 2015,

logrando un excelente avance en el desarrollo de la protección del medio ambiente.

En atención a los derechos de las comunidades, existe una visión alternativa denominada derechos bioculturales, que consiste en reconocer la potestad que tienen las comunidades étnicas para administrar y ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios, con base en la relación especial que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad propia de su cultura, lo que genera una categoría especial de derechos denominada bioculturales, que engloba los derechos a los recursos naturales, la cultura y los propios de las personas. En el plano normativo, el Convenio sobre la diversidad Biológica de 1992, ratificado mediante ley 165 de 1994, es el tratado internacional que mejor aborda el tema de los derechos bioculturales.

El desarrollo jurisprudencial a partir de la Constitución Política de 1991 en Colombia, como se constató en las sentencias T-188 de 1993, T-380 de 1993, T-257 de 1993, C-027 de 1993, T-342 de 1994, C-519 de 1994, C-139 de 1996, SU-510 de 1998, T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-433 de 2011, T-477 de 2012, C-1051 de 2012 y T-576 de 2014, han sido fundamentales para el desarrollo de un enfoque integral de protección tanto de la diversidad biológica como cultural, reconociendo

la relación ancestral que existe entre las comunidades étnicas, el territorio y el medio ambiente.

Respecto de la protección especial de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad. El derecho fundamental al agua, la protección de la naturaleza y la seguridad alimentaria, se puede concluir que representan un interés superior tanto en tratados internacionales ratificados por Colombia, como en la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, constituyendo un enfoque reconocido por esta Corporación como biocultural.

Para analizar el medio ambiente en el caso subexamine, se debe profundizar en dos elementos fundamentales: 1) el derecho al agua y 2) la protección de los bosques y la seguridad alimentaria:

1. El agua es un recurso vital para garantizar la dignidad humana, la preservación del ambiente y la salud, hace parte del patrimonio de la nación y es un bien de uso público, reconocido como derecho fundamental, que se encuentra relacionado con los deberes que están a cargo del Estado para garantizar su accesibilidad, calidad y su protección a través de normas, por consiguiente, resultaría necesario que

también se brindara protección a ecosistemas que componen el ciclo natural del agua, como lo son los bosques, humedales, páramos, nevados, lagunas, etc.

2. El derecho a la alimentación, es un derecho fundamental reconocido por diversos instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, según el cual contiene una interpretación frente a este derecho, sobre lo que se establece la necesidad de garantizar que la población más vulnerable tenga acceso a los alimentos, no únicamente aumentar su producción. La seguridad alimentaria de comunidades étnicas, se ha visto afectado por las prácticas “modernas” de los últimos años, como la agricultura extensiva, explotación de recursos naturales y la producción industrial de alimentos, causando deterioro en las fuentes de alimento de muchas comunidades, es por esto, que la Corte aclara que el desarrollo sostenible debe ir en armonía no solo con una planificación adecuada de la explotación de recursos, sino con la función social, ecológica y acorde a los intereses de estas comunidades.

La Corte concluye frente a los dos elementos que componen el medio ambiente, que la normativa internacional ratificada por Colombia, como la jurisprudencia constitucional, han logrado consolidar (T-622-16 Corte Constitucional De Colombia, 2016) “*un enfoque integral de*

*protección que ha contribuido a amparar tanto la diversidad biológica como la diversidad cultural de la nación reconociendo las profundas interrelaciones de los pueblos indígenas y las comunidades negras con el territorio y los recursos naturales..... En este mismo sentido, la diversidad biocultural como enfoque, basada, como se vio, en una perspectiva ecocéntrica, implica que las políticas, normas e interpretaciones sobre conservación de la biodiversidad reconozcan el vínculo e interrelación que existe entre cultura y naturaleza, extiendan la participación de las comunidades étnicas en la definición de políticas públicas y marcos de regulación, y garanticen las condiciones conducentes a la generación, conservación y renovación de sus sistemas de conocimiento, en el marco de un Estado Social de Derecho”.*

Desde la ley 31 de 1967 a las comunidades negras nacionales, se les reconoció el derecho a la propiedad colectiva de territorios ancestrales, cuya estipulación fue respetada e incluso apoyada por la constitución de 1991, lo que algunos denominaron la Constitución Cultural.

**D. La minería y sus efectos sobre el agua, el medio ambiente y las poblaciones humanas: principio de precaución en materia**

**ambiental y en salud. El caso de las comunidades étnicas del Chocó que habitan la cuenca del río Atrato.**

La minería desde la colonización ha hecho parte de la actividad económica de Colombia, Ecuador y Perú, ello ha generado grandes inconvenientes para la población autóctona, violencia, desplazamiento, pobreza, contaminación, ambientes insalubres, entre muchos otros. Uno de los territorios que particularmente adquirió más notoriedad fue el Chocó, por sus inmensas riquezas mineras.

Hoy en día, 400 años después de las primeras prácticas de minería extractiva en la zona, de las que se tenga registro, se sigue practicando este tipo de minería, con la única diferencia, que en el pasado la materia extraída cruzaba el Atlántico directamente, ahora se concentra en los bolsillos de las altas clases sociales y el Estado central, y las zonas donde se realiza su extracción, siguen sin obtener ningún beneficio de ello, al revés, los problemas socioeconómicos en estos territorios continúan. En el Chocó, el 99.2% de las 527 Unidades de Producción Minera, no tienen título, es decir, casi la totalidad de la minería en el Chocó, es minería ilegal.

La jurisprudencia constitucional, ha sido un fuerte defensor de las comunidades étnicas y sus derechos constitucionales, así como de la protección del medio ambiente y la biodiversidad, uno de los argumentos principales que se han debatido en decisiones de esta Corporación, y teniendo en cuenta también que el interés de las empresas ha sido una minería únicamente extractiva, ha sido el derecho que tienen estas comunidades ancestrales a la consulta previa del desarrollo de actividades mineras en sus territorios, cosa que ninguna empresa respeta.

La exclusión social del Chocó, incluso en la época actual, se debe a que después de la independencia, no se instauraron instituciones político administrativas incluyentes, que brindaran los mismos derechos que tenían los demás colombianos, sino que se implantaron instituciones y políticas únicamente extractivas, esto se materializa en un índice de Necesidades Básicas Insatisfechas del 82.8%.

La minería se realiza a través de 4 categorías: 1) Minería artesanal o ancestral; 2) Minería semi-mecanizada; 3) Minería mecanizada; 4) Minería industrializada o megaminería, siendo esta última la única que cuenta con licencia ambiental, pero la que usa

maquinaria de gran capacidad y sustancias químicas como mercurio, cadmio y cianuro.

La Corte expone lo afirmado por la Defensoría del Pueblo, quien explica los principales impactos que genera la minería industrializada.

1) La destrucción de fuentes hídricas: Debido a la acción de las dragas, por la absorción masiva de sedimentos, se afecta el cauce navegable de los ríos, la velocidad y la oxigenación del mismo.

2) Los ríos se transforman en factor de riesgo para la salud humana y el ambiente: Los ríos se convierten en extensiones de agua turbia, debido a los sólidos, grasas suspendidas, y metales pesados como el mercurio, vertiendo 36 kg por año aproximadamente.

3) Pérdida de biodiversidad y erosión genética por intervención y destrucción de ecosistemas frágiles: Debido al uso de maquinaria masiva, es necesaria la deforestación para su transporte y labores en la extracción de material, además de la deforestación de grandes terrenos por la minería de veta a cielo abierto. Lo cual termina depredando por completo ecosistemas enteros.

La jurisprudencia constitucional ha acogido el principio de precaución, que según la Declaración de Río de Janeiro de 1992 (*Declaración De Río Sobre El Medio Ambiente Y El Desarrollo, 1992*)

lo describe de la siguiente manera: “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”.

Este principio se concibe como una herramienta jurídica para definir la incertidumbre de los proyectos frente a si generarán o no daños al medio ambiente. Sin embargo, en el plano internacional este principio ha causado gran debate, pero algunos han propuesto (*T-622-16 Corte Constitucional De Colombia, 2016*): “una interpretación extensiva, donde la carga de la prueba se traslade sobre el agente potencialmente contaminante, sea una empresa, un Estado o un ciudadano, quien deberá demostrar que la actividad y sus residuos no afectarán significativamente el entorno”, este principio ha sido aceptado e incluso aplicado en algunas sentencias por la Corte Constitucional, como se vio reflejado en sentencias T-1077 de 2012 (*T-1077-12 Corte Constitucional De Colombia, 2012*) y T-672 de 2014 (*Corte Constitucional de Colombia, 2014*), reflejando el cambio que se ha observado en los últimos años sobre la protección del medio ambiente.

La Corte aclara que debido al deterioro ambiental que no cesa, es necesario seguir implementando medidas que propicien el cuidado del mismo, lo que esta Corporación considera “regulaciones y políticas públicas que se muestran serias y más estrictas para con sus garantías y protección” (T-622-16 Corte Constitucional De Colombia, 2016). Este tipo de puntos de vista, argumentos y figuras jurídicas, presentan de forma clara el giro de una mentalidad biocéntrica, a una mentalidad ecocéntrica, donde ya no se protege el medio ambiente solo porque nosotros dependemos de este, sino porque reconocemos que compartimos el planeta con otros seres vivos y entre todos somos interdependientes, por ende, la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano.

La Defensoría del Pueblo, presentó un informe denominado “Crisis humanitaria en el Chocó: diagnóstico, valoración y acciones de la Defensoría del Pueblo”, en el cual se constata la grave situación que vive esta población, debido a la minería y deforestación de la zona. Este tipo de informes no son únicamente de entidades de orden nacional, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, presentó un informe en 2014 exponiendo el auge de la explotación de oro de aluvión, el cual no se encuentra regulado y constituye una vía de financiamiento para los grupos delictivos. (Algunas de las entidades que corroboran

todo lo anterior: Diócesis de Quibdó, Codechocó, Corpourabá, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, expertos de las Universidades de Cartagena y Chocó, ONU, Dejusticia, WWF Colombia).

La Corte realizó una inspección judicial en enero de 2016, en la cual se constató frente a las afectaciones a la salud, estas corresponden al 84% de la población de las comunidades de la zona, en las que se han presentado abortos espontáneos, enfermedades vaginales, afectaciones cutáneas, hongos, afectaciones neurológicas, entre otros, debido a la presencia de metilmercurio y cianuro en el río Atrato y sus cuerpos hídricos cercanos, se encontró que el nivel de mercurio encontrado en la sangre es de 60 puntos por millón, 120 veces más que la cantidad consideraba aceptable para el ser humano.

Se encontró un panorama bastante delicado tanto del medio ambiente como de sus habitantes, llamando la atención sobre la urgencia de estudios eco-toxicológicos y epidemiológicos, reiterando a su vez lo siguiente (*T-622-16 Corte Constitucional De Colombia, 2016*): “*La falta de recursos y de capacidad institucional local, regional y nacional no pueden ser excusa para permitir que se **“atente impunemente”** contra el medio ambiente y no se realicen los controles que la ley ordena (...)*”

La problemática que genera la minería es tan grave que no deben establecerse diferencias de tratamiento entre si la minería se hace de forma legal o ilegal, porque ambas no tienen controles efectivos por parte de las autoridades y contaminan aún con título y licencia, no solo en Chocó sino en todo el país". (subrayado y negrilla fuera texto original).

La contaminación de forma directa al medio ambiente se realiza a través de 3 vías, 1) Por contacto directo con tejido vivo; 2) Por precipitaciones de vapores de mercurio provocando lluvias ácidas; 3) Por vertimiento directo en fuentes hídricas, lo cual ocasiona que las sustancias tóxicas sean transportadas entre seres vivos a través de la cadena trófica del ecosistema, pasando fácilmente de la cadena trófica acuática a la terrestre. La minería ilegal acelera sin precedentes lo que la Defensoría del Pueblo denomina en su informe "La tasa de destrucción del hábitat en una limitada extensión geográfica, poniendo en riesgo a todo el Chocó biogeográfico" (*T-622-16 Corte Constitucional De Colombia, 2016*).

Las entidades públicas accionadas, aseguran estar iniciando procesos para el diseño de planes y estudios para la investigación y solución de la crisis ambiental y social que se vive en el Chocó

biogeográfico, sin embargo, hasta la fecha no se han realizado estudios de ningún tipo por parte de estas entidades. La aplicación de las normas en Colombia deben ir de la mano con la normativa internacional ratificada por Colombia, donde se ordena el acceso al agua salubre, la preservación de las fuentes naturales y cuerpos hídricos.

La Corte considera que la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano, es por esto, que resulta necesario considerar la responsabilidad que tienen los seres humanos de preservar el medio ambiente, no solo para tener unas condiciones y un bienestar de vida óptimo, sino también para reconocer y cuidar el bienestar de los demás seres vivos, a lo cuales la Corte se refiere como “Existencias merecedoras de protección en sí mismas” (*T-622-16 Corte Constitucional De Colombia, 2016*), sustentando de esta manera, la interpretación ecocéntrica que será usada para la resolución del caso.

El derecho a la consulta previa, es un derecho fundamental que ha sido reconocido en numerosas ocasiones por esta corporación, en las cuales se ha ordenado la suspensión de proyectos u obras, que probablemente puedan llegar a afectar el ambiente o la población, este derecho es una materialización de los derechos bioculturales, donde se

	<p>reconoce la relación entre el ser humano, su riqueza cultural y su territorio ancestral.</p> <p>El actual Código Minero ley 681 de 2001, presenta una serie de problemas de ejecución, que entran en conflicto con la normativa constitucional actual, debido a ello, la Corte Constitucional ha ordenado en múltiples providencias la prohibición de minería en páramos y la declaratoria de inconstitucionalidad frente a la prohibición de los entes territoriales para oponerse a proyectos mineros en sus territorios, además esta Corporación también considera necesario evaluar el modelo minero-energético del país, con la intención de lograr un control en la explotación minera ilegal y por su parte también, una adecuada reglamentación para la minería legal.</p>
<p><b>Ratio decidendi</b></p>	<p>La Sala considera necesaria la aplicación del principio de precaución para el caso en concreto, aunque no exista certeza científica de los potenciales efectos tóxicos de las sustancias usadas en la minería ilegal, pero si existe suficiente evidencia según todos los informes presentados por la Diócesis de Quibdó, Codechocó, Corpourabá, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, expertos de las Universidades de Cartagena y Chocó, ONU, Dejusticia, WWF Colombia y la diligencia de inspección judicial</p>

practicada por esta Corporación, para constatar el potencial nocivo que tienen en la salud del medio ambiente y de las personas, el contacto y consumo de alimentos, agua y aire, contaminado con sustancias químicas provenientes de la minería ilegal, la Sala considera que se reúnen los requisitos suficientes para dar aplicación al principio de precaución en materia ambiental y para proteger el derecho a la salud de las comunidades que habitan la zona. La aplicación de este principio en el caso tendrá como objetivos 1) Prohibir el uso de sustancias tóxicas para la explotación minera; y 2) Declara al río Atrato como sujeto de derechos, ordenando su protección, conservación, mantenimiento y restauración, además, la aplicación de este, se hace reconociendo la categoría de derechos bioculturales reconocida a nivel internacional, estableciendo un nuevo entendimiento socio-jurídico, considerando a la naturaleza como sujeto de derechos. Por último, la Corte afirma que las entidades accionadas han vulnerado los derechos a la vida, la salud, y el medio ambiente sano de las comunidades accionantes al permitir el vertimiento indiscriminado de sustancias químicas tóxicas, al no tomar medidas concretas para evitar estos daños, incumpliendo con muchas de los parámetros estructurales necesarios para garantizar un Estado Social de Derecho a la población afectada, concretando así una omisión en el cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales. Todo lo anterior

