



Revista IUSTA
ISSN: 1900-0448
ISSN: 2500-5286
revistaiusta@usantotomas.edu.co
Universidad Santo Tomás
Colombia

La decisión judicial en los casos difíciles: el caso del asbesto en Colombia y una solución progresista desde una óptica iuspositivista*

Zambrano SanJuan, Carlos Andrés

La decisión judicial en los casos difíciles: el caso del asbesto en Colombia y una solución progresista desde una óptica iuspositivista*

Revista IUSTA, núm. 54, 2021

Universidad Santo Tomás, Colombia

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560368677004>

DOI: <https://doi.org/10.15332/25005286.6553>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

La decisión judicial en los casos difíciles: el caso del asbesto en Colombia y una solución progresista desde una óptica iuspositivista*

The judicial decision in difficult cases: the asbestos case in Colombia and a progressive solution from an iuspositivist perspective

A decisão judicial nos casos difíceis: o caso do amianto na Colômbia e uma solução progressista sob uma visão juspositivista

Carlos Andrés Zambrano Sanjuán **
Universidad Surcolombiana de Neiva, Colombia
carzamjuan@yahoo.com

DOI: <https://doi.org/10.15332/25005286.6553>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560368677004>

 <https://orcid.org/0000-0002-5671-1325>

Recepción: 10 Octubre 2020
Aprobación: 30 Noviembre 2020

RESUMEN:

En teoría de la decisión judicial, los casos “difíciles” o “críticos” suelen ser un paradigma en el que con mayor claridad se evidencia la diferencia no solo entre las dos más importantes corrientes del pensamiento jurídico en Latinoamérica —iusmoralismo e iuspositivismo— a la hora de afrontarlos y decidirlos, sino además entre los métodos y recursos argumentativos de que se sirven para fundamentar tal decisión. En este orden de ideas, es común en parte de la doctrina y la comunidad jurídica y académica, en especial de las últimas épocas, considerar que una solución de avanzada, “progresista”, “novedosa” o, en general, “razonable y compatible con los postulados constitucionales” solo es posible a través de la aplicación del método ponderativo propio del iusmoralismo, en tanto que por vía del iuspositivismo estas soluciones suelen ser “irrazonables”, “carentes de contenido”, “formalistas” o, en general, que no consultan los “principios de justicia” y los postulados constitucionales. Veremos en este escrito que ello no es correcto y que, por vía del método interpretativo-subsuntivo propio del iuspositivismo crítico —o del siglo XX—, es posible llegar a una decisión que resulte compatible tanto con la normativa aplicable al asunto como con las exigencias y necesidades sociales y jurídicas. Así mismo, tal decisión puede contener una fundamentación y justificación mucho más razonable, sólida y estructurada si se utilizan las reglas argumentativas, así como un proceso discursivo claro y directo, que de suyo permite su escrutinio, control y verificación, necesarios para legitimar toda decisión pública dentro de una sociedad democrática.

PALABRAS CLAVE: asbesto en Colombia, casos difíciles, derechos humanos, *hard law* y *soft law*, instrumentos internacionales de protección del medio ambiente aplicables en Colombia, método interpretativo-subsuntivo, protección del medio ambiente y la salud de las personas.

ABSTRACT:

In judicial decision theory, “difficult” or “critical” cases are usually a paradigm in which the difference between the two most important currents of legal thought in Latin America —iusmoralism and iuspositivism— when facing and deciding them, but also between the methods and argumentative resources used to support such decision, is most clearly revealed. In this order of ideas, it is normal in part of the doctrine and the legal and academic community, especially in recent times, to consider that an advanced, “progressive” or, in general, “reasonable and compatible with constitutional postulates” solution can only be possible through the application of the iusmoralist method, while through iuspositivism these solutions tend to be “unreasonable”, “lacking in content”, “formalistic” or, in general, do not consult the “principles of justice” and constitutional postulates. We will analyze in this paper that this is not correct and how, by the interpretative-subjunctive method typical of critical iuspositivism —or of the 20th century—, it is not only possible to reach a decision that is compatible both with the laws applicable to the case and

NOTAS DE AUTOR

** Abogado por la Universidad Surcolombiana de Neiva. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible por la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Libre sede Bogotá. Diplomado en Docencia Universitaria e Investigación; con estudios en la Universidad de Harvard en Filosofía Moral y Política y en Retórica y Argumentación; igualmente con estudios en Bioética de la Universidad de Georgetown y en Ética y Filosofía Moral de la Universidad Carlos III de Madrid. Procurador Judicial Administrativo de Bogotá en carrera administrativa, con rol de Coordinador de Procuradores Judiciales ante Sección Cuarta. Docente de pregrado en los cursos de Introducción al Derecho y Argumentación Jurídica

with the social and legal demands and needs, but that, in addition, contains a more reasonable, solid and structured rationale and justification through the use of argumentative rules, as well as a clear and direct discursive process, which in itself allows its scrutiny, control and verification, necessary to legitimize any public decision within a democratic society.

KEYWORDS: asbestos in Colombia, difficult cases, human rights, hard law and soft law, international environmental protection instruments applicable in Colombia, interpretative-subjunctive method, protection of the environment and human health.

RESUMO:

Em teoria da decisão judicial, os casos “difíceis” ou “críticos” costumam ser um paradigma no qual com maior clareza é evidenciada a diferença não somente entre as duas mais importantes correntes do pensamento jurídico na América Latina — jusmoralismo e juspositivismo — no momento de enfrentá-los e decidi-los, mas também entre os métodos e os recursos argumentativos de que se servem para fundamentar tal decisão. Nessa ordem de ideias, é comum em parte da doutrina e da comunidade jurídica e acadêmica, em especial das últimas épocas, considerar que uma solução pioneira, “progressista”, “nova” ou, em geral, “razoável e compatível com os princípios constitucionais” somente pode ser possível por meio da aplicação do método ponderativo próprio do jusmoralismo, enquanto, por via do juspositivismo, essas soluções costumam ser “irrazoáveis”, “carentes de conteúdo”, “formalistas” ou, em geral, que não consideram os “princípios de justiça” e os princípios constitucionais. Neste texto, vemos que isso não é correto e que, por via do método interpretativo-subsuntivo próprio do juspositivismo crítico — ou do século XX —, é possível chegar a uma decisão que resulte compatível tanto com a normativa aplicável ao assunto quanto com as exigências e as necessidades sociais e jurídicas. Também, essa decisão pode conter uma fundamentação e justificativa muito mais razoável, sólida e estruturada por meio de regras argumentativas, bem como um processo discursivo claro e direto, que permite seu escrutínio, controle e verificação, necessários para legitimar toda decisão pública dentro de uma sociedade democrática.

PALAVRAS-CHAVE: amianto na Colômbia, casos difíceis, direitos humanos, *hard law* e *soft law*, instrumentos internacionais de proteção do meio ambiente aplicáveis na Colômbia, método interpretativo-subsuntivo, proteção do meio ambiente e da saúde das pessoas.

La Tierra proporciona lo suficiente para satisfacer las necesidades de cada ser humano, pero no la de su codicia

Fuente: MAHATMA GANDHI (1869#1948)

INTRODUCCIÓN

El avance de la ciencia y la tecnología impacta siempre a la sociedad y le plantea desafíos que, tarde o temprano, el derecho, como constructo de ella, debe afrontar y solucionar a efectos de permitir la integración, normalización y funcionalidad de dichos avances y su acoplamiento a la vida social, así como prever y dar respuesta a las consecuencias que, positiva o negativamente, puedan presentarse en su desarrollo o uso. Esta permanente labor de previsión e integración que el derecho debe hacer se presenta en varias formas, siendo la más común —y la que, por ende, primero viene a la cabeza— la de tipo normativo, esto es, cuando el órgano competente, a través de normas positivas —cualquiera sea el rango—, regula de manera completa y detallada el avance o la cuestión que, en la práctica, ya plantea y lleva a cabo la ciencia o la tecnología (Polo y Serrano, 2018).

No obstante, esta forma “clásica” de afrontar la cambiante realidad social genera una seria dificultad: el derecho va a la zaga de esa realidad y generalmente su atraso se ve distanciado cada vez más precisamente por lo vertiginoso que es el avance de las ciencias y la tecnología: ni bien el derecho ha logrado “capturar” un avance determinado y regulado su uso y sus efectos, cuando ya la ciencia se ha adelantado muchos pasos más (Morales y Daza, 2017). Por esa razón, desde la teoría jurídica se han llevado a cabo ingentes esfuerzos para lograr que esa brecha, ese salto entre la realidad y el derecho¹, pueda ser reducido al máximo, entre otras cosas, para evitar obstaculizar o impedir el avance mismo de la ciencia, pero sin dejar de prever y dar solución a sus posibles efectos adversos. Como consecuencia de esta preocupación, la doctrina ha ideado formas novedosas

que apuntan a cerrar tal brecha, dando una prioridad a la protección de la vida, la salud y la integridad de las personas y la preservación de medio ambiente, como sucede, por ejemplo, con la consagración de principios tales como los de prevención y de precaución² (Galán, 2017).

