**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR LA
MINERIA EN COLOMBIA**

Trabajo presentado por:

ANA LUCIA DÁVILA ALARCÓN

Para optar por el Título de Magister en Derecho Público

Trabajo revisado por:

Doctor HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO
BOGOTA**

2016

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
PREGUNTA	6
OBJETIVOS:.....	6
GENERAL	6
ESPECIFICOS:.....	7
METODOLOGÍA	7
JUSTIFICACIÓN	9
1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO	10
<i>1.1 Concepto de Responsabilidad.....</i>	<i>10</i>
<i>1.2 De las clases de responsabilidad</i>	<i>12</i>
<i>1.3 Responsabilidad contractual y extracontractual</i>	<i>14</i>
<i>1.4 Responsabilidad subjetiva y objetiva.....</i>	<i>16</i>
<i>1.5 El daño</i>	<i>23</i>
<i>1.5.1 Naturaleza y concepto</i>	<i>23</i>
2. DAÑO AMBIENTAL COMO CUESTIONAMIENTO DE LA DOCTRINA TRADICIONAL SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO.....	27
<i>2.1 El daño ambiental.....</i>	<i>27</i>
<i>2.2. Daño ambiental en el derecho comparado</i>	<i>30</i>
<i>2.3 Cuestionamiento de la doctrina tradicional sobre las características del daño</i>	<i>36</i>
<i>2.4 Introducción a la responsabilidad del Estado por el daño ambiental producto de la actividad minera.....</i>	<i>40</i>
<i>2.5 Falla del servicio posible título de imputación para declarar responsable al Estado por los daños ambientales que son producto de la minería.....</i>	<i>43</i>
3. REGULACIÓN AMBIENTAL Y SOCIAL DE LA MINERÍA EN COLOMBIA	52
<i>3.1 Historia de la legislación ambiental, minera y estudios de impacto ambiental.....</i>	<i>52</i>
3.2 Licencias Ambientales.....	58
3.3 Legislación minera	62
<i>3.4 Fundamentos respecto del control y vigilancia.....</i>	<i>66</i>
<i>3.5 Sobre el Régimen Sancionatorio y el Principio de Precaución</i>	<i>70</i>
4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DAÑOS CAUSADOS PRODUCTO DE LA MINERÍA EN COLOMBIA.....	89
<i>4.1 Dos casos que permiten ver la Responsabilidad del Estado por la acción u omisión respecto de la actividad minera en Colombia</i>	<i>89</i>
<i>4.2 Reflexiones sobre el medio ambiente</i>	<i>106</i>

<i>4.3 Sobre el desarrollo sostenible</i>	<i>112</i>
<i>4.4 De la responsabilidad por daño ambiental</i>	<i>116</i>
<i>Conclusiones</i>	<i>119</i>
<i>Referencias</i>	<i>120</i>
<i>Jurisprudencia</i>	<i>127</i>
<i>Legislación</i>	<i>129</i>

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Abordaremos este acápite, partiendo desde los orígenes históricos de la minería para luego terminar señalando la problemática social que viene a representar ésta actualmente.

Empezamos por decir que autores como Aranburgo afirman que en España desde orígenes remotos, el dominio sobre las minas se establecía por medio de la accesión, sin embargo desde el ordenamiento de Alcalá se preceptuó que todas las minas de cualquier metal pertenecerían a la corona (Aranburgo, 1980, pág. 13), así mismo, ordenamientos como el de Birbiéscas de 1387, establece el Derecho de los súbditos a la explotación de las minas de la corona.

Ulteriormente, en el año de 1559 en Valladolid para promover el desarrollo de la minería, ordenó revocar cualquier derecho concedido buscando concentrar en la corona el patrimonio mineral.

Ubicándonos ya en la Novísima Recopilación de Indias se recoge una nueva regulación sobre las minas, allí se estableció un nuevo régimen de adjudicaciones, se fijó un pago a favor de la corona en relación con los metales, consagrando procesos para la titulación de las minas.

Vale la pena mencionar, normatividades como las Ordenanzas de Minas de Don Pascual de Rodas, en la provincia de Antioquia, las cuales consagraron temas como el del laboreo del oro en 1587.

En el periodo republicano, fue expedido por parte del Libertador un decreto de minas el cual

establecía firmemente el dominio nacional sobre el subsuelo, recogiendo la herencia de la corona española. Asimismo, bajo las Constituciones de 1858 y 1863 se dejó en cabeza de los estados la propiedad de las minas.

Posteriormente, bajo la centenaria Constitución de 1886, su constituyente se planteó la meta de reconstituir el patrimonio público, presentándose la necesidad de establecer un sistema de regalía como el de Alcalá.

Tal importancia de recuperar el subsuelo de la nación se vio reflejada en el artículo 202 de la Carta:

“ARTÍCULO 202. Pertenecen a la República de Colombia:

1o. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana el 15 de abril de 1886;

2o. Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización;

3o. Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas”.

Bajo la Constitución de 1991, aunque en el cuerpo de ésta no se determinó taxativamente que la industria minera fuese una labor de utilidad pública, si estableció la supremacía del interés

general sobre el particular, no solo en su artículo 1º sino también en el 58:

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.”

Por otra parte, la Constitución también estableció al Estado como propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables:

“Artículo 332: El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.”

De manera tal que bajo el imperio de nuestra actual Constitución, ésta comprendió el principio de preponderancia del interés general, al igual que la nacionalización del subsuelo y la propiedad estatal de los recursos no renovables.

Por otro lado, en la actualidad si bien existe un sector regulado de la minería, también hay quienes se dedican a ejercer esta actividad de manera ilegal, la cual genera, esta última un impacto negativo en la sociedad y el medio ambiente, afectando, inclusive a varias industrias que constituyen fuentes de ingreso y desarrollo alternativo.

Apuntando a que la minería ilegal logre ser erradicada, el Estado ha venido desarrollando legislación en la materia, empezando por la Ley 141 de 1994, la cual sostiene en su artículo 58 que, en los casos de explotaciones mineras de hecho de pequeña minería ocupadas en forma permanente hasta noviembre 30 de 1993, se confiere un término de seis (6) meses a partir de la vigencia de la presente ley, para que con el sólo envío de la solicitud de licencia, permiso o contrato para la explotación de minas a la autoridad competente conforme a las normas legales vigentes, ésta queda en la obligación de legalizar dicha explotación en un plazo no mayor de un año.

En el caso de que se presenten superposiciones en el área de explotación se ordenó facultar a la autoridad competente para resolverlas conforme a la equidad e igualdad.

Este artículo fue reglamentado por el Decreto 2636 de 1994, el cual en su artículo 1 definió a las explotaciones mineras de hecho como “las personas que sin título minero vigente, lleven a cabo explotaciones de depósitos y yacimientos mineros”.

Ahora bien, la Ley 685 de 2001 estipuló en su artículo 165 que quienes sean explotadores de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, tienen a partir del 1 de enero de 2002 un término de 3 años para solicitar que la mina sea entregada en concesión con el lleno de todos los requisitos formales y de fondo, los gastos de legalización serán gratuitos por parte de la autoridad minera.

Finalmente, la Ley 1382 de 2010 por la cual se modificó la Ley 685 de 2001, fue declarada inexecutable mediante Sentencia C-366 de 2011 con efectos diferidos a dos años, decisión que fue confirmada a su vez por las Sentencias C-27 de 2012 y C-423 de 2012, sin embargo vale la pena

traer a colación, pues ésta en su artículo 12 dispuso, que los explotadores, los grupos y asociaciones de minería tradicional que exploten minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, deben solicitar en el transcurso de 2 años contados a partir del 9 de febrero de 2010, la correspondiente concesión con el lleno de los requisitos, siempre y cuando dicha área esté libre para contratar y que los trabajos de explotación se vengán realizando en forma permanente antes del 15 de agosto de 2011.

Asimismo, los casos de legalización se efectuarán de manera gratuita por parte de la autoridad minera, quien destinará los recursos necesarios para la realización de éstos.

A pesar del desarrollo legislativo en un intento por regular la actividad minera durante todos estos años, se estima que en los últimos dos años han cerrado cuarenta minas ilegales, sin embargo se considera que la cifra es mucho mayor, asimismo se piensa que circunstancias como éstas responden a desordenes administrativos y falta de cooperación entre las autoridades. A modo de ejemplo están las afirmaciones dadas por el Ingeominas, hoy Servicio Geológico Colombiano: "Es importante resaltar que si el título minero no cumple con las condiciones de seguridad, el Ingeominas ordena el cierre de la mina cuya ejecución corresponde al alcalde municipal como autoridad policiva, circunstancia también establecida por la Ley". (Portafolio.com, 2015)

Solo para ilustrar lo crítico de esta situación en el año 2013 la Contraloría General de la Republica, sostuvo:

“La minería no legal es una actividad ampliamente extendida en el país, situación reconocida por la institucionalidad minera. De hecho, con base en los resultados del censo

minero aplicado por el Ministerio de Minas y Energía en 24 departamentos del país, en el informe Estado de los Recursos Naturales y del Ambiente, 2011-2012 (p. 167), la Contraloría General de la República presentó información que ilustra el tamaño de la no legalidad minera en el país (no solo en cuanto al amparo de un título minero sino también a la existencia de licencia o instrumento ambiental). De la información recogida a nivel nacional, apenas el 37% de las 14.357 unidades mineras censadas tienen título minero y solo el 19,6 posee título minero y cuenta con licencia o instrumento ambiental, es decir que poseen legalidad plena” (Morales, 2003)

Bajo esta descripción vemos que si bien, el Estado ha renunciado a ser empresario del sector minero, no es óbice para que solo se concentre en controlar y vigilar a aquellos quienes cumplan los requisitos de titulación, la situación de la minería genera diferentes impactos ambientales sobre los diferentes componentes eco sistémicos, por ejemplo la afectación sobre las aguas, pero así también afectaciones a personas en concreto, razón por la que nos formulamos la siguiente:

PREGUNTA

¿Hay responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por el ejercicio de la actividad minera en su territorio?

Este cuestionamiento los buscamos develar por medio de los consecuentes:

OBJETIVOS:

GENERAL

Determinar en qué casos puede haber responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano, por el

ejercicio de la actividad minera en su territorio

ESPECIFICOS:

- Describir el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano
- Analizar el daño ambiental, como cuestionamiento de la doctrina tradicional sobre las características del daño
- Realizar un estudio de la legislación aplicable al sector minero en Colombia
- Efectuar un estudio de casos a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno al objeto de investigación

METODOLOGÍA

Bien es sabido que para llegar a una meta, es necesario adoptar un camino que nos procure y proporcione llegar al punto final, siempre de forma correcta, aun cuando no sea la más rápida. Así entonces para llegar a desarrollar el objetivo planteado en esta investigación, hemos para el presente trabajo, adoptado el método de investigación, Descriptivo-Analítico.

Es descriptivo, toda vez que pretendemos hacer una revisión de los hechos medianamente objetivos de la realidad, en forma más concreta, describir los hechos meramente jurídicos que nos servirán como materia prima. Por lo tanto a fin de cumplir satisfactoriamente nuestros objetivos, la metodología planteada de un estudio la conforman, el conjunto de elementos descriptivos de la ley, la doctrina y la jurisprudencia sobre el problema de investigación, para hacer de estas fuentes un análisis sintético que permite extraer conocimiento e información requerida para desarrollar la tesis en general.

Y es analítico, en el entendido de poder realizar un desmembramiento del discurso que

proporciona los hechos jurídicos, normas y políticas públicas del Estado, que se han relacionado con el objetivo del presente trabajo, conjugando elementos deductivos y análisis de la información recolectada.

Conforme lo anterior, resulta necesario partir de un análisis deductivo, estudiar la responsabilidad del Estado, así como el daño al medio ambiente, la normatividad que regula la minería, para finalizar con un estudio jurisprudencial, a fin de sustentar a partir del precedente, la responsabilidad por la actividad minera.

La presente investigación tiene como herramientas metodológicas específicas, el estudio de fuentes primarias exclusivamente documentales, tales como:

- Leyes, decretos, resoluciones y demás normas dentro del ordenamiento jurídico nacional
- Revistas jurídicas especializadas
- Declaraciones, convenios, conferencias y protocolos internacionales
- Enlaces de internet especializados con la temática
- Jurisprudencia del Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional

Conforme a lo anterior, esta investigación se organiza en dos etapas: Una primera, de revisión bibliográfica y lectura analítica que consistirá en la recolección del material y referente teórico que conciernen al tema a la investigación, la segunda etapa es de interpretación del conglomerado normativo y jurisprudencial vigente propuesto en esta tesis. Para finalizar con discusiones y reflexiones en torno a su análisis.

JUSTIFICACIÓN

El desarrollo de la investigación que se propone resulta relevante para la comunidad, toda vez que no es suficiente con que el Estado se dé cuenta o reconozca la existencia de la problemática de la minería ilícita, ni mucho menos basta con que se generen estrategias y políticas que apunten a que en el futuro la explotación de minerales y piedras preciosas del subsuelo se haga de forma sustentable, sino que también se necesita saber si hasta el momento el Estado ha estado fallando y ver si es responsable por los daños causados imputables a éste, como por ejemplo el daño al medio ambiente, daños que por demás resultan inclusive irreparables o no ser objeto de reparación por parte de la administración pública.

Además, la trascendencia de esta investigación también radica, en que de no establecerse una postura frente a esto, se seguiría respaldando los intereses netamente económicos de la explotación y asimismo la indiferencia del Estado frente al tema, además de que los afectados por esta actividad que no tienen respaldo legal, hasta el momento no tendrían derecho de reparación.

Todo lo anterior quiere decir que, lo que pretendemos es resaltar a partir de la visión jurídica que, independiente a la relevancia que para la economía posee la explotación minera del subsuelo, el Estado colombiano no puede ignorar, pues con ocasión de los efectos negativos que tiene la extracción de minerales, tal como lo buscaremos demostrar, hay una posible responsabilidad patrimonial de su parte.

HIPÓTESIS

Se tiene como hipótesis del presente trabajo, que el Estado Colombiano puede ser responsable de los daños que se produzcan en el medio ambiente, producto del desarrollo de la actividad minera dentro de su territorio, cuando se incumplen obligaciones por parte de sus autoridades ambientales en la aplicación de mandatos concernientes al principio de precaución, cuando no aprovechan los avances técnicos y tecnológicos para determinar la verdadera afectación del medio ambiente con la ejecución de un proyecto, obra o actividad, o cuando a pesar de acaecer una incertidumbre sobreviniente sobre los daños a los recursos naturales no se suspende la licencia, autorización o permiso tal como lo manda el principio de precaución. También puede haber responsabilidad del Estado cuando no se cumple el deber de vigilancia y control periódicos sobre los permisos de vertimientos, pues si se están causando afectaciones graves a las fuentes hídricas más de las permitidas en la correspondiente autorización se debe modificar o revocar tal permiso en aras de garantizar la supremacía del medio ambiente.