	<p>se resolverá bajo efectos inter comunis, con el fin de garantizar la protección de todas las comunidades que habitan la zona.</p>
<p><b>Decisión</b></p>	<p><b>A.</b> Revocar el fallo proferido el 21 de abril de 2015 por el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A, que negó el amparo solicitado. Conceder a los actores el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio.</p> <p><b>B.</b> Declara la existencia de una grave vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura, y al territorio de comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes, imputable a las entidades del Estado colombiano accionadas, <u>por su conducta omisiva</u> al no proveer de respuesta idónea, articulada, coordinada y efectiva para enfrentar los múltiples problemas históricos, socioculturales, ambientales y humanitarios que aquejan la región.</p> <p><b>C.</b> <u>Reconocer al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas.</u></p> <p><b>D.</b> Ordenar el diseño y ejecución de un plan para descontaminar la cuenca del río Atrato y sus afluentes, territorios ribereños, recuperar</p>

	<p>sus ecosistemas y evitar daños adicionales al ambiente en la región.</p> <p><b>E.</b> Ordenar a las respectivas autoridades el diseño e implementación de un plan de acción integral que permita recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación.</p> <p><b>F.</b> Ordenar al Ministerio de Ambiente, el Ministerio de Salud y demás autoridades y entidades relacionadas, para que realicen estudios toxicológicos y epidemiológicos del río Atrato, sus afluentes y comunidades. Así mismo, deberán estructurar una línea base de indicadores ambientales con el fin de contar con un instrumento de medida que permita afirmar la mejora o desmejora de condiciones de la cuenca del río Atrato en el futuro.</p> <p><b>G.</b> Otorgar efectos <i>inter comunis</i> a la presente decisión, para las demás comunidades del Chocó que se encuentren en igual situación fáctica y jurídicas que las accionantes. (Corte Constitucional de Colombia, 2016)</p>
<p><b>Análisis</b></p>	<p><b>A. Análisis crítico general:</b></p> <p>Como lo constata la providencia, la minería en cualquiera de sus modernas modalidades, resulta ser el causante de un grave desastre ambiental, tristemente, es uno de los más graves problemas ambientales por los que pasa el planeta, sin embargo, en Colombia, como en muchos</p>

países en vías de desarrollo, la crisis se ve agravada cuando entran en juego personas que quieren realizar esta labor de forma ilegal, generalmente, propiciado por el abandono estatal, llegando a extremos como en el Chocó, donde la minería ilegal corresponde a más del 99% de unidades mineras, es decir, no existe absolutamente ningún regulador de la minería en la zona, ni un Estado, ni un sistema jurídico, mucho menos autoridades que puedan mínimamente controlar la violencia que generan estos ambientes carentes de normas. Esta grave crisis ha causado desastres ambientales inconmensurables en toda la cuenca del río Atrato, así como también, graves violaciones a derechos humanos a los habitantes de la zona, descuartizando el equilibrio ecológico, la relación entre la cultura y la naturaleza de sus habitantes, desplazando y afectando a especies endémicas, contaminando la afluyente hídrica más importante de todo el Chocó biogeográfico, entre muchas otras consecuencias.

Observar las fotografías tomadas por el grupo que realizó la diligencia de inspección, provoca una tristeza infinita, ver un río no solamente contaminado con todo tipo de sustancias tóxicas, sino desmembrado, sacado por completo de su cauce, definitivamente solo es posible describirlo como lo hacen sus habitantes, “el desierto minero”.

El Chocó biogeográfico corresponde a una de las zonas más ricas en fauna y flora de todo el planeta, esta riqueza es tal, que,  $\frac{1}{4}$  de todos los organismos vivos que la habitan, son endémicos, es decir, que únicamente habitan en ese territorio, no es posible encontrarlos en ninguna otra zona geográfica, es por esto, que, esta zona necesita protección de manera urgente, de parte de las autoridades y de parte de sus comunidades autóctonas. Es de resaltar, la excelente labor de la Corte Constitucional no solo por decidir la protección de los derechos fundamentales de las comunidades, sino también por reconocer e incluso dotar a la decisión con un fuerte carácter ecocéntrico, poniendo en marcha los derechos bioculturales, y extendiendo estas interpretaciones para dotar al río Atrato como sujeto de derechos, particularidad que aunque algunos puedan considerar complejo de sustentar desde el plano de la filosofía del derecho, resulta ser una herramienta fundamental en la protección del medio ambiente cuando existen carencias estatales de tal magnitud.

Desde el plano jurídico se puede concluir que, debido a la importancia ambiental que tiene el Chocó biogeográfico, la aplicación del principio de precaución, es un gigantesco avance cuando de cuidado ambiental se habla, se podría decir incluso que es una de las aplicaciones más importantes que se le ha dado a este principio en todo el país, la

posición de la Corte no solo en su aplicación, sino en los argumentos que expuso sustentando su decisión, reconociendo derechos bioculturales y como consecuencia, la cosmovisión de la población que habita estos territorios, resulta una posición magistral, este tipo de interpretaciones de las problemáticas ambientales son las que se deben realizar en todo el país, no sólo en cuanto a personas naturales sino también respecto de las personas jurídicas, porque aunque en el territorio acá analizado, el problema principal es el abandono estatal, no se puede ignorar que, en caso de que existiera una adecuada presencia del Estado representada por autoridades eficaces, el panorama ya no sería de daños ambientales ocasionado por grupos bajo la ilegalidad, sino de daños ambientales causado por empresas legalmente constituidas, aunque en el Chocó exista un problema decimonónico que ya se debería haber superado, habiendo subsanado esta problemática, surgirá una nueva, esta es, la falta de regulación con suficiente fuerza vinculante para las personas jurídicas que deseen explotar recursos naturales. Bajo los argumentos expuestos en esta providencia, principalmente ecocéntricos, no es posible considerar como tolerable, un daño ambiental producido por explotación de recursos naturales a través de procesos legales, no podría diferenciarse el daño ambiental ocasionado por un grupo ilegal que por una empresa que actúa bajo preceptos legales, en otras palabras,

la creación de empresas legalmente constituidas bajo la normativa actual, no evitaría daños futuros iguales a los que ya han sido causados.

Bajo este análisis, se puede inferir que la tesis que se podría manejar frente a cualquier actividad extractiva, es que, la explotación de recursos naturales se deba hacer sin generar ningún tipo de contaminación, en donde la entidad debe demostrar esa inexistencia de contaminación por sus actividades, y además el Estado confirmarlo con sus propios estudios y análisis. El objetivo tras todo esto, es entonces, motivar a las empresas a explotar sin contaminar, no es imposible, teniendo en cuenta los grandes avances tecnológicos que se han hecho en los últimos años, en muchas áreas del conocimiento. Se debe avanzar en este aspecto y que las mismas empresas exploren métodos de extracción seguras, porque lo que vemos hoy en día con el uso por ejemplo del mercurio, es debido al bajo costo que tiene la extracción del oro a través de este proceso, sumado a esto, la ineficacia de las autoridades y del legislador para frenar esta problemática, ocasiona el ambiente perfecto para nunca avanzar en formas seguras de extracción. Cabe recordar, que todo este análisis ecocéntrico y aplicación de métodos de extracción segura, ya fue aplicado por indígenas y afrocolombianos desde hace muchos siglos en territorios del Chocó, el uso del barequeo como técnica de minería por estas comunidades

ancestrales, no es casualidad, aunque según la industria tal vez no sea la manera más rápida de extracción, sí se corresponde con las necesidades, cosmovisiones y principios de estas poblaciones, es momento de aprender de ellos y crear nuestros métodos que se correspondan con la correcta cosmovisión ancestral.

### **B. Análisis a la luz del derecho penal económico:**

Debido a la inexistencia de personas jurídicas vinculadas al presente caso, no es posible realizar un análisis bajo la tesis propuesta en este trabajo, pero cabe aclarar, que este caso se incluyó en el estudio abordado, debido a la gran importancia que tiene en el plano ambiental, ya que incorpora nuevas estrategias para su protección, como lo es la declaración del río Atrato como sujeto de derechos, que puede llegar incluso en un futuro a adaptarse al derecho penal, para lo cual sería necesario otro extenso estudio. De igual manera, la exposición de este caso, pretende mostrar que aunque se adoptara la tesis acá expuesta, esta solo intentaría solucionar el 54% (Palacio et al., 2018, 121) del problema actual, el 46% restante corresponde por un lado a las personas naturales y por el otro al abandono estatal (en mayor medida), demostrando que también ha existido por parte del Estado una permanente conducta omisiva en el cumplimiento de sus deberes.

### 3.5. Análisis jurisprudencial: sentencia SU-698 de 2017 Corte Constitucional.

**Tabla 5.**

*Sentencia SU 698 de 2017.*

	<p style="text-align: center;"><b>Comunidades de La Horqueta, La Gran Parada y Paradero</b></p> <p style="text-align: center;"><b><u>VS</u> Carbones del Cerrejón Limited y autoridades estatales.</b></p> <p style="text-align: center;">Las comunidades solicitan el amparo de sus derechos fundamentales, los cuales han sido afectados producto del desvío del Arroyo Bruno que pretende realizar la empresa Carbones del Cerrejón Limited.</p>
<p style="text-align: center;"><b>Aclaración previa</b></p>	<p><b>Aclaración previa: Tal como lo declaran los magistrados Diana Fajardo Rivera y Alberto Rojas Ríos, esta sentencia es solo una de muchas sentencias y/o esfuerzos judiciales por parte de las comunidades afectadas con este proyecto de desviación y con la operativa en general de la empresa Cerrejón.</b></p>
<p style="text-align: center;"><b>Referencias</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Sala: Plena de la Corte Constitucional</li> <li>● Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez</li> <li>● Lugar y fecha: Bogotá, 28 de noviembre de 2017.</li> <li>● Expediente: T-5.443.609.</li> <li>● SU: 698 de 2017</li> </ul>

<p><b>Partes</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Accionantes:</b> Lorenza Pérez Pushaina, José Manuel Vergara Pérez, Aura Robles Gutierrez y Misael Socarras Ipuana.</li> <li>● <b>Accionados:</b> Carbones del Cerrejón Limited, Ministerio del Interior, Corpoguajira, ANLA y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.</li> </ul>
<p><b>Hechos</b></p>	<p><b>A. Contextualización y hechos previos a la acción.</b></p> <p>El departamento de la Guajira, debido a las bajas precipitaciones y a que más del 75% de su territorio se encuentra desertificado, dificulta el acceso al recurso hídrico por parte de la población de este territorio. Es por esto, que el Río Ranchería, arroyo Bruno y el arroyo Tabaco, resultan ser un elemento esencial para el bienestar y la calidad de vida de los habitantes, teniendo en cuenta que, es la principal fuente hídrica de un extenso territorio que corresponde a los municipios de Riohacha, San Juan del Cesar, Distracción, Fonseca, Barrancas, Hatonuevo, Albania, Maicao y Manaure, respectivamente.</p> <p>Los habitantes del departamento de la Guajira, han sufrido de una fuerte carencia de agua, pero en parte, se ha suplido esta problemática, con la construcción de aljibes y casimbas, a través de los</p>

cuales es posible extraer aguas subterráneas, que aunque no en todos los casos contengan agua potable, si resulta ser una fuente hídrica importante para los pobladores , empero, en los últimos años, se han secado, y muchos ya no cuentan con este líquido, siendo una de las causas la falta de precipitaciones en la zona. Debido a todo lo anterior, las autoridades consideran estos territorios uno de los lugares con mayor vulnerabilidad en materia ambiental, teniendo en cuenta también su condición de zona minera.

El municipio municipio de Albania que da lugar a la controversia constitucional cuenta con el paso de uno de los arroyos más importantes del territorio, el arroyo Bruno, el cual se localiza entre Albania y Maicao, nace en la Serranía del Perijá dentro de la Reserva Forestal Montes de Oca y recorre una distancia de 21 km, hasta desembocar en el Río Ranchería, constituyendo de esta manera, un corredor biológico entre la Serranía del Perijá y la Sierra Nevada de Santa Marta. Todo este territorio que compone el curso de este afluente hídrico, está habitado por campesinos, afrocolombianos e indígenas, quienes se dedican a las labores del campo.

La desviación del arroyo Bruno hace parte del proyecto elaborado por la empresa Carbones del Cerrejón desde 1983, el cual se

puso en ejecución gracias a la resolución 797 de 1983 del Instituto Nacional de Recursos Naturales y del Ambiente.

En el año 2013, Carbones del Cerrejón Limited, presentó solicitud de modificación del Plan de Manejo Ambiental Integral, para aumentar la producción de carbón de 35 a 41 millones de toneladas por año, pero para ello sería necesario la desviación del Arroyo Bruno por 9.3 km, lo cual fue autorizado por la ANLA. Para lo cual Cerrejón Limited, estructuró un plan para el traslado de especímenes jóvenes nativos y la adecuación biológica del nuevo cauce, con el fin de propiciar un ambiente idéntico al cauce natural.

La desviación de este arroyo, suscitó tres debates principalmente:

1. Ambiental: Debido al daño que ocasionaría la reubicación del cauce, a las plantas ya animales que habitan la zona. Sin embargo, la ANLA consideró que la entidad cumple con todos los requerimientos medioambientales para la desviación del cauce y que según la Resolución 670 e 1998 del ministerio de ambiente, para la desviación del arroyo, no es necesario licencia o permiso, pero para la disposición del bosque que se encuentra en cerca al arroyo, si es necesario, para lo cual a través de Resolución 096 de 2014,

Corpoguajira otorgó permiso parcial de aprovechamiento forestal, exceptuando especies vegetales protegidas como guayacán, puy, corazón fino, entre otros, así como también se exceptuó el bosque de galería, que compone el corredor que conecta dos bosques naturales de especial importancia en toda la zona norte colombiana, como lo son la Serranía del Perijá y la Sierra Nevada de Santa Marta, además, es el hogar de aves migratorias y otras especies, endémicas, semi-endémicas y amenazadas. El 17 de febrero de 2014, la empresa Carbones del Cerrejón Limited, presentó recurso de reposición contra la Resolución 096 de 2014, con el fin de que se autorizara la entera disposición del área solicitada, sin embargo, dos meses después renunció al recurso y al permiso parcial.

Posteriormente, en 2015, la entidad solicitó permiso para levantamiento de veda de cuatro especies vegetales, el cual fue otorgado, sin embargo, el POMCA del río Ranchería, contempla como área estratégica y de gran valor ecológico toda la cuenca del arroyo Bruno, pero la empresa argumentaba que por haberse otorgado la concesión minera en 1983, el manejo ambiental debe regirse por el Plan de Manejo Ambiental de la época. Así mismo, solicitó también nuevamente permiso para la disposición del área forestal que le fue autorizada parcialmente en anteriores oportunidades, a lo cual en esta

ocasión Corpoguajira, accedió a otorgar la totalidad del territorio solicitado y además 23 hectáreas más.

2. Social: La comunidad que habita en los alrededores del arroyo, han establecidos lazos de dependencia con el mismo, debido a ello, salta la incógnita sobre si estas debieron ser consultadas con anterioridad. La empresa argumentó que la mayor parte de terrenos donde tendría influencia el proyecto, están concesionados a esta o son de su propiedad, por ende, solo se reconoció la presencia de la parcialidad indígena Campo Herrera, desconociendo la presencia de la comunidad La Horqueta, la cual instauró acción de tutela, resuelta por el Tribunal Administrativo de la Guajira, el 2 de mayo de 2016, concediendo el amparo, la suspensión del proyecto y ordenando la creación de una mesa interinstitucional, con efectos inter comunis. Cuya decisión fue confirmada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de octubre de 2016. Mediante concepto técnico # 1432 del 31 de marzo de 2017, la ANLA, concluyó que solo tres comunidades dependen de este arroyo para el abastecimiento de agua, “El Rocío” “Tigre Pozo” “Santa Cruz de la Sierra”, en las visitas realizadas por la ANLA a la zona, se encontró que, las comunidades expresaron el estado crítico de los recursos hídricos que rodean la zona de la mina, su desplazamiento forzado, la pérdida de sitios sagrados, las enfermedades producto de la explotación y la falta de consulta previa.