Pero la interpretación también juega un papel fundamental a la hora de llevar a cabo esa labor de integración y cierre entre la realidad y el derecho, y es sobre este asunto que versa el presente trabajo: mediante la aplicación de otra figura doctrinaria, el llamado *soft law* o “derecho blando”, resulta no solo posible sino además muy pertinente y útil a la hora de enfrentar esos desafíos que la realidad y el avance de la ciencia plantean permanentemente. A través de un caso paradigmático y muy mediático a nivel nacional, llevado a sede judicial —y que aún está por definirse en una instancia superior—, podemos ver la importancia de labor hermenéutica a la hora de resolver esta clase de problemas sin necesidad de recurrir a instrumentos artificiosos y peligrosamente objetivistas morales como los que defienden corrientes iusmoralistas, particularmente con su método ponderativo³.

EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN SEDE JUDICIAL: EL CONFLICTO DE DERECHOS QUE SUBYACE AL DEBATE PROCESAL

El caso que dio lugar a la línea investigativa de la que se desprende el presente trabajo, como uno de sus resultados concretos, y cuya decisión resulta admirable y que bien merece ser no solo aplaudida sino defendida y difundida por toda la sociedad colombiana, consiste en el debate que, por cuenta de una acción popular, se llevó a cabo en los estrados judiciales, en donde el accionante, invocando la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, al equilibrio ecológico y la preservación del medio ambiente, y a la seguridad y salubridad públicas, consagrados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, los que consideraba estaban siendo vulnerados y seriamente amenazados por la utilización y comercialización en el territorio nacional de las fibras de asbesto, entre ellas, el crisotilo, y de productos elaborados o que contienen dicho elemento, solicitó al juez popular la prohibición total de dicho material mineral en todo el territorio nacional.

Como resulta apenas lógico, las entidades públicas y empresas privadas accionadas⁴ se opusieron férreamente a la tesis de la parte accionante, básicamente alegando tres argumentos muy sólidos y consistentes: primero, que el asbesto, su explotación, extracción, uso y comercialización no se encuentran prohibidos por la legislación colombiana y, por ende, que es legítimo su uso industrial y comercial; segundo, que no se encuentra demostrado científicamente, con certeza absoluta, que el crisotilo —única fibra de amianto que es utilizada hoy en día por algunas empresas del sector— produzca efectivamente mesotelioma o cáncer de pleura; y tercero, que según la documentación, legislación nacional y foránea, y varios estudios al respecto, es posible sostener que la manipulación y exposición al asbesto crisotilo resulta inocua o no genera ningún riesgo a la salud y la vida de las personas, si se hace dentro de los parámetros y bajo las medidas de seguridad industrial dictadas por las autoridades para ello; es decir, afirmaron y ratificaron que existe un “uso seguro” de dicha fibra mineral.

Este tercer argumento contaba además con un soporte sumamente importante y determinante: nada más y nada menos que el Convenio 162 de 1986 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que, al haber sido aprobado por el Congreso de la República⁵, y en virtud del bloque de constitucionalidad, resulta vinculante para el Estado colombiano⁶, en donde, efectivamente, esta alta autoridad internacional en materia de seguridad laboral avala la posición del “uso seguro” o “exposición segura” a las fibras de amianto dentro de los procesos fabriles.

Hubo un cuarto argumento, de carácter subsidiario —podría decirse—, por parte de algunas de las empresas del sector que utilizan crisotilo en sus procesos industriales, según el cual existe una imposibilidad de sustituir el asbesto por otro material o, al menos, por alguno otro que tampoco resulte potencialmente peligroso para la salud humana.

Teniendo en cuenta las posiciones de ambas partes, quienes aportaron abundante y muy calificado material probatorio que respaldaba sus respectivas tesis, razón por la cual no resultó fácil decidir la cuestión con ese acervo recopilado a lo largo de un proceso que se extendió en primera instancia por casi 15 años⁷, tuvo que hacerse, en consecuencia, una detallada y lo más completa posible recopilación del estado de arte científico a la fecha frente a la cuestión del asbesto y sus efectos en la salud humana, para poder tener una idea clara de la forma en que se debería resolver el indudable conflicto no solo normativo, sino valorativo trabado entre las partes. Por ello, se empezó por determinar, con la mayor certeza posible, si con el estado de la ciencia actual resulta posible sostener que la exposición a las fibras de asbesto, incluidas las de crisotilo, es segura bajo ciertas condiciones o si, por el contrario, no existe margen seguro de exposición y sus efectos son perjudiciales para la vida y la salud humanas. Con este primer paso, podríamos tener un camino definido, un objetivo claro al cual encaminar el concepto que, como Agente del Ministerio Público, debía rendir al proceso y que permitiera dar luces para orientar la decisión que debía tomar el juez de la acción.

ESTADO DEL ARTE CIENTÍFICO SOBRE LOS EFECTOS DEL ASBESTO EN LA SALUD HUMANA (SOFTLAW)

Como se acaba de referir, la primera labor que se emprendió fue la de revisar y analizar completamente el estado de la cuestión según la literatura científica actual, para poder tener certeza sobre los efectos que el asbesto produce o puede producir a la salud humana debido a la exposición a este. Para ello, se consultaron diversas agencias especializadas en salud, tanto a nivel global como de carácter local, encontrando los resultados más importantes que se presentan a continuación⁸.

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2006, 2015), por intermedio de su Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer [IARC, por sus siglas en inglés], 2018, 2019), luego de múltiples y exhaustivas investigaciones, determinó con total certeza que todas las variedades del asbesto, incluido el crisotilo, producen cáncer en los seres humanos; que no existe ningún umbral seguro de exposición a dicho material; que cualquier contacto, sin importar su nivel, puede causar mesotelioma (MPM o cáncer de pleura pulmonar), cáncer de pulmón, de laringe y de ovarios, además de asbestosis; y que el periodo de latencia de las enfermedades y cánceres asociados al asbesto puede llegar a ser extremadamente largo (de hasta 40 años), por lo que dificulta su detección y atención oportunas. Teniendo en cuenta lo anterior, la OMS ha recomendado a todos los Estados parte a detener de inmediato el uso del asbesto en todas sus variedades (OMS, 2006, 2015). Actualmente, en la clasificación que hace la IARC de las sustancias carcinógenas, el amianto en todas sus formas —incluido el crisotilo, por supuesto— está catalogado dentro del Grupo 1; es decir, se trata de una sustancia de la que, según la evidencia existente, está absolutamente comprobada su relación con el cáncer en los seres humanos (IARC, 2018, 2019).

Igualmente la Unión Europea, a través de su órgano legislativo, el Parlamento Europeo o Eurocámara (1999, 2013), y tras varios estudios especializados, llegó a idénticas conclusiones que la OMS, al advertir que todas las variedades de asbesto son altamente peligrosas, que no existe ningún umbral seguro de exposición a dicho material, que el periodo de latencia de las enfermedades asociadas al asbesto es muy prolongado y que, en todo caso, el asbesto puede ser sustituido exitosamente por otros materiales más seguros o menos peligrosos para la salud humana. En virtud de estos resultados contundentes, el Parlamento Europeo prohibió el asbesto en todo el territorio de la Unión Europea y en el Reino Unido⁹.

En los Estados Unidos de Norteamérica, prácticamente todas las agencias del sector salud y medio ambiente se han pronunciado respecto de los efectos nocivos que para la salud humana implica la exposición al asbesto en cualquiera de sus formas: la Sociedad Americana contra el Cáncer (ACS), el Programa Nacional de Toxicología (NTP), el Centro para el Control y Prevención de Enfermedades (CDC), la Administración para Alimentos y Drogas (FDA), la Agencia de Protección Ambiental (EPA), la Comisión de Seguridad

de Productos para el Consumidor (CPSC) y el Instituto Nacional del Cáncer (NCI) de los Institutos Nacionales de Salud (NIH). Los resultados que obtuvieron luego de muchos años de investigación y pruebas científicas resultan sorprendentes (ACS, 2015; NCI-NIH, 2017): no solo arriban a la misma conclusión que todas las demás agencias internacionales en el sentido de ratificar que, producto de esas pruebas, se puede determinar con certeza absoluta que todas las variedades del asbesto son altamente peligrosas para la salud humana y que la exposición a dicho mineral causa mesotelioma (MPM) y cáncer de pulmón, de ovarios y de laringe, sino que además la evidencia recopilada sugiere que también puede estar asociada a la aparición de cáncer de faringe, de estómago, de colon y hasta de recto; de hecho, en pruebas de laboratorio llevadas a cabo sobre ratas, se encontró que todas las formas de asbesto produjeron tumores en los animales. Por lo anterior, la EPA ha clasificado el asbesto, en todas sus variedades, como un comprobado carcinógeno humano (NCI-NIH, 2017).

En Colombia también se han llevado a cabo estudios y proferido documentos de carácter investigativo que dan cuenta de los efectos que causa a la salud de las personas la exposición a las fibras de asbesto. De toda la literatura científica que se ha producido en nuestro medio, vale la pena destacar tres documentos por su actualidad, sus enfoques, métodos de investigación, ámbito de elaboración y conclusiones a las que llegan: una tesis de maestría en Salud Ocupacional y Ambiental de la Universidad del Rosario (Quesada y Perdomo, 2017), un reportaje de la revista *Cerosetenta* de la Universidad de Los Andes (Lamprea y García, 2018) y el informe del Observatorio de Redes y Acción Colectiva (ORAC, 2018) de la Universidad del Rosario.