1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO

1.1 Concepto de Responsabilidad

La responsabilidad del Estado, es un tema trascendental al interior del Estado Colombiano, ya que, “es un principio del derecho moderno que quien ocasione daño a una persona o sus bienes debe indemnizarlo”. (Younes Moreno, 2007, pág. 283). Ello, en la medida que “la responsabilidad supone consciencia y libertad; ahora, solo se concibe al hombre consciente y libre en la medida

que sea responsable” (Le Tourneau, 2010, pág. 29)

Sin embargo, antes se decía que si el Estado era el soberano, no podía ser responsable. Dicha situación cambio tal como lo señala el profesor *Vidal Perdomo*: “esta concepción doctrinal fue desmostándose poco a poco y a ello contribuyó enormemente la teoría del servicio público, como se reconoce, pues al tratar al estado en términos de servidor, mal podía considerársele como responsable.” (Vidal Perdomo, J. 2010 pág. 473)

Este avance en la concepción de la responsabilidad, se hace patente, teniendo en cuenta el principio de legalidad, y el control de las prerrogativas del poder, esto se ve en lo que afirman *Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández* a este respecto:

“El principio de legalidad -y su garantía en el recurso contencioso administrativo- y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen por ello, los dos grandes soportes estructurales del derecho administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del poder, depende, justamente, de su correcto juego” (García de Enterría & Fernández, 2008)

Ahora bien, el concepto de responsabilidad ha tenido una elaboración secular, principalmente por la doctrina civilista, quienes han sostenido que la responsabilidad consiste en la obligación de una persona de responder por los daños que ha inferido a otra, una obligación que subyace como consecuencia del daño que se causa a otra persona.

Uno de los civilistas más representativos del derecho chileno y del latinoamericano trata de

definir la responsabilidad no desde su origen sino desde sus consecuencias, considerando que, cuando el resultado de una conducta es reparar un perjuicio o daño, la responsabilidad se puede definir como la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra. (Alessandri, 1981)

En igual sentido hay responsabilidad cuando alguna persona es responsable de reparar los daños causados a otra (Mazeaud, 1960), es decir, en los casos en que alguien está obligado a reparar un daño sufrido por otra (Planiol & Ripert, 1936). Por tal razón, existen en los ordenamientos jurídicos, distintos tipos o clases de responsabilidad atendiendo a las causas del daño.

1.2 De las clases de responsabilidad

Al estudiar el tema de la responsabilidad se encuentran dos grandes campos en los que se puede dividir ésta: la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica, entre otros. En cuanto a la responsabilidad moral es aquella que se produce como consecuencia directa de violar normas de carácter moral o religioso, su principal característica es que pertenece al mundo interior del ser humano, a su conciencia.

Asimismo la responsabilidad moral es aquella que se presenta al momento de violar o infringir las normas morales o religiosas y cuyo resultado no se exterioriza, es interno, es un asunto de la conciencia del individuo, que no genera consecuencias de índole jurídica por no afectar la vida en sociedad, ni dañar concretamente el patrimonio de otra persona.

Siguiendo la línea de la responsabilidad mirada desde sus consecuencias, se dice que ésta es aquella en la cual los resultados que enfrenta el sujeto son de raigambre moral, subjetivista, es decir, esos resultados no trascienden al mundo exterior. (Rave Martínez, 1988). En el mismo sentido *Alessandri* señala respecto de la responsabilidad moral, que es aquella que pertenece al fuero interno, y se causa por infringir los mandatos de la moral o la religión. (Alessandri, 1981)

También existe la responsabilidad jurídica, ésta tiene que ver con el hecho de que una persona deba responder por los daños que ocasiona a otra o a otras como resultado de su conducta activa u emisiva. Esta responsabilidad en oposición a la responsabilidad moral, si tiene consecuencias externas, porque de alguna manera modifican el mundo exterior, la posición jurídica de una persona, ya sea, violando normas jurídicas o no, y que por lo tanto genera una obligación en cabeza de la persona que causó el daño de reparar el perjuicio ocasionado.

En esa medida, la responsabilidad jurídica necesariamente afecta la vida en relación de los habitantes de una sociedad. Por tal razón, es que este tipo de responsabilidad debe ser regulado por normas jurídicas que se encarguen de mantener el orden dentro de la sociedad, y de las relaciones jurídicas de los asociados. (Rave Martínez, 1988)

La responsabilidad jurídica se sub clasifica en dos tipos de responsabilidad a saber: la civil y la penal, esta última tiene que ver con el hecho de que una persona haya agredido a otra en un derecho que se encuentra amparado en una norma de un Código Penal, dicho atentado si bien afecta a una persona en específico, también afecta a toda la sociedad en su conjunto.

En cuanto a la responsabilidad civil hay que decir que ésta se produce cuando se daña el

patrimonio (tanto moral como económico) de una persona, y que de manera automática hace nacer una obligación de reparar los daños, para el que los ha causado, en favor de la víctima.

La gran diferencia entre la responsabilidad civil y la penal es que la primera no supone un perjuicio social sino privado, en esa medida el daño o la afrenta sufrida por la víctima se repara no se pena. (Mazeaud, 1960)

Ahora bien, esta responsabilidad es el resultado de varias conductas o fuentes que pueden provocar su origen, así se tiene que la responsabilidad civil puede ser de origen legal, contractual o extracontractual, ésta a su vez, puede ser objetiva o subjetiva. Por tal razón, es que debemos de analizar cada uno de ellos, para comprender mejor dentro de cuales cabría la responsabilidad del Estado, por los daños ocasionados por la minería en Colombia.

1.3 Responsabilidad contractual y extracontractual

La responsabilidad contractual se presenta cuando hablamos del no cumplimiento, cumplimiento tardío, o defectuoso cumplimiento de alguna de las obligaciones que se suscribieron con la celebración de un contrato. Sin embargo, hay quienes dicen que también existe responsabilidad contractual cuando se violan obligaciones anteriores al contrato, como las que emergen del acto lícito o de la ley. (Ordoqui & Olivera, 1974)

Cuando hay una relación previa a la ocurrencia del perjuicio se denomina responsabilidad concreta o contractual y cuando no existe ningún vínculo entre los que se ven abocados en un litigio producto de la ocurrencia de un daño se denomina responsabilidad abstracta o extracontractual.

(Hinestrosa, 1964)

Así, la responsabilidad contractual, es aquella que se deriva del incumplimiento de una obligación de un contrato, de la cual surge la imperiosa necesidad de que se exija su cumplimiento más la indemnización de los perjuicios causados, todo ello con fundamento en las relaciones jurídicas previamente establecidas. De tal manera, el contrato busca asegurar la obtención del beneficio de una o de las dos partes que acordaron cuando sinalagmáticamente pactaron la obligación en el contrato. (Roca, 1998)

Entrando en aguas de la responsabilidad extracontractual *a contrario sensu* de la responsabilidad contractual, no existe ningún vínculo *ex ante* entre el autor del daño y la persona que lo sufre. Allí el autor del daño está obligado a reparar los daños que haya padecido la víctima.

Pero estos daños como se dijo no son consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual. Por tal razón, la víctima es un tercero desconocido, que se ve afectado por la acción u omisión de otro tercero que causó el daño. En esta responsabilidad si el autor debe reparar el daño es probable que la responsabilidad penal este comprometida. (Josserand, 1951)

En suma, la responsabilidad contractual es la que surge del cumplimiento tardío defectuoso o del incumplimiento de una obligación establecida en un contrato y en la cual se evidencia una relación preexistente, mientras que en la responsabilidad extracontractual no existe *prima facie* un vínculo precedente entre el autor del daño y la víctima, además como se advirtió, ésta lleva consigo en muchas oportunidades la responsabilidad penal.

Con el cambio de mirada desde la imputación se revisan los vínculos lógicos y no se mira el nexo de causalidad, porque éste solo ve que las relaciones físicas sean relevantes para el caso en concreto (Navia, 2000). En esta medida, la noción de daño antijurídico sustituye la tradicional noción de hecho generador. Empero es de vital importancia tanto la conducta como el atentado al orden jurídico que se puede causar con la generación del daño, es decir, se debe examinar el daño en sí mismo o la conducta del actor.

1.4 Responsabilidad subjetiva y objetiva

Es conocido de vieja data que en los comienzos del pensamiento jurídico latinoamericano existió una fuerte tendencia hacia concebir la responsabilidad como una cuestión de conducta del causante del hecho dañino, sin embargo, ésta marcada tendencia no fue óbice para que con el trasegar de los años se diera cabida con varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia (en un comienzo) y del Consejo de Estado (con posterioridad), a un régimen de responsabilidad basado en títulos de imputación de raigambre objetivo.

Así lo recordó el Consejo de Estado en los siguientes términos que transcribimos *in extenso*:

“El sistema de responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano en sede judicial, tradicionalmente ha consultado un régimen subjetivo, el de falla en el servicio, evento en el cual, además de la demostración de la existencia de un daño, se exige para su imputación que ese menoscabo haya sido causado por acción u omisión predicable de las entidades estatales y que dicha *conducta* resulte anómala o desconocedora del ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, paralelamente a dicho régimen, la Sección Tercera de esta

Corporación también ha aceptado la posibilidad de condenar patrimonialmente al Estado bajo enfoques objetivos, como es el caso de los que se derivan del riesgo excepcional o de la noción de daño especial, *en los cuales el estudio no se centra en la naturaleza de la conducta estatal -la cual en muchas ocasiones se muestra acorde a derecho- sino que comporta el análisis en torno a precisar si el daño sufrido por el asociado se muestra como un desequilibrio injustificado en las cargas públicas* que deben soportar normalmente las personas por el hecho de vivir en sociedad” (Consejo de Estado. Sentencia del 26 de febrero de 2015. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02646-01(29338). M.P. Hernán Andrade Rincón) (Cursiva Fuera de Texto)

De lo anterior se colige, que a pesar de que en Colombia, hubo una etapa, en sus inicios, de preponderancia en la aplicación del régimen subjetivo frente a la responsabilidad del Estado, donde se estudiaba la conducta en la ocurrencia del daño para determinar si existía o no una responsabilidad endilgable al Estado, también predicó la aplicación del régimen objetivo, el cual comporta el análisis en torno a precisar si el daño sufrido por el asociado se muestra como un desequilibrio injustificado en las cargas públicas.

Como se señaló, la responsabilidad subjetiva fue el principal régimen aplicado, pues desde el derecho civil se manejaba la teoría de la culpa de manera preponderante para determinar la responsabilidad de una persona, por tal razón, toda la actividad punitiva del Estado tiene marcados rasgos del régimen subjetivo, e incluso excluye abiertamente la responsabilidad objetiva, sobre este aspecto la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“La culpabilidad es supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la

imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquéllos sobre quienes recaiga. Resulta abiertamente inconstitucional la norma de la ley penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, únicamente por la verificación de que la conducta del sujeto encaje materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad.” (Sentencia C- 626 de 1996 del 21 de noviembre de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

La misma tendencia se tiene, en el derecho disciplinario donde se debe mirar el grado de culpabilidad del servidor público investigado, es decir, se debe hacer como en el derecho penal, analizar la conducta del disciplinado, independientemente del análisis que se deba hacer del daño que se ocasione con su actuar, a saber:

“El aspecto subjetivo de la actuación del agente estatal, en lo que hace al grado de culpabilidad con que actuó, es observado para ligar la responsabilidad del mismo al deber de resarcir al Estado por la indemnización que éste debió asumir en su nombre, en virtud del daño antijurídico que causó. Por lo tanto, no puede confundirse, como lo hace el accionante, la responsabilidad pecuniaria del servidor estatal por el daño antijurídico descrita en estos términos, con la responsabilidad disciplinaria que pueda deducirse de dicha actuación, pues ésta tendrá que regirse por la ley especial, es decir por la Ley 200 de 1995, y, para atribuirla, el investigador disciplinario, entre otras situaciones que deberá observar dentro de las precisadas en el artículo 27 de esa normatividad, censurado, está la del grado de culpabilidad en la actuación del servidor público investigado, lo que en definitiva determinará a su vez el nivel de gravedad de la falta disciplinaria” (Sentencia

C- 708 de 1999 del 22 de septiembre de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.)

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, al considerar que el análisis disciplinar de un agente público, se debe basar en la determinación de si las consecuencias nocivas del comportamiento acaecieron con la voluntad y la conciencia del agente, así como también determinando si se pudo prever por parte del agente las consecuencias negativas o si al haberlas previsto confió en que podía evitarlas, para una mejor comprensión consideramos necesario transcribir *in extenso* lo que sostuvo este máximo tribunal:

“En consideración a lo anterior, la Sala ha explicado que, para establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y, si respecto de ellas, se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas - actuación dolosa -, o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurriría y el daño que podría ocasionar, y aun así no lo hizo, o confió en poder evitarlo -actuación culposa-.”

Es claro entonces, que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva calificada, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional haya estipulado expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo que podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública” “Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Sentencia del 9 de octubre de 2014. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01338-01(30857)”

De lo anterior se colige, que la tendencia primigenia hacia el régimen de responsabilidad subjetiva del Estado, también permeó otras aristas como la facultad disciplinaria y punitiva del Estado frente a sus servidores públicos y frente a los particulares, donde se evidencia una clara inclinación por el análisis de la conducta, antes que el análisis del daño.

Con el pasar de los años, se morigeró la tesis de la aplicación exclusiva del régimen de responsabilidad subjetiva, para efectos de estudiar la responsabilidad del Estado (pero se mantuvo el régimen subjetivo para la facultad o ejercicio punitivo del Estado) y, se admitió con auspicio de la sección tercera del Consejo de Estado, el régimen objetivo, donde en oposición al régimen subjetivo se analiza el daño ocasionado, sin tener en cuenta la conducta que dio lugar a la ocurrencia

de éste.

Ahora bien, la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva se encuentra supeditado a que el daño sea de carácter antijurídico, es decir, que la persona quien lo sufre no tenga una obligación jurídica de soportarlo y que precisamente rompa el equilibrio frente a las cargas públicas, que todos debemos soportar, imponiendo alguna carga de más que lesiona a la persona que la recibe.

En esa medida, con la regulación del artículo 90 de la Constitución de 1991, no se está volviendo objetiva la responsabilidad, porque como lo aclaró la Corte Constitucional:

“El nuevo fundamento de la responsabilidad estatal conlleva a su vez que no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado, esto es que aquel quien lo padece tenga la obligación de soportar. Además, como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público. Esta actividad, ha dicho la Corte, no es solamente la que se da en el ámbito extracontractual de la actividad estatal, sino que también puede provenir de la relaciones contractuales de la Administración.” (Corte Constitucional. Sentencia C- 043 de 2004 del 27 de enero de dos mil cuatro 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

En efecto, tal como lo señaló este Alto Tribunal solo se repara el daño antijurídico, es decir, aquel que no está justificado por la ley y que las personas no están en la obligación de soportar, es decir, aquel que rompe el equilibrio frente a las cargas públicas.

Ahora bien, los daños antijurídicos ocasionados a una persona pueden ser provocados por la actividad irregular, pero también por la actividad regular de la administración, pero que finalmente así se encuentren ajustados a derecho de alguna manera rompen el equilibrio frente a las cargas públicas, sobre el particular se tiene que:

“En la responsabilidad del Estado el daño no es sólo el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también del ejercicio de una actuación regular o lícita, pues lo relevante es que se cause injustamente un daño a una persona. Como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, la licitud o ilicitud no se predica de la conducta de sus agentes, sino sólo del daño. Por consiguiente, cuando el daño no puede reputarse como antijurídico, en razón de que es el resultado del ejercicio legítimo de los poderes del Estado, no está obligado a indemnizarlo, dado que en este evento todas las personas están obligadas a asumirlo como una obligación o una carga. Se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia que el daño antijurídico es aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, razón por la cual deviene en una lesión injusta a su patrimonio” (Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 2000 del 12 de abril de 2000. M.P Antonio Barrera Carbonell)

Por lo anterior, se tiene que a pesar de que en un primer momento de la historia de los regímenes de responsabilidad, fue preponderantemente inclinado hacia la aplicación del régimen subjetivo, el cual permeó otros ámbitos de la responsabilidad, como el penal y el disciplinario, los cuales aún se mantienen. Así mismo se fue aceptado de manera paulatina las tesis de la responsabilidad objetiva del Estado, donde ya no se analiza la conducta sino que se tiene que entrar a analizar el daño, para determinar si existe la responsabilidad del Estado, independientemente de si fue producto de una actuación regular o irregular. Por tal razón, es menester hacer un análisis sobre el daño como

requisito imprescindible para la existencia de responsabilidad.