3. Usos del suelo: Resulta necesario evaluar si las actividades mineras, están acorde a los planes de ordenamiento territorial. Mediante acuerdo 007 del 7 de marzo de 2014, El Concejo Municipal de Albania, modificó el EOT asignando los mismos usos del suelo que el POMCA del río Ranchería. Por lo tanto, el arroyo Bruno continuaba siendo Área de Ronda Hídrica y Franja de Protección, Área de Recuperación de Falla de Oca y Área de Uso Múltiple Restringido con Impacto Moderado.

Debido a todo lo anterior, Lorenza Pérez Pushaina, José Miguel Vergara Pérez, Aura Robles Gutierrez y Misael Socarras Ipuana, en representación de las comunidades La Horqueta, la Gran Parada y Paradero, presentaron acción de tutela alegando que la intervención del arroyo pone en riesgo su existencia física y cultural, así como también afectaría a la población habitante del casco urbano de Maicao y Albania, quienes extraen agua del mismo afluente a través de carro tanques. Para lo cual solicitaron como medida provisional la suspensión de todas las labores y obras relacionadas con la desviación del arroyo Bruno mientras se surte el proceso judicial, así como también, la apertura del cercado en la parte baja del arroyo, en donde antes las comunidades se reunían a bañarse, pescar y cazar, antes del proyecto. Y que le sean tutelados los derechos fundamentales de las comunidades.

En sentencias del 12 de enero y del 26 de febrero de 2016 el Juzgado 20 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y la Sala Plena del Tribunal Superior de Bogotá, declararon improcedente la acción de tutela, debido a que los accionantes pretenden cuestionar actos administrativos, además tampoco se llena el requisito de subsidiariedad, debido a que por no haberse iniciado las obras, no existe aún un perjuicio irremediable.

**B. Trámite de revisión:**

Durante el trámite de revisión, se llevó a cabo una inspección judicial con acompañamiento técnico, los días 27 y 28 de julio de 2017, al territorio objeto de intervención y a las zonas de asentamientos de las comunidades presuntamente afectadas con el proyecto, La Horqueta, La Gran Parada y Paradero.

Según la Corte los 4 ejes temáticos sobre los cuales girará todo el material probatorio será:

1. Los presupuestos técnicos, ambientales, sociales y culturales para la definición del área de afectación directa del proyecto.

2. La zonificación y el uso de suelos según el POMCA del Río Ranchería y en el EOT del municipio de Albania para la cuenca del arroyo Bruno.

3. La relación que existe entre las comunidades afectadas y los cuerpos de agua.

4. Demás elementos técnicos del Plan de Manejo Ambiental o los estudios base de ejecución de obras.

Debido a las diferentes versiones de lo ocurrido, el magistrado sustanciador, mediante auto de 18 de julio de 2017, ordenó la realización de inspección judicial, tanto en la zona donde se pretende realizar el proyecto como en los territorios de las comunidades accionantes. En la misma se concluyó:

1. En la parte alta de la cuenca del arroyo Bruno, en la comunidad de Paradero, se encontró que existe un estrecho lazo de conexión entre el cuerpo hídrico y el bosque, entre los que se realizan intercambios de agua y material biológico, caracterizado por altísimo valor biológico, en una zona donde existen bajas precipitaciones y altas temperaturas, por lo que se puede observar que en esta zona, dicha interacción organiza y auto recicla todo lo que produce, incluso produce un excedente, el cual aprovechan las comunidades que lo rodean, además, el bosque en galería es un tipo de bosque seco, el cual

corresponde únicamente al 5% del territorio nacional, por ende, debe ser prioridad para la conservación.

2. Se evidenció que entre la cuenca alta y la cuenca media, están establecidas distintas comunidades y estas se sirve del arroyo para obtener agua potable y comida, e incluso también sirve de fuente hídrica para comunidades más alejadas, que acceden al preciado líquido por medio de carrotanques que con regularidad van a cargar a esta zona.

3. La población aledaña expresó gran preocupación por las afectaciones ambientales y sociales que ocasionaría esta desviación, porque según ellos no solo se encuentra comprometida la cuenca baja del arroyo, sino también la cuenca media y alta, tal como lo había previsto Carbones del Cerrejón en su proyecto inicial. Debido a todo lo anterior consideran que sí deben ser sujeto de consulta previa.

4. Posteriormente la inspección se dirigió a la cuenca media y baja, en donde se encontraban zonas ya concesionados a Carbones del Cerrejón y también el cauce artificial elaborado por esta, la cual según los expertos no cuenta con elementos esenciales para el establecimiento de la microbiota y el perifiton, los cuales constituyen bases fundamentales para la vida en un ecosistema, así como también se pudo observar una arquitectura totalmente uniforme y homogénea, sin las imperfecciones necesarias para la conexión entre el arroyo y el bosque, que permiten el intercambio de materia orgánica, así como tampoco

cuenta con plantas con suficiente desarrollo vegetativo como para albergar un ecosistema de este tipo, únicamente se observaron algunas plantas pequeñas sembradas y notablemente secas.

5. El geólogo Julio Fierro de la Corporación Geo Ambiental Terrae, cuestionó fuertemente el no haber abordado hasta el momento el daño ambiental que en principio ocasiona la remoción o destrucción del acuífero aluvial, lo cual, según el artículo 42 de la ley 99 de 1993, esta se debe considerar como daño ambiental, teniendo en cuenta además, que la interacción entre los bosques y los cuerpos de agua no solamente se da de arriba hacia abajo, sino de abajo hacia arriba también, por ende, cualquier intervención en cualquier tramo del arroyo se verá reflejado en la totalidad del cuerpo hídrico.

6. Según la ANLA, el cauce artificial, cuenta con los requisitos necesario para propiciar la relación dinámica acuífero-río, es decir, el intercambio del líquido entre las aguas subterráneas y las aguas superficiales cuando las últimas disminuyeran su caudal, a pesar de no contar con una superficie con la misma permeabilidad a la del cauce natural, este intercambio seguiría existiendo.

7. El experto en ingeniería civil y recursos hidráulicos Leonardo Donado, respaldando lo anteriormente señalado por el geólogo Fierro, señaló que, la ANLA estaba interpretando de forma errónea los estudios, ya que, no es posible comparar la permeabilidad de

una roca con la permeabilidad de piedras pequeñas y arena, los dos tipos de suelo tienen características hidráulicas completamente diferentes, la ANLA está omitiendo los millones de años que requirió el arroyo para adquirir este tipo de sustrato con la adecuada conductividad hidráulica.

8. El geólogo experto de la Contraloría General de la República resaltó las características necesarias para que el bosque de galería y el arroyo Bruno tengan las mismas condiciones como las del cauce natural o al menos, las necesarias para seguir cumpliendo con su labor ambiental en la zona, ya que, un elemento fundamental para su existencia es el bosque en galería, el cual se caracteriza por cubrir la mayor parte de la superficie del cauce, evitando la evapotranspiración del cuerpo hídrico, tanto por la incidencia de los rayos del sol como por el viento, característica que no logra observar en el cauce artificial y la cual no podrá aparecer fácilmente.

9. En la visita a la comunidad la Gran Parada se observó nuevamente la preocupación de los pobladores, los cuales expusieron cómo le afectaría este desvío a los usos y costumbres del pueblo indígena Wayuú, quienes en épocas de sequía subían a las montañas, en donde encontraban comida y mejores condiciones, pero cuando empezaban las épocas de lluvias, bajaban a la zona del arroyo Bruno a recolectar comida y vivir allí, lo cual caracteriza a este pueblo como seminómada, pero al afectar al arroyo Bruno, afectaría por completo su

trayecto milenario, ya que, en la cuenca alta, en las montañas, ya no habrá agua, así como tampoco en la cuenca baja.

10. Sumado a lo anterior, una de las mujeres pertenecientes a la comunidad Wayuú, expresó ciertas palabras que vale la pena sustraer del texto (*SU698-17 Corte Constitucional De Colombia, 2017*) de forma literal: *“desde que llegaron los carro tanques es que nos hemos visto enfermos, nuestros hijos están muriendo, y ustedes como gobierno, los cuentan como si fueran cabras. Si fueran niños de otro lado, de otro país, les importaría, pero como son niños de esta comunidad no les importa; porque qué mejor para el Cerrejón que esta comunidad se extinga”*. Así como también, la comunidad argumentó que las condiciones objetivas en medio de las cuales se obtuvo una licencia ambiental en cierto momento, no son las mismas de hoy en día, la crisis climática es un hecho y no se está teniendo en cuenta.

11. En Colombia se ha perdido más del 90% de bosque seco, ya que es uno de los ecosistemas más sensibles al cambio climático, situación que va de la mano con el grave abandono estatal y la grave crisis ambiental y humanitaria por la que está pasando todo el departamento de la guajira.

Durante el trámite de acción de tutela, Carbones del Cerrejón continuó con la ejecución de la obra de construcción del cauce artificial,

	<p>levantando el tapón hidráulico y el desvío de las aguas. Hasta que la Corte, ordenó la suspensión de estas, hasta tanto no se resuelva el caso.</p>
<b>Contestación</b>	<p>Carbones el Cerrejón, expuso detalladamente las autorizaciones para las obras, argumentando que el proyecto de desviación del arroyo se encuentra acorde a la normativa vigente, además, resalta que las comunidades accionantes se encontraban a 4 kilómetros de las obras de desvío, por lo tanto, no se desarrollaban ningún tipo de actividad social, económica o cultural. Por lo tanto, no existía vulneración a derechos fundamentales de los accionantes.</p> <p>El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, adujo que, no existía legitimación por pasiva y esta entidad no tenía competencia frente a la realización de consulta previa a las comunidades, así como tampoco para el otorgamiento de licencias ambientales, todo esto le corresponde a la ANLA.</p> <p>La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, argumenta la inexistencia de legitimación por pasiva, teniendo en cuenta que la certificación de la existencia de comunidades indígenas y</p>

	<p>afrocolombianas en la zona y el acompañamiento de la adecuada consulta previa, le correspondía al Ministerio del Interior.</p> <p>La Corporación Autónoma Regional de la Guajira, se opone a las peticiones de los accionantes, aclarando que la responsabilidad de adelantar los procedimientos de consulta previa está en cabeza del Ministerio del Interior y no de una autoridad ambiental.</p>
<p><b>Problema jurídico</b></p>	<p>¿La empresa Carbones del Cerrejón Limited, vulnera derechos fundamentales de las comunidades indígenas La Horqueta, La Gran Parada y Paradero, (al ejecutar) el proyecto de desviación del arroyo Bruno?</p>
<p><b>Consideraciones</b></p>	<p>Los temas a abordar en este acápite serán: A) Procedencia y alcance de la acción de tutela; B) Contenido y alcance de los derechos fundamentales; C) Se determinará si se produjeron o no, las vulneraciones iusfundamentales alegadas por los accionantes.</p> <p><b>A. Procedencia y alcance de la acción de tutela:</b></p> <p>La Corte considera que aunque existen otros mecanismos por medio de los cuales se puede debatir la viabilidad del proyecto de</p>

desvío, se trata de mecanismos indirectos de protección de derechos fundamentales, por lo cual, considera satisfecho el presupuesto de subsidiariedad. Además, debido a las consecuencias ambientales que ocasiona este proyecto, las cuales ya fueron debidamente constatadas por esta Corporación a través de la inspección judicial y los informes de los expertos, la Corte considera que el análisis judicial debe centrarse en el impacto ambiental del proyecto planteado por Cerrejón y el impacto que este tiene para los derechos fundamentales de la población.

**B. Contenido y alcance de los derechos fundamentales dependientes de los servicios ecosistémicos de la biodiversidad en escenarios de deterioro ambiental.**

El goce del derecho al agua se compone de tres estándares para la evaluación de su satisfacción: 1) Disponibilidad, tanto para la generación actual como para generacioens futuras; 2) La accesibilidad, tanto desde el punto físico como económico; 3) La calidad, que sea agua potable. Este derecho, reconocido por la Constitución Política, se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la alimentación y a la seguridad alimentaria, tanto para su producción como para su preparación, es por esto que este conjunto se concibe como derechos de

tipo colectivo, reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, estos derechos no se agotan con la única prestación, también va de la mano con la protección del medio ambiente, ya que este, propiciará la protección y mantenimiento de los ciclos naturales tanto del agua como de los alimentos, así como también, le corresponde al Estado, la regulación en la extracción de recursos naturales, para evitar que esta actividad ponga en riesgo fuentes hídricas y/o el medio ambiente mismo. Por lo que se puede concluir que el alcance de estos derechos no radican únicamente en la prestación, sino en la protección de la constante prestación, para esta generación y para generaciones futuras.

**C. Caso concreto:**

Según los accionantes, el proyecto de desvío del arroyo Bruno planteado por el Cerrejón, tiene la potencialidad de producir daños irreversibles al medio ambiente de la zona, los cuales no fueron tenidos en cuenta ni por la compañía que elaboró el proyecto, ni por las autoridades administrativas y ambientales que dieron el aval para el mismo. Empero, según Carbones del Cerrejón, aduce que, esta obra es

indispensable para el desarrollo del proyecto industrial más importante en el departamento de la Guajira, ejecutándose con altos estándares ambientales.

Considerando lo anterior, la Corte concluye que para el caso en concreto, sólo podrá resolverse lo relacionado con las acusaciones a la vulneración de derechos fundamentales a la salud, al agua y a la seguridad alimentaria, pero no a la igualdad, diversidad, participación y consulta previa de las comunidades indígenas.

Según todo lo anterior, la Corte encuentra que frente a este proyecto, existe incertidumbre frente a la potencial amenaza ambiental que significa su ejecución, poniendo en riesgo derechos fundamentales de las comunidades que se benefician de la existencia de este arroyo. Esta incertidumbre se concreta en variables jurídicas, como el régimen de transición contemplado en la ley 99 de 1993, según la cual no son exigibles licencias ambientales para asegurar la viabilidad ambiental de los proyectos, y técnicas, como la inobservancia de la precaria relación entre aguas subterráneas y aguas superficiales que tendría el nuevo cauce artificial, como muchas otras variables que no fueron consideradas en el proyecto y que no dimensionan el grave impacto ambiental que tendría. Este impacto tiene dos temáticas principales: 1)

las características del particular bioma en el que se desarrolla el proyecto, caracterizado por un bosque seco que actualmente se encuentra bastante afectado por el cambio climático, y este proyecto significa un ataque directo a este; 2) Cualquier tipo de afectación a acuíferos, sería un aporte para incrementar las consecuencias del cambio climático en la zona; 3) La ejecución del proyecto, significa el incremento del impacto ambiental y social que ha tenido el Cerrejón en el departamento de la guajira; 4) El cauce artificial no cuenta con las características necesarias para lograr reemplazar la labor ecosistémica que tiene el arroyo Bruno.

Así mismo, en la elaboración del proyecto, no se tuvieron en cuenta los servicios directos e indirectos que ofrece la biodiversidad contenida tanto en el arroyo Bruno, como en el bosque en galería que lo rodea, como lo son, las manifestaciones religiosas, abastecimiento hídrico, turismo, investigación científica, entre otros.

La Corte considera específicamente las siguientes incertidumbres ambientales:

1. Las consecuencias de intervenir un bosque seco en un zonobioma subxerofítico tropical.
2. El estado del bosque seco tropical en el país.

3. Los efectos del cambio climático en el departamento de la Guajira y las consecuencias de intervenir una de las escasas fuentes hídricas de esta zona.

4. La magnitud de los efectos causados por la actividad extractiva en el departamento de la Guajira.

5. Las funciones que cumple el arroyo Bruno para la población en la zona.

6. El impacto aguas arriba que podría tener la desviación del arroyo Bruno.

7. El impacto en la oferta hídrica que generaría la desviación de un cuerpo hídrico como el arroyo Bruno, bajo diferentes condiciones geomorfológicas y sin un bosque de galería a su alrededor.