En estos trabajos investigativos también se llega a conclusiones bien interesantes: además de señalar, igual que las agencias internacionales, que todas las variedades de asbesto son sustancias ampliamente comprobadas como carcinógenas y que no existe umbral de exposición seguro al material, al estar relacionado directamente a la aparición de cáncer de pulmón, mesotelioma y asbestosis (Lamprea y García, 2018; ORAC, 2018; Quesada y Perdomo, 2017), con evidencia científica tomada de diversas agencias internacionales determinan incluso que el crisotilo es más peligroso que la crocidolita y es responsable de la mitad de muertes por cáncer ocupacional a nivel mundial (Quesada y Perdomo, 2017); que en nuestro país tan solo una empresa como Eternit, desde su fundación en 1942, ha instalado aproximadamente 300 millones de metros cuadrados en tejas de asbesto, 1.5 millones de viviendas con tanques de almacenamiento de agua y más de 40 000 kilómetros en redes de tuberías, fabricados con ese material, y que por políticas de los diversos gobiernos de turno, los proyectos de vivienda de interés prioritario (VIP) y social (VIS), que son para la población más pobre, vulnerable y marginal, tienen como exigencia, dentro de sus pliegos en contratación, la utilización de materiales y elementos fabricados con asbesto (Lamprea y García, 2018), lo que hace especialmente sensible esta problemática en nuestro medio. Para complicar el panorama, se sugiere la posibilidad de que textiles con propiedades aislantes o térmicas tengan dentro de sus componentes fibras de asbesto y estén siendo ingresadas irregularmente al territorio nacional, situación que, de comprobarse, resultaría sumamente grave y delicada.

DEL SOFT LAW AL HARD LAW: CÓMO HACER VINCULANTE ESE ESTADO DEL ARTE CIENTÍFICO

Una vez estudiado el estado del arte con respecto a los graves efectos que para la salud humana conlleva la exposición a cualquiera de las variedades de asbesto, con base en toda la literatura y las evidencias científicas que se acaban de relacionar y que a su turno remiten a muchos otros estudios más elaborados durante los últimos 30 años en diversas partes del planeta, el segundo paso que debía darse entonces era el de encontrar la manera de hacer efectivo y vinculante (*hard law*) toda esa serie de recomendaciones técnicas (*soft law*), ya que, como se refirió al inicio de este documento, en el territorio colombiano no existe legal ni reglamentariamente una prohibición expresa al uso, comercialización y explotación del asbesto, razón por la cual la posición de las entidades y empresas accionadas contaba con un aparente sólido respaldo normativo.

Teniendo en cuenta ese propósito, se pudieron establecer dos pautas sobre las cuales dar ese paso cualitativo que permitiera hacer vinculante las recomendaciones que hemos señalado *supra*: por una parte, la sentencia

C-528 de 1994 de la Corte Constitucional; por otra, un documento de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACDH Colombia, 2006).

En la Sentencia C-528 de 1994, la Corte Constitucional aborda — como *obiter dictum*, hay que ser claros — el tema del *soft law* y su aplicación dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y al respecto señaló de manera puntual:

[Son] pautas de conducta [que] condicionan las actividades de los jueces en funciones de aplicación de la ley y de su interpretación, y en dicha medida son utilizados por el derecho contemporáneo, para abrir las capacidades de los operadores del derecho a soluciones que incorporan fundamentos de racionalidad jurídica y de razonabilidad práctica.

Así pues, la guardiana y máxima intérprete de la Constitución colombiana abrió las puertas para que el denominado “derecho blando” (*soft law*) pueda ser utilizado por parte de los operadores jurídicos como criterio orientador y como elemento de razonabilidad práctica, esto es, para acompasar las decisiones judiciales a las exigencias ético#morales que el caso concreto exija en búsqueda de la protección de los derechos fundamentales (personales, sociales y colectivos), la realización de los fines del Estado y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, que es precisamente el debate constitucional que la acción popular quiso plantear a la administración de justicia.

Por otra parte, en el documento E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2., la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACDH Colombia, 2006) hace especial énfasis en la relación inescindible que existe entre la protección del medio ambiente, el derecho a la vida y a la salud de las personas con la protección y defensa de los derechos humanos, razón por la cual — según se desprende de tal afirmación —, cada que se esté enfrente de un caso en que se discuta sobre la protección a la salud y vida de las personas como consecuencia directa de afectaciones al medio ambiente y el entorno saludable, estamos entonces obligados a enfrentar el asunto como de auténtica afectación a los derechos humanos. Por ende, no solo resulta posible sino forzoso tener que aplicar todas las directrices sobre protección al medio ambiente como forma de proteger los derechos humanos que le son inherentes por extensión, para lo cual se debe acudir a la integración normativa que deriva del denominado “bloque de constitucionalidad” (CP, 1991, arts. 93 y 94, Colom.), como herramienta de interpretación, extensión y progresividad en la protección y garantía de los derechos sociales y colectivos, así como a los denominados más recientemente “estándares de derechos humanos”¹⁰, que marcan la pauta actual en materia de defensa, protección y divulgación de derechos humanos.

Con base en estos dos documentos, claros y contundentes respecto a la forma en que en nuestro ordenamiento jurídico debe operar la protección de los derechos colectivos al medio ambiente sano, como forma de materializar la garantía y defensa de los derechos humanos esenciales a la vida y la salud de las personas, así como el compromiso de los operadores jurídicos en cuanto al parámetro de interpretación por aplicar en tales casos, el paso subsiguiente fue entonces ubicar y contextualizar la normativa que sobre la protección al medio ambiente resulta vinculante en Colombia (*hard law*), para lo cual se acudió a un doble parámetro: constitucional y convencional.

Respecto al primer parámetro de evaluación, el constitucional, resulta evidente que nuestra Constitución Política está enmarcada en lo que doctrinariamente se conoce como correspondiente a un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la protección de los derechos colectivos — o de tercera generación (ACNUR, 2017; Amnistía Internacional, s. f.) — marca una pauta determinante como forma de garantizar la realización de las personas y sus proyectos de vida, a través de la prosperidad y bienestar social, como fines esenciales del Estado. Así, el marco general constitucional de protección de estos derechos al medio ambiente, como forma de garantizar el derecho a la vida y salud de las personas, lo podemos ver claramente en múltiples partes del texto constitucional, reiterado en casi toda su parte programática¹¹, a tal punto que es considerada una auténtica “Constitución ecológica”¹².

Este parámetro de constitucionalidad es un marco general que, por lo mismo, no resultaba suficiente para encuadrar por sí solo, con fuerza vinculante, todo ese “derecho blando” que tuvimos la oportunidad de

señalar. Por lo anterior, se hacía necesario nutrir de vínculos más directos y eficaces ese salto cualitativo que debía hacerse entre ese “derecho blando” a un verdadero “derecho duro”, y cuyo resultado fuese razonable, convincente y admisible.

Fue así que, entonces, se acudió a un segundo parámetro de examen, el de convencionalidad, sobre el que vamos a detenernos un poco, instrumento por instrumento, a efectos de resaltar lo más importante de cada uno de ellos y verificar la manera en que, de la mano con toda esa nomoárquica de la que está impregnada nuestra Constitución Política y cuya exigencia de protección y satisfacción reclamaba el caso objeto de decisión en atención a la contundente evidencia científica que existe en la actualidad, nos permitiera dar, de manera definitiva y segura, ese salto cualitativo del que hemos hablado.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE COMO GARANTÍA Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Son múltiples y variados los instrumentos de derecho internacional que resultan aplicables en nuestro ordenamiento jurídico y que permitieron hacer ese enlace definitivo entre el derecho blando y el derecho duro, vinculación que claramente tiene como fundamento el concepto de “bloque de constitucionalidad” al que ya hemos hecho alusión y que se encuentra consagrado en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política. Veamos entonces aquellos instrumentos que, de una u otra manera, han generado obligaciones concretas a los Estados parte, entre ellos Colombia¹³, que vamos a desarrollar de manera cronológica para un mejor orden y comprensión.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

El primer instrumento internacional importante del que Colombia hizo parte en materia de derechos humanos, celebrado en el marco de la IX *Conferencia Internacional Americana* llevada a cabo en Bogotá el 30 de marzo de 1948, y que incluso precedió a la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, fue esta Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, donde se consagró como uno de sus principios, en su parte considerativa, la protección de los “derechos esenciales del hombre”, y en donde además, dentro de su articulado, se estableció el derecho a la vida y la seguridad de las personas (OEA, 1948, art. I) y el derecho esencial a la preservación y protección de su salud (OEA, 1948, art. XI)

La Declaración Universal de Derechos Humanos

Al poco tiempo de haberse proferido la Convención Americana, el 10 de diciembre de ese mismo año (1948), la Asamblea General de las Naciones Unidas en pleno, reunida en París, proclamó esta Declaración Universal de Derechos Humanos, en respuesta a y como resultado del final de la Segunda Guerra Mundial, en donde en su Preámbulo estableció la protección jurídica de los derechos humanos a favor de todas las personas, sin ningún distingo, por el solo hecho de ser tales, y donde conmina a todos los Estados parte —entre ellos, por supuesto, Colombia— a respetar y hacer cumplir todos los derechos y libertades fundamentales del hombre, reconocidos en dicho instrumento y en los demás que se promulguen al respecto.