1.5 El daño

Antes que nada debemos tratar el tema del daño como requisito indispensable para la existencia de la responsabilidad, principalmente abordaremos su estudio desde sus características, su naturaleza y su tipología para así tener plenamente identificado que es el daño y poder definir su participación dentro de la reparación.

1.5.1 Naturaleza y concepto

Son muchas las definiciones que se presentan frente a la expresión de daño, significa “todo detrimento menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza” (Escobar Gil, 1989). También puede ser “...el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extra patrimonial” (Tamayo Jaramillo, 1986)

Ahora bien, se puede ver el daño a partir de dos posturas: la primera, tiene que ver con una visión material en la cual se ve al daño como un hecho físico capaz de ser percibido ontológicamente; la segunda, una visión formal en la que se ve el daño como un acontecimiento que el derecho puede reprochar. Estas dos visiones del daño muestran que el daño provoca un fenómeno de la misma naturaleza llamado reparación, la cual se genera de manera directa por el

daño y de manera indirecta por el hecho generador, fijándose una mayor atención sobre el daño (De Cupis, 1970).

Esta diferenciación cobra sentido, ya que si nos damos cuenta, todos los hechos que tienen lugar en la realidad y que de alguna manera la transforman físicamente no tienen por qué trascender en el mundo jurídico. En términos generales los daños tienen un calificativo de desaprobación aunque excepcionalmente pueden ser aprobados, lo cual no es óbice para que se deban reparar.

En cuanto a la reprobación del daño, ésta se fundamenta gracias a la noción de antijuridicidad, entendida como contradicción entre un comportamiento humano con las normas preexistentes, es decir, contra el derecho objetivo en un primer momento y de los derechos subjetivos de los demás asociados en un segundo momento. (De Cupis, 1970)

Como se dijo la antijuridicidad es la incompatibilidad o contradicción entre un comportamiento y el derecho objetivo, donde primero se agrede el derecho y luego los derechos subjetivos, es más puede haber una violación al derecho objetivo sin una vulneración al derecho subjetivo, ya que no todas las normas objetivas son facultades o prerrogativas de las personas, así que todo daño debe vulnerar derechos mas no simplemente normas, por eso “lo que el derecho tutela, el daño vulnera” (De Cupis, 1970)

Ahora bien, el derecho protege lo que le interesa al hombre (Hattenhauer, 1987), lo que cubre sus necesidades, es decir, sus bienes que pueden ser susceptibles de estimación económica o no, con los cuales el hombre puede disfrutar y no simplemente valorar como útiles, de allí que para (De Cupis, 1970), el daño sea el “menoscabo a un interés jurídicamente protegido”.

Algo interesante de la doctrina italiana es que no se reparaban los daños no patrimoniales por no ser susceptible de estimación económica, así que solo podían repararse los patrimoniales, dejándose a un lado por ejemplo los daños morales. Por tal razón el profesor De Cupis es atacado en Colombia por los profesores Valencia Zea y Ortiz Monsalve en sus tesis de la idea de protección a intereses exclusivamente patrimoniales y la de la antijuridicidad como oposición al ordenamiento antes que a los derechos subjetivos (Valencia & Ortiz, 2004)

Respecto de la primera tesis, la doctrina colombiana señala que siguiendo la postura de De Cupis los daños no patrimoniales no serían objeto de alguna enmienda por parte del derecho como las medidas de satisfacción. En cuanto a la segunda tesis hay que decir que se confunde de alguna manera la redacción del derecho público con el privado, pues respecto del primero se entiende que se ataca de manera directa el ordenamiento jurídico y respecto del segundo de manera indirecta.

Así que los doctrinantes colombianos dieron su propia concepción del daño como el menoscabo o destrucción de los derechos subjetivos de las personas, incluyendo los que no se han adquirido (Valencia & Ortiz, 2004)

Otra crítica a la doctrina italiana y francesa es la que hace Javier Tamayo Jaramillo a la distinción clásica entre el daño y el perjuicio pues esta figura para los europeos se dividía en dos momentos: uno físico y uno jurídico (daño evento y daño consecuencia), el primero, hace referencia al daño y el segundo al perjuicio (Henaó Pérez, 1998). Sin embargo, Tamayo Jaramillo sostenía que era confundir el daño con el hecho generador, que sería como reconocer que las lesiones reparables (perjuicio) son el resultado de otras lesiones no reparables (daño), en los siguientes

términos:

“(…) no sería lógico que el daño consistiera en la lesión de ciertos bienes patrimoniales o extrapatrimoniales como consecuencia de la lesión ocasionada a otro bien extrapatrimonial cuya destrucción por sí sola no constituye un daño. ¿Con qué argumento lógico podríamos decir que la lesión a un determinado bien jurídico constituye un daño, mientras que el atentado contra otros, no?” (Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil. T,II, 2007, pág. 329)

Para los europeos se justificaba esta distinción entre daño y perjuicio, porque según ellos al distinguir se abría la posibilidad de pensar en varios perjuicios ocasionados además de que se permitía ejercer un control más efectivo de la causalidad, pues solo los propietarios de las cosas afectadas se encontraban facultados para reclamar indemnización. (Henao Pérez, 1998)

Esta consideración es a todas luces injusta, pues a veces los familiares no propietarios de una cosa pueden reclamar su indemnización cuando el directamente afectado (dueño) no lo puede hacer. Esta posibilidad se abre con la concepción del daño como un “menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial” (Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil. T,II, 2007, pág. 330)

Hasta aquí en cuanto a la naturaleza y concepto del daño se puede advertir que, daños no solo son aquellos susceptibles de estimación económica, a pesar de poderse identificar una relación de beneficio entre el hombre y un determinado bien. Por ejemplo en nuestro caso el

daño al medio ambiente en principio no es patrimonial, pero sí afecta el derecho de disfrute de los seres humanos que no pueden gozar de un ambiente sano. Por tal razón, ahora abordaremos el estudio del daño al medio ambiente junto con las características o requisitos fijados por la doctrina tradicional respecto de éste, para determinar una posible mutación de los mismos.

2. DAÑO AMBIENTAL COMO CUESTIONAMIENTO DE LA DOCTRINA TRADICIONAL SOBRE LAS CARÁCTERÍSTICAS DEL DAÑO

En esta sección se abordara el tema referente a la naturaleza del daño ambiental y sus características, para determinar si éste cuestiona o pone en duda la doctrina tradicional sobre las características que circunscriben la teoría del daño.

2.1 El daño ambiental

Es menester entrar a determinar que es el daño ambiental y su diferencia frente a otros conceptos que se usan como sinónimos de manera indiscriminada, ya que no podemos hablar de la responsabilidad del Estado por el daño ambiental causado con ocasión de la minería en Colombia, sino se tiene bien definido a que se refiere éste, debido a que “el daño constituye el presupuesto esencial de cualquier régimen de responsabilidad” (Briceño Chaves, 2009, pág. 20)

El daño ambiental debe diferenciarse del concepto de daño ecológico, pues éste hace referencia a toda modificación del medio natural causada como consecuencia de cualquier tipo de actividad, es decir, al deterioro o la degradación del medio ambiente *in genere*. Mientras que el daño ambiental hace referencia a “las alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas a los bienes

materiales o de recursos, a la salud e integridad de las personas, así como a las condiciones mínimas para el desarrollo y la calidad de vida, y que pueden limitar el ejercicio de determinados derechos (v. gr. Derecho de propiedad)” (Lozano Cutanda, 2005, pág. 36).

De lo anterior se puede colegir que la diferencia entre el daño ambiental y el daño ecológico estriba en que mientras en este último se habla de la afectación al medio ambiente en términos generales, en el daño ambiental se está hablando de derechos que se pueden individualizar o particularizar, es decir, no se refiere a derechos de contenido abstracto, como es el caso del daño ecológico.

El Decreto 2811 de 1974¹ definió lo que en el derecho Colombiano se puede entender por factores que deterioran el ambiente, pues en su artículo 8° previó lo siguiente, el cual para una mejor comprensión se transcribe *in extenso*:

“Artículo 8.- Se consideran factores que deterioran el ambiente entre otros: a) La contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables. Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares. Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir

¹ Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

alteración ambiental de las precedentemente descritas. La contaminación puede ser física, química o biológica; b) La degradación, la erosión y el revenimiento de suelos y tierras; c) Las alteraciones nocivas de la topografía; d) Las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas; e) La sedimentación en los cursos y depósitos de agua; f) Los cambios nocivos del lecho de las aguas; g) La extinción o disminución cuantitativa o cualitativa de especies animales y vegetales o de recursos genéticos; h) La introducción y propagación de enfermedades y de plagas; i) La introducción, utilización y transporte de especies animales o vegetales dañinas o de productos de sustancias peligrosas; j) La alteración perjudicial o antiestética de paisajes naturales; k) La disminución o extinción de fuentes naturales de energía primaria; l) La acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios; m) El ruido nocivo; n) El uso inadecuado de sustancias peligrosas; o) La eutrofización, es decir, el crecimiento excesivo y anormal de la flora en lagos y lagunas; p) La concentración de población humana urbana o rural en condiciones habitacionales que atenten contra el bienestar y la salud”

Sobre este punto es importante resaltar que la doctrina ha diferenciado dos categorías para determinar el tipo de acción a ejercer: por un lado, está el daño ambiental puro, el cual hace referencia al daño que se ocasiona a un patrimonio ambiental común a un grupo de personas; y por el otro lado, se tiene el perjuicio ambiental, que ataca, a diferencia del primero, un derecho subjetivo y legítima al damnificado para accionar un reclamo de una reparación o de resarcimiento de un perjuicio ya sea de tipo patrimonial o extramatrimonial.

Lo anterior quiere decir que “el daño ambiental afecta dos ámbitos de derechos: uno personal, que produce un perjuicio ambiental sobre derechos subjetivos de personas; otro colectivo, que

produce un daño ambiental puro sobre personas indeterminadas. Esta diferenciación es de suma importancia para escoger el tipo de acción a ejercer en caso de vulneración de derechos, determinar la legitimación por activa, identificar la forma de compensación y lograr la reparación integral de daños ambientales” (Rodríguez & Pàez, 2012, págs. 200-201)

En conclusión se tiene que es de vital importancia tener clara la distinción conceptual entre daño ambiental y daño ecológico, pues como se vio, esto trae consecuencias importantes, ya que el daño ambiental es pasible de ser particularizado, mientras que el ambiental no. Esto repercute en la acción a impetrar, pues, como se vio si hay una daño ambiental puro se está en presencia de la vulneración de derechos indeterminados y se podría instaurar una acción o medio de control popular y si estamos en presencia de un perjuicio ambiental se podría optar por acciones típicas indemnizatorias como la reparación directa o la nulidad y restablecimiento del derecho dependiendo la fuente del daño.

Una vez estudiadas las diferencias y distinciones conceptuales del daño ambiental y sus implicaciones en la praxis jurídica, consideramos menester referirnos a las posiciones adoptadas al respecto en otras latitudes, pues encontramos que es de vital importancia tratar las soluciones que han aportado las legislaciones foráneas, respecto del tratamiento del daño ambiental.

2.2. Daño ambiental en el derecho comparado

En la legalidad tanto como en la doctrina foránea no se ha llegado a una noción estable y funcional del daño ambiental, situación que dificulta su reparación. En esa medida expondremos las principales regulaciones de esta materia, a partir de una mirada al derecho internacional para

tener una visión clara del estado del arte, sobre cuál ha sido su tratamiento.

En primer lugar, hay que hacer mención a los países que hacen una remisión a las normas de derecho común, es decir, nos referiremos a las latitudes que no tienen una regulación especial para reglamentar el daño ambiental, pues casi siempre acuden a las disposiciones del derecho civil. En el caso español el artículo 45 de la Constitución de 1978 estableció que las violaciones al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado pueden ser sancionadas penal o administrativamente, establece la “*obligación de reparar el daño causado*” a saber:

“Artículo 45

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”. (Constitución Española. Publicado en «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Entrada en vigor 29/12/1978. Departamento Cortes Generales. Referencia BOE-A-1978-31229)

Se observa que esta norma es una concepción amplia de lo que puede entenderse por daño que

prima facie, no se refiere únicamente al daño ambiental. En esa medida frente a los casos de daño ambiental, la responsabilidad se determina a partir de las normas civiles, cuyo principio rector se consagra en el artículo 1902 del Código Civil español, el cual dispone que “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*” (Real Decreto de 24 de julio de 1889 Publicado en Gaceta de 25 de Julio de 1889. Vigencia desde 01 de mayo de 1889. Esta revisión vigente desde 15 de octubre de 2015 hasta 30 de junio de 2017)

Esta remisión que se hace a las normas civiles lleva implícita una problemática consistente en que el artículo transcrito *ut supra* consistente en que el daño que genera la responsabilidad es el inferido “*a otro*”, es decir, en su persona y bienes patrimoniales, dentro de los que *prima facie* no es posible incorporar de modo directo los bienes ambientales.

En el mismo sentido el legislador mexicano de manera similar al español, remitió a la regla general de responsabilidad que se contempla en el artículo 1910 Código Civil mexicano, el cual, dispone al respecto: “*El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexplicable de la víctima*”. (Nuevo Código Civil publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión).

Pese a lo anterior se advierte que dentro de la legislación mexicana hay una especificidad en materia ambiental en lo atinente al tema de la prueba, ya que, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988, dispone en su artículo 194 que: “*Cuando por*

infracción a las disposiciones de esta ley se hubieren ocasionado daños o perjuicios, el o los interesados podrán solicitar a la Secretaría, la formulación de un dictamen técnico al respecto, el cual tendrá el valor de prueba, en caso de ser presentado en juicio”. (Ley General del Equilibrio Ecológico y La Protección al Ambiente. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1988. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión).

Si bien esta norma tiene por objeto facilitar la prueba del daño ambiental, se encuentra con una grave talanquera, pues no existe disposición que regule una responsabilidad que vaya más allá de los bienes estrictamente individuales (persona y propiedad). Es decir se torna inane o inocua una prueba de un daño que no tiene contemplación normativa alguna.

Ahora, en segundo lugar es pertinente hacer mención a los países que sí tienen normas especiales que regulan la protección del medio ambiente, y que no se remiten por completo a normas de derecho civil. Ésta solución legislativa entendió que la responsabilidad por daño ambiental procederá cuando el menoscabo o perjuicio se hubiere producido en bienes que tradicionalmente han sido incorporados en el concepto de daños, como la persona o el patrimonio, es decir, bienes individuales, quedando incluidos los daños estrictamente ambientales sólo de forma indirecta. Por lo general la ventaja que ofrece esta vía radica en el traslado de la carga de la prueba.

En la ley alemana de responsabilidad medioambiental (Umwelthaftungsgesetz) de diciembre 10 de 1990, se fija claramente esta filosofía, debido a que en el párrafo § 1 se dispone que: “Si por impacto ambiental, procedente de una de las instalaciones mencionadas en el Anexo 1 se produjere la muerte de alguien, lesiones en el cuerpo o la salud, o daños en alguna cosa, el titular de la

instalación estará obligado, frente a los perjudicados, a reparar los daños originados”.