8. Las proyecciones del Cerrejón de intervenir otros tramos del arroyo Bruno.

9. El impacto al valor biológico del arroyo Bruno en el contexto del Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica del Río Ranchería, así como el Esquema de Ordenamiento Territorial en el Municipio de Albania.

**La situación jurídica de la problemática presentada, que será tenida en cuenta por la Corte fue la siguiente:**

Desde el punto de vista jurídico, en 1983 le fue concesionado el proyecto de explotación minera a la empresa que hoy en día se conoce como Carbones del Cerrejón, el cual, según lo anterior, se encuentra regulada bajo la ley 99 de 1993 y al régimen de transición propuesto por dicha norma, es por ello, que no le son exigibles licencias ambientales ni permisos adicionales de ningún tipo. Con base en lo anterior, el Ministerio de Ambiente, a través de la Resolución 2097 de 2005 ordena al Cerrejón el diseño de un Plan de Manejo Integral, en el que sin necesidad de licencias ambientales pudiera intervenir cualquier cauce que alimentara al río Ranchería, previendo siempre la cantidad y calidad del agua, debido a ello, a través de la resolución 759 de 2014 y 9186 de 2014, la ANLA aprobó el proyecto presentado por Carbones del Cerrejón, solicitando únicamente el trámite ante Corpoguajira para el permiso de uso y aprovechamiento de recursos naturales.

Las autoridades consideraron que para todas las obras ejecutadas por Carbones del Cerrejón, no sería necesario ningún tipo de licencia ambiental, debido a la fecha en la que fue otorgada la concesión minera, ni tampoco consideraron necesario un estudio o vigilancia por parte de estas, simplemente se aceptaron los estudios elaborados por dicha empresa, sin ningún tipo de contemplación. Concluyendo que, no existe ningún tipo de control ambiental verificable y real durante toda la

historia de la explotación minera en la zona, las labores ambientales realizadas fueron únicamente por voluntad del Cerrejón, ya que, no existía ningún tipo de regulación que lo ordenara.

Corpoguajira finalmente otorgó todos los permisos solicitados por la empresa, argumentando que aunque los POMCA eran normas de superior jerarquía, no primaban sobre permisos y concesiones ya otorgadas.

#### **Las incertidumbres ambientales.**

La Corte en inspección judicial, encontró que Carbones del Cerrejón, elaboró y ejecutó proyectos para la construcción de un cauce artificial, con el fin de reproducir las mismas características bióticas, físicas y químicas del antiguo cauce natural del arroyo Bruno, sin embargo, se dejaron de lado muchas variables que son relevantes dentro de la Política Nacional para la Gestión Integral de la Biodiversidad y sus Servicios Ecosistémicos. La Corte resuelve las temáticas presentadas anteriormente referentes al impacto ambiental del proyecto:

1. Con el proyecto se afecta un zonobioma subxerofítico tropical y a la cuenca del río Ranchería, ya que el arroyo Bruno hace parte de esta cuenca, este tipo de zonobioma, cumple funciones sociales,

económicas y culturales, y se encuentra protegido por el POMCA. Los servicios ecosistémicos que presta el arroyo Bruno, van desde proveer servicios de regulación y soporte, como el mantenimiento de la calidad del aire, el control de la erosión, control de enfermedades, la purificación del agua, hábitat de especies, ciclado de nutrientes y formación del suelo, hasta servicios culturales, producido por las interacciones físicas y espirituales con los habitantes de la zona. Sin embargo, los análisis para evaluar la viabilidad ambiental del proyecto, solo tuvieron en cuenta la oferta hídrica de aguas superficiales, pasando por alto los demás servicios ya mencionados.

2. El cambio climático tiene una fuerte incidencia en el departamento de la Guajira y específicamente en el bosque seco, el cual no se encuentra protegido por ningún tipo de reserva natural, ni nada similar.

3. Las intervenciones del Cerrejón en el territorio no solo han sido de gran envergadura sino que han tenido un efecto acumulativo y residual que termina debilitando el ecosistema, volviéndolo más vulnerable a la actividad humana. Esto se puede verificar analizando la gran cantidad de botaderos de residuos estériles, los cuales terminan expulsando los residuos tóxicos que contienen a través de las lluvias que hacen fluir estos hacia las pocas fuentes hídricas de la zona, esto lo demuestran análisis parciales tomados al río Ranchería, en los cuales se

puede verificar una elevada concentración de elementos tóxicos como arsénico, cadmio, cobre, cobalto, cromo, níquel, mercurio, plomo, selenio, talio, vanadio y zinc. Los expertos que intervinieron en el proceso judicial, aseguran que en todo el territorio que se ejecutaron obras mineras, especialmente en zonas de bosque seco y la cuenca del río Ranchería se encuentran en un evidente e indiscutible estado de fragilidad y vulnerabilidad. Por esto la Corte considera que obras previas y las futuras que puedan realizarse, tienen repercusiones serias en la desviación del arroyo Bruno, ya que, si se analiza una obra de forma individual, no existe certeza frente al impacto ambiental, pero si se valoran todas las obras ejecutadas por Carbones del Cerrejón, indudablemente se puede observar un grave daño ambiental.

4. Las condiciones geomorfológicas de la cuenca natural y la artificial son totalmente diferentes, aunque se han puesto esfuerzos por tratar de copiar el ecosistema, no ha sido suficiente y se pasan por altos infinidad de variables con las que no cuenta el cauce artificial, especialmente el sustrato sobre el que circula el agua y la carencia de un bosque en galería, que pueda proteger el cuerpo hídrico de la evapotranspiración, constituyendo de esta manera la principal preocupación tanto de los expertos como de los indígenas que habitan la zona. Entre otras características geomorfológicas que presenta la cuenca natural, según el Cerrejón, esta cuenca presenta unas características

	<p>especiales debido a que se encuentra protegido por la falla de Oca, la cual tiene funciones de contener las aguas subterráneas y evitar que tengan contacto alguno con otras zonas, especialmente con la del tajo minero, característica que descartó el Servicio Geológico Colombiano concluyendo que no existe certeza al afirmar que no hay conexión hidráulica en la zona ubicada al norte y al sur de la falla de Oca, lo cual se pudo confirmar con el análisis a las aguas del arroyo Bruno que arrojaron como resultado altos niveles de cloruro, dureza y sales disueltas. Esta falta de certezas técnicas y la inexistente evaluación jurídica de la viabilidad ambiental de todo el proyecto del Cerrejón, pone en grave peligro a la biodiversidad de la zona.</p>
<p><b>Ratio decidendi</b></p>	<p>Para la resolución del presente caso, la Corte Constitucional tendrá en cuenta dos aspectos principales: 1) desde el punto de vista jurídico, la desviación del arroyo Bruno, por haber sido objeto de concesión minera en 1983 por el INDERENA, este proyecto se debe ajustar al régimen de transición del artículo 117 de la ley 99 de 1993, por lo cual no es necesario licencia ambiental sino un plan de manejo ambiental; 2) desde el punto de vista técnico, existe una serie de incertidumbres, que impiden establecer si resulta seguro para el medio ambiente la ejecución de este proyecto, teniendo en cuenta todos los</p>

	<p>servicios que presta este cuerpo hídrico. Debido a la existencia de estas incertidumbres tanto jurídicas como técnicas, la Corte considera necesario generar un espacio participativo donde estas incertidumbres se puedan debatir entre todos los implicados, incluidos los accionantes.</p>
<b>Decisión</b>	<p><b>A.</b> Revocar las sentencias del 26 de febrero de 2016 emitida por la Sala Plena del Tribunal Superior de Bogotá, en donde se negó el amparo constitucional.</p> <p><b>B.</b> Conceder el amparo de los derechos fundamentales al agua, a la seguridad alimentaria y a la salud de los accionantes.</p> <p><b>C.</b> Ordenar dar continuidad a la mesa de trabajo interinstitucional ordenada previamente por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira y por el Consejo de Estado. En la cual deberán intervenir las comunidades accionantes, las instituciones y el personal técnico que intervino en el presente trámite.</p> <p><b>D.</b> Ordenar a la mesa interinstitucional realizar un estudio técnico completo que ofrezca una respuesta informada a las incertidumbres planteadas en la parte resolutive de esta sentencia, para de esta manera valorar su viabilidad ambiental.</p>

	<p><b>E.</b> Ordenar incorporar en el Plan de Manejo Ambiental Integral PMAI, las conclusiones del estudio técnico realizado por la mesa interinstitucional.</p> <p><b>F.</b> Ordenar a la empresa Carbones del Cerrejón Limited ajustarse al Plan de Manejo Ambiental Integral, y a su vez, poner en marcha medidas de control, mitigación compensación y prevención de los impactos sociales y ambientales del proyecto.</p> <p><b>G.</b> Ordenar a la mesa interinstitucional, decida acerca del restablecimiento del paso de las aguas superficiales del arroyo Bruno hacia su cauce natural mientras se realizan los estudios técnicos.</p> <p><b>H.</b> Continuar con la suspensión de las obras, hasta no resolverse todo lo ordenado anteriormente. (Corte Constitucional de Colombia, 2017).</p>
<p><b>Salvamentos de voto</b></p>	<p><b>A. Salvamento parcial de voto de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger:</b></p>

Considera adecuado el enfoque de la Corte frente a los derechos fundamentales alegados y a la valoración de la importancia que tienen los cuerpos hídricos en la guajira y la vulnerabilidad del bosque seco tropical, sin embargo, de dejan de lado detalles muy importantes en virtud del principio de seguridad jurídica, como lo es, el establecimiento de un plazo para que la mesa emita un informe definitivo, y que en caso de ser negativa la viabilidad del proyecto, se revisaran las condiciones de concesión con miras a restaurar el equilibrio contractual. Ya que, esta Corporación realizó un análisis de las afectaciones ambientales y sociales del proyecto, que perjudica a las comunidades indígenas que allí habitan, sin embargo, se ignoraron las consecuencias económicas que tiene la suspensión de la explotación minera, tanto para trabajadores de la empresa, como para el mismo Estado.

El 69% de los ingresos en el departamento de la Guajira, provienen de la explotación minera, por lo tanto, una suspensión o cese de actividades por parte de Carbones del Cerrejón, significa también una afectación para los derechos fundamentales de la población de este departamento.

En la presente sentencia no se analizaron los derechos de terceros que se afectarían económicamente, ni los de la empresa misma,

al respecto la Corte ha señalado que la importancia de un derecho no implica el desconocimiento de otros, que frente al choque de derechos se deben ponderar bajo el principio de armonización, buscando resguardar las facetas fundamentales de cada uno, debiendo resolver esta colisión entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos.

Según la magistrada, ante el cambio de circunstancias que dieron origen al contrato, se debe aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, se deberán realizar los ajustes necesarios para lograr responder por las obligaciones contraídas.

**B. Salvamento parcial de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera y Alberto Rojas Rios:**

Los dos magistrados coinciden en que, con toda la información obtenida en el trámite procesal, incluso la inspección judicial practicada por la misma Corporación, existían elementos de juicio suficientes para tutelar realmente los derechos fundamentales de los accionantes, pero la Corte, decidió tutelar estos derechos, sin ninguna decisión de fondo, una decisión específica que lograra la materialización de esta garantía.

Los magistrados también exponen la falta de valoración por parte de la Corte de situaciones o efectos de la ejecución del proyecto mencionado. como lo es la falta de pronunciamiento sobre la vulneración al derecho de consulta previa, igualdad, participación y diversidad étnica de las comunidades accionantes, al respecto señalan que a pesar de los fallos emitidos por la misma Corte Constitucional en sentencia T-704 de 2016 y en sentencia de 13 de octubre de 2016 del Consejo de Estado se abordaron temas similares, estos no llegaron a tocar la problemática de la desviación del arroyo Bruno o no lograron evaluar ni siquiera los aquí valorados en la presente providencia, por lo tanto, era necesario que la Corte en la presente providencia se extendiera en la valoración total de todas las variables existentes, y en concordancia con la actividad procesal, una adecuada y específica decisión que realmente tutele los derechos anteriormente mencionados de todas las comunidades que realmente se encuentran implicadas.

Consideran que el derecho a la consulta previa, corresponde a un elemento fundamental de la participación ambiental comunitaria, cuestión que entre muchas otras no han podido resolver las comunidades a través de acciones judiciales, prueba de ello es la pluralidad de procesos judiciales al respecto, es por esto que resulta imprescindible

una decisión de esta Corporación que abordara todas las variables y en especial la relación de interdependencia que tiene el derecho a la consulta previa, con los demás derecho de las comunidades.

Así mismo, exponen la carencia de un elemento fundamental al entrar en el análisis del caso aquí presentado, esto es, el análisis de constitucionalidad del licenciamiento minero otorgado a Carbones del Cerrejón, según el cual, la aplicación de la normativa anterior a la ley 99 de 1993, y a la Constitución Política de 1991, no puede extenderse indefinidamente, y por medio de un régimen de transición, desconocer normas de superior jerarquía como la actual Constitución de 1991. Es por esto, que la aplicación de un régimen normativo anterior y derogado, resulta totalmente inconstitucional.

Un elemento esencial que también se omitió en la decisión, fue la resolución o análisis del conflicto de competencias entre las autoridades ambientales, por lo tanto, no es posible adoptar algún concepto emitido por la autoridad competente, porque los conceptos son opuestos y no existe una adecuada delimitación de funciones, así como tampoco, es posible identificar a una de estas como salvaguarda de este cuerpo hídrico en la actualidad y en el futuro, que se encargue de vigilar y verificar el cuidado de este.

**C. Salvamento parcial de voto de la magistrada Gloria Stella****Ortíz Delgado:**

La magistrada aclara estar de acuerdo en un primer momento con la tutela de los derechos fundamentales al agua, la salud y la seguridad alimentaria de las comunidades accionantes, sin embargo, considera que esta decisión se encuentra incompleta sin el reconocimiento también del derecho a la consulta previa, con el único argumento de ya haberse pronunciado al respecto en sentencia T 704 de 2016 y también reconocido por el Consejo de Estado en sentencia del 13 de octubre de 2016, en donde se le dotó a la decisión de efecto inter comunis a todas las comunidades que se beneficiaran del arroyo Bruno, sin embargo, esto no es suficiente para proteger a la población que habita el departamento de la Guajira, que han sido afectados con proyectos de explotación minera diferentes a los expuestos en las mencionadas providencia, la omisión de esta garantía, es una oportunidad que se pierde para reconocer la necesidad que existe de involucrar a los pueblos indígenas en las decisiones que se toman sobre su territorio.

	<p>Similar a los expresado por sus colegas, los magistrados Diana Fajardo Rivera y Alberto Rojas Ríos, resalta la omisión de la Corte, para el análisis y toma de decisión frente al conflicto entre autoridades ambientales de orden nacional y local. Por último, la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, destaca la decisión que debió haber tomado la Sala Plena, frente al tapón hidráulico que evita el curso de las agua del arroyo Bruno por su cauce natural, que da como resultado el deterioro del bosque en galería y consecuentemente la afectación de las comunidades que se benefician de toda la riqueza ambiental de la zona, generando en conjunto daños irreparables. Por ende, la Corte debió decidir la remoción del tapón para evitar cualquier tipo de daño, cuya decisión se corresponde con la tutela de los derechos que reconoció esta Corporación.</p>
<p><b>Análisis</b></p>	<p><b>A. Análisis crítico general:</b></p> <p>En la presente providencia, la Corte realiza un excelente análisis del material probatorio que reposa en el expediente, como lo fue cada concepto emitido por los expertos, a partir de los cuales se pudo verificar la magnitud del daño ambiental que ha estado provocando la empresa Carbones del Cerrejón Limited, frente a lo cual ninguna</p>

autoridad ha realizado ningún tipo de control real. Sin embargo, la Sala en su decisión, toma una posición bastante controversial, provocando que algunos magistrados salven su voto y se aparten de esta decisión, ya que, aunque concede la tutela de los derechos fundamentales de los accionantes, no ordena ningún tipo de medida que materialice esta decisión, dejando en el aire el amparo constitucional otorgado, así como tampoco se toma una decisión de fondo frente al medio ambiente, existiendo elementos materiales probatorios suficientes para reconocer la falta de certeza científica en cuanto al bajo o nulo nivel de daño que pretende sustentar Carbones del Cerrejón, a través del cual se podría dar aplicación al principio de precaución y ordenar el cierre total de las actividades extractivas en la zona.