Adicional a lo anterior, en su articulado reconoce y establece el derecho a la vida y la seguridad de las personas (NU, 1948, art. 3); a la seguridad social (NU, 1948, art. 22) que incluye, claramente, el derecho a la asistencia en salud y la prevención de enfermedades y demás situaciones que puedan atentar contra ella; y el derecho a la salud y al bienestar (NU, 1948, art. 25).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en sesión llevada a cabo el 16 de diciembre de 1966, aprobó este Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que, por primera vez y de manera oficial, se empezaron a reconocer los derechos de carácter social y económico.

De este Pacto vale la pena resaltar el llamado que hace respecto de la imposibilidad de “realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”, así como el reconocimiento frente a los deberes y obligaciones que cada persona tiene para con los demás y para con la comunidad a la que pertenece (NU, 1966, Preámbulo, párrs. 4 y 6). De manera particular, merece mención especial la consagración del derecho al trabajo en condiciones de seguridad (NU, 1966, art. 7 lit. b), a la seguridad social (NU, 1948, art. 9), así como “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” que implica para los Estados parte, entre ellos Colombia, la obligación de mejorar todos “[los] aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente” y procurar “[l]a prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” (NU, 1966, art. 12, nums. 1 y 2 lit. b y c). Este Pacto fue aprobado por Colombia mediante la Ley 74 del 26 de diciembre de 1968.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

El 22 de noviembre de 1969, en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica, se promulgó la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴, en cuyo Preámbulo reitera el compromiso de los Estados parte frente al respeto y protección de los “derechos esenciales del hombre”, entre ellos, el derecho a la vida (OEA, 1969, art. 4), e igualmente donde se establece el deber a cargo de los Estados parte de este instrumento de adecuar su derecho interno a efectos de hacerlo compatible con este, y de adoptar todas las medidas necesarias no solo para procurar esa compatibilidad, sino para hacer efectivos los derechos y libertades allí consagradas. Con base en esta obligación, surge el concepto de “convencionalidad” como parámetro de control de la actividad pública. Este instrumento fue aprobado por Colombia a través de la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972.

La Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano

Este instrumento, que se adoptó en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, llevada a cabo el 16 de junio de 1972, dentro de sus proclamas establece que “La protección y mejoramiento del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos”¹⁵. Asimismo, señala el riesgo que implica el poder del hombre en la transformación de su entorno, dada la posibilidad de alterar negativamente el medio ambiente y afectar con ello la salud de las personas¹⁶; por ello, recuerda el deber de todos los “ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, en todos los planos” (NU, 1972) respecto de las responsabilidades que les incumben y su participación activa para lograr los cometidos formulados en tal instrumento, en cuanto a lograr preservar el medio ambiente y garantizar un entorno saludable para todas las personas¹⁷.

Ya en su articulado nomoárquico, señala el derecho fundamental de todas las personas a disfrutar y gozar de un medio ambiente sano, de una calidad que sea compatible con condiciones de dignidad y bienestar¹⁸

, declarando abiertamente su apoyo a todos los pueblos en la lucha contra la contaminación, en cualquiera de sus formas¹⁹.

A modo de comentario marginal, resulta importante poner de presente que, aun cuando este instrumento no fue formalmente incorporado al derecho interno nacional, sí inspiró profundamente al Gobierno nacional al momento de expedir el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, que se promulgó por medio del Decreto 2811 del 18 de diciembre de 1974, al recoger postulados esenciales tales como el derecho#deber de protección del medio ambiente (Decreto 2811, arts. 1, 2, Colom.) y el derecho a disfrutar y gozar de un medio ambiente sano (Decreto 2811, art. 7, Colom.).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador)

El 17 de noviembre de 1988, con el fin de incorporar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, citado supra, se promulgó en la ciudad de San Salvador el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado también “Protocolo de San Salvador”, con el que se amplió el ámbito de protección y garantías, para incluir derechos de orden económico, cultural y social, que claramente contienen derechos de los llamados de “tercera generación”, entre ellos, los referentes a la protección, cuidado y goce de un medio ambiente sano. De su contenido podemos resaltar la reiteración que se hace —retomando claramente lo aprobado en la Asamblea General de las Naciones Unidas dentro del Pacto citado— al respeto por los derechos humanos esenciales del hombre como principio fundante tanto del instrumento en cuestión como de todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ampliando ese espectro de lo que se entendía o enmarcaba como tales a otros derechos de carácter social, económico y cultural debido a

[L]a estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros [...] solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos. (Preámbulo, párrs. 4 y 6)

De conformidad con lo anterior, se consagran en este instrumento, entre otros más, los derechos a la seguridad en las condiciones de trabajo (OEA, 1988, art. 7 lit. e), el derecho a la salud de las personas (OEA, 1988, art. 10), así como el derecho esencial de vivir en un medio ambiente sano (OEA, 1988, art. 11).

Este Protocolo fue aprobado por Colombia e incorporado a su ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 319 del 20 de septiembre de 1996, que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-251 de 1997.

Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación

De este instrumento internacional, celebrado el 22 de marzo de 1989, aprobado por Colombia mediante la Ley 253 del 9 de enero de 1996 y declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-377 de 1996, resulta muy importante resaltar la definición y caracterización que hace de lo que se denomina o debe entenderse por *sustancia o desecho peligroso*; además, al catalogar tales sustancias, indica expresa y taxativamente que el asbesto, tanto en polvo como en fibra, es un material de esa naturaleza, es decir, peligroso

para los humanos, en atención a lo dispuesto en su artículo 1, numeral 1, literal a, toda vez que el asbesto figura en el Anexo I (Código Y36) y posee la característica establecida en el Anexo III: se trata de “sustancias tóxicas (con efectos retardados o crónicos). Sustancias o desechos que, de ser aspirados o ingeridos, o de penetrar en la piel, pueden entrañar efectos retardados o crónicos, incluso la carcinogenia” (Clasificación 9 H11) (Ley 253 de 1996, Anexos I y III, Colom.).

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo

Para finalizar, tenemos la Declaración de Río sobre el medio ambiente, promulgada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro entre el 3 y el 14 de junio de 1992. Dentro de su contenido normativo, cabe destacar los principios allí consagrados a favor de todos los seres humanos, entre otros, a gozar de una vida saludable (NU, ppio. 1), así como la responsabilidad que hace recaer en los Estados parte de generar compromisos y acciones para evitar los daños ambientales (NU, ppio. 2); que el desarrollo de las sociedades debe responder a las necesidades ambientales (NU, ppio. 3); que el cuidado, protección y preservación del medio ambiente se constituye como límite al progreso (NU, ppio. 4) y, además, insta a los Estados parte a evitar la transferencia, ubicación o reubicación de sustancias que sean nocivas para la salud (NU, ppio. 14).

De igual manera, es bien importante señalar que fue este instrumento internacional el que formalizó, a nivel de normativa internacional y con fuerza vinculante, el principio de “precaución ambiental”, al señalar que “[C]uando 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” (NU, 1992, ppio. 15), instando a todos los gobiernos a que apliquen “ampliamente” dicho principio en aras de proteger el medio ambiente.

Con esta Declaración sucede algo particular que bien merece la pena que nos detengamos en ello por un momento, para ponerlo de relieve: si bien es cierto que no fue aprobada “formalmente” por el Estado colombiano, al no haberse expedido la respectiva ley por parte del Congreso de la República²⁰, sí fue incorporado por remisión e integración normativa efectuada en la Ley 99 de 1993, específicamente en su artículo 1.º, numeral 1.º, que a la letra reza lo siguiente:

Artículo 1.º Principios Generales Ambientales. La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

Lo anterior llevó a que esa disposición normativa fuese demandada ante la Corte Constitucional, por precisamente pretermitir el trámite establecido en el texto Superior (artículo 224 de la Constitución), y en Sentencia C-528 de 1994 el Máximo Tribunal de lo Constitucional decidió la cuestión declarando la exequibilidad de la norma al establecer lo siguiente, que nos permitimos transcribir *in extenso*, dada la importancia y pertinencia con el propósito de la labor emprendida en sede judicial y que acá se divulga:

No existe duda acerca del vigor jurídico, ni del carácter normativo de la parte acusada del artículo 1o. de la Ley 99 de 1993, así como de su capacidad para producir efectos jurídicos, pero bajo el entendido de que en ella se establecen unos principios y valores de rango legal, que sólo se aplican de modo indirecto y mediato, y para interpretar el sentido de las disposiciones de su misma jerarquía, y el de las inferiores cuando se expiden regulaciones reglamentarias o actos administrativos específicos; en este sentido se encuentra que la norma que se acusa está plenamente delimitada en cuanto al mencionado vigor indirecto y mediato dentro del ordenamiento jurídico al que pertenece, sin establecer conductas específicas y sin prever consecuencias determinadas, las cuales quedan condicionadas a la presencia de otros elementos normativos completos. Este tipo de disposiciones opera como pautas de interpretación y de organización del Estado, y no se utilizan como reglas específicas de solución de casos.