De la norma transcrita se puede colegir que, a pesar del título de la ley, la naturaleza del daño que hace nacer la responsabilidad en la ley alemana, no es un daño en el medio ambiente como tal, sino el daño sobre la persona o su patrimonio, tal es el daño que se debe indemnizar y no el propiamente ambiental. Es decir, si bien el hecho dañoso consiste en un impacto ambiental, pero el perjuicio o menoscabo que se debe reparar no difiere del que debería repararse bajo las normas del Derecho civil alemán, ya que lo que se repara es el daño a las personas o a las cosas, producido por un impacto ambiental.

Existe un tercer tipo de países que enfrentan los desafíos del derecho ambiental y en específico de la responsabilidad frente a este tipo de daños, a partir de la aplicación de un concepto específico de daño. Así por ejemplo la fórmula empleada por la ley italiana N° 394 de 8 de julio de 1986, sobre la Institución del Ministerio del Ambiente y normas en materia de daño ambiental, en cuyo artículo 18.1 dispone que: *“Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l’ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l’autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato”*.

La norma de marras establece una responsabilidad por alteración, deterioro o destrucción en todo o en parte del medio ambiente, por la cual se debe indemnizar al Estado (Ministerio del Ambiente), siempre que exista dolo o culpa. Es decir, en esta hipótesis el hecho que genera la responsabilidad es el daño estrictamente ambiental (a diferencia de las otras legislaciones), y ese es el que genera la responsabilidad, que en este caso se traduce en una indemnización en favor del

Estado. Dicha indemnización en principio, quedará afectado a una finalidad de protección ambiental o para restaurar el daño causado en la mayor medida posible.

Otro ejemplo es el que nos muestra el legislador español quien también ha recogido en normas especiales una referencia a daños específicamente ambientales, por tanto desvinculados de los daños que sufren los sujetos de derecho o sus patrimonios, y con la consecuente reparación sobre aquella clase de bienes. La Ley 4/1989 de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, dispone en su artículo 37.2 lo que sigue:

“Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño causado. La reparación tendrá como objetivo lograr, en la medida de lo posible, la restauración del medio natural al ser y estado previos al hecho de producirse la agresión. Asimismo, la Administración competente podrá subsidiariamente proceder a costa del obligado. En todo caso, el infractor deberá abonar todos los daños y perjuicios ocasionados, en el plazo que, en cada caso, se fije en la resolución correspondiente”. (Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre. Jefatura del Estado. Publicado en BOE núm. 74 de 28 de marzo de 1989. Vigencia desde 28 de marzo de 1989. Esta revisión vigente desde 5 de abril de 2007 hasta 15 de diciembre de 2007)

La solución que se adopta por la ley española se finca en un concepto de daño estrictamente ambiental (al igual que la legislación italiana), y además, la reparación también discurre sobre dicha idea. Empero, *prima facie* se pueden observar dos problemas: el primero, tiene que ver con que al tratarse de una ley especial, el ámbito de aplicación se reduce sólo al objeto de su regulación; el segundo, tiene que ver con el presupuesto para que opere esta responsabilidad ambiental, pues el

mismo radica en que el hecho dañoso sea constitutivo de infracción administrativa o delito ecológico, y aunque por regla general existirá una coincidencia entre daño e ilícito, esta situación tiene sus bemoles, ya que existe la posibilidad que en ocasiones muy limitadas sea posible imaginar situaciones en las que no convivan simultáneamente el daño y la categoría de ilícito.

En conclusión, la categoría del daño ambiental en el derecho comparado no se ha definido de manera concreta para garantizar una adecuada reparación de este tipo de daños, quizá por la remisión a normas civiles, donde se ampara la reparación de los daños ocasionados a personas o a su patrimonio, pero no concretamente sobre los daños al medio ambiente. Así como también, cuando existen normas de carácter especial sobre la materia, se establecen varias aristas que pueden hacer nugatoria la protección del derecho ambiental, como por ejemplo que el daño sea pasible o constituya una sanción administrativa o penal, para así poder conminar al infractor a la reparación del daño causado. Por tal razón, debemos abordar el tratamiento del daño ambiental en el derecho colombiano y su importancia en cuanto al cuestionamiento de la doctrina tradicional de las características del daño.

2.3 Cuestionamiento de la doctrina tradicional sobre las características del daño

Hoy en día tenemos cinco características de los daños (*directo, personal, cierto, legitimidad, subsistencia*). Pero en el comienzo de esta clasificación solo estaba los tres primeros que se adoptaron en Francia. Estas características se fueron morigerando con el tiempo, porque quedaron relegadas de las exigencias de la sociedad.

En cuanto a la característica de “directo” del daño se morigeró, pues era injusto que respecto de daños corporales solo podría reclamar una reparación el afectado directamente y no sus familiares por no tener un nexo directo con el daño, incluso si sufren un detrimento patrimonial por tener que atender los medicamentos y cuidados de la víctima (Paillet, 2001).

Como ya se anotó, éste fue uno de los principales inconvenientes de la teoría de la distinción entre daño y perjuicio que no encontraba justificación alguna en el derecho moderno (Henao Pérez, 1998)

Además dicha reclamación por quien sufre un perjuicio de manera indirecta es legítima y permitida siempre que guarde una relación con la misma fuente fáctica, esto también tiene su aplicación en el derecho francés con el reconocimiento de los daños por rebote (Saavedra, 2005)

En cuanto a que el daño sea “personal” se parece un poco a la característica de directo, pues, también se predica que solo quien ha sufrido el daño es el legitimado para reclamar su reparación. Esto tiene su razón de ser en el carácter proteccionista del patrimonio individual de los códigos civiles tradicionales. Empero esta tesis fue paleada por la Constitución de 1991, donde se reconoce la existencia de derechos colectivos y de la acción popular para protegerlos, en la cual, cualquier persona natural o jurídica (numeral 1 del artículo 12 de la Ley 472 de 1998) está legitimado para proteger los derechos colectivos.

En el caso del derecho al medio ambiente que sufre un daño, cualquier persona puede reclamar una reparación para que con la sentencia favorable se condene al “pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que

los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible” (art. 34 de la Ley 472 de 1998)

Desde este punto de vista se tiene que en los daños al medio ambiente producidos por ejemplo por la actividad minera no son daños personales y por lo tanto si pueden ser pasibles de acción popular por cualquier persona, contrariando así la lógica de que el daño debe ser personal y contraviniendo la tesis de que el daño debe ser personal, porque en el daño al medio ambiente se afecta es a la colectividad, de ahí que sea casi imposible individualizar a un perjudicado directo y exclusive de un daño colectivo.

La característica de la “*certeza*” esta inescindiblemente relacionada con el ámbito probatorio, pues es necesario probar la existencia de un daño susceptible de ser reparado, ya que de lo contrario se convertiría la eventual indemnización en un enriquecimiento sin justa causa (López, 2009)

Con base en la característica de la certeza del daño, la doctrina acuciosa ha desarrollado la teoría de la pérdida de oportunidad, basada en la posibilidad u oportunidad que tenía una persona de evitar un perjuicio o de obtener un beneficio (Giraldo, 2011). Por ejemplo no se podría reclamar la pérdida de la oportunidad del premio que se perdió, porque el caballo al que le han apostado dinero no pudo participar, porque tuvo un accidente el carro en el que se transportaba, ello es así, porque nadie garantiza que el caballo con toda seguridad iría a ganar la carrera, y en esa medida el daño no sería indemnizable.

Por tal razón, cuando la oportunidad es considerada como una modalidad de daño

indemnizable, es porque la situación es “potencialmente apta” para conseguir un resultado buscado o para evitar un perjuicio. Es decir cuando se está frente a perjuicios o ganancias que tienen vocación de materialidad, y no solamente frente a meras expectativas respecto de las cuales no hay ningún tipo de certeza de que van a ocurrir. (Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil. T,II, 2007)

Respecto de la “*legitimidad*”, existió una dicotomía para precisar cuándo un daño era indemnizable o no desde el punto de vista de la legitimidad. Para algunos la legitimidad de la indemnización dependía de que el atentado se produjera contra un interés jurídicamente tutelado, es decir, un interés protegido expresamente por el derecho (López, 2009); por el contrario para otros simplemente bastaba para reclamar una indemnización que el daño recayera sobre un interés legítimo, así no estuviera expresa o taxativa su protección. Se dice que el daño es indemnizable cuando recae sobre un interés legítimo (Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil. T,II, 2007).

Como pregonaba Kelsen en tratándose de su norma de cierre universal, lo que no está prohibido está permitido, fue así como la postura por el interés legítimo venció a la doctrina que pregonaba que éste debía ser un interés pero jurídicamente protegido para que pudiera ser pasible de protección.

Por último, la exigencia de “*subsistencia*” tiene que ver con la manera actual de cómo se manifiesta el perjuicio, tiene que ver con que aun este vigente y que no haya sido reparado al tiempo de presentar la reclamación, pues si éste ya fue reparado se incrementaría el patrimonio del afectado sin justa causa con el daño si se repara doblemente (Martinez & Tamayo, 2003)

En aquellos eventos donde el daño es indemnizado así no sea en su totalidad, para evitar un enriquecimiento sin justa causa en el patrimonio del afectado debe operar la figura de la “*compensatio lucri cum damno*”, aunque para efectos prácticos es necesario aclarar que para que se dé esta figura es necesario que la eventual compensación tenga lugar como consecuencia de la misma causa jurídica, pues si se dan algunos tipos de reparación con fundamento en prestaciones laborales, solidaridad, seguros etc., lo más probable es que no se pueda compensar o descontar dichas ayudas, pues como se dijo no tiene la misma causa jurídica, y esas ayudas fueron instituidas a su vez para aliviar la carga de la víctima y no del victimario (Henaó Pérez, 1998)

Ahora bien, una vez analizado el daño como requisito de la responsabilidad, y en particular el daño ambiental, encontramos pertinente abordar el tema de la Responsabilidad del Estado por la actividad minera, para continuar con el desarrollo metodológico de esta investigación.

2.4 Introducción a la responsabilidad del Estado por el daño ambiental producto de la actividad minera.

Ni antes ni ahora es fácil administrar, ya que esto implica necesariamente ejecutar, lo cual no siempre sale bien, es por dicha razón, que incluso desde el cambio del estado monárquico al estado de derecho, se agudizó tal problemática, así lo expresa con claridad el respetado profesor *Adolf Merkl*:

“como la administración es ejecución del derecho expresado en formulas generales, especialmente de la ley, toda acción administrativa corre el riesgo de contradecir algunos

de los preceptos jurídicos que han de ser aplicados al administrar. Éste riesgo se hacía sensible, sobre todo, en el tránsito del Estado absoluto al Estado constitucional, cuando los funcionarios administrativos, no ejercitados en la aplicación del derecho, se vieron abrumados con una serie de leyes que los convertían, repentinamente, en aplicadores de la norma, a la manera de un juez.” (Merkel, 2014, pág. 471)

Como vimos existen normas legales y constitucionales, que imponen obligaciones a las entidades públicas. Todo ello, en virtud del principio de legalidad, propio de un Estado de derecho, donde existen una serie de principios sobre los cuales descansa la responsabilidad, es decir, “La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es pues, una consecuencia lógica del complejo de principios del estado de derecho” (Marienhoff, 1973, pág. 701)

En Colombia, la responsabilidad del Estado se inició con base en el tratamiento que daba el código civil a la responsabilidad de particulares en los artículos 2341, 2347 y 2349, ello entonces “permite suponer que básicamente el fundamento de la responsabilidad sea sustentada en la culpa derivada del Código Civil, aplicada a las personas públicas”. (Henao Pérez, 1996, pág. 738).

En efecto, es válido hablar de normas constitucionales o legales, en tratándose de responsabilidad del Estado, ya que dichas normas buscan afianzar la justicia en un ordenamiento jurídico, tal como lo sostiene el profesor *José Roberto Dromi*: “tratándose de un Estado de derecho, la responsabilidad reparatoria se encuentra implícita y explícita en varias normas constitucionales. Todo ello porque la Constitución consagra una organización para *afianzar la justicia*.” (Dromi, 1986, pág. 33)

Así las cosas, la necesidad de justicia hace que se eliminen barreras y privilegios que pretenden la inmunidad del poder, en voces de *García de Enterría*: “la exigencia de una justicia administrativa extensa y reforzada <<se ha visto impulsada por los preceptos constitucionales, de gran operatividad en este terreno y, en concreto, de las oportunidades otorgadas por el principio de tutela judicial efectiva... de este modo se han podido superar innumerables barreras formales que entorpecían, hasta impedirlo, un efectivo control de la actividad administrativa..., privilegios que han sido en partes doblegados”. (García de Enterría, 2009, pág. 137)

Con la consagración del daño antijurídico como presupuesto de la responsabilidad estatal en el artículo 90 de la C.P.: “no está objetivándola ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino solo ampliando su ámbito de aplicación, porque así ésta puede darse no solo cuando el daño provenga de la conducta irregular de la administración (en sentido lato cuando el servicio funcione irregularmente o no funcione), sino también cuando prescindiendo de que la actuación haya sido regular o no, quien lo sufre no tenía la carga de soportarlo” (Penagos, 1995, pág. 699)

Así las cosas, encontramos que el Estado es responsable, ya sea por sus hechos, actos legítimos o ilegítimos, por cualquier daño que ocasioné, aun cuando es erigido por fuera de las actividades administrativas, es decir, “ el deber resarcitorio estatal se manifiesta como la reparación obligada ante el daño ocasionado con carácter singular por los órganos del Estado, ya sea por sus agentes o sus hechos, actos legítimos o ilegítimos, y se extiende a cualquier daño provocado por dichos órganos, no produciéndose exclusivamente en las actividades administrativas.” (Fiorini, 1968, págs. 1115- 1116)

En consecuencia, en nuestro sistema existen varios títulos de imputación (falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional etc.), incluso la teoría integradora-normativa², sobre los cuales, se puede atacar a la administración para que responda por los perjuicios que cause a un administrado. Sin embargo, nos corresponde fijar cual es el título de imputación que nos sirve para acreditar la responsabilidad del Estado por el daño ambiental ocasionado por la explotación minera, el cual, adelantándonos a las líneas del siguiente capítulo consideramos que es la falla en el servicio.

2.5 Falla del servicio posible título de imputación para declarar responsable al Estado por los daños ambientales que son producto de la minería

Ahora bien, para lo que a esta investigación atañe, es menester analizar el título de imputación falla del servicio, como presupuesto para declarar la responsabilidad del Estado por los daños que son producto de la minería, y lograr el resarcir “la aminoración patrimonial sufrida por las víctimas” que somos todos y que ninguno va a recibir indemnización alguna por tratarse de un derecho colectivo, tal como se analizó en el capítulo de las características del daño ambiental como cuestionamiento a la teoría clásica de las características del daño. (Henao Pérez, El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, 1998, pág. 84) .