Entre muchos argumentos expuestos por los magistrados en sus salvamentos de voto, hay especialmente uno muy interesante a partir del cual se materializa esa total falta de conciencia de muchos Colombianos, incluso de la magistrada de la Corte que lo expuso, en el cual aduce *“El 69% de los ingresos en el departamento de la Guajira, provienen de la explotación minera, por lo tanto, una suspensión o cese de actividades por parte de Carbones del Cerrejón, significa también una afectación para los derechos fundamentales de la población de este departamento”* es increíble como se intenta justificar los daños ambientales provocados por Carbones del Cerrejón, a través de un

chantaje de esta naturaleza, en donde se intenta ocultar un abandono estatal y que a la vez, este sirva de sustento de un modelo económico salvaje en donde una población tiene que sufrir si se hace minería o si no se hace minería, en cualquiera de los casos, se condena a una población a la miseria, al hambre, al abandono, al desplazamiento de su territorio sagrado y de sus costumbres ancestrales.

La Corte, también omite por completo el reconocimiento del derecho a la consulta previa y a la participación, con el único argumento de ya haberse pronunciado frente a este tema en otras oportunidades, como si la aplicación del derecho, en este caso de la Constitución, sea una mera enunciación de acciones, ignorando la realidad material, situación completamente contraria al concepto de ejercicio del derecho demostrado por esta Corporación en otras providencias. Si los accionantes alegaron el reconocimiento de su derecho a la consulta previa, después de haberse pronunciado la Corte frente a este tema en otras decisiones, se debió entrar a analizar el tema en profundidad y verificar si la omisión del proceso de consulta previa todavía se encontraba vigente o ya había sido ejecutado por parte de los obligados.

A través de esta providencia, se puede observar nuevamente el inconmensurable daño que puede ocasionar una persona jurídica no solo a poblaciones enteras, sino al medio ambiente, en donde las empresas a través de argucias jurídicas y un gigantesco poder económico, pueden

fácilmente doblegar las débiles normas ambientales, ocasionando el desplazamiento de comunidades enteras, la desaparición de fuentes hídricas fundamentales para la vida en estos territorios, el desmembramiento de biomas tan importantes y delicados como el bosque seco tropical, la fuerte contaminación que provocan sus actividades y la impunidad de todas estas conductas.

**B. Análisis a la luz del derecho penal económico:**

Desde el análisis del caso a partir de la tesis propuesta en el presente trabajo, se puede afirmar indudablemente que en este caso la existencia del medio ambiente como bien jurídico, hubiera generado la imputación de responsabilidad penal en contra de la empresa Carbones del Cerrejón Limited, teniendo en cuenta que el daño ambiental fue debidamente probado, e incluso, a partir de los informes periciales aportados por los expertos, se logró constatar la inexistencia de acciones por parte de la entidad para prevenir estos daño, como lo fue la falta de características técnicas del cauce artificial que ocasionarían la desaparición inmediata del bosque, ante lo cual, la entidad decidió no hacer nada y negar lo informado por los profesionales, es por esto que se puede concluir, que el bien jurídico ambiente estaría totalmente

comprometido, incluso más allá del daño causado con el traslado del arroyo Bruno.

Por medio del análisis de estos casos podemos percatarnos del desesperado grito de la humanidad por la necesidad de un modelo económico realmente sustentable, que no se quede en meros tratados internacionales, como la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en 1992, desde el se viene haciendo alusión a este concepto y realmente nada ha cambiado, todo queda en papel, mientras las empresas siguen con su devastadora maquinaria engullendo biomas enteros.

### 3.6. Análisis jurisprudencial: sentencia T-733 de 2017 Corte Constitucional.

**Tabla 6.**

**Sentencia T-733 de 2017.**

	<p style="text-align: center;"><b>Comunidad Indígena Zenú del Alto San Jorge y Comunidades Negras de San José de Uré <u>VS</u> Sociedad BHP Billiton, autoridades estatales y Cerro Matoso S.A.</b></p> <p style="text-align: center;">Las comunidades alegan la afectación a sus derechos fundamentales y al medio ambiente, producto de la omisión de deberes por parte de autoridades ambientales y las actividades extractivas de la empresa Cerro Matoso S.A.</p>
<p><b>Referencias</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Sala: Plena de la Corte Constitucional</li> <li>● Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos</li> <li>● Lugar y fecha: Bogotá, 15 de diciembre de 2017.</li> <li>● Expediente: T-4.126.294 y T-4.298.584.</li> <li>● T: 733 de 2017.</li> </ul>
<p><b>Partes</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Accionantes:</b> Javier Martín Rubio Rodríguez, 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</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Accionados:</b> 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, la Agencia Nacional de Minería y la empresa Cerro Matoso S.A.</li> </ul>
<p><b>Hechos</b></p>	<p>El 30 de marzo de 1963, se otorgó concesión por parte del Ministerio de Minas y Petróleos, a la empresa Richmond Petroleum Company of Colombia, por 30 años, de un área de 500 hectáreas, en la región del Alto San Jorge, con el objetivo de la explotación minera de níquel y otros minerales, acordando además, quedar sujetos a las leyes 60 de 1967 y 20 de 1969, de los Decretos 805 de 1947 y 262 de 1968. En 1963 esta concesión fue traspasada a la empresa Colombiana de Níquel S.A. Econíquel.</p> <p>Posteriormente, en 1980 la empresa Econíquel y Compañía de Níquel Colombiano S.A. cedieron sus derechos a la sociedad Cerro Matoso S.A. con la cual, en 1996 se firmó un otrosí, mediante el cual se</p>

acuerda un nuevo periodo de explotación por las mismas áreas concesionadas en 1963, pero esta vez hasta el año 2029, con la posibilidad de prórroga hasta 2044, con la condición de aumentar la producción minera, y además, se dispuso una cláusula ambiental, la cual, no cuenta con obligaciones concretas.

Los accionantes argumentan que el proyecto minero, por el cual fue otorgada la concesión minera, no cuenta con licencia ambiental para todo el área concesionada, por ende, no es posible identificar si el proyecto resulta viable ambientalmente. Además de esto, los habitantes del Resguardo Zenú del Alto San Jorge, se han percatado de un considerable cambio en su entorno, ocasionando impactos negativos en la naturaleza de la cual se benefician, e incluso en impactos directos en su propia salud, como se ha podido observar en el aumento de casos de cancer y abortos en esta población. Los accionantes alegan que según la Contraloría, Cerro Matoso S.A. no cuenta con estudios o programas para mantener la calidad del aire, evitar la contaminación de recursos hídricos y minimizar los impactos ambientales.

Con base en lo anterior, el 28 de junio de 2013, el ciudadano Javier Martín Rubio Rodríguez en calidad de agente oficioso interpuso acción de tutela contra la sociedad BHP Billiton, el Ministerio de Minas

y Energía, Ministerio de Ambiente, Ministerio de Salud, ANLA, Ingeominas y la Corporación de los Valles del Sinú y del San Jorge, así mismo, 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 Hernan Jacobo Otero, acudieron a esta acción, contra el Ministerio de Minas y Energía, la ANLA y Cerro Matoso S.A., solicitando, le sean tutelados los derechos fundamentales a la participación a través de la consulta previa, la integridad cultural, social, económica y a la supervivencia vulnerados por la firma del otrosí en 1996. Se ordene al Ministerio del Interior, en un primer momento realizar capacitaciones para aclarar todo lo tendiente al derecho de consulta previa con el cual cuentan las comunidades en Colombia, y en un segundo momento, iniciar con el trámite de consulta previa a las comunidades de la zona. Por otro lado, que se advierta a las autoridades ambientales abstenerse de otorgar licencia ambiental antes de realizarse el proceso de consulta previa, así como también ordenar la investigación de daños que han sufrido las comunidades indígenas y afrodescendientes como consecuencia de la explotación minera en la zona. Por último, los accionantes solicitan al Ministerio de Minas y Energía, Agencia Nacional Minera, a Cerro Matoso S.A. y a la ANLA,

	<p>la renegociación del contrato de explotación minera, con el fin de incorporar intereses de las comunidades indígenas.</p>
<p><b>Problemas jurídicos</b></p>	<p>¿La omisión del proceso de consulta previa por parte de Cerro Matoso S.A. frente al proyecto minero ejecutado en la región del Alto San Jorge, vulnera derechos fundamentales de las comunidades indígenas que habitan la zona?</p> <p>¿Cumplir con los valores límites estipulados por la norma, frente a la concentración de sustancias contaminantes, resulta suficiente para desvirtuar la relación causal entre la actividad minera en el Alto San Jorge, y las afectaciones al medio ambiente y a la salud humana de los pobladores?</p>
<p><b>Consideraciones</b></p>	<p><b>A. Pueblo indígena Zenú.</b></p> <p>Para el presente caso la Corte considera que debe analizar más allá de lo planteado por los accionantes, con el fin de solucionar problemas constitucionales de mayor envergadura, es por esto que pasará a analizar en un primer momento el pueblo indígena Zenú.</p>

Estas comunidades indígenas, se asentaron en el Alto San Jorge en 1959, provenientes de San Andrés de Sotavento, según su cosmovisión, estos territorios que hoy en día habitan, es considerado ancestral, debido a que allí habitaron los zenúes prehispánicos. Esta comunidad, venera seres sobrenaturales que adoptan figuras humanas o animales, los cuales denominan encantos, estos dominan las fuerzas de la naturaleza.

Según estudios de expertos, la minería y la ganadería ha puesto en grave riesgo la salud, la supervivencia física y cultural de esta población, ya que, con ocasión de estas actividades, se han destruido sitios sagrados, montes y bosques.

El Incoder, en resolución número 336 del 28 de agosto de 2014, constituyó el Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge, en un terreno que corresponde al Fondo Nacional Agrario, con un área de 960 hectáreas. Según el oficio del 25 de junio de 2015 de la Dirección Técnica de Asuntos Indígenas del Incoder, el Resguardo Indígena del Alto San Jorge, se encuentra en la zona de influencia de explotación minera de Cerro Matoso.

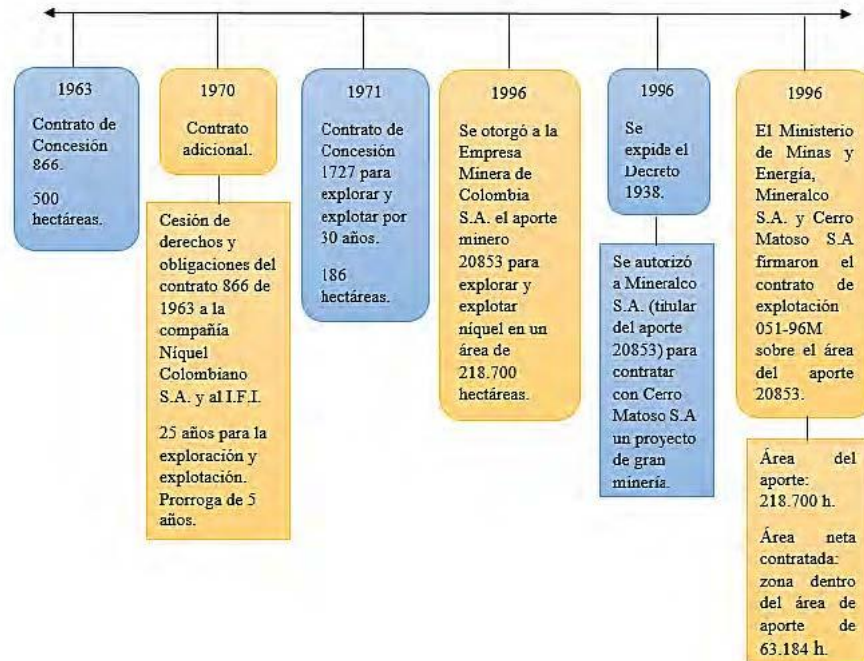
Según la ANLA existen 7 comunidades en el área de influencia de Cerro Matoso S.A. las cuales fueron identificadas en un radio de 6km de la planta, estas son: Centro América, la Odisea, Unión Matoso, Puente Uré, Torno Rojo y Puerto Colombia, constituyéndose como cabildos indígenas que hacen parte del Resguardo Indígena del Alto San Jorge, y además, se encuentra la Comunidad de Bocas de Uré, perteneciente al Consejo de Comunidades Negras Eduardo Marcelo. En contraposición a lo anterior, Cerro Matoso S.A., aduce que, las comunidades no están asentadas en este territorio hace 50 años, que a la llegada de la empresa a finales de los años 70, si existían asentamientos cercanos, pero no se identificaban como indígenas, sino que conformaban juntas comunales o similares, con comportamientos idénticos a los de sus alrededores que se identifican como campesinos.

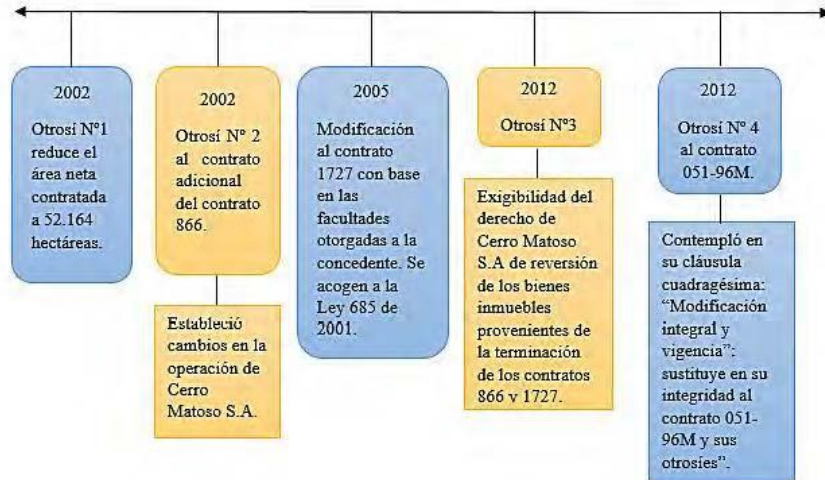
Frente a este aspecto, la Corte considera, que descartará lo alegado por la empresa Cerro Matoso, debido a que estas afirmaciones están sustentadas en el estudio del abogado Roque Roldán, quien no acredita experticia alguna en este tipo de temas, mientras que lo señalado por el Incoder, proviene de un estudio científico serio, realizado por antropólogos expertos en temas indígenas.

## B. Cambios en las relaciones contractuales de Cerro Matoso S.A.

S.A.