Desde luego, en este caso los principios a los que se refiere la disposición acusada no son constitucionales o generales, ni fundamentadores del ordenamiento jurídico político, como podría entenderse inicialmente y como lo quiere entender el

demandante al equiparlos al preámbulo de la Constitución; ni sirven para condicionar toda la organización del Estado, ni se predicán de todo el ordenamiento jurídico, sino que operan con la capacidad de ser orientadores de la conducta de los funcionarios encargados de adelantar el cumplimiento de las restantes partes de la ley que establece. Se hace necesario reconocer la existencia de ordenamientos jurídicos parciales que funcionan de modo relativamente autónomo, dentro de la unidad y plenitud del sistema jurídico al que pertenecen; *estas pautas de conducta también condicionan las actividades de los jueces en funciones de aplicación de la ley y de su interpretación, y en dicha medida son utilizados por el derecho contemporáneo, para abrir las capacidades de los operadores del derecho a soluciones que incorporan fundamentos de racionalidad jurídica y de razonabilidad práctica.*

Se observa que esta modalidad no es nueva dentro de los Estados de Derecho, y que desde los albores de la revolución liberal se acude a la incorporación de los principios contenidos en declaraciones universales de derechos y de valores, *como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sin que por su incorporación por vía de principio de interpretación de la ley o de pautas de conductas legalmente reconocidas dentro de las estructuras de los ordenamientos jurídicos, o de referencias de carácter normativo y de vigor jurídico, se les esté incorporando como si fuesen tratados internacionales o convenciones o cualquiera otro instrumento de dicha índole.* (Énfasis añadido.)

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional dio operatividad y aplicación a este instrumento internacional que, por sus efectos y propósitos, resulta esencial en el campo de la protección de los derechos ambientales y ecológicos a nivel nacional.

LOS DOCUMENTOS OIT RELATIVOS AL USO SEGURO DEL ASBESTO EN EL CAMPO LABORAL E INDUSTRIAL: EL CONVENIO 162 DE 1986 Y LA RECOMENDACIÓN 172 DE 1986. ¿UNA EXCEPCIÓN A LA FUERZA VINCULANTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD (HARD LAW)?

Mención aparte ha de hacerse de estos dos instrumentos dictados al interior de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, realizada en Ginebra el 24 de junio de 1986, en razón a que se estimó por parte del Agente del Ministerio Público que no podían ser tenidos en cuenta para decidir la cuestión planteada por el actor popular, a pesar de hacer formalmente parte del bloque de constitucionalidad (*hard law*), como parámetro normativo convencional aplicable en principio —y solo en principio, como ya veremos— al asunto sometido a debate judicial (CP, 1991, art. 93, Colom.). De hecho, varias de las accionadas —entidades públicas y empresas del sector— alegaron la existencia e incorporación y vigencia de estos instrumentos en el ordenamiento jurídico colombiano para sustentar y acreditar su posición de que el asbesto está permitido y puede ser utilizado bajo condiciones precisas y estrictas de seguridad industrial (tesis del “uso seguro” del asbesto).

Sin embargo, y como se acaba de referir, estos instrumentos, cuya fuerza vinculante para el Estado colombiano deriva además de la Ley 436 del 17 de febrero de 1998 —declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-493 de 1998, por la cual el Convenio 162 fue aprobado por el Congreso de la República—, aunque muy valiosos e importantes, no podían tener en todo caso plena aplicación ni efectos sobre el asunto sometido al debate constitucional subyacente a la acción popular impetrada, debido a dos razones fundamentales.

En primer lugar, ninguno de los dos instrumentos —el Convenio 162 y la Recomendación 172— podrían aplicarse de manera excluyente, por cuanto hacen referencia solo a una parte de lo que abarcaba el ejercicio de la acción popular que había sido interpuesta —y, hay que precisar, de carácter incluso más tangencial que esencial—, a saber, el derecho de los trabajadores a gozar de unas condiciones de seguridad en sus lugares o espacios de trabajo; y en tanto que la acción popular, de la manera en que se presentó y desarrolló procesalmente, estuvo claramente enfocada en la protección del medio ambiente y la salud y vida de todos los habitantes del territorio nacional, obviamente de manera principal a favor de quienes pueden estar en contacto con las fibras del amianto, pero no solo de los trabajadores de la industria, sino también, y con mayor énfasis, de los consumidores de productos que contienen dicho material y, en general, de todos los ciudadanos quienes, por supuesto, no están enmarcados ni son destinatarios de estos dos instrumentos del derecho internacional.

En segundo lugar —que constituye uno de los temas esenciales del debate que se dio en el proceso—, para la fecha en que se elaboraron y promulgaron tales instrumentos —en el año de 1986— aún no existía suficiente evidencia científica respecto de las consecuencias que para la vida y la salud podía generar la exposición al amianto, en cualquiera de sus variedades o formas, ni se contaba con la información y los estudios que, ya hoy en día, están amplia y suficientemente detallados y difundidos a nivel mundial por parte de las principales autoridades, instituciones y agencias de reconocimiento internacional, tal y como se vio hace unas líneas.

Así las cosas, y a pesar de su aparente fuerza vinculante —se reitera, por aplicación del bloque de constitucionalidad—, ninguno de estos dos instrumentos podía ser aplicado al caso objeto de debate judicial y, por ende, el argumento del “uso seguro” del asbesto esgrimido por varias accionadas, fundamentado en las conclusiones y efectos de estos, carece de cualquier vocación de prosperidad.

Como consecuencia de lo anterior —excepción hecha de estos dos documentos expedidos por la OIT—, toda la nomenclatura, directrices, postulados, derechos y garantías que se encuentran en los demás instrumentos internacionales relacionados se encuentran debidamente consagrados dentro de nuestro ordenamiento jurídico y gozan de plena aplicabilidad en el asunto en cuestión, desde la propia Constitución²¹ y en diversos niveles jerárquicos, como, por ejemplo, y solo de manera enunciativa, la Ley 23 de 1973²², con base en la cual se expidió el Decreto 2811 de 1974²³; la Ley 99 de 1993²⁴, la Ley 472 de 1998²⁵ y la Ley 1252 de 2008²⁶. Todas estas disposiciones normativas son claras, categóricas y reiterativas respecto al reconocimiento del goce y garantía del medio ambiente sano como derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional, y la responsabilidad tanto de las personas de derecho privado —naturales o jurídicas— como del Estado por la afectación a la salud y la vida de las personas, con ocasión o como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que en materia ambiental les imponen tales disposiciones

LA SOLUCIÓN DADA AL CASO: EL RESULTADO DE LA CONEXIÓN ENTRE EL SOFT LAW Y EL HARD LAW POR MEDIO DE UNA INTERPRETACIÓN CON CRITERIO DE RACIONALIDAD ARGUMENTATIVA

Una vez adelantada la labor descrita, es decir, consultado el estado del arte científico respecto de los graves efectos que para la salud humana tiene la exposición al asbesto (*soft law*); recopilada y analizada la normativa nacional e internacional acerca del deber de los Estados de proteger y garantizar el derecho a la vida, a la salud y al medio ambiente sano (*hard law*), y logrando conectar ambas esferas²⁷ a través de un camino interpretativo razonable, bajo las características esenciales de un proceso argumentativo propio del iuspositivismo crítico (García, 2018; Zambrano, 2018), se pudo determinar lo siguiente:

- Es claro e incuestionable que, hoy en día, existe suficiente evidencia científica que demuestra el peligro que para la salud humana implica la exposición al asbesto en cualquiera de sus formas, incluido por supuesto el crisotilo.
- Las múltiples y reiteradas recomendaciones, comentarios y observaciones de los organismos internacionales y las autoridades extranjeras en la materia son unívocas en conminar a todos los Estados para que se prohíba totalmente cualquier uso o presencia del asbesto, en cualquiera de sus variedades, como la mejor medida en política de salud para prevenir y evitar que se siga presentando la larga serie de enfermedades asociadas a dicho mineral, entre las que se encuentra la asbestosis y las diferentes clases de cáncer que produce o que se asocian a su exposición.
- Dichas medidas, encaminadas a la prohibición total del asbesto en todas sus formas, tienen como fundamento o soporte la abundante evidencia científica, que da cuenta de las graves consecuencias que para la salud humana tiene la exposición al asbesto en cualquiera de sus formas y, por ende, no se basan ni siquiera en la aplicación o materialización del principio de precaución ambiental, en

razón a que, precisamente por esa evidencia clara y contundente, no se presenta uno de los elementos esenciales de dicho principio ambiental: la “incerteza científica” (Agudelo y Huerta, 2011, p. 35, 51#52, 58#61); en el caso del asbesto, contrario a esa “incerteza”, lo que existe es una certeza absoluta del perjuicio para la salud.