² Esta teoría creada recientemente, plantea la necesidad de reconocer fuerza normativa a los derechos fundamentales, para que operen como títulos normativos de imputación, además de implantar la teoría de la imputación objetiva (propia del derecho penal), para el desarrollo de los casos de responsabilidad del Estado, en palabras del autor: “...se propone un sistema de responsabilidad anclado en la vigencia del orden jurídico interno, modelo que permite revertir la presión que históricamente ha acompasado nuestra realidad y que solo desde un plano *ius positivo* y garantista de esos derechos primarios cobrara la dimensión necesaria para consolidar no solo un sistema de responsabilidad jurídica y administrativa, sino como criterio corrector de los defectos propios de una incipiente cultura democrática, donde las propuestas *ius naturalistas* (con la innegable relatividad de los derechos del hombre que apareja) solo agravan la crisis institucional y, lo más grave, debilitaría la garantía ciudadana de contar con una respuesta efectiva cuando se le han conculcado sus derechos sin justa causa, especialmente si la agresión proviene del Estado.” (Pinzón Muños, 2014, pág. 457)

Así, para que el régimen de responsabilidad por falla del servicio sea aplicable a un caso en concreto, el Consejo de Estado desde antaño ha fijado unos parámetros:

“...para que el Estado pueda ser declarado responsable por falta o falla del servicio se requiere que en autos se hayan acreditado tres condiciones: la existencia de una falla del servicio; la existencia de un perjuicio, y la relación de causalidad entre la falla alegada y el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende mediante el proceso contencioso administrativo.”
(Consejo de Estado. Sentencia de 30 de marzo de 1990. Exp. 3510 (140).)

En efecto, en Colombia la falla del servicio, es un criterio sustancial para atribuirle responsabilidad al Estado, por sus actuaciones irregulares, a pesar de que dicha institución no sea propia de nuestro derecho:

“la teoría de la falla del servicio ha sido tradicional en el ordenamiento jurídico Colombiano, en cuanto que las actuaciones irregulares de la administración se han considerado el criterio sustancial para atribuir responsabilidad a las entidades públicas por su actividad; criterio que no es propio del Derecho Administrativo Colombiano, sino que tiene sus antecedentes en el sistema jurídico francés” (Güechá Medina, 2012, págs. 148-149)

La falta o falla del servicio, que comprende el incumplimiento de una obligación, ya sea por acción o por omisión, debe ser considerada por el juez administrativo, en cuanto a la naturaleza de la obligación incumplida y el perjuicio que se debe indemnizar. De manera tal que:

“La responsabilidad administrativa es, en principio, una responsabilidad por falla en el servicio, la cual se puede definir como un incumplimiento a una obligación preexistente. El juez administrativo es competente en cuanto a una falla de servicio pueda ser tomada en consideración, noción concebida dentro de una aceptación cada vez más amplia gracias a la aplicación de la acumulación de responsabilidades. La jurisprudencia administrativa es muy original en este punto, ella se acerca más al derecho común cuando debe apreciar las calidades de la falla y del perjuicio indemnizable.” (Morand Deviller, 2010, pág. 866)

Esta institución, de tradición francesa ha permeado distintos ordenamientos jurídicos, entre ellos, el español, tal como lo narra el doctrinante *Ramón Parada*: “los supuestos que el derecho español comprende en esta rúbrica son los mismos que el Derecho francés, de donde se toma el concepto, ya que funcionamiento anormal equivale a funcionamiento culpable o responsabilidad por falla del servicio” (Parada, 2012, pág. 571)

Por tal razón, se considera al estado responsable por falla del servicio, como consecuencia del no cumplimiento o tardío cumplimiento de los deberes fundamentales, tal como el Consejo de Estado lo ha manifestado en uno de sus primeros pronunciamientos:

“...de ahí que bien puede predicarse que la responsabilidad del Estado se desprende de la obligación que nace para este de reparar los perjuicios causados bien sea a la sociedad o a unos de sus miembros, como consecuencia del no cumplimiento o tardío cumplimiento de los deberes fundamentales consagrados en la Constitución.” (Consejo de Estado. Sentencia de 4 de noviembre de 1975. Exp. 1494.)

El incumplimiento de la obligación preexistente, que caracteriza la falla del servicio, propia del régimen de responsabilidad subjetiva, es: “donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de sus funciones, retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado.” (Ruiz Orjuela, 2010, pág. 2).

Sin embargo, hablando de responsabilidad en sentido estricto, *Agustín Gordillo* observa que:

“no existe ninguna regla general que determine cuáles son concretamente las condiciones para que esa responsabilidad exista, pues ello depende del caso que se está considerando: en algunos se exigirá que la conducta dañosa sea culpable, y en otros no; por fin, en algunos casos deberá existir el daño apreciable en dinero, mientras que en otros sea indemnizable el daño meramente moral” (Gordillo, 1975, págs. 4-5)

Ahora bien, hace falta determinar las obligaciones del Estado respecto del control de la actividad minera en Colombia, tarea que se llevará a cabo en el desarrollo del segundo objetivo que tiene que ver con el análisis de las normas que rigen la minería en Colombia, y una vez se realice la mencionada tarea poder endilgar la responsabilidad al Estado, puesto que:

“...habrá falla o falta del servicio no solo cuando la administración omite o cumple defectuosamente con la obligación que la ley o los reglamentos le imponen, sino cuando incumple, bien sea por acción o por omisión con la finalidad para la cual está instituida de acuerdo con la Carta Fundamental.” (Consejo de Estado. Sentencia de 30 de junio de 1989. Exp. 5225.)

En lo que atañe, a los daños ocasionados al medio ambiente por la actividad minera, para atribuirle una responsabilidad al Estado, encontramos que éste puede ser responsable por el incumplimiento de sus obligaciones de dos maneras: la primera, es por la *omisión* de las autoridades que manejan y vigilan la actividad minera así como las que otorgan permisos o tienen a su cargo la vigilancia del medio ambiente en determinados territorios (CAR y CAR'S). La segunda, tiene que ver con que la actuación de la administración sea *tardía o defectuosa*, es decir, que así conozca de la existencia de la actividad minera o del daño que se le está causando al medio ambiente si se sobrepasan los topes permitidos en el plan de manejo ambiental o en el diagnóstico de alternativas ambientales según sea el caso.

En cuanto a la primera, (Mora Cicedo & Rivera Martinez, 2004 , pág. 234), sostienen con claridad que la omisión es un no hacer cuando se tenía la obligación de hacerlo, es: “una conducta pasiva de la administración cuando debió actuar de manera activa; o, en otras palabras, es la abstención de la administración cuando debió actuar y no lo hizo”.

Ahora bien, para que la omisión origine responsabilidad del Estado por el actuar de sus autoridades: “se requiere que la omisión sea de tal entidad que pueda considerarse anormalmente deficiente y por supuesto de relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño.” (Santos Ballesteros, 2012, pág. 76)

La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha establecido los elementos que configuran la responsabilidad del Estado por una omisión, a saber:

“En suma, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual esta no haya atendido o no haya cumplido oportuna y satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de interrupción del daño, daño que, no obstante no derivarse –temporalmente hablando- de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado esta” (Consejo de Estado. Sentencia de 14 de septiembre de 2007 Exp. 27434.)

Pese a lo anterior, no basta con que exista la obligación, ni la virtualidad del cumplimiento de la misma, ya que, no puede ser cualquier omisión la que de origen a la responsabilidad, es decir, tiene que ser trascendente, tal como lo ha reiterado el Consejo de Estado en decantada jurisprudencia:

“...la falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como << anormalmente deficiente >>” (Consejo de Estado. Sentencia de 4 julio de 2009. Exp.16192.)

En efecto, para que existan serias posibilidades de ganar una demanda de responsabilidad del

Estado por una omisión, en el cumplimiento de un deber legal por parte de una de las entidades públicas que tienen obligaciones como las descritas en el capítulo anterior, es menester acreditar:

1) La existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública. 2) La virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación. 3) Que la conducta de la administración pueda considerarse como “anormalmente deficiente”.

Ahora bien, corresponde determinar cuál es la acción o pretensión contencioso administrativa, para reclamar la indemnización por los perjuicios causados por la omisión de las entidades públicas en el cumplimiento de sus obligaciones, en lo que tiene que ver con el control de la actividad minera y el control que se puede hacer por parte de las autoridades ambientales respecto de los territorios que vigilan.

Así las cosas, si vamos a pedir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la reparación de un daño, tenemos para el caso en concreto dos acciones indemnizatorias por naturaleza (nulidad y restablecimiento del derecho, y la acción de reparación directa). Ambas tienen sus antecedentes en Francia, con el recurso de plena jurisdicción, que se encargaba de la reclamación con fines de carácter patrimonial o económico. Sin embargo, dichas acciones presentan marcadas diferencias, pues:

“...mientras que la acción de nulidad y restablecimiento, se persigue la indemnización de perjuicios como consecuencia de actos administrativos principalmente que están afectados de ilegalidad; en la acción de reparación directa no se demanda la nulidad de ningún acto administrativo, sino la reparación proviene básicamente de hechos de la administración. Eso sí con las modalidades y excepciones para cada caso” (Güecha Medina, 2008, pág. 275)

Por tal razón, si queremos determinar qué acción corresponde incoar para reclamar un daño, debemos atender a la causa del mismo, tal como de manera atinada lo indica el doctrinante *Fernando Arias García*:

“el medio de control de reparación directa tiene la misma naturaleza preparatoria que el de nulidad y restablecimiento del derecho, pero no es esta sino la causa del daño, la que lo diferencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho” (Arias García, 2013, pág. 137)

En consecuencia, el denominado hoy medio de control a impetrar, para generar el pago de una indemnización de perjuicios, extracontractual, producto de la omisión de la administración, a través de sus entidades públicas, es el de reparación directa, tal como lo señala el Doctor *Ciro Nolberto Güecha Medina*, en uno de sus más recientes textos, hablando de las características de la acción de reparación directa:

“ es la acción típica de reparación originada en la responsabilidad extracontractual del Estado, es decir, en situaciones donde solo interviene la administración a través de uno de sus mecanismos de actuación como son los hechos administrativos y las *omisiones administrativas*; causando un perjuicio al administrado” (Güechá Medina, Acciones o Pretensiones Contencioso Administrativas, 2013, pág. 115) (Cursiva fuera de texto)

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que para la prosperidad de una demanda relacionada con la omisión del Estado es necesario acreditar los siguientes

requisitos:

“a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios. b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico y d) la relación de causalidad entre la omisión y el daño.” (Consejo de Estado. Sentencia de 26 de septiembre de 2002. Exp. 14.122.)

El trabajo de analizar, si hay o no una obligación legal incumplida y un nexo entre la omisión y el daño es una tarea, como ya se dijo del juez administrativo, quien debe apreciar si los comportamientos de las entidades públicas fueron realizados con rectitud y atendiendo a las exigencias del servicio, así lo expresa con precisión el profesor *Michel Paillet*:

“al ser conducida a determinar si la administración ha cometido una culpa en cuanto habría violado sus obligaciones, la jurisdicción administrativa debe apreciar la rectitud de los comportamientos administrativos según un método realista que tiene en cuenta a la vez los elementos concretos de la acción pública y las exigencias del servicio. Además, tratándose de una culpa imputada a una organización colectiva, su apreciación, como es lógico, no puede ser sino objetiva” (Paillet, 2001, pág. 166)

Ahora bien, siguiendo el desarrollo metodológico propuesto en esta investigación, se hace necesario entrar a analizar la legislación que ha regulado el tema de la minería en Colombia. Esto con el fin de determinar cuáles son las obligaciones implícitas y explícitas que le impone la ley al

Estado y sus autoridades, en todo lo relacionado con la minería y con el cuidado al medio ambiente.

3. REGULACIÓN AMBIENTAL Y SOCIAL DE LA MINERÍA EN COLOMBIA

3.1 Historia de la legislación ambiental, minera y estudios de impacto ambiental

En este acápite describiremos el desarrollo de las diferentes normas jurídicas que han regulado la actividad minera y la comunidad, empecemos por ver que la legislación ambiental ha procedido a estipular variados requisitos y procedimientos básicos para propender por el cuidado de los recursos naturales como lo son el agua y los bosques, por lo que se exige al explotador minero la realización de estudios sistemáticos sobre las características del entorno en que va a desarrollar su actividad y los impactos que se puedan generar con la misma, y elaborar planes para mitigar la afectación que se genere.

Sumado a lo anterior, el Estado tiene un deber de cuidado del medio ambiente por lo que hay un imperativo de supervisar la actividad minera a fin de que los impactos que con ella se lleguen a generar sean manejados de una forma idónea, con el objeto de que dichas situaciones logren ser compensadas y manejadas.

Asimismo, en virtud de ese deber, el Estado debe definir y delimitar las zonas en que por razón de su importancia ecológica estarían prohibidas y proscritas a todo tipo de actividad minera.

Vale la pena decir que preceptos como sostenibilidad y ambiente, y el mandato por el respeto

conjunto de estos dos ha sido tenido en cuenta por la legislación en estos últimos años.

Aparte de lo anterior, podremos ver que en nuestra legislación ha existido una constante exigencia hacia el explotador minero, el respeto por las comunidades o poblaciones aledañas, buscando evitar afectaciones en la calidad de vida de éstas. Siguiendo esta misma línea muchas áreas han sido restringidas de la explotación minera.

Además de esto, desde el siglo pasado se han desenvuelto varias disposiciones especiales a fin de normativizar dicha actividad en el caso de que estén inmersas poblaciones étnicas, por lo que se colige que hoy en día, la legislación ambiental y minera no solo protege al medio ambiente sino que también busca respetar los derechos individuales y colectivos de aquellos quienes habitan en las zonas de influencia de esta actividad.

Ahora bien, iniciamos diciendo que hacia la primera mitad del siglo pasado se empieza a tener en cuenta en la legislación el tema ambiental y la responsabilidad derivada de la actividad minera, toda vez que antes de este momento histórico la legislación en este ámbito se vio enfocada hacia los daños colaterales que pudiese producir la minería, muestra de lo anterior podemos ver el discurso sobre minas de 1829, en el que se dio a conocer el Decreto del 14 de octubre de ese año (Bolívar, 1992, pág. 265):

“Artículo 12: El que se introdujere en los linderos de mina de aje bajo el pretexto de nuevos descubrimientos o desamparo antes de tiempo asignado por la ley, corte aguas, establezca labores o de cualquiera otro modo perturbe la pacífica posesión del propietario, deberá

satisfacer todos los perjuicios que cause, y además incurrirá en la multa de diez hasta doscientos pesos...”

Solo aproximadamente hasta 1937 se empezó a tener en cuenta el tema ambiental en el ejercicio de dicha actividad, prueba de nuestra afirmación la podemos ver en el Decreto 1343 de 1937, incorporado posteriormente en el Decreto 805 de 1947:

“El concesionario deberá cuidar los bosques de propiedad nacional que existan dentro de la zona objeto del contrato y aprovecharlos de modo que el corte de las maderas necesarias para el servicio de las empresas no cause la destrucción de ellos.”

Por lo que vemos, el Decreto de 1937 tuvo en cuenta que los concesionarios de minas de metales preciosos quedaban obligados a cuidar los bosques de propiedad de la nación, lo que implicaba que los explotadores podían ejercer su actividad siempre y cuando no afectaran el medio ambiente. (Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas, 1972)

En el año de 1938 cuando se expidió el Decreto 796, se establecía la obligación del cuidado de las aguas y el deber de reportar al ministerio de agricultura en el caso de que se hicieran uso de éstas en la actividad minera, pues en su artículo 1º se previó que, toda persona, inclusive los mineros, que al momento de entrar en vigencia el decreto y hasta el 1 de enero del siguiente año se estuviese sirviendo de aguas públicas, debía dar aviso a través de un memorial en el cual se plasmara *el nombre de la fuente de la cual se toma el agua, longitud aproximada del canal de conducción y predios que atraviesa, cantidad de agua que deriva, expresada en litros por segundo, menesteres a los cuales dedicaba el agua, extensión y clase de cultivos que riega, en el caso de*

que sea ese el destino que dé al agua, y nombre del predio que se beneficia con la derivación, expresando si es o no riberano y a que jurisdicción municipal pertenece.