Figura 1\*



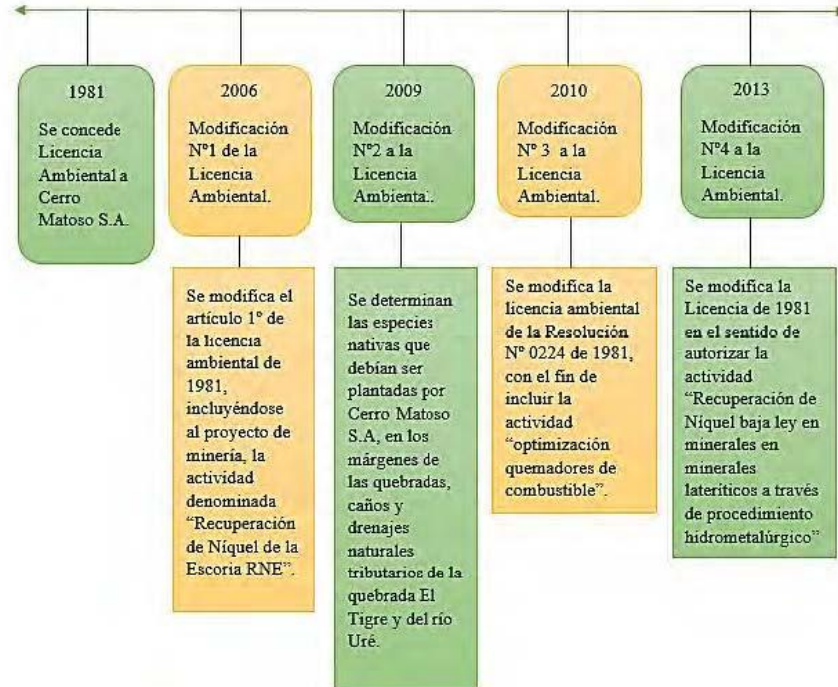
**Figura 2\***

\*Nota: En desarrollo de esta temática, la Corte elaboró la siguiente línea de tiempo (*T-733-17 Corte Constitucional De Colombia, 2017*).

### C. Cambios en el licenciamiento ambiental de Cerro Matoso

S.A.

Figura 3\*



\*En desarrollo de esta temática, la Corte elaboró la siguiente línea de tiempo (*T-733-17 Corte Constitucional De Colombia, 2017*)

### D. Etapa Probatoria:

Con base en lo anterior, la Corte considera que se debe realizar un exhaustivo análisis probatorio, para lo cual tendrá en cuenta la definición de objeto de prueba como: sobre lo cual debe recaer la prueba, la cual se compone de los elementos fácticos sobre los que se

apoyan las pretensiones de los sujetos procesales. Y tendrá también como definición de contexto, como una herramienta que permite una mejor comprensión del caso concreto y del ámbito en el cual éste tiene lugar.

En pro de la investigación respectiva, la Corte ordenó al Instituto Nacional de Medicina Legal, la realización de estudios a los pobladores de la zona que presentan irritaciones en los ojos, erupciones, rasquiña en la piel, dificultades respiratorias, entre otros síntomas, producto de la explotación minera en el territorio.

La Corte estima que se aplicará un análisis de contexto para examinar el marco geográfico, político, económico, histórico y social, con el fin de aportar una visión integral de los hechos, este se usará como medio de prueba bajo el principio de libertad probatoria.

En los resultados del estudio realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal, para la evaluación de niveles de níquel en sangre y orina por las comunidades de la zona, se logró constatar que, las cantidades de níquel que se encontraron en orina y sangre están muy por encima de niveles detectados en otras partes del mundo, es por esto, que consideran la posibilidad de contaminación de las muestras. Debido a

ello y en conjunto con la Secretaría de Salud de Bogotá, se analizaron los recipientes en donde fueron almacenadas las muestras y el instrumental usado, los cuales arrojaron como resultado la inexistencia de níquel en ellos. Además de ello, la Secretaría de Salud de Bogotá realizó un muestreo y análisis de sangre proveniente de un banco de sangre, los cuales también contenían niveles altos de níquel. Con lo cual, es posible descartar la existencia de contaminación en las muestras iniciales.

Debido a estos elevados niveles encontrados, la empresa Cerro Matoso, solicitó excluir las pruebas de orina y sangre, alegando una posible contaminación, pero la Corte denegó esta solicitud, debido a que

- 1) La prueba se decretó de forma legal;
- 2) No se logró encontrar fallos o errores en la toma de las muestras;
- 3) La misma empresa Cerro Matoso fue la encargada de adquirir los insumos para esta práctica;
- 4) La metodología y controles de calidad usados por el Instituto Nacional de Medicina Legal, fueron los adecuados;
- 5) La Secretaría de Salud de Bogotá logró descartar cualquier tipo de contaminación posible.

**E. Resolución del caso en concreto:**

En el análisis de cumplimiento del requisito de subsidiariedad, la Corte considera que si se cumple con este requisito, para solicitar la tutela del derecho fundamental a la consulta previa, teniendo en cuenta que, las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, sólo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad del acto administrativo, no con el procedimiento ejecutado de consulta previa.

Frente a este derecho fundamental de consulta previa, la Corte cita lo expresado en sentencia T-704 de 2016, que usará como complemento para la comprensión del derecho de consulta previa, esto es, la diferencia entre el área de influencia directa y afectación directa, siendo necesaria en estos casos la aplicación del segundo, ya que, existen afectaciones a comunidades que no se realizan en áreas demarcadas geográficamente por los titulares de una obra, como lo sería la contaminación por parte de una empresa minera a un río, lo cual afectará a comunidades ubicadas mucho más lejos del territorio en donde se desarrolla la actividad extractiva.

Así mismo, destaca lo señalado en la sentencia T-769 de 2009:  
*“Así ha de buscarse una justamedida, 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, por 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*". De igual manera, esta Corporación, en sentencia T 693 de 2011, ha señalado que la consulta a las comunidades debe realizarse aún cuando el proyecto ya haya sido ejecutado y los daños hayan sido causados, esto se hará con el fin de corregir dichos impactos.

Esta Corporación resalta la aplicación del Convenio 169 de la OIT, que con ocasión del otrosí número 4, es necesario realizar un nuevo proceso de consulta previa, debido a que este se realizará bajo condiciones diferentes a las iniciales, procesos industriales diferentes, nuevos impactos ambientales y nuevas afectaciones a las comunidades que habitan la zona.

Sumado a lo anterior, reconoce la existencia de un vínculo entre el derecho fundamental a la consulta previa y el proceso administrativo de licenciamiento ambiental, sin embargo, su naturaleza y supuesto fáctico de aplicación son muy diferentes, por ende, no pueden considerarse como iguales, tal como lo consideró Cerro Matoso S.A., para sustentar su posición al respecto.

Se considera también por parte de esta Corporación que se cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que, la acción de tutela

se ejerció el 28 de junio de 2013 y el otrosí #4, como se puede constatar en la línea de tiempo expuesta anteriormente, fue suscrito el 27 de diciembre de 2012.

En el análisis de la legitimación por activa, la Corte considera que las comunidades indígenas, según la jurisprudencia, se no es necesario acreditar una confirmación o reconocimiento por parte de alguna entidad, ya que, su existencia es una realidad natural, debido a ello, estas comunidades si se encuentran legitimados para solicitar la tutela de sus derechos a través de esta acción, sin embargo, el ciudadano Javier Martín Rubio Rodríguez, con ocasión de su calidad de agente oficioso y según las subreglas constitucionales, no acreditó que las comunidades indígenas se encontraban en imposibilidad de actuar por su propia cuenta, debido a ello, esta Corporación deberá revocar el fallo del 15 de julio de 2013 emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería. Muy diferente a la condición con la que cuentan 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 Hernan Jacobo Otero, los cuales interpusieron acción de tutela frente a estas mismas situaciones, en contra del 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 ANLA e Ingeominas, respecto de lo cual, contrario a lo decidido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, considera la Corte que, por parte del señor Luis Hernán Jacobo Otero, si existió legitimación por activa, teniendo en cuenta que este, fue elegido como Presidente del Consejo Comunitario de Comunidades negras de Uré mediante resolución 0366 del 4 de abril de 2011, además, de no existir ningún otro requisito necesario para formular acción de tutela, más que acreditar la representación de la población afectada. Situación similar se presenta en cuanto a la legitimación por activa del señor Israel Manuel Aguilar Solano, quien de igual manera, acreditó ser el Gobernador Mayor de su comunidad y además, aportó resolución del INCODER, en donde se constituye el Resguardo Indígena Zenú del Alto San Jorge.

Frente al análisis detallado del otrosí número 4, se pudo establecer que no es posible considerarlo una simple prórroga, ya que, se realizan modificaciones sustanciales de las actividades, así como también del impacto que tiene en la zona, sumado a lo anterior, existe una frase en el otrosí, en el que esta afirmación se materializa “el presente otrosí N°4 sustituye en su integridad al contrato 051-96M y a sus otrosíes N° 1, 2 y 3”, esto incluso, no se corresponde con la

naturaleza de un otrosí, ya que, este tiene la particularidad de cambiar algunas cláusulas del contrato inicial, pero nunca de reemplazarlo o sustituirlo.

Frente a la relación entre los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud, y la normatividad aplicable, incluida la licencia ambiental, esta Corporación considera previamente las siguientes subreglas constitucionales:

El derecho fundamental al medio ambiente tiene carácter de principio fundante de la Constitución Política de 1991.

La protección del medio ambiente prevalece frente a los derechos económicos adquiridos por particulares, en las circunstancias en que esté probado que la actividad produce un daño o sea posible aplicar el principio de precaución.

Con base en el principio de precaución, el Estado tiene la obligación de exigir medidas adicionales para preservar el medio ambiente.

La licencia ambiental es un instrumento para la identificación, valoración, prevención y mitigación de los impactos ambientales de un proyecto, según la sentencia C-894 de 2003, la naturaleza de la licencia ambiental, corresponde a una forma de control del Estado a la

explotación de los recursos naturales en el territorio nacional, lo que se traduce en un mecanismo de intervención del Estado en la economía, buscando que la propiedad satisfaga la función ecológica que la Constitución le ha otorgado.

Los valores límite de concentración constituyen un elemento probatorio más, que debe ser considerado, sin embargo, no es posible valorarlo como un dictamen pericial, ya que este elemento presenta limitaciones, complejidades y variables que deberá tener en cuenta el juez.

El principio de causalidad se flexibiliza debido a las dificultades probatorias en este ámbito.

El principio de precaución consiste en la implementación de medidas para evitar perjuicios al medio ambiente, cuando no existe certeza científica sobre el peligro existente.

Respecto de los daños ambientales, estos llegan a afectar de dos maneras diferentes: 1) La salud y los bienes de determinadas personas; y 2) Afecta el disfrute de un derecho colectivo, es masificado, indirecto, impersonal, no existe una única víctima, su responsable no necesariamente es una única persona o entidad, afecta bienes jurídicos supraindividuales y se caracteriza por ser difuso, debido a su naturaleza expansiva en el tiempo y espacio, debido a ello, resulta complejo la

atribución de responsabilidad y la prueba suele estar dotada de enorme científicidad.

La Corte concluye que, el daño ambiental es de difícil comprobación, complejo, con un enorme componente social, pudiendo llegar a afectar a generaciones futuras, además, se suele presentar que las víctimas son comunidades campesinas o minorías étnicas, y los agentes contaminantes son grandes empresas o conglomerados económicos.

Paralelo al daño ambiental, se deben analizar los valores límites permitidos de ciertas sustancias en el ambiente, la Corte señala que, la doctrina especializada sostiene que si la fijación de estos busca minimizar riesgos, estos límites son teóricos, ya que, en la práctica, hay muchas variables que se omiten con la valoración únicamente de estos límites, como lo sería la acción combinada del elemento medido junto con otros elementos contaminantes, ya presentes en el medio, su efecto acumulativo y la veracidad de los estudios a través de los cuales se estableció este límite.

Entrando en el análisis del caso en concreto frente a los daños ambientales y a la salud humana, esta Corporación hace la salvedad de la improcedencia de pretensiones indemnizatorias y de configuración de

responsabilidad por daños ambientales, sin embargo, considera que resulta aplicable mutatis mutandis, el examen de vulneración de derechos fundamentales, debido a que, este tiene objetivos similares, como lo es, la comprobación del nexo de causalidad y la existencia de afectaciones al medio ambiente y a la salud humana.

Los daños a la salud humana serán evaluados en gran medida a través del dictamen pericial elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, según el cual, se pudo concluir que los elevados porcentajes de la población que padecen enfermedades pulmonares y dermatológicas, así como los resultados de los análisis de níquel en sangre y en orina, que en promedio llegan a superar en 9 veces los máximos presentados por los referentes internacionales, como la Agencia para el Registro de Sustancias Tóxicas y Enfermedades del Departamento de Salud de los Estados Unidos, permiten corroborar lo relatado en las denuncias de los accionantes. La Agencia Internacional de Investigación en Cáncer, clasificó en el 2012 los compuestos de níquel como carcinogénicos para humanos, en el grupo 1, el ion níquel se acumula en el citoplasma y núcleo de las células, y aunque son débilmente mutagénicos en células de mamíferos, si pueden provocar daños en el ADN, aberraciones cromosómicas y micronúcleos in vitro e in vivo, sin embargo, estos efectos demoran mucho tiempo en darse,

hasta el 2012, no se presenta datos que comprueben que el níquel provoque otros tipos de cáncer además de los ya confirmados, que son el cancer de pulmón y el cáncer de senos paranasales. Los efectos crónicos del níquel en el cuerpo humano, se pueden presentar a través de inflamación de los pulmones y fibrosis pulmonar.

Frente a los daños ambientales aducidos por los accionantes, algunos de estos los pudo corroborar la Corte a través de los informes aportados por la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, así mismo, el Ministerio de Salud y la ANLA, han confirmado las denuncias de las comunidades étnicas sobre la presencia de nubes de polvo, que cubren las zonas donde habitan, lo cual depende generalmente de la dirección del viento, dirección en la cual se moverá la nube de material particulado, afectando a unas u otras comunidades. Lo anterior también se pudo confirmar gracias a informes de otras autoridades en el tema como la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge, quien en 2012 encontró que los valores de hierro en la zona, eran superiores a lo establecido en la guía de calidad del aire de la OMS, también, la consultora K2 determinó, que las especies de aves en la zona se habían reducido un 47% entre los años 2000 y 2003, de igual forma se ha visto afectada la fauna restante, ya que, debido a la baja

profundidad y a la cantidad de sedimentos presentes en las afluentes hídricas de la zona, se ha dificultado el desarrollo de microorganismos y algas, fundamentales en la cadena trófica de este ecosistema, de igual forma, se han visto afectados pozos y ríos aledaños, como ha sido el caño Zaino, el cual, gracias a un pozo perimetral construido, al polvo suspendido en el aire y la presencia de gran cantidad de sedimentos, disminuyeron el cuerpo hídrico hasta llegar a secarlo. Las plantas en la zona también se han visto afectadas, incluso teniendo en cuenta que el níquel es un elemento esencial para las plantas, pero su concentración debe ser muy baja, entre 0.05 a 10mg por kg de peso seco, cuando estos seres son expuestos a altas concentraciones, como es el caso, se inhiben las funciones mitóticas, el crecimiento se disminuye, lo cual afecta gravemente al rendimiento de las frutas, su calidad, la reproducción de especies nativas de plantas, clorosis, necrosis, disrupción de fotosíntesis, inhibición de asimilación de CO<sub>2</sub> y reducción de la conductancia estomática, como consecuencia de todo esto, también se han reportado grandes zonas de suelos con altas concentraciones de níquel, lo que deja la tierra inútil para el cultivo, debido a sus propiedades fitotóxicas en altas concentraciones.

Después de confirmar las afectaciones a la salud y al medio ambiente las sustancias que contienen níquel o el mismo níquel metálico, la Corte pasa a analizar la relación de causalidad entre estas afectaciones y las actividades extractivas de Cerro Matoso S.A. Frente a lo cual considera, que a pesar de que Cerro Matoso S.A. ha cumplido hasta la fecha muchos de los estándares fijados por entidades internacionales, e incluso ha sido monitoreada por la autoridades del orden nacional, sin embargo, también se debe tener en cuenta que, la licencia ambiental no se ajusta a lo ordenado en la Constitución Política de 1991, la normativa colombiana no fija valores límite de forma clara para los tipos de sustancias que expiden este tipo de actividades mineras, los estudios realizados por la empresa contienen errores, múltiples estudios e informes como el del Instituto Nacional de Medicina legal, han comprobado que en el desarrollo de esta actividad se producen nubes de escoria que afectan a comunidades étnicas, así como también han comprobado que existen concentraciones excesivas de estas sustancias en recursos atmosféricos e hídricos de la zona, lo cual, en conjunto, significa un fortalecimiento en la existencia de un nexo causal.