- Según toda la evidencia científica que existe en la actualidad, no queda ninguna duda que:
 - a) Todas las formas o variedades del asbesto son igual de peligrosas y perjudiciales para la salud y, por eso, se encuentran catalogadas como tales (peligrosas o cancerígenas) por parte de las principales agencias científicas a nivel mundial.
 - b) Todas las formas o variedades del asbesto causan una larga serie de enfermedades graves y crónicas, entre ellas, la asbestosis y diferentes tipos de cáncer: con absoluta certeza se sabe que genera cáncer de pleura (MPM), de pulmón, de laringe y de ovarios, y la evidencia sugiere que puede producir también cáncer de faringe, de estómago, de colon y de recto.
 - c) No es cierto que exista o que se pueda defender la tesis del supuesto “uso seguro” del asbesto: ni para los trabajadores de la industria ni mucho menos para los usuarios o consumidores finales de los productos elaborados o que contienen asbesto en su composición.
- El asbesto puede ser sustituido o reemplazado por sustancias o compuestos menos nocivos, tal como se ha hecho en muchas partes del mundo como, por ejemplo, en toda Europa y en Estados Unidos de Norteamérica.

Bajo esas conclusiones, que claramente nos permiten evidenciar la razón que le asistió al accionante al instaurar la acción popular, se desvirtúan también de paso los argumentos o tesis que esgrimieron las accionadas, a saber:

- Si bien es cierto existen pocos estudios que sostienen la imposibilidad de catalogar el asbesto crisotilo como causante directo del mesotelioma, la evidencia científica sí demuestra, con total certeza, que causa otros tipos de cáncer no menos agresivos o peligrosos, tales como el de pulmón, de laringe y de ovarios, así como otras enfermedades graves y crónicas como la asbestosis.
- No es cierto que exista o se pueda defender la tesis del “uso seguro” del asbesto, ni siquiera del crisotilo.
- Tampoco resulta cierto que esa fibra no se pueda reemplazar por otros compuestos o materiales menos dañinos o nocivos para la salud y la vida de las personas.

Con base en estas conclusiones, y tal y como lo señaló el actor popular en su escrito accionatorio, se pudo establecer con total certeza la afectación de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, al equilibrio ecológico y la preservación del medio ambiente, y a la seguridad y salubridad públicas, consagrados en el artículo 4.º de la Ley 472 de 1998, literales a), c) y g), respectivamente. En consecuencia, se procedió a hacer algunas recomendaciones de lo que se consideró debía ser la parte resolutive del fallo que decidiera la cuestión, en donde se tuvo además en cuenta una situación bien particular y es que, por la complejidad del asunto, que entre otras cosas requería la necesidad de adoptar políticas públicas en salud, así como ingentes y cuantiosos esfuerzos y acciones encaminados a la materialización de tales fines, la decisión debía atender tales aspectos y todas las ópticas y estamentos involucrados, que permitieran llegar a una solución multidimensional como la que dicha problemática tan compleja exige (Aldana y Guarín, 2016).

En virtud de lo anterior, se advirtió de entrada que la decisión judicial que se adoptara al respecto no podía pecar por el simplismo de dictaminar una prohibición total y abrupta del asbesto, de la noche a la mañana, pues ello, además de vulnerar los derechos que ostentan de manera legítima las empresas de la industria en que se utiliza o comercializa, generaría un conflicto aún mayor, un choque de fuerzas y, con ello, se crearía injustificadamente un obstáculo a la posibilidad de llegar a una verdadera solución de fondo, en donde todos los actores involucrados puedan participar y ayudar activamente a lograr ese tránsito hacia la erradicación de ese mineral, en aras de garantizar y proteger la salud y la vida de los habitantes del territorio nacional²⁸.

Fue bajo esa perspectiva que se emitieron múltiples recomendaciones dirigidas tanto a las entidades públicas como a las empresas privadas accionadas, estas últimas cuya vinculación a esta acción y a las obligaciones que se consideraron debían adquirir, en aras de materializar la protección a los derechos colectivos vulnerados, obedeció no solo a la aplicación de la teoría alemana de la *Drittwirkung*²⁹, sino esencialmente bajo el concepto de la responsabilidad social, ambiental y ecológica inherente a la propiedad privada y que, por ende, le incumbe al sector privado y a las empresas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, obligaciones que, además de estar establecidas dentro de la Constitución³⁰, también se enmarcan dentro del concepto del bloque de constitucionalidad o estándares de derechos humanos³¹.

De este modo, se recomendó conminar al gobierno nacional a diseñar y poner en marcha una auténtica y completa política pública en la materia, a la que deben apuntar diversas entidades y sectores en aras de no solo lograr la sustitución total de las fibras de asbesto en todo el territorio nacional, sino —bien importante aún— que permita su identificación, los usos y productos que lo contienen y que van con destino al consumidor final, así como la caracterización y el tratamiento de los problemas de salud asociados a su exposición y la expedición de una regulación normativa en la materia (Barragán, 2016).

Para el efecto, entre otras medidas concretas, se solicitó la implementación de un programa de sustitución del material en todos los procesos productivos y extractivos, no mayor a cinco años³²; la elaboración de un plan de identificación de las empresas, los productos y los procesos en los que es utilizado el asbesto, para su control y seguimiento; además, mientras se adelanta el proceso de sustitución, se solicitó muy especialmente —y así fue atendido por el juez— la obligación por parte de todas las empresas del sector de rotular todos los productos que contienen asbesto y cuyo destino es el mercado o los consumidores, con una advertencia o aviso al público, visible, notoria, clara y comprensible para cualquier persona, a efectos de que estos puedan tomar la decisión de si adquieren o no tales productos y, en caso afirmativo, adoptar las medidas de seguridad que se consideren necesarias. Adicional a lo anterior, se solicitó igualmente la elaboración de un registro y seguimiento de todos los usuarios del sistema de salud que presenten afecciones o diagnósticos asociados —o que puedan estarlo— a la exposición a las fibras de asbesto, para el diseño y desarrollo de las respectivas políticas y programas en salud encaminados a la atención, prevención y eliminación de las enfermedades ocupacionales y, de manera particular, de aquellas prevenibles, como las asociadas al asbesto, que además resultan bastante onerosas en su atención (López y Barragán, 2018).

Finalmente, cabe destacar la recomendación que se hizo con destino al Gobierno nacional para que, en el marco de sus competencias, llevara a cabo una concertación con el Congreso de la República y todas las fuerzas políticas del país, con el fin de que el proyecto de ley que en ese momento cursaba en el órgano legislativo tuviera un desenlace pronto y exitoso, lo cual pudo verse materializado, por fin y luego de proferida la sentencia, con la expedición de la Ley 1968 de 2019, llamada “Ley Ana Cecilia Niño”, en homenaje a una de las activistas más importantes e incansables en la lucha contra el asbesto, como afectada gravemente en su salud por la exposición a este material y que tristemente falleció en el 2017 a causa de un cáncer pleural (MPM) que le arrebató la vida antes de ver materializado su sueño y el fruto de su ardua lucha. Por esta razón, tanto con esta ley con la que se ordenó la sustitución gradual del asbesto y la prohibición al final del plazo que estableció para ello, pero sobre todo con la decisión judicial y la toma de conciencia de la ciudadanía colombiana que esta procura, su legado continuará y seguirá sirviendo de ejemplo para las nuevas generaciones quienes, gracias a ella y a muchas otras personas que desde diferentes ámbitos han continuado con esa labor, podrán gozar de un ambiente más saludable, sin la amenaza de un material que mata silenciosa pero cruelmente.

CONCLUSIONES

La labor que acá se desarrolló tenía un doble propósito: por una parte, hacer un breve recuento de lo que fue la decisión judicial que determinó la sustitución del asbesto, mucho antes de que se expidiera la Ley 1968 de 2019 —la que se quedó corta en comparación con la sentencia aludida— y los fundamentos que se tuvieron en cuenta para llegar a ella; pero, por de otro lado, y quizá como objetivo central de la investigación que ha derivado en este escrito, lo que se pretendía era demostrar cómo, para llegar a decisiones que tengan un claro sentido social, como expresiones en búsqueda de materializar la justicia como fin de la actividad jurisdiccional, lo más adecuado es llevar a cabo una ardua pero efectiva tarea interpretativa y argumentativa.

En efecto, este documento pretende generar una reflexión respecto de la labor o práctica hermenéutica del operador jurídico y, en general, de todos quienes están interesados y trabajan en esta compleja área de la teoría de la decisión judicial, a través de una premisa que subyace a todo lo que se ha expuesto: que a través de la aplicación de las reglas de la argumentación, de la construcción adecuada de razonamientos lógicos, coherentes y con suficiente respaldo fáctico y jurídico (método interpretativo#subsuntivo de decisión judicial), bajo un modelo de racionalidad argumentativa, es posible llegar a una solución clara, convincente, razonable y admisible para aquellos casos judiciales que se muestran como “difíciles” o críticos, que consulte las necesidades, realidades y expectativas que el caso amerite, en búsqueda de realizar un sentido de justicia y equidad social y, lo más importante, sin necesidad de recurrir a herramientas artificiosas y, en todo caso, peligrosamente subjetivas que brindan la no poca atractiva posibilidad al juez de imponer su moral sustantiva con el agravante de no tener que someter al tamiz del escrutinio público la fuerza jurídica y moral de sus posiciones y la suficiencia y transparencia de sus razones y argumentos, como lo promueve soterradamente la teoría de la ponderación y un muy amplio sector del iusmoralismo.