Asimismo, este decreto se pronunció sobre el vertimiento de sustancias químicas derivadas de la actividad minera:

“Artículo 6°. Si en una explotación minera se usan o van a usarse sustancias químicas que puedan afectar la potabilidad del agua de una fuente inmediata y la pueden dejar inhábil para servicios domésticos regadíos u otros usos industriales, el interesado deberá enviar con el aviso de que trata el artículo 1 de este Decreto, el comprobante que demuestre que las aguas sobrantes de su explotación no irán a una fuente inmediata o que la cantidad de sustancias químicas no contienen dicha agua sobrante – sea en relación con ésta o con la de la corriente pública – es tal que el grado de difusión de las mismas no altere sensiblemente las cualidades del agua para los usos mencionados.

La inocuidad del agua de la fuente a la cual caen aguas residuales de explotaciones mineras de que se ha hablado, deberá demostrarse por análisis químicos practicados por profesionales competentes y con certificados de las autoridades de sanidad.”

Conforme a lo anterior podemos apreciar que el tema ambiental empezó a ser incluido en la legislación minera, empezando por la protección de los bosques y de las aguas, sin embargo el estado no vigilaba ni regulaba los impactos generados de las prácticas mineras, el mismo particular hacia los estudios y reportaba las afectaciones que el mismo causara, no existiendo una obligación de verificación por parte de un tercero.

Posteriormente, en 1970 el artículo 100 del Decreto 1275 preceptuó que el concesionario minero durante el término de duración de dicho contrato, debía implementar medidas para no generar daños y contaminaciones a bienes, recursos o personas.

Ahora bien, después de estos desarrollos legales sobre la protección medioambiental en ejercicio de la actividad minera, entra en vigencia la Ley 23 de 1973 la cual concedió facultades al Presidente de la Republica para expedir el Código de Recursos Naturales y Protección al Medio Ambiente, de esta manera se expide el Decreto 2811 de 1974, estableciendo el ambiente como un patrimonio común de la humanidad, necesario para la supervivencia y el desarrollo económico, necesario para la supervivencia y desarrollo de los pueblos, el cual se requiere para el desarrollo y supervivencia social, por lo que uno de los propósitos del decreto es la prevención y control de los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables, además de esto *lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de estos y la máxima participación social, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional.*

En razón de este cometido, el Código de Recursos Naturales y Protección al Medio Ambiente preceptuó en su artículo 28 la realización de estudios ecológicos, luego este artículo seria subrogado por Ley 99 de 1993:

“ARTICULO 27. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, que proyecte realizar o realice cualquier obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental, está

obligada a declarar el peligro presumible que sea consecuencia de la obra o actividad.

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

Uteriormente en el año de 1984, se expide el decreto 1594, el cual estableció en sus artículos 150 y 151 la exigencia de un estudio de impacto ambiental en proceso de explotación de recursos naturales no renovables, asimismo, se exigía la aprobación de este estudio por parte del Ministerio de Salud, como requisito para la concesión de aguas, permiso de vertimiento o autorización sanitaria.

“ARTICULO 150. El Ministerio de Salud o la EMAR exigirán prioritariamente a las personas naturales o jurídicas responsables de las actividades indicadas en el siguiente artículo, la presentación de un estudio de efecto o impacto ambiental, cuando ellas, por su magnitud, puedan causar efectos nocivos para la salud o sean susceptibles de producir deterioro ambiental.

ARTICULO 151. Se podrá exigir prioritariamente la presentación de un estudio de efecto ambiental o impacto ambiental, en las siguientes situaciones entre otras: (...) c. En complejos de exploración y explotación de los recursos naturales no renovables. (...)

Es de esta manera que se evidencia que la legislación minera y ambiental desde antes ya había estipulado la exigencia de estudios ambientales, ya en 1988 con el Decreto Ley 2655 con el cual se logra derogar la Ley 38 de 1887, la cual fue adoptada por el código de minas del extinto estado de Antioquia:

“Artículo 250. Declaración Y Estudio Ambientes. Con base en el informe final de exploración y el programa de trabajo e inversiones, el Ministerio determinará si es necesaria la presentación de un estudio de impacto ambiental y un plan de manejo de los recursos naturales no renovables y del medio ambiente, además de la declaración de impacto ambiental, todo de conformidad con este artículo.”

Con base en este periplo normativo consideramos de vital importancia entrar a estudiar el tratamiento que se da en el derecho actual a las licencias ambientales, para establecer cuáles son los lineamientos mínimos que deben cumplir las actividades que ocasionan deterioro grave al medio ambiente.

3.2 Licencias Ambientales

En lo que atañe a la licencia ambiental, el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente, la requería para la ejecución de obra, el establecimiento de industria o el desarrollo de cualquier actividad que ocasionara deterioro grave al medio ambiente o modificara el paisaje, y así se mantuvo en la Ley 99 de 1993 en su artículo 49:

“De la Obligatoriedad de la Licencia Ambiental. La ejecución de obras, el establecimiento

de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje requerirán de una Licencia Ambiental”

Lo anterior vale la pena señalarlo toda vez que según el código de 1988 establecía que la licencia ambiental en materia minera estaba implícita con el título minero:

“Artículo 246. Licencia Ambiental. Con la excepción contemplada en el artículo 168 de este Código, el título minero lleva implícita la correspondiente licencia ambiental, o sea, la autorización para utilizar en los trabajos y obras de minería, los recursos naturales renovables y del medio ambiente, en la medida en que sean imprescindibles para dicha industria, con la obligación correlativa de conservarlos o restaurarlos si ello es factible, técnica y económicamente.”

Sin embargo, este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-216 de 1993, al argumentar que dicha disposición estaba en contravía de la postura de la Constitución, pues los recursos naturales poseen una protección especial por parte del Estado, como bien puede observarse en los artículos 8º, 79 y 80 superiores, quedando así estos preceptos normativos limitados al albedrío de quienes ejerzan la actividad minera. A lo anterior, considera la Corte, se suma el imperativo de “conservarlos y restaurarlos”, escrito que en el artículo demandado queda inane y sin aplicación posible, pues queda supeditado a la viabilidad técnica y económica, lo que implica *per se* una total desprotección del medio ambiente. Igualmente sostuvo esa Corporación que:

“Como puede verse, la disposición que se considera, caracterizada por la amplitud y la tolerancia en favor de la actividad minera, con evidente sacrificio del necesario cuidado del ambiente y los recursos naturales renovables, es abiertamente incompatible con tan apremiantes y concluyentes prescripciones constitucionales. En consecuencia, será declarada inexecutable.” (Corte Constitucional de Colombia C-216/93, 1993)

Asimismo, el demandado artículo ya había sido señalado de inconstitucional ante la Corte Suprema de Justicia, la cual en sentencia número 52 emitida dentro del expediente 1933, en el que el accionante acusa de inconstitucional el precepto del artículo 246 del código de 1988 por regular aspectos establecidos en el Código de Recursos Naturales y Protección al Medio Ambiente, afirma que:

“Sentado lo anterior, observa la corte que los artículos 246 a 248 y 250 del Decreto 2655 de 1988 constituyen concreción de la orientación general del Código de recursos naturales, en cuanto exigen la declaración del impacto ambiental y del estudio ambiental para obtener el título minero y con este la licencia ambiental que lleva implícita la autorización para utilizar los recursos naturales renovables y del medio ambiente en actividades mineras, con la obligación de conservarlos y restaurarlos.

Del mismo modo, lo normado en los artículos acusado en lo relativo a la exigencia del título minero para que, en virtud de la licencia ambiental que lleva implícita, su beneficiario pueda utilizar los recursos naturales renovables y del medio ambiente en actividades mineras en la medida en que sean imprescindibles para dicha industria, coincide plenamente con lo

dispuesto en el Libro 2º, parte 1ª, título V del código de recursos Naturales Renovables, cuyas normas *regulan de manera general los distintos modos y condiciones en que puede adquirirse por los particulares el derecho de usar los recursos naturales de dominio público*, según lo estipula su artículo 50 (subraya la Corte).” (Corte Suprema de Justicia. Exp.1933, 1989)

Ante el pronunciamiento hecho por la Corte Suprema de Justicia la Corte Constitucional refirió lo siguiente:

“Como resulta de lo expuesto, la inconstitucionalidad de esta norma proviene de su oposición material con el ordenamiento fundamental vigente al pronunciar esta sentencia. Por ello, según ya se advirtió, para la declaración correspondiente no es óbice la preexistencia de un fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia el 24 de agosto de 1989 por el cual se declaró la exequibilidad del artículo 246 del Decreto 2655 de 1988, circunscrita a la verificación sobre ajuste del Ejecutivo a las facultades extraordinarias otorgadas.” (Corte Constitucional de Colombia C-216/93, 1993)

De esta manera vemos que la actividad minera desde 1974 hasta 1993 estuvo exenta de licencia ambiental, mientras que otras industrias si lo requerían para su ejercicio.

Sin embargo, aunque la legislación ha progresado, debemos decir que el trámite de otorgamiento de la licencia ambiental no implementa una evaluación pertinente ante las consecuencias ambientales que se puedan provocar. Lo anterior en razón de la falta de planeación en el aprovechamiento de los recursos naturales y debilidad estatal, deficiencia en la información

aportada por los estudios de impactos medio ambiental. Así mismo, la evaluación del impacto medioambiental es limitada a la elaboración y ulterior verificación de los estudios realizados por el solicitante de la licencia ambiental, por lo que la licencia como sigue siendo concebida se reduce a un trámite burocrático. Sumado a lo anterior, no hay una definición legal que determine claramente un límite en lo que puede ser el deterioro grave que ampara la licencia ambiental y que responda al principio de precaución haciendo que las autoridades ambientales puedan llegar a autorizar actividades que ocasionen destrucción al medio ambiente (Santacoloma Mendez & Negrete Montes, 2014, pág. 263).

Bien lo sostiene Donnelly que, “deberíamos estar particularmente cansados de los argumentos a favor de la transacción entre derechos y desarrollo en ambientes de despotismo y oligarquía, porque bajo esas condiciones las tienden a involucrar a personas que son sacrificadas, en lugar de a personas que hacen sacrificios (...). Los argumentos ordinarios son favorables a las soluciones económicas que requieren sacrificios inmensos por parte de quienes tienen menos posibilidad de sacrificio” (Donnelly, 2013, pág. 180).

3.3 Legislación minera

Ya, en el año 2001 se expide un nuevo Código de Minas el cual introdujo el principio de sostenibilidad, entendiendo éste como el deber de manejar apropiadamente los recursos naturales renovables y la integridad y disfrute del ambiente.

También añadió la gestión ambiental, la cual debe ser incluida en todos los trabajos de minería,

respecto de su estudio, diseño, preparación y ejecución, los costos, como elementos imprescindibles para ser aprobados y autorizados.

Asimismo, se consagra el principio de simultaneidad, el cual preceptúa que los estudios y trabajos de exploración técnica y de viabilidad ambiental se ejecutarán en forma simultánea buscando una mayor celeridad.

Vale la pena hacer referencia al estudio de impacto ambiental y la licencia ambiental a la luz de la actual legislación, respecto del primero se da cuando finalizada la etapa exploratoria, este documento describe el medio físico, social y económico del lugar donde se piensa ejercer la actividad minera, así como los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de los impactos que se llegasen a causar en razón de la actividad minera.

Ulteriormente, con base en el estudio de impacto ambiental, el Ministerio del Medio Ambiente autoriza o no la explotación a través de la licencia ambiental. Igualmente la legislación ha tratado de especificar determinadas zonas en las cuales no se puede realizar la actividad minera o se puede realizar pero de manera limitada. De esta manera vemos que el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente habló de la reserva de recursos naturales renovables y las áreas de manejo especial, la primera era procedente cuando se requiriese *organizar o facilitar la prestación de un servicio público, adelantar programas de restauración, conservación o preservación de esos recursos y del ambiente, o cuando el Estado resuelva explotarlos*. Asimismo, la segunda figura era delimitada con el fin de realizar administración, manejo y protección del ambiente y de los recursos naturales renovables.

Luego de ello, el Código de Minas de 1988 en el artículo 9 estableció en cabeza del Ministerio de Minas y Energía la facultad de crear con base en estudios, áreas en las cuales podrían desarrollarse explotación minera por considerarse reservas ecológicas o por pensar que eran necesarias destinarlas de forma exclusiva a la agricultura o a la ganadería.

En igual sentido, el Código de Minas de 2001 habló también de zonas excluidas de la minería, como zonas en que no pueden ejecutarse trabajos u obras de exploración y explotación mineras, estas zonas deben ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas que sean de interés minero y establecida por medio de acto administrativo motivado, aunque también, a través de acto administrativo fundamentado por la autoridad ambiental, la autoridad minera puede permitir la explotación minera restringida excepto si se trata de un parque nacional.

Si bien dentro de este Código no se incluyen los ecosistemas de páramo y humedales, la Ley 1382 de 2010 mediante reforma al aludido artículo 34 quiso hacerlo, sin embargo esta fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-366 de 2011; providencia confirmada por la Sentencia C-367 de 2011, la sentencia C-027 de 2012 y la sentencia C-423 de 2012.

Por medio de la Ley 1382 de 2010 se intentó modificar el Código de Minas buscando incluir en la legislación variadas normas que apuntaran principalmente hacia nuevos controles para generar un desarrollo sostenible de la explotación minera, pero a pesar de ello, ésta fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-366 de 2011, dando un término de 2 años para regular un vacío en la nueva ley, sin embargo, no se legisló, por lo que la norma ya no

está vigente en el ordenamiento, algunos argumentos de la inexecutable por parte de la Corte fueron:

“En suma, la Corte concluye que la Ley 1382/10 contiene diversas e importantes reformas a distintos aspectos del Código de Minas, que modifican o adicionan reglas legales que son aplicables respecto del aprovechamiento minero en los territorios indígenas y afro descendientes. Estas disposiciones, por ende, afectan directamente a las comunidades étnicas, puesto que (i) como se indicó, son aplicables a la actividad minera en sus territorios ancestrales, de forma articulada con las condiciones y límites que el mismo Código de Minas prevé para la actividad minera en los territorios ancestrales; y (ii) existe un consenso, tanto en la jurisprudencia constitucional como en el derecho internacional de los derechos humanos, respecto de la estrecha relación entre la salvaguarda de la identidad diferenciada de las comunidades étnicas y su participación en el diseño y ejecución de medidas legislativas y administrativas relacionadas con la explotación de los recursos naturales en sus territorios, entre ellos los mineros. (...) Por lo tanto, la Ley 1382/10 debió ser objeto de procedimiento de consulta previa de medidas legislativas, con sujeción a los requisitos y condiciones jurídicas y materiales descritas en este fallo.” (Subrayas Propias) (Corte Constitucional Colombiana, C-366, 2011)

Sin embargo, a pesar de la declaratoria de inexecutable, el Congreso mediante la Ley 1753 de 2015 expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, y al establecer en su artículo 172 y 173, dijo que:

“Artículo 172. Protección de humedales. Con base en la cartografía de humedales que determine el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, con el aporte de los institutos

de investigación adscritos o vinculados, las autoridades ambientales podrán restringir parcial o totalmente, el desarrollo de actividades agropecuarias de alto impacto, de exploración y explotación minera y de hidrocarburos, con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales, conforme a los lineamientos definidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (...)