La vigencia de la licencia ambiental en la actualidad no puede ser un tema de debate en la presente providencia, debido a que, sería

necesario realizar un juicio de legalidad del acto administrativo y esto es competencia únicamente de la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, si es posible, determinar si la licencia ambiental concedida a Cerro Matoso S.A antes de la Constitución de 1991, es suficiente para la protección de los pobladores de la zona y del medio ambiente, según lo ordena la Constitución.

En la licencia ambiental otorgada a esta empresa, se pudo constatar que no se fijaron las áreas de explotación, ni la cantidad a extraer, tampoco plazos ni alcances del proyecto, mucho menos fases, así como tampoco se establecieron medidas de control y mitigación del impacto ambiental, el documento únicamente expone de forma muy general el proyecto. Debido a su contenido, la Sala considera que este documento, no logra llenar siquiera los requisitos mínimos que ha establecido la Constitución y la jurisprudencia constitucional al respecto.

Este documento resulta ser totalmente contrario a los parámetros constitucionales establecidos, teniendo en cuenta también que, existieron múltiples oportunidades para acopla estos parámetros al proyecto, en cada cambio contractual que fue realizado en el proyecto, la aplicabilidad directa de la Constitución y el principio indubio pro

ambiente o in dubio pro natura. Con base en este análisis, la Corte procederá a ordenar la expedición de una nueva licencia ambiental.

Adicional a lo anterior, esta empresa tampoco contaba con un plan de manejo ambiental, a pesar de haber sido requerido por la ANLA, para su elaboración, pero hasta 2015 que ya se encontraba en curso la presente acción de tutela, que decidió esta entidad elaborarlo.

Debido a la inexistencia de valores máximos establecidos de emisiones, de níquel a la atmósfera, y de concentración de hierro y níquel en cuerpos de agua destinados para uso doméstico y agricultura, la empresa Cerro Matoso S.A., ha decidido tomar como referencia de estos límites los establecidos por la Directiva 2004/107/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Union Europea, y los establecidos también por la legislación ambiental canadiense del Estado de Ontario, sin embargo, esta empresa considera que no es suficiente, ya que, estos parámetros se deben trazar de acuerdo al caso en concreto y las características del medio donde se ejecutan las actividades.

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala resulta ambigua la posición de Cerro Matoso, ya que, adopta parámetros foráneos, los cuales desacredita, llegando incluso a afirmar que estas no son normas

de calidad ambiental, para más adelante solicitar que no se le impute ninguna violación a los derechos alegados por los accionantes, sustentando su solicitud en que la empresa no está sobrepasando ningún límite permitido.

Aunado a lo anterior, las autoridades ambientales han realizado de forma periódica los respectivos monitoreos a la calidad del aire, es así como la Corporación del Valle del Sinú, la ANLA y el Ministerio de Ambiente, han llegado a concluir que Cerro Matoso ha cumplido con los estándares de emisión de níquel, sin embargo, esta Corporación no entiende con base en qué estándares se realizaron tales valoraciones, teniendo en cuenta que en Colombia no existe normativa que los fije. La omisión de las autoridades ambientales ha llegado a un punto muy delicado, como se pudo demostrar también gracias al oficio allegado por el accionado, el cual fue emitido por el director de la Corporación del Valle del Sinú, en donde se informa que, hasta la fecha (2013) no se había realizado ningún estudio de la calidad del aire en la zona, y que la red de monitoreo que se tiene, se ha realizado con los datos suministrados por la misma empresa Cerro Matoso S.A.

Con base en todo lo anterior, la Corte considera necesario también ordenar la indemnización por los daños causados, debido a la

	<p>irreversibilidad e intensidad de las afectaciones, sin embargo, reconoce que a pesar de ordenar esta indemnización, no resultará suficiente para garantizar el pleno goce de sus derechos fundamentales, constituyendo de esta manera, un verdadero caso de responsabilidad constitucional, en donde se acredita la culpa, el daño, la conducta y el nexo causal. Esta decisión se toma con base en lo señalado por la sentencia C-543 de 1991, según la cual, la reparación es la consecuencia de la comprobación del daño.</p>
<b>Ratio decidendi</b>	<p>Analizado todo el material probatorio obrante en el expediente, la Corte considera que a través de los elementos materiales probatorios como, el dictamen pericial elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal, los informes por parte de la Secretaría de Salud de Bogotá y el Ministerio de Salud, se pudo comprobar que existe una grave afectación a la salud de los pobladores de la zona, para posteriormente negar lo afirmado por la empresa, frente al cumplimiento de los valores límites fijados por normas foráneas, ni tampoco de los límites fijados en normas nacionales, se lograron demostrar múltiples incumplimientos, debido a las altas concentraciones de níquel y hierro en fuentes hídricas, aire e incluso en muestras de sangre y orina de los pobladores, además, según informes de la ANLA y</p>

	<p>de la Procuraduría General de la Nación, Cerro Matoso ha incurrido en el incumplimiento de los permisos otorgados por diferentes autoridades a esta empresa, incluso se ha registrado continuidad en ciertas actividades, las cuales tienen permisos vencidos o se han ejecutado actividades extractivas en lugares en donde nunca se obtuvo permiso de ninguna entidad, este tipo de conductas se han efectuado por parte de Cerro Matoso S.A., con ocasión de sus actividades mineras a lo largo de 35 años, quedando demostrada la afectación al medio ambiente y a la salud de los pobladores, así como también la causalidad adecuada y altamente probable, entre las actividades extractivas ejecutadas por Cerro Matoso S.A., desde hace más de 30 años y los graves daños a la salud que padecen los accionantes, y al medio ambiente.</p>
<b>Decisión</b>	<p>A. Revocar el fallo proferido el 16 de diciembre de 2013 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en la cual se confirmó la decisión de primera instancia, donde se negó el amparo solicitado. 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, Guacará-La Odisea, Pueblo Flecha, Puente Uré, Puerto Colombia, Torno Rojo y el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San José de Uré.</p>

**B.** Ordenar a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que con la participación de la empresa Cerro Matoso S.A., en un plazo de 1 año contado a partir de la notificación, realice una consulta previa a 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.

**C.** Ordenar a la empresa Cerro Matoso S.A. que, en un plazo máximo de 3 meses, inicie lo trámites necesario para la expedición de una nueva licencia ambiental, en la cual se fundamenten las obligaciones asumidas en la consulta previa, incluya instrumentos necesarios y suficientes para corregir los impactos ambientales de sus operaciones y garantice la salud de las personas que habitan los alrededores.

**D.** Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social, que dentro de un mes constituya una Brigada de Salud, para la práctica de una valoración médica a las personas que se encuentren registradas en los censos del Ministerio del Interior como integrante 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.

	<p><b>E.</b> Ordenar a Cerro Matoso S.A. que brinde atención integral y permanente en salud a las personas que integren las comunidades que rodean la zona.</p> <p><b>F.</b> Condenar en abstracto, en los términos del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a la empresa Cerro Matoso S.A. al pago de perjuicios causados a los integrantes de las comunidades étnicas de la zona.</p> <p><b>G.</b> Ordenar a la empresa Cerro Matoso S.A. la creación, financiación y ejecución de un Fondo Especial de Etnodesarrollo.</p> <p><b>H.</b> Ordenar al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que regule de manera específica, clara y suficiente los valores límite de concentración para el agua y aire, respecto a las sustancias químicas de hierro y níquel.</p> <p><b>I.</b> Ordenar a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales y a la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge, que de manera coordinada adopten ajustes administrativos necesario para la realización de un control ambiental estricto y efectivo sobre las actividades extractivas de la empresa Cerro Matoso S.A. (Corte Constitucional de Colombia, 2017).</p>
<b>Análisis</b>	<b>A. Análisis crítico general:</b>

Según lo analizado en la sentencia se puede concluir que las tres situaciones que propician la ejecución de este tipo de conductas son:

1. La falta de legislación clara en temas ambientales, ya que, como se pudo observar en el caso en concreto, existía un vacío legal entorno a los niveles máximos permitidos de níquel en fuentes de agua potable y en la atmósfera, así como también, se encontró una carente claridad en la norma aplicable a concesiones mineras otorgadas antes de la Constitución de 1991, lo cual en principio podría considerarse como innecesario, por la propia naturaleza de la Constitución actual, pero puede llegar a considerarse necesaria una norma expresa donde se especifique que todo título minero o cualquier documento relacionado, deberá regirse por la Constitución Política de 1991, ya que, se pueden presentar casos como el actual, en donde se justifique la omisión en la aplicación de los mandatos constitucionales, bajo el argumento de la irretroactividad de la norma y se logre sustentar una falacia de inseguridad jurídica.

2. La visión antropocéntrica de las empresas y del ser humano en general: la falta de conciencia ambiental por parte de las empresas son un elemento esencial no sólo para la estructuración del problema presentado en el caso en concreto, sino a nivel mundial, ya que, para estas, priman los intereses económicos, para lo cual se sirven

de la naturaleza, como si esta, estuviera al servicio del ser humano, este elemento se podría llegar a considerar el mayor factor de riesgo actualmente para el medio ambiente, ya que, como se pudo observar, una sencilla concepción filosófica como lo es el antropocentrismo, en cabeza de una empresa como Cerro Matoso S.A., puede llegar a ocasionar daños incalculables, al punto en el que el Tribunal Constitucional, ordenó la reparación de los daños causados, resaltando que aún así, no era suficiente para garantizar los derechos fundamentales. No se logra entender bajo qué argumento las empresas siguen actuando de esta manera, ya que, incluso usando su antigua tesis del interés económico, no se logra encontrar una lógica razonable, dado que, el estado actual del medio ambiente es tan grave, que usar este argumento sería ignorar el futuro de la misma empresa, y que en 10 años o incluso menos, ni siquiera exista agua en áreas cercanas que pueda ser usada por ejemplo para el lavado del material o el consumo de los mismos obreros. La naturaleza no puede estar al servicio del orden económico, es el orden económico el que debe estar al servicio de la naturaleza.

3. La ineficacia de las autoridades ambientales: esta es una grave situación que vive Colombia, incluso actualmente, en donde las autoridades que tienen la obligación constitucional de velar por el cuidado del medio ambiente, para lo cual, el Estado, pone a su

disposición, recursos económicos, personal calificado, sedes, laboratorios y multitud de herramientas para velar por su protección, pero se encuentran con gran regularidad casos como el narrado en la anterior sentencia, en donde ridículamente estas autoridades no recurren a la elaboración de estudios y control propios, sino al uso de los datos contenidos en estudios elaborados por las mismas empresas, lo cual resulta en un informe totalmente inconsistente, incorrecto y erróneo por parte de la autoridad, caracterizado por el conflicto de interés de quien obtuvo los datos.

**B. Análisis a la luz del derecho penal económico:**

Desde el análisis del caso a partir de la tesis propuesta, se puede afirmar que se encuentra más que demostrada la existencia de una total violación no sólo al bien jurídico medio ambiente, sino también al orden económico, ya que, este caso en específico es un ejemplo claro de la afectación hacia sectores económicos con gran potencial productivo, como lo es la agricultura, a causa de la irregular y macabra actividad extractivana ante un hecho en específico. Cuya violación no se causó con una única acción, sino ante múltiples conductas ejecutadas de forma sistemática durante 35 años, lo cual, en caso de adopción de esta tesis, se podría considerar uno de los delitos más atroces cometidos por

	<p>personas jurídicas en Colombia en contra del medio ambiente, la adopción de la tesis de un derecho penal económico amplio, como fue descrito, acoge las ideas de fomentar un desarrollo sostenible y de tener visión ecocéntrica del derecho, a partir de las cuales se pueden evitar daños de tal magnitud, que a partir del poder punitivo del Estado sean impuestas estas ideas que desde hace 30 años fueron "adoptadas" por Colombia, con la Convención de Río de 1992, pero jamás han sido aplicadas realmente. La conducta señalada en este caso se compone de una total omisión de sus deberes organizaciones durante 35 años a partir de la cual se fundamentaría la imputación en contra de Cerro Matoso S.A.</p>
--	--

#### 4. Conclusiones.

En el presente trabajo se logró identificar la existencia de una demarcada relación entre el derecho penal económico y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, principalmente a través de la naturaleza corporativa de estos conceptos, además se resalta la evolución que expone la doctrina frente al derecho penal económico, entendiéndolo como un derecho penal económico amplio, en donde se tutelen bienes jurídicos más allá del hermético orden económico que siempre ha caracterizado a este derecho penal.

Teniendo claro lo anterior, se logra determinar a través de la respectiva investigación, que no existe una responsabilidad penal de las personas jurídicas en estricto sentido, en nuestra normativa nacional, sin embargo, sí existe un camino demarcado a partir del cual la realidad jurídica nacional puede ir evolucionando a lo largo de los años para constituir este tipo de responsabilidad formalmente en Colombia, esto con base en el régimen de responsabilidad administrativa vigente, el cual tiene relativas similitudes con lo que propone la tesis del derecho penal económico frente a esta responsabilidad, y además, gracias a los tratados internacionales ratificados, se acogen figuras muy importante para la implementación de esta tesis, como lo es la figura “*compliance*”.

En el examen realizado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre contaminación ambiental por explotación de yacimientos mineros, centrándose en mayor medida, en los casos donde se encuentran involucradas personas jurídicas, se logró constatar la inconmensurable profundidad de la problemática ambiental en Colombia, en donde fácilmente se encuentran

varias personas jurídicas alrededor del territorio nacional, que no solamente nunca han cumplido las normas ambientales más básicas, sino que de forma completamente irresponsable e inhumana, han desertificado extensos territorios, a través de una fuerte contaminación de todo tipo y a través de múltiples sustancias químicas, han secado completamente cuerpos hídricos, han dejado suelos totalmente estériles, han convertido el aire de los alrededores de estos extensos territorios en un cóctel tóxico para toda forma de vida, propiciando enfermedades de todo tipo, han desplazado multitud de comunidades, han desnaturalizado estas comunidades y arrasado con su cultura, han cometido todo tipo de conductas contra el medio ambiente e incluso contra el ser humano.

Con base en lo anterior se concluye que la adopción de un derecho penal económico amplio, le otorga ciertas características especiales a la responsabilidad penal de las personas morales, adaptándola a la realidad jurídica colombiana hallada en el análisis jurisprudencial, mediante las cuales se logre reconocer al medio ambiente como un bien jurídico de carácter colectivo, con igual o superior jerarquía al orden económico, con el objetivo de establecer un respeto hacia el medio ambiente por parte de la economía, a partir del cual se rija cualquier actividad económica, y de esta manera, se logre también, la materialización de un desarrollo sustentable en el país.

Teniendo claro todos los componentes teóricos tanto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como del derecho penal económico y tomando como referencia la jurisprudencia analizada, como conclusión se realiza la construcción de un esbozo de lo que sería una responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicada en Colombia a la luz del derecho penal económico, con la intención de aportar al debate nacional una estructura básica a partir de la cual

se pueda seguir trabajando en la investigación y construcción de esta teoría adaptada a la realidad jurídica colombiana, insistiendo en la protección del ambiente como bien jurídicamente tutelado e independiente de cualquier derecho fundamental que tengan las personas naturales.

Esta propuesta que compone la materialización de las conclusiones, supone un gran aporte al desarrollo teórico de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que, como se logró identificar al comienzo de este trabajo, una adecuada adaptación a la naturaleza de nuestro sistema jurídico, es la base fundamental para que este logre ser lo suficientemente célere y eficaz.