Bajo las reglas de un claro esquema interpretativo subsuntivo como método hermenéutico, se pudieron conectar en el caso concreto dos esferas o ámbitos que aparentemente resultaban excluyentes: el derecho duro o vinculante (*hard law*) con el derecho blando o meramente orientador (*soft law*), con el fin de hacer a este último operativo y efectivo para el caso analizado, en aras de proteger y garantizar a todos los habitantes del territorio nacional los derechos esenciales a la vida y a la salud, a través de la protección del medio ambiente, el entorno y el mercado.

Se trata, sin dudas, de un claro ejemplo en el que la labor del operador jurídico, sin salirse de sus cauces naturales y bajo el estricto e ineludible marco normativo legal, constitucional y convencional, puede ser vista como paradigmática al dar con soluciones ajustadas a la realidad y a las necesidades ante los casos más difíciles —se insiste— siempre dentro del respeto por el ordenamiento jurídico. Por ello mismo, bien merece la pena que esfuerzos de esta naturaleza y dimensiones sean replicados en la continua labor interpretativa, así como en el estudio de casos en la academia, ya que permite un control y revisión de las decisiones a través de sus motivaciones, de sus argumentos, de sus razones, lo que será siempre saludable y fortalecerá la democracia, la participación ciudadana y el entramado social por cuenta de una adecuada interiorización y reflexión respecto de estas decisiones que afectan a toda la sociedad.

Dar prioridad y recurrir única y exclusivamente a las razones y a los argumentos a la hora de fundamentar decisiones reduce considerablemente la posibilidad de que, como conejo de sombrero, la arbitrariedad surja de repente, sorprenda a las partes y a la sociedad, y genere espacios de injusticia e insatisfacción, que son la semilla de la desintegración social y del resquebrajamiento del Estado Social y Democrático de Derecho que nos preciamos tener y que históricamente costó tanto sacrificio y luchas poder implantar.

REFERENCIAS

Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2017). *¿Cuáles son los derechos humanos de tercera generación?* ACNUR. https://eacnur.org/blog/derechos-humanos-tercera-generacion-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/

- Agudelo, L. y Huerta, F. (2011). *El principio de precaución ambiental en el Estado colombiano: ¿cómo aplicar el principio de precaución ambiental por la administración pública colombiana?* [tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Libre]. Repositorio UniLibre. <http://hdl.handle.net/10901/6049>
- Aldana, J. y Guarín, E. (2016). Los límites de la teoría del equilibrio como alternativa de solución a la cuestión de la prevalencia del poder del Alto Tribunal de lo Constitucional en Colombia. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. 11 (1), 59#82. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.01>
- Amnistía Internacional. (s. f.). *Los derechos de tercera generación*. <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-futuros.html>
- Barragán, D. (2016). La construcción de la mentalidad democrática como necesidad en el posconflicto. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. 11 (1), 37#57. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.06>
- Borowski, M. (2019). La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales. *Revista Derecho del Estado*. 45 , 3#27. <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.01>
- Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (IARC). (2018). *Monographs of Carcinogenic Hazards to Humans and Handbooks of Cancer Prevention* . <https://monographs.iarc.fr/wp-content/uploads/2019/01/OrganSitePoster.PlusHandbooks.17012019.pdf>
- Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (IARC). (2019). *IARC Monographs on the Identification of Carcinogenic Hazards to Humans* . <https://monographs.iarc.fr/list-of-classifications>
- Colombia. Decreto 2811 de 1974. Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Diciembre 18 de 1974. DO núm. 34243. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2811_1974.html
- Colombia. Ley 74 de 1968. por la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. Diciembre 26 de 1968. DO núm. 32682. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1622486>
- Colombia. Ley 16 de 1972. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Diciembre 30 de 1972. DO núm. 33780. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37204&dt=S>
- Colombia. Ley 23 de 1973. Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones. Diciembre 12 de 1973. DO núm. 34001. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9018>
- Colombia. Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. Diciembre 22 de 1993. DO núm. 41146. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html
- Colombia. Ley 253 de 1996. Por medio de la cual se aprueba el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989. Enero 9 de 1996. DO núm. 42688. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0253_1996.html
- Colombia. Ley 319 de 1996. Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Septiembre 20 de 1996. DO núm. 42884. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0319_1996.html
- Colombia. Ley 436 de 1998. Por medio de la cual se aprueba el Convenio 162 sobre utilización del asbesto en condiciones de seguridad, adoptado en la 72ª Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra 1986. Febrero 7 de 1998. DO núm. 43241. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0436_1998.html

- Colombia. Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Agosto 5 de 1998. DO núm. 43357. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html
- Colombia. Ley 1252 de 2008. Por la cual se dictan normas prohibitivas en materia ambiental, referentes a los residuos y desechos peligrosos y se dictan otras disposiciones. Noviembre 27 de 2008. DO núm. 47186. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1252_2008.html
- Colombia. Ley 1968 de 2019. Por el cual se prohíbe el uso de asbesto en el territorio nacional y se establecen garantías de protección a la salud de los colombianos. Julio 11 de 2019. DO núm. 51011. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1968_2019.html
- Constitución Política de Colombia [CP]. Julio 7 de 1991 (Colom.).
- Corte Constitucional de Colombia [CC], junio 17, 1992, MP: A. Martínez, Sentencia T-411/92, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], noviembre 24, 1994, MP: F. Morón, Sentencia C-528/94, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], agosto 22, 1996, MP: A. Barrera, Sentencia C-377/96, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 28, 1997, MP: E. Cifuentes, Sentencia C-251/97, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], septiembre 15, 1998, MP: A. Barrera, Sentencia C-493/98, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], junio 28, 2001, MP: J. Araujo, Sentencia C-671/01, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], octubre 8, 2004, MP: J. Córdoba, Sentencia T-979/04, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], marzo 14, 2010, MP: L. E. Vargas, Sentencia C-228/10, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], julio 27, 2010, MP: J. I. Palacio, Sentencia C-595/10, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], septiembre 6, 2010, MP: G. E. Mendoza, Sentencia C-703/10, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], agosto 24, 2011, MP: G. E. Mendoza, Sentencia C-632/11, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], marzo 5 2014, MP: A. Rojas, Sentencia C-123/14, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], abril 29, 2014, MP: A. Rojas, Sentencia C-269/14, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], febrero 15, 2016, MP: L. E. Vargas, Sentencia T-062/16, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], junio 22, 2016, MP: G. S. Ortiz, Sentencia C-327 /16, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], noviembre 10, 2016, MP: J. I. Palacio, Sentencia T-622/16, [Colom.].
- Drnas de Clément, Z. (2001). Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el interamericano. En OEA, *Jornadas de Derecho Internacional*, (pp. 81#92). Secretaría General de la OEA. http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artprincipiosdeprecaucionprevencion/at_download/file
- Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. (2008). *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Consejo Superior de la Judicatura; Universidad Nacional de Colombia. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a16/1.pdf>
- Galán Galindo, A. R. (2017). Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia la moral y el derecho. *Novum Jus*. 10 (2), 103#118. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.6>
- García, J. (2018). *Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Instituto Nacional del Cáncer de los Institutos Nacionales de Salud de los EE.UU. (2017). *Exposición al asbesto y el riesgo de cáncer*. <https://www.cancer.gov/espanol/cancer/causas-prevencion/riesgo/sustancias/asbesto/hoja-informativa-asbesto>
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
- Lamprea, E. y García, D. (3 de mayo de 2018). ¿Por qué Colombia no prohíbe el asbesto? *Cerosetenta*. <https://cerosetenta.uniandes.edu.co/por-que-colombia-no-prohibe-el-asbesto/>
- López Pinilla, A. y Barragán Garzón, P. (2018). Las decisiones judiciales: un dilema entre la legitimidad y la influencia de los medios de comunicación. *Novum Jus*. 12 (2), 189#200. <http://dx.doi.org/10.14718/NovumJus.2018.12.2.10>

- Mijangos González, J. (2007). La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Teoría y realidad constitucional*. 20, 583#608. <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6772>
- Morales Ferrer, S. y Daza Coronado, S. (2017). El deber de información al paciente el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España. *Novum Jus*. 10 (2), 11#34. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.1>
- Naciones Unidas. (1948) *Declaración Universal de Derechos Humanos*. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Diciembre 16 de 1966. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Naciones Unidas. (1972). *Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano*. Junio de 1972. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TraInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf>
- Naciones Unidas. (1972). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Junio de 1992. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>
- Observatorio de Redes y Acción Colectiva (ORAC). (2018). *Asbesto: ¿un peligro silencioso? Parte I: La prohibición y la regulación del uso del asbesto en el mundo*. Universidad del Rosario. <http://www.urosario.edu.co/Documentos/Evento-UR/Facultad-de-Ciencia-Politica/Asbesto-un-peligro-silencioso.pdf>
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). Comentario relativo a las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. En A. Valencia (Comp.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional* (vol. 5, pp. 162#198). <http://www.hchr.org.co/index.php/publicaciones/category/48-didh-dih-dpi?download=106:compilacion-de-jurisprudencia-y-doctrina-nacional-e-internacional-derechos-humanos-derecho-internacional-humanitario-derecho-penal-internacional-vol-v>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. Noviembre 22 de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Noviembre 17 de 1988. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1986). *R172 Recomendación sobre el asbesto*. Junio 4 de 1986. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R172
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1986). C162. *Convenio sobre el asbesto*. Junio 24 de 1986. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C162
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1996#2020). *Convenios y recomendaciones*. <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2006). *Eliminación de las enfermedades relacionadas con el amianto*. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/69481/WHO_SDE_OEH_06.03_spa.pdf?sequence=1
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2015). *Asbesto crisotilo*. <https://www.who.int/phe/publications/asbestos/es/>
- Parlamento Europeo – Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. (2013). *Informe A7#0025/2013 Sobre los riesgos para la salud en el lugar de trabajo relacionados con el amianto y perspectivas de eliminación de todo el amianto existente (2012/2065(INI))*. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0025_ES.pdf?redirect
- Parlamento Europeo – Comisión Europea. (27 de julio de 1999). *The European Commission bans White Asbestos*. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_99_572