Artículo 173. Protección y delimitación de páramos. En las áreas delimitadas como páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias ni de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, ni construcción de refinerías de hidrocarburos. (...)”

Una vez estudiada la legislación minera debemos indagar sobre las autoridades que tienen a su cargo el cumplimiento de estas normas, que de manera somera acabamos de revisar, para así establecer llegado el caso, que autoridad debe responder por el incumplimiento de sus obligaciones legales e incluso constitucionales, en este aspecto.

3.4 Fundamentos respecto del control y vigilancia

Asimismo, el Código de Minas de 1988 estableció varias medidas para controlar y vigilar los efectos negativos de la explotación minera en el medio ambiente, en virtud de la legislación ambiental desarrollada desde 1974, lo que hizo que autoridades como el Ministerio de Minas y Energía tuvieran funciones de vigilancia y de actuar en coordinación con las demás autoridades ambientales de la época:

“Artículo 248. VIGILANCIA Y CONTROL. El Ministerio de Minas y Energía es el

organismo competente para ejercer la vigilancia y control de la forma como se realicen la utilización, conservación y restauración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente en las actividades mineras. Las demás autoridades de cualquier orden, deberán poner en conocimiento de ese despacho cualquier obra o labor minera que afecte dichos recursos o que implique el uso indebido de los mismos y tomarán las medidas preventivas provisionales a que estén facultadas por las leyes, para evitar y contrarrestar situaciones de peligro o daño a las personas y a los bienes públicos o privados que tal uso pueda causar.”
(Subrayas Propias)

Con la Constitución de 1991 se establece la obligación del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales a fin de garantizar el desarrollo sostenible, así como también el imperativo de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental e imponer sanciones legales correspondientes, exigir la reparación de los perjuicios provocados.

Es así como podemos ver en la Carta, en artículos como el 289, el cual dispuso que departamentos y municipios que estén en zonas de frontera han de coordinar con las autoridades territoriales del vecino país, programas de cooperación para la preservación del ambiente, asimismo, el numeral 2 del artículo 300 da funciones a las Asambleas Departamentales para crear ordenanzas que tengan como objeto la protección ambiental. De igual manera según el artículo 313 numeral 9 los Concejos Municipales deben generar acuerdos para la preservación del medio ambiente del municipio. Igualmente, el artículo 317 y 294 permite que los municipios puedan gravar la propiedad para la conservación del ambiente, sumado a esto, el artículo 330 numeral 5 pone en cabeza de los territorios indígenas la obligación de procurar por la preservación de los recursos naturales. La Constitución en el artículo 331 crea la Corporación Autónoma Regional del

Río Grande de la Magdalena, de la misma manera se determina que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, así como con la potestad de intervenir la libertad económica por razones ambientales, además, la carta dispuso que el Plan Nacional de Desarrollo ha de tener políticas ambientales, en igual sentido el artículo 340 dispuso que el Consejo Nacional de Planeación debe representar los intereses ecológicos, además que el artículo 336 consagró como finalidad del Estado el mejoramiento de la calidad de vida dentro de la cual podemos ver el saneamiento ambiental.

Sumado a lo anterior, la Constitución en su artículo 268 numeral 7, también dio funciones a la Contraloría de fiscalizar los recursos naturales. Así mismo la Procuraduría está en la obligación de proteger los intereses colectivos según se destaca en los artículos 277 numeral 4 y 282 numeral 5, por lo tanto en cabeza de estas instituciones, se encuentra una función de prevención, control y vigilancia de las actuaciones de las autoridades públicas que tengan relación con el medio ambiente.

Con fundamento en el anterior desarrollo constitucional es que el Estado promulgó la Ley 99 de 1993, de la cual vale la pena destacar 3 elementos. El primero de ellos es que dicha ley perpetua que el desarrollo sostenible es al que debe apuntar al crecimiento económico y el bienestar social:

“ARTICULO 3o. Del Concepto de Desarrollo Sostenible. Se entiende por desarrollo sostenible el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.”

Un mecanismo de control es la obligación que genera la licencia ambiental a la cual hicimos alusión en páginas anteriores, que tiene en efecto una función de prevención, mitigación, compensación y manejo de impactos ambientales de la obra o actividad realizada:

“ARTICULO 50. De La Licencia Ambiental. Se entiende por Licencia Ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada.”

También vale destacar los elementos del estudio de impacto medio ambiental como instrumento también de control previo a iniciar una explotación, y entendido además como el conjunto de información que debe presentar ante la autoridad ambiental competente el interesado en el otorgamiento de una licencia ambiental el cual a luces del artículo 57 de la Ley 99 de 1993 debe poseer información sobre la localización del proyecto, los elementos abióticos, bióticos, y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad, para cuya ejecución se pide la licencia, y la evaluación de los impactos que puedan producirse. Además, incluirá el diseño de los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de impactos, así como el plan de manejo ambiental de la obra o actividad. Con fundamento en ello y en caso de incumplimiento de todos estos deberes, es que se debe sancionar a las autoridades o particulares que causen daños al medio ambiente.

3.5 Sobre el Régimen Sancionatorio y el Principio de Precaución

Otro aspecto importante a tratar es la Ley 1333 de 2009, que establece el régimen sancionatorio ambiental, el cual genera potestades para la imposición de sanciones por infracciones ambientales así como el procedimiento a seguir para imponerla. Este régimen define la infracción ambiental como cualquier acción u omisión que viole los preceptos contenidos en el Código de Recursos Naturales Renovables o Decreto - Ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993 y en la Ley 165 de 1994, así también, lo será el daño ambiental que cumpla con iguales circunstancias que configuren la responsabilidad civil extracontractual, vale la pena destacar que en el caso del elemento culpa en materia de responsabilidad civil, se presume en el caso del derecho administrativo sancionatorio ambiental.

Ante la presunción de culpa o dolo en materia de la infracción ambiental preceptuado en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1333 de 2009, vale la pena destacar lo esgrimido por la Corte Constitucional, que en torno a esto, en sentencia C-595 de 2010 previó:

“La presunción de culpa o dolo establecida en el procedimiento sancionatorio ambiental se encaja dentro de las denominadas presunciones legales-*iuris tantum*-, toda vez que admiten prueba en contrario, como puede advertirse de una lectura literal de los párrafos legales cuestionados. En esa medida, hasta antes de imponerse la sanción definitiva, el presunto infractor podrá desvirtuar la presunción utilizando todos los medios probatorios legales. (...) El legislador ha establecido en esta oportunidad un mecanismo producto de la libertad

de configuración de instituciones procesales y la definición del régimen de responsabilidad administrativa ambiental. Este procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador busca hacer efectivos bienes jurídicos constitucionales de vital importancia para la preservación de la humanidad como lo es la conservación del ambiente sano.” (Subrayas Propias) (Corte Constitucional Colombiana, C-595, 2010)

Si bien, es muy cuestionable que se presuma la culpabilidad en materia de sanciones ambientales, ello responde a la protección de bienes superiores como los son los del medio ambiente. Sin embargo, en contextos sociales como el colombiano es muy difícil la aplicación estricta de las sanciones ambientales, pues existen talanqueras que no permiten dar aplicación a estas normas.

Hay que partir un hecho notable y es que la mayoría de las riquezas minerales de nuestro país se encuentran en lugares apartados donde pareciera que el Estado no hace presencia, es decir, donde otros actores imponen sus reglas y la manera de cómo hacerlas efectivas. Estos lugares con falta de autoridad estatal y problemas de orden público se erigen como zonas de particular interés para grupos ilegales interesados en la explotación de recursos naturales.

Ante esta situación surgen ideas novedosas como que en lugares como los descritos no se deberían aprobar proyectos mineros (Vargas Valencia, 2013) pues como se advirtió las autoridades no cuentan en estos lugares con criterios de imparcialidad para tomar una decisión acerca de la necesidad de imponer una sanción.

Ante la problemática de la minería ilegal se celebró el convenio interadministrativo 0027 del 13 de agosto de 2007 con la finalidad de combatir este flagelo pues, solamente a partir de este se dio en Colombia la acción conjunta del Ministerio de Minas el Ministerio de Defensa, Fuerza Pública, Ministerio del Interior, Gobernadores, Alcaldes, Ministerio del Medio Ambiente y Corporaciones Autónomas Regionales. (Contraloría General de la República, 2016)

Posteriormente con la ley 1450 de 2011³ que ordenó implementar múltiples mecanismos con el objeto de controlar la comercialización de minerales. En consecuencia, el Decreto 2637 de 2012⁴ reglamento la comercialización de minerales estableciendo para el efecto el Registro Único de Comercializadores de Minerales, para evitar su tráfico y transporte de manera ilegal. Además, también se dispuso que en el artículo 9 de dicha regulación que “se decomisarán los minerales que se transporten, transformen, distribuyan, intermedien o comercialicen sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en el presente decreto, por los Alcaldes según lo establece el artículo 161 de la Ley 685 de 2001, quien los enajenará y el producido lo destinará a programas de erradicación de explotación ilícita, conforme lo establece el artículo 112 de la Ley 1450 de 2011”.

Este tipo de sanciones de decomiso, imposición de multas y hasta destrucción de maquinaria se hacen nugatorias ante la manifiesta debilidad de los alcaldes – así cuenten con apoyo de la fuerza pública- cuando se enfrentan con grupos al margen de la ley, ya que, estos los amenazan o los terminan corrompiendo. Aunado a ello, también recae en cabeza de alcaldes el cierre de minas sin título, pero cuando se intenta realizar esta tarea tendría que enfrentarse a organizaciones criminales

³ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

⁴ Por el cual se reglamenta el artículo 112 de la Ley 1450 de 2011.

y grupos al margen de la ley que tienen la minería sin títulos como una de sus fuentes de financiación y por tanto, no van a permitir de manera amigable el cierre de las minas.

La falta de eficacia de estas sanciones administrativas se agudiza más cuando las fuerzas militares y de policía son cómplices o beneficiarios de la actividad ilegal, e incumplen por esta razón, sus deberes previstos en el artículo 103 de la Ley 99 de 1993⁵, por tanto hay quienes sostienen que “la lucha contra la minería ilegal queda confiada a la sanción penal que afronta problemas parecidos para ser eficaz” (Ospina Garzón, 2016, pág. 427)

Ante la debilidad a la ineficacia de estas medidas administrativas la legislación ambiental y minera en estos últimos años ha apuntado a la prevención (Sierra, 2013), de allí deviene el papel del Estado y de todas las autoridades en la protección del medio ambiente, toda vez que Colombia se ha inclinado por el principio de precaución a luz de los convenios internacionales celebrados para la protección del medio ambiente, así los podemos ver en la Declaración de Río de 1992 en su artículo 15:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme con 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

⁵ Artículo 103°.- Del Apoyo de las Fuerzas Armadas. Las Fuerzas Armadas velarán en todo el territorio nacional por la protección y defensa del medio ambiente y los recursos naturales renovables y por el cumplimiento de las normas dictadas con el fin de proteger el patrimonio natural de la nación, como elemento integrante de la soberanía nacional.

La Armada Nacional tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones de control y vigilancia en materia ambiental y de los recursos naturales, en los mares y zonas costeras, así como la vigilancia, seguimiento y evaluación de los fenómenos de contaminación o alteración del medio marino.

degradación del medio ambiente”.

Este principio vino a concretarse en 1993 con la ya aludida Ley 99, al disponer en su artículo 1 que, *el proceso de desarrollo económico y social del país se orientará conforme a los principios universales y de desarrollo sostenible previstos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992*. Dicha norma fue demandada por inconstitucional al considerar el accionante que había sido incorporada al ordenamiento, sin el cumplimiento de los requisitos para incorporar un tratado internacional. Ante esto la Corte en sentencia C-528 de 1994 declaró exequible el artículo, arguyendo que:

“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.” (Corte Constitucional Colombiana, C-528, 1994)

De esta forma considera el alto tribunal Constitucional que el principio de precaución forma parte del cuerpo constitucional por cuanto nace de la internacionalización del derecho y de los

deberes de protección ambiental, posteriormente la Corte al profundizar en el principio de precaución, dijo en sentencia C-293 de 2002:

“Al leer detenidamente el artículo acusado, se llega a la conclusión de que, cuando la autoridad ambiental debe tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar un peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución, en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho.

Para tal efecto, debe constatar que se cumplan los siguientes elementos: 1. Que exista peligro de daño; 2. Que éste sea grave e irreversible; 3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta; 4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente. 5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado”

(Subrayas Propias)_(Corte Constitucional Colombiana, C-293, 2002)

De esta forma puede colegirse que el principio de precaución es un instrumento constitucional e internacional de importancia para establecer la necesidad de intervención de las autoridades en relación a los peligros que puedan impactar al medio ambiente, la precaución no responde únicamente a las consecuencias del impacto sino que también implica la postura activa de previsión de la situación medio ambiental.

Lo anterior tiene sustento en un sin número de textos científicos y varios doctrinantes. Así mismo la Corte Constitucional reconoce la importancia de este principio en virtud de la constante

amenaza y riesgo al que está sometida la humanidad en razón de los perjuicios que se causan al ambiente, no en vano dicha Corporación afirma:

“... no es propiamente el de la destrucción del planeta sino el de la vida como la conocemos.

El planeta vivirá con esta o con otra biosfera, dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana, en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia si se destruye la biosfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie, estamos condenándonos a la pérdida de nuestra capacidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana.” (Corte Constitucional Colombiana, C-339, 2002)

El cambio climático, el debilitamiento de la capa de ozono, la deforestación y la lluvia ácida, constituyen un claro ejemplo de que nuestro mundo se está acabando. Y es el sello de la sociedad por industrial que (Castellanos, 2002) se caracteriza por la globalización económica. Lo anterior, ha generado una preocupación internacional que ha tenido como consecuencia una actuación coordinada y decidida, que apunta a progresar significativamente en la positivización de instituciones, instrumentos y principios que propugnen por una protección más eficiente, sustancial y presente del entorno (Mesa Cuadros, 2013, pág. 127)

Así las cosas, nacen como principios básicos de la política internacional del derecho ambiental, principios como los de cautela y acción preventiva, los cuales veremos en páginas posteriores, cuya consagración estará patente en varios documentos legales y como también se señaló, en la legislación colombiana.

Asimismo, si nos fijamos en el ordenamiento europeo el cual consagra varios principios del derecho ambiental en el artículo 174 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea:

“La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.”

Estos principios que rigen el sistema europeo son relevantes para entender mejor el principio de prevención que ha desarrollado la ley, comencemos por decir que el principio de acción preventiva, si bien no está muy definido (Castellanos, 2002, pág. 101), da a entender que la Unión Europea debe tomar las medidas de protección ambiental de forma anterior de que pueda ocurrir el daño, lo que apunta a establecer medios para la protección del entorno como pueden ser autorizaciones, evoluciones o estudios de impacto (García, 2006, pág. 14):

“El principio de acción preventiva significa que la Unión Europea ha de tomar medidas de protección medio ambiental aun antes de que se haya producido un daño o lesión al mismo, por el mero riesgo de que esta tenga lugar. Por tanto, la Unión puede adoptar una medida de protección sin que se haya producido el daño ambiental y sin que se pueda esgrimir en su contra los principios de subsidiariedad o de proporcionalidad, que rigen el ejercicio de las competencias de las U.E. siempre que se constate científicamente la existencia de un riesgo real y la contribución de la medida para evitarlo. Estas se han demostrado de las medidas de protección más eficaces (autorizaciones para actividades industriales

contaminantes o la evaluación de los impactos o los estudios de impacto ambiental)”
(García, La dimensión económica del desarrollo sostenible, 2006, pág. 266)

En cuanto al principio de cautela, o también denominado principio de precaución, este último utilizado en tratados internacionales y documentos comunitarios europeos, fue incluido en el tratado de Maastricht, con el objetivo de fortalecer el anterior principio de acción preventiva, por lo que la cautela va encaminada a dejar de lado la necesidad de que haya una certeza plena irrefutable sobre el riesgo que implica para el entorno una determinada actividad o producto, lo que *per se* implica que la política ambiental que toma, debe tener en cuenta los datos técnicos y científicos disponibles, hasta ese momento porque pueden suceder casos en que resulte imposible que la determinación a tomar esté sustentada en datos incuestionables, bien pueden ser el ejemplo de los daños que se puedan derivar de actividades biotecnológicas (Cutanda, 2009, pág. 189), al respecto la doctrina sostiene:

“El principio de cautela introducido por el tratado de Maastricht para reforzar la acción preventiva, excluye la necesidad de que exista la plena certeza científica sobre la efectividad de las medidas adoptadas para la reducción de los riesgos ambientales, en otras palabras, no precisa estar respaldada por, en muchas ocasiones imposibles, bases científicas incontestables. Esto afecta a las medidas de protección para la prevención de daños ambientales, por ejemplo derivados del cambio climático o de los organismos modificados genéticamente. Este principio de cautela afecta sobre todo a la gestión de riesgo y proporciona una base para la acción cuando la ciencia no está en condiciones de dar una respuesta clara, proporcionando un marco razonado y estructurado para la acción” (García, Principales obligaciones medioambientales para la pequeña y mediana empresa, 2006)

Un tercer principio de la política europea ambiental es el de "corrección de los atentados al medio ambiente preferentemente en la fuente misma", entendiéndolo como, cuando no se ha logrado evitar la contaminación estamos obligados a generar las correcciones que se requieran. Estas acciones han de realizarse de manera preferente en la misma fuente, toda vez que se evitaría la interacción entre los diferentes contaminantes que pudiesen causar efectos nocivos que fueren la creación de políticas y determinaciones correctivas que sean ineficientes. Este principio busca disminuir la transferencia de la contaminación a otras zonas de la población, pregonando de esta forma así un tratamiento preventivo, que morigere los daños ambientales que puedan ir más allá de las fronteras, tal puede ser el caso de la lluvia ácida y el transporte de residuos, reduciendo los costos de gestión de residuos y posibles daños al medio ambiente (Rota, 1998, pág. 98).

Finalmente, el ultimo principio del Tratado Constitutivo de la Union Europea, es el de quien contamina paga, el cual fue introducido en el primer programa de accion ambiental comunitario y desde aquel momento empezó a dirigir la politica europea, entendiendo que los costos de la contaminacion deben imputársele al contaminante, mirándolo este ultimo como la persona natural o ficticia de regimen publico o privado, la cual de manera directa o indirecta realiza un detrimento al medio ambiente o genera circunstancias para que tal detrimento se cause, manifestación de este principio estan, la creacion de impuestos y tasas ambientales que gravan las actividades que puedan causar contaminación (Sanz Larruga, Garcia Perez, & Pernas Garcia , 2013, pág. 490).

Igualmente, Pedro Manuel Herrera Molina define este principio como una regla “nacida en las ciencias económicas como un criterio de eficiencia dirigido a internalizar en el precio de las actividades y productos contaminantes, las des economías externas causadas por el deterioro

ambiental” (Molina, 1995, pág. 88)

De esta forma vemos que otros ordenamientos, como el europeo, buscan progresar en establecer principios, mecanismos e instituciones que propugnen por la protección adecuada y sustancial del medio ambiente en virtud de la situación profunda que encara y los resultados sobre la comunidad. Las problemáticas medioambientales más relevantes de hoy en día son de escala mundial y necesitan una actuación decidida y coordinada de los diferentes sujetos del derecho internacional, no en balde establece la Constitución Política en su artículo 229 la importancia de las relaciones internacionales ecológicas del estado.

Buscando desarrollar más en torno al principio de precaución, el protocolo de Montreal del año de 1987 al señalar las medidas para controlar los agentes dilatadores de la capa de ozono buscó la eliminación de sustancias en periodos de tiempo por medio de la utilización del desarrollo del conocimiento científico como un importante reconocimiento al progreso de la ciencia y la tecnología en su objetivo de proteger el medio ambiente.

Actualmente el principio de precaución no obliga a que la falta de conocimiento científico como un argumento que permita la no utilización de elementos que alteren el ambiente, en este aspecto, la Declaración Ministerial de Bergen estatuyó la necesidad de un desarrollo sostenible; a lo anterior se sumó la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo adoptada en mil novecientos noventa y dos, la cual en su principio décimo quinto se refiere a que cuando hayan amenazas de daño grave, la certidumbre científica no podrá usarse para posponer medidas para prevenir el deterioro, como consecuencia de lo anterior surgieron varios tratados, convenciones, leyes y declaraciones que propugnaron por este concepto. La convención marco sobre cambio climático

ratificada ulteriormente por diversos Estados agregó el concepto de cooperación entre los sujetos de derecho internacional en el tema ambiental:

“las partes deberán tomar medidas precautorias para anticipar, prevenir o minimizar las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Donde haya amenazas de daño grave e irreversible la falta de certidumbre científica total no debe usarse como razón para posponer tales medidas, teniendo en consideración que las políticas y medidas para enfrentar el cambio climático deben ser efectivas en cuanto al coste, con el fin de garantizar beneficios globales al costo más bajo posible. Para lograr esto se deberán tener en cuenta los distintos contextos socio económico, ser amplias cubrir todas las fuentes sumideros y reservorios de gases de invernadero y adaptación que sean relevantes, y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para afrontar el cambio climático deben realizarse en forma cooperativa por todas las partes interesadas” (fernandez, 2002, pág. 12)

Instrumentos internacionales más recientes como lo es el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de las Biotecnologías del convenio sobre biodiversidad del año 2002, apunta a proteger y generar un nivel adecuado de manipulación de organismos vivos mediante la bio tecnología, esto en el marco del principio de precaución. Posteriormente en el Convenio de Estocolmo para la eliminación de contaminantes orgánicos persistentes, tomó el principio de precaución de la forma como fue estipulada en la Declaración de Río.

Así mismo tratados como el de Maastricht de 1992 y de Ámsterdam de 1994, los cuales dieron inicio a la construcción de la comunidad europea, asentaron las políticas medio ambientales de la

unión europea en los principios de precaución cautela y acción preventiva y de quien contamina paga; tales principios en el marco europeo serán tratados más específicamente en líneas posteriores.

En virtud de estos dos últimos tratados, en el año 2000 se expidió la comunicación de la comisión europea sobre el principio de precaución considerándose esta última como de las más avanzadas, al respecto en materia de este principio es importante aclarar que las decisiones que se tomen en virtud del principio de precaución son de carácter provisional y revisables cuando estén disponibles mejores datos científicos.

Sin embargo un gran cuestionamiento generado sobre estos tratados y demás instrumentos, está en el nivel de ambigüedad en los que estos son redactados por que como puede verse hasta el momento es difícil que un ordenamiento jurídico particular pueda tomar decisiones concretas en una forma efectiva acudiendo a tales mandatos, aumentando de esta manera el riesgo en la toma de decisiones en perjuicio de la naturaleza, por utilizar de una forma equivoca tal principio, a pesar de ello no podemos desconocer los esfuerzos que dieron motivo a la Declaración de Wingspread en el año de 1998, pues si bien es una declaración breve busca condensar los más importantes postulados en materia de tratados internacionales. En torno al principio de precaución señaló:

“A pesar de la incertidumbre sobre los efectos nocivos que determinada actividad pueda tener frente al medio ambiente deben tomarse las medidas preventivas y correctivas necesarias para evitar un daño, consistan estas en una opción o una omisión. Es decir, no es necesario que exista certeza científica del daño para implementar las medidas a que haya lugar, estas se justifican aun en aquellos eventos donde haya duda respecto a los perjuicios que puede causar determinada actuación... la carga de la prueba se invierte es decir, quien

pretende defender el medio ambiente no tiene que demostrar que la acción afecta los recursos naturales, por el contrario, es quien ejecuta la acción posiblemente lesiva quien debe demostrar que el medio ambiente no se está viendo alterado negativamente o que se han tomado las medidas preventivas necesarias para evitar el daño” (Salazar, 2009, pág. 288)

Por la importancia que reviste la jurisprudencia en el desarrollo de este tema, nos es imperativo tener en cuenta los pronunciamientos de la Corte en torno a este principio. La sentencia C-073 de 1995 en donde dicha Corporación estudio la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo tercero de la Ley 164 de 1994, aprobatoria de la convención marco de las naciones unidas sobre el cambio climático, en la cual se incluyó el principio de precaución, precisó:

“El artículo 3 enuncia los principios que guían la aplicación de la convención con miras a alcanzar su objetivo. (...) (Art. 3-2). Las medidas de precaución a adoptar en contra de las causas del cambio climático, a que se comprometen las partes, deben tomar en cuenta los distintos contextos socioeconómicos (art. 3-3), y las políticas y medidas de protección ser apropiadas a dichas condiciones específicas, estar integradas en los programas nacionales de desarrollo (art. 3-4) (...). Estos principios son consistentes con el respeto a la autodeterminación de los pueblos que es fundamento de las relaciones exteriores del Estado colombiano (CP art. 9), con los deberes del Estado en materia de protección del medio ambiente y de los recursos naturales (CP arts. 79 y 80), y con la equidad, reciprocidad y conveniencia nacional que son las bases de las relaciones internacionales del país (CP art. 228)” (Subrayas Propias) (Corte Constitucional Colombiana, C-073, 1995)

Por otro lado la sentencia C-671 del año 2001 en el que se estudió la Ley 618 del año 2000 por la cual se prueba la enmienda del protocolo de Montreal, aprobada por la novena reunión de las partes suscrita en Montreal el 17 de septiembre de 1997, en la cual se habló de la importancia de aplicar los principios desarrollados en el derecho internacional para propugnar por la protección del medio-ambiente:

“Conforme a las normas de la Carta el medio ambiente es un derecho constitucional fundamental para todos los individuos de la especie humana y el Estado está obligado a velar por su conservación y debida protección, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación. (...)Ya muy pocos países consideran la política ambiental un asunto interno en sentido estricto, pues la protección del medio ambiente requiere una regulación internacional que permita consolidar instrumentos bilaterales y multilaterales para afrontar dicho propósito común de manera efectiva, no sólo jurídicamente sino social, política y económicamente.” (Corte Constitucional Colombiana, C-671, 2001)

Otro fallo de la Corte Constitucional es la C-293, a la cual ya hicimos referencia en líneas anteriores al pronunciarse más detalladamente sobre el alcance del principio de precaución, al sostener que cuando la autoridad ambiental deba de realizar o tomar acciones o determinaciones específicas que apunten a evitar un peligro grave sin tener certeza científica, ésta se debe realizar conforme con las políticas ambientales establecidas en la ley y la constitución, buscando dejar de lado toda arbitrariedad o capricho.

Asimismo en sentencia C-339 de 2002, al referirse al desarrollo de la actividad minera en donde el alto tribunal Constitucional manifestó que en el caso de llegarse a presentar una falta de certeza científica en torno a los efectos de la explotación minera en un área o zona específica, la decisión o determinación que llegue a tomar la autoridad, ha de subyacerse bajo la protección del medio ambiente ante el riesgo de que por el desconocimiento se puedan presentar daños irreversibles:

“para el asunto que nos ocupa esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada, la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección del medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasiona un grave daño ambiental será imposible revertir sus consecuencias.” (Corte Constitucional Colombiana, C-339, 2002)

Posteriormente, la sentencia C-988 de 2004 en la que la Corte analiza los cargos de inconstitucionalidad de la Ley 822 de 2003, afirma igualmente que ante la aplicación del principio de la prueba del riesgo para evitar la arbitrariedad de las autoridades:

“En cierta medida, la carta a constitucionalizado el llamado principio de precaución, pues le impone a las autoridades el deber de evitar daños y riesgos a la vida, la salud y al medio ambiente. Sin embargo, los deberes de prevención que la carta asigna a las autoridades en este campo, no significa que únicamente, cuando se ha demostrado que un producto o un proceso no tiene ningún riesgo entonces puede ser usado, pues es imposible demostrar la ausencia de riesgo” (Corte Constitucional Colombiana, C-988, 2004)

En el año 2010 en la sentencia C-703, la Corte Constitucional señaló la diferencia entre el principio de prevención y el de precaución, así:

“Los principios que guían el derecho ambiental son los de prevención y precaución, que persiguen, como propósito último, el dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados. Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que el principio de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos.” (Corte Constitucional Colombiana, C-703, 2010)

Por lo dicho puede entonces concluirse hasta el momento que el principio de precaución es un instrumento constitucional e internacional de gran relevancia, cuyos efectos determinan la necesidad de intervención de las autoridades frente a los peligros potenciales que amenazan al medio ambiente. Este principio no atiende únicamente a las consecuencias del daño sino que principalmente se requiere una postura activa con un objeto de previsión futura del riesgo ambiental, a efectos de mejorar el entorno y la vida natural permitiendo la conservación de las especies de nuestro planeta.

Ahora bien, la Ley 1393 de 2009 la cual rige el procedimiento sancionatorio ambiental a la cual ya hicimos referencia, aludió en varios de sus apartes al principio de precaución que tienen las autoridades para actuar en el marco del proceso sancionatorio, muestra plausible de lo dicho lo podemos ver en el artículo cuarto de dicha ley, que consagra la función de la sanción y medida preventiva ambiental *una función preventiva, correctiva y compensatoria para garantizar a efectividad de los principios y fines previstos en la constitución como los tratados internacionales la ley y el reglamento.*

De la misma manera, el artículo 12 preceptuó el alcance de las medidas preventivas, es *prevenir o impedir la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana.* Así las cosas la legislación está imbuida en el principio de prevención ante las situaciones que son de difícil identificación y las cuales quedan en manos de las autoridades, por lo que indefectiblemente lo que mueve el actuar del Estado es analizar el riesgo frente a una situación creada, por lo que la aparición del Estado no se presenta de una forma planeada durante el proceso de las decisiones sino que se presenta al final, cuando se ha materializado un riesgo.

Ahora bien, un mal manejo del principio de precaución podría generar responsabilidad en las autoridades ambientales y de contera en el Estado. Pues puede ocurrir que durante el procedimiento de otorgamiento de un título minero o un contrato de concesión la autoridad minera con los conocimientos científicos de la época, establezca que no puede haber afectación al medio ambiente y otorga el título. Pero dado el avance tecnológico se podría advertir que con ese título se están causando daños ambientales, empero la autoridad ambiental no hace el correspondiente estudio y se continúa afectando el medio ambiente.

En nuestro sentir, el Estado debe responder por no advertir que con la nueva tecnología se podría detectar que el título minero otorgado está causando afectación en los recursos naturales no renovables, pero este tema se profundizará en el siguiente capítulo que trata el tema de la responsabilidad derivada de los daños ocasionados con la minería.

Para finalizar hay que decir que a fin de superar el peligro que se genera en el medio ambiente se necesita la creación de nuevos objetivos que permitan ir adelante