Visto lo anterior, se concluye también que, la realidad jurídica, social y ambiental que se logró hallar en este trabajo, fue totalmente desconcertante, decepcionante y desalentadora, cuando se habla de delitos de cualquier tipo, automáticamente se piensa en una vulneración a un bien jurídico, sin embargo, la categoría de delito le queda corto a los casos analizados, yendo más allá, tal vez un término hipotético que podría llegar a asemejarse a la conducta ejecutada por estas empresas es el de genocidio ambiental. Se logró determinar que, en Colombia existe una grave urgencia por la adopción de una responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a conductas contra el medio ambiente, cimentada sobre el derecho penal económico, teniendo en cuenta que son los intereses económicos los que en principio se usan como excusa para cometer este tipo de conductas. Así como también, se logró identificar la total omisión por parte de las autoridades ambientales para la evitación de este tipo de casos tan graves, autoridades sobre las cuales actualmente reposa la potestad de aplicar la responsabilidad administrativa a estas empresas, sin embargo, fácilmente se puede deducir que jamás va a ser aplicada. Diferente a lo

que se podría pensar, el presente trabajo no tuvo como objetivo la exposición de un simple traslado de potestades coercitivas del derecho administrativo al derecho penal, consistió simplemente en emplear al derecho penal para lo que fue creado, para ejercer el poder coercitivo del Estado y proteger bienes jurídicos.

A través de derecho de petición, se solicitó a la Fiscalía General de la Nación información frente a la existencia de algún caso de responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya solicitud no fue respondida.

### Referencias Bibliográficas

Aarnio, A. (1986). *Persona jurídica, ¿una ficción?*

<https://doxa.ua.es/article/view/1986-n3-persona-juridica-una-ficcion>

Aponte, M. C. (2018, November 2). *Modificaciones al régimen sancionatorio ambiental.*

Asuntos Legales. Retrieved September 9, 2022, from

<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/maria-camila-aponte-martinez-402321/modificaciones-al-regimen-sancionatorio-ambiental-2789157>

Asamblea General de las Naciones Unidas & ONU. (1982). *Carta Mundial de la Naturaleza.*

Bacigalupo, S. (2021). Compliance. *Revista en Cultura de la Legalidad*, (21), 260-276.

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/6348/4941>

Bacigalupo Saggese, S. (1997). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio sobre el derecho penal.* <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4345>

Bajo Fernández, M. (1973). *El Derecho penal economico. tln estudio de Derecho positivo espanol.* <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2786010>

Barrientos Pérez, D. J. (2015). Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro.

Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. *Revista Nuevo Foro Penal*, 11(84), 90-136.

<https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.uis.edu.co/#/search/jurisdiction:CO/bienes+jur%C3%ADdicos+supraindividuales/WW/vid/656143841>

Bernate Ochoa, F. (2018). El compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 10(20), 32-49.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6857108>

Castro Giraldo, J. P., & Díaz Rincón, S. V. (2020). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. *Tejidos Sociales*, 3(1), 1-11.

Cervini, R. (2008). Derecho penal económico. Perspectiva integrada. *Revista de Derecho*, 3, 11-58. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6119889>

Comisión de Investigación GAP de la Universidad del Rosario. (2010). *El medio ambiente sano, un derecho de todos: cartilla de aprendizaje*. Comisión de Investigación, Clínica de Interés Público.

Congreso de Colombia. (1994). *Ley 165 de 1994*.

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0165\\_1994.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0165_1994.html)

Congreso de la República de Colombia. (2000). *Ley 599*. Código Penal Colombiano.

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)

Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1474*. Ley 1474 de 2011.

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1474\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html)

Congreso de la República de Colombia. (2021). *Ley 2111*. Ley 2111 de 2021.

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_2111\\_2021.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2111_2021.html)

Congreso de la República de Colombia. (2022). *Ley 2195*. Ley 2195 de 2022.

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_2195\\_2022.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2195_2022.html)

Constituyente de 1991 Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*.

Constitución Política de Colombia de 1991.

<http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>

*CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO*.

(1992). UNFCCC. Retrieved September 9, 2022, from

<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>

*CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS*

*EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES.* (1997).

OECD. Retrieved September 9, 2022, from

[https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery\\_spanish.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery_spanish.pdf)

Corte Constitucional. (1992). *T-528-92 Corte Constitucional de Colombia.* Corte Constitucional.

Retrieved September 9, 2022, from

<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1992/T-528-92.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (1999). *T-046-99 Corte Constitucional de Colombia.* Corte

Constitucional. Retrieved September 9, 2022, from

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-046-99.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *T-154-13 Corte Constitucional de Colombia.* Corte

Constitucional. Retrieved September 9, 2022, from

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-154-13.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *T-672-14 Corte Constitucional de Colombia.* Corte

Constitucional. Retrieved September 9, 2022, from

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-672-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2015). *T-660-15 Corte Constitucional de Colombia.* Corte

Constitucional. Retrieved September 9, 2022, from

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-660-15.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *SU698-17 Corte Constitucional de Colombia.* Corte

Constitucional. Retrieved September 9, 2022, from

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU698-17.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *T-733-17 Corte Constitucional de Colombia*. Corte Constitucional. Retrieved September 9, 2022, from

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-733-17.htm>

Corte Costitucional de Colombia. (2016). *T-622-16 Corte Constitucional de Colombia*. Corte Constitucional. Retrieved September 9, 2022, from

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

Crespo, Y. G. (2017). *La responsabilidad penal de las personas jurídicasLa responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

<https://vlex.com.co/vid/responsabilidad-penal-personas-juridicas-847026147>

de Castro y Bravo, F. (1949). La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica. *Anuario de Derecho Civil*, 2(4), 1397-1418.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2776345>

*Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Retrieved September 9, 2022, from

<https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>

Fernández, A. (2014). *El Concepto de Responsabilidad*.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/9.pdf>

García Sánchez, Á. (2017). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=186640>

Hernández Quintero, H. (2019). *Aspectos actuales del derecho penal económico en Colombia*.

<https://repositorio.unibague.edu.co/jspui/bitstream/20.500.12313/1360/5/Aspectos%20actuales%20del%20derecho%20penal%20econ%C3%B3mico%20en%20Colombia.pdf>

- History of the Convention*. (2022, July 9). Convention on Biological Diversity. Retrieved September 9, 2022, from <https://www.cbd.int/history/>
- Jacob, R. (2016). ¿Es el common law el mejor sistema jurídico en el mejor de los mundos globalizados posibles? Libres reflexiones sobre los desarrollos de la teoría del derecho y sus desafíos actuales. *Isonomía*, (44), 11-37.  
[https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182016000100011](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182016000100011)
- Jiménez Cabarcas, C. A. (2017). La protección del medio ambiente a través de los delitos acumulativos en el Derecho penal colombiano. *Derecho Penal y Criminología*, 38(104), 203-242. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6254900>
- La Carta de la Tierra - Earth Charter*. (2000). Carta de la Tierra. Retrieved September 9, 2022, from <https://cartadelatierra.org/lea-la-carta-de-la-tierra/preambulo/>
- Lascurain Sánchez, J. A., Dopico Gómez-Aller, J., Mata Barranco, N. J. d. I., & Nieto Martín, A. (2018). *Derecho penal económico y de la empresa*. Dykinson.
- Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [LEY\_0099\_1993]*. (1993). Secretaria del Senado. Retrieved September 9, 2022, from [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0099\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html)
- Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [LEY\_0472\_1998]*. (1998). Secretaria del Senado. Retrieved September 9, 2022, from [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0472\\_1998.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html)
- Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [LEY\_1333\_2009]*. (2009). Secretaria del Senado. Retrieved September 9, 2022, from [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1333\\_2009.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1333_2009.html)

- Lledó Benito, I. (2018). *Corporate compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*. Dykinson.
- Mark, J. J., Koester, L., & Elduque, A. (2021, June 24). *El Código de Hammurabi - Enciclopedia de la Historia del Mundo*. World History Encyclopedia. Retrieved September 9, 2022, from <https://www.worldhistory.org/trans/es/1-19882/el-codigo-de-hammurabi/>
- Mejía Patiño, O. A., & Nieto Martín, A. (2009). *Estudios de derecho penal económico* (A. Nieto Martín & O. A. Mejía Patiño, Eds.). Universidad de Ibagué.
- Mena Villegas, O. G. (2019). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. <https://elibro-net.bibliotecavirtual.uis.edu.co/es/ereader/uis/128395>
- Menéndez Conca, L. G. (2021). Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Ratio Juris*, 16(32), 93-116. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8062174>
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2009). *Resolución 170 de 2009 Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial*. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Retrieved September 9, 2022, from [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion\\_minambientevdt\\_0170\\_2009.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minambientevdt_0170_2009.htm)
- Nascimento, C., & Pozzetti, V. C. (2019). A responsabilidade penal da pessoa jurídica em desastres ambientais. *Derecho y Cambio Social*, 58, 240-269. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7075608>
- Nieto Martín, A. (2007). ¿Americanización o europeización del derecho penal económico? *Revista penal*, 19, 120-136. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2189596>

Nieto Martín, A. (2020). *Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos*.

<https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/375191/468597>

*NORMATIVIDAD AMBIENTAL*. (n.d.). UPME. Retrieved September 9, 2022, from

[http://www.upme.gov.co/guia\\_ambiental/carbon/gestion/politica/normativ/normativ.htm](http://www.upme.gov.co/guia_ambiental/carbon/gestion/politica/normativ/normativ.htm)

Organización de las Naciones Unidas. (2002). For STPU (Oct. 12, 00\_afternoon). Retrieved

September 9, 2022, from

[https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/pdf/WSSD\\_PlanImpl.pdf](https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/pdf/WSSD_PlanImpl.pdf)

Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. La

Asamblea General adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible - Desarrollo

Sostenible. Retrieved September 9, 2022, from

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

Ortúzar Gjuranovic, A. (2012). MODELO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

PENAL EN LA LEY N° 20.393 QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL

DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿CULPABILIDAD DE LA EMPRESA,

HETERORRESPONSABILIDAD O DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER? *Revista*

*de Estudios de la Justicia*, 16, 195-257.

Palacio, J. I., Vargas, L. E., & Fundación Heinrich Böll. (2018). *La Corte Ambiental Expresiones*

*ciudadanas sobre los avances constitucionales*. Fundación Heinrich Böll. Retrieved

September 9, 2022, from

[https://co.boell.org/sites/default/files/la\\_corte\\_ambiental\\_version\\_web.pdf](https://co.boell.org/sites/default/files/la_corte_ambiental_version_web.pdf)

- Pazmiño, J. R. (2019). RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y COMPLIANCE: CASO ECUADOR. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 40(109), 89-122.
- Pérez, J. L. (2020). El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke. *Lex Social*, 10(2), 682-735.  
[https://www.upo.es/revistas/index.php/lex\\_social/article/view/5080](https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5080)
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). (2022). *Convenio sobre la Diversidad Biológica | Naciones Unidas*. the United Nations. Retrieved September 9, 2022, from <https://www.un.org/es/observances/biodiversity-day/convention>
- Quintana Adriano, E. (2014). 619PERSONA FÍSICA, PERSONA MORAL O JURÍDICA Y PERSONALIDAD EN MATERIA MERCANTIL. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 64(262), 619-642.  
<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60372/53262>
- RAE. (2022). *Definición de delito ambiental - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE*. Diccionario panhispánico del español jurídico. Retrieved September 9, 2022, from <https://dpej.rae.es/lema/delito-ambiental>
- RAE. (2022). *Definición de Pacha Mama - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE*. Diccionario panhispánico del español jurídico. Retrieved September 9, 2022, from <https://dpej.rae.es/lema/pacha-mama>
- RAE. (2022). *medioambiente | Diccionario panhispánico de dudas | RAE - ASALE*. Real Academia Española. Retrieved September 9, 2022, from <https://www.rae.es/dpd/medioambiente>

RAE. (2022). *responsabilidad* | *Definición* | *Diccionario de la lengua española* | RAE - ASALE.

Diccionario de la lengua española. Retrieved September 9, 2022, from

<https://dle.rae.es/responsabilidad>

Robles Planas, R. (2006). ¿Delitos de personas jurídicas? *Revista Para el Análisis del Derecho*,

2, 2-25. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994>

Romero Cárdenas, O. A. (2012). *LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS*

*JURÍDICAS: UN ANÁLISIS DOCTRINARIO.*

<https://repositorio.uisek.edu.ec/handle/123456789/316>

Senadora Angélica Lozano. (2021, 07 20). *Proyecto de ley 2281- 2021*. Estado de proyectos de ley.

<https://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2021-202>

[2/2281-proyecto-de-ley-059-de-2021](https://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2021-2022/2281-proyecto-de-ley-059-de-2021)

Serrano Gómez, R. (2011). *Derecho civil: personas*. Ediciones Doctrina y Ley.

*T-1077-12 Corte Constitucional de Colombia*. (2012). Corte Constitucional. Retrieved

September 9, 2022, from

<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2012/T-1077-12.htm>

*T-622-16 Corte Constitucional de Colombia*. (2016). Corte Constitucional. Retrieved September

9, 2022, from <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

United Nations Climate Change. (n.d.). *Qué es la Convención Marco de las Naciones Unidas*

*sobre el Cambio Climático* | CMNUCC. UNFCCC. Retrieved September 9, 2022, from

<https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-convention/que-es-la-convencion-marco-d>

[e-las-naciones-unidas-sobre-el-cambio-climatico](https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-convention/que-es-la-convencion-marco-d-e-las-naciones-unidas-sobre-el-cambio-climatico)

Valle, E. D. (2021, December 13). *Ley 1333 de 2009 y sus posibles reformas - Derecho del Medio Ambiente*. Derecho del Medio Ambiente. Retrieved September 9, 2022, from <https://medioambiente.uexternado.edu.co/ley-1333-de-2009-y-sus-posibles-reformas/>

Velásquez Velásquez, F. (2007). *Manual de derecho penal : parte general*. Librería Jurídica Comlibros.

Von Savigny, F. K. (2004). *Sistema del derecho romano actual*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## Apéndice A.

## Radicación de derecho de petición dirigido a la Fiscalía General de la Nación.



SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN DOCUMENTAL

SGD - No: 20226170379802  
 Fecha Radicado: 13/07/2022 18:06:34  
 Anexos: 1

## SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN DOCUMENTAL

DATOS PERSONALES DEL SOLICITANTE	
TIPO DE PERSONA:	Natural
TIPO DE DOCUMENTO:	CÉDULA DE CIUDADANÍA
NÚMERO DE DOCUMENTO:	[REDACTED]
NOMBRE COMPLETO:	JORGE ANDRES MENDEZ HIGUERA
CORREO ELECTRÓNICO:	[REDACTED]
TELÉFONO DE CONTACTO:	[REDACTED]
PAÍS:	Colombia
DATOS DE CARACTERIZACIÓN E INCLUSIÓN SOCIAL	
GRUPO SOCIAL:	NINGUNO DE LOS ANTERIORES
IDENTIDAD DE GÉNERO:	HOMBRE
ORIENTACIÓN SEXUAL:	HETEROSEXUAL
POBLACIÓN PROTEGIDA:	NINGUNA
DATOS DE LA PQRS	
FECHA DE RADICACIÓN:	13/07/2022
TIPO DE PQRS:	PETICIÓN
MOTIVO DE PQRS:	SOLICITUD DE INFORMACIÓN
TIPO DE INTERÉS:	PARTICULAR
MEDIO DE RESPUESTA:	CORREO ELECTRÓNICO
ARCHIVOS ADJUNTOS:	Derecho de petici?n Fiscal?a - RPPJ.pdf
RELATO DE LA PQRS	
Solicitud de informacion frente a delitos ambientales ejecutados por personas juridicas a la luz de la ley 2111 de 2021, esto con el fin de aportar datos a investigacion o proyecto de grado.	