- Polo Alvis, S. y Serrano López, E. (2018). Nueva república, nuevo horizonte, nuevo porvenir: las migraciones colombianas hacia Chile, 1990#2016. *Novum Jus*. 12 (1), 165#188. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.12.1.7>
- Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (1989). *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación*. PNUMA; Convenio Basilea. <https://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-s.pdf>
- Quesada, M. y Perdomo, J. (2017). *Exposición a asbesto: efectos en la salud y legislación sobre su uso* [tesis de Maestría en Salud Ocupacional y Ambiental, Universidad del Rosario]. Repositorio Institucional EdocUR. <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/13601>
- Sociedad Americana contra el Cáncer. (2015). *El asbesto y el riesgo de cáncer*. <https://www.cancer.org/es/cancer/causas-del-cancer/asbesto.html>
- Urzúa, R. (2005). *Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. La doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte* [tesis de pregrado en Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de a Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107648>
- Zambrano, C. (2018). El método interpretativo#subsuntivo como herramienta para controlar la discrecionalidad judicial. Una mirada crítica a la teoría de la ponderación. *Revista Rostros y Rostros*. 21 , 42#58. https://www.procureaduria.gov.co/iemp/media/file/img/ruta/Revista%20Rostros%20y%20Rostros%20%23%2021_.pdf

NOTAS

*Artículo producto de la investigación: “La decisión judicial en los casos difíciles: el caso del asbesto en Colombia y una solución progresista desde una óptica iuspositivista”, gestionada en el Ministerio Público de Bogotá, dentro de la acción popular que cursó en el Juzgado 39 Administrativo de Bogotá D.C., accionante Juan José Lalinde, accionados el Ministerio de la Protección Social y Otros, radicado 2005-2488, acción constitucional en la que se debatió la prohibición del asbesto en el territorio nacional. Actualmente, dicha acción se encuentra surtiendo el trámite de apelación interpuesto por varias de las accionadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, por tanto, a la espera de una decisión definitiva que ponga fin al proceso y, en general, a la situación del asbesto y su explotación, utilización y comercialización en Colombia.

1 O para expresarlo en términos kantianos clásicos, entre el sein y el sollen (Kelsen, 2009, pp. 20#21, 54#55).

2 Al no ser objeto del presente trabajo, en este momento solo se hace mención a estos principios sin entrar a detallarlos y analizarlos. Para una aproximación a ellos, se recomienda la consulta de las Sentencias C-703 de 2010 y T-622 de 2016, de la Corte Constitucional, así como la lectura de Drnas de Clément (2001) y de Agudelo y Huerta (2011), que hacen parte de la bibliografía de este escrito.

3 Para profundizar en la crítica al método ponderativo y los riesgos que este encierra, véase García (2017) y Zambrano (2018)

4 Dentro del amplio grupo de accionadas, tanto iniciales como aquellas que se fueron integrando a lo largo del curso procesal, además de quienes se sumaron en calidad de coadyuvantes tanto de una parte como de la otra, se destacan el antiguo Ministerio de la Protección Social —hoy en día nuevamente escindidos en Ministerio de Salud y Protección Social y Ministerio del Trabajo, quienes han seguido interviniendo como accionados—, la Corporación Autónoma Regional de Antioquia, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y las Empresas Públicas de Medellín (EPM), dentro del grupo de entidades públicas accionadas; así como las empresas privadas Minera Las Brisas (hoy en día “Bricolsa”, única mina oficial de explotación de asbesto en el territorio nacional), Cristalería Peldar, Eternit – Eternit Pacífico, Toptec e Incolbest, Skinco, entre otras más

5 Mediante la Ley 436 del 17 de febrero de 1998, examinada por la Corte Constitucional y declarada exequible en sentencia C-493 de 1998

6 Véase artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia, Sentencia T-979 de 2004 de la Corte Constitucional y OIT (1996#2020, párr. 1)

7 Se recuerda que, a la fecha de elaboración de este escrito, aún está pendiente de surtirse y decidirse la segunda instancia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por el trámite de apelación de sentencia que interpusieron prácticamente todas las accionadas, tanto públicas como privadas

8 Para el propósito del presente escrito tan solo se hace referencia somera de cada uno de estos estudios y trabajos, así como un resumen muy concreto de sus principales conclusiones; sin embargo, para conocer más a profundidad el tema y tener la información completa y detallada, se recomienda consultar los documentos citados y que se relacionan en la lista de referencias.

9 Como dato interesante, el informe A7-0025/2013 y su propuesta de Resolución, fueron aprobados por el Parlamento Europeo con una votación totalmente contundente y diciente: 40 votos a favor, una abstención y tan solo 2 votos en contra (Parlamento Europeo, 2013), lo que demuestra claramente el compromiso de los países desarrollados por eliminar cualquier uso o presencia del asbesto en sus territorios.

10 Sobre el bloque de constitucionalidad y los estándares de derechos humanos, se recomienda consultar la Sentencia de la Corte Constitucional C-327 de 2016 y el documento de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” titulado Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal (2008, pp. 25#26, 53#58, 88#91 y 99#107).

11 Preámbulo y artículos 1, 2, 4, 6, 11, 49, 58, 78, 79, 93, 94, 95, nums. 4 y 8, y 333 (CP, 1991, Colom.).

12 Sobre el carácter de “Constitución ecológica”, véase, entre otras, las Sentencias de la Corte Constitucional T-411 de 1992, C-671 de 2001, C-595 de 2010, C-632 de 2011, C-123 de 2014 y T-062 de 2016.

13 De allí que sea pertinente recordar que, en el marco de la terminología utilizada en este escrito, seguimos dentro del concepto de hard law, solo que ahora se trata de normas vinculantes de carácter internacional, que deben ser tenidas en cuenta, acatadas y cumplidas por nuestro país como principio esencial y fundante del derecho internacional, que es el cumplimiento de buena fe de los compromisos libre y autónomamente adquiridos por los Estados parte. Sobre esa obligatoriedad y la vinculación del principio de buena fe en el cumplimiento de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado colombiano, véase de la Corte Constitucional, entre otras, las Sentencias C-228 de 2010 y C-269 de 2014.

14 La que, además, daría inicio formal al que conocemos como Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

15 Proclama 2

16 Proclama 3

17 Proclama 7

18 Principio 1

19 Principio 6

20 De conformidad con lo establecido y exigido por el artículo 224 de la Constitución Política

21 Véase Constitución Política, Preámbulo, artículos 1, 2, 5, 11, 48, 49, 78, 79, 81, 88 y 95 numerales 4 y 8

22 Artículos 1, 2, 4, 5 y 15

23 Por el cual se dictó el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, artículos 1, 2, 7, 8 literales i), l) y n); y 32

24 Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones, artículo 1 numerales 1, 3 y 6

25 Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política, artículos 2 y 4 literales a), c), g), k) y n)

26 Artículos 1, 2 (nums. 1, 2, 4, 5, 6 y 10), 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 14

27 Que, como se señaló anteriormente, esta labor obedece al criterio interpretativo contenido en la Sentencia C-528 de 1994 y el documento E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2., de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

28 Téngase en cuenta que a Europa le ha tardado casi 20 años en lograr eliminar todo el asbesto que existe en su territorio, y a Alemania casi 30 años, y aún les falta un largo periodo por recorrer en ese propósito (Lamprea y García, 2018, pp. 6#7; ORAC, 2018)

29 En la que sí fue fundamentada sustancialmente la decisión adoptada por el juez popular. Para profundizar acerca de esta teoría, cfr. Borowski (2019), Mijangos González (2007) y Urzúa (2005).

30 Preámbulo y artículos 1, 2, 8, 11, 49, 58 (función ecológica de la propiedad privada), 78, 79, 80, 81, 88 y 333

31 Cfr., OACDH Colombia (2006, pp. 174#177, 181#182, 184#187, y en especial, pp. 188#190)

32 Plazo que se estimó suficiente y razonable, atendiendo al hecho de que varias empresas accionadas que históricamente habían utilizado el asbesto como materia prima o como elemento de sus procesos productivos, entre ellas Toptec, Peldar y Skinco, habían logrado tal sustitución en periodos más cortos, entre 2 y 3 años, tal y como fue acreditado dentro del proceso

INFORMACIÓN ADICIONAL

Citar como: Zambrano Sanjuán, C. A. (2021). La decisión judicial en los casos difíciles: el caso del asbesto en Colombia y una solución progresista desde una óptica iuspositivista. *Revista IUSTA*, (54). <https://doi.org/10.15332/25005286.6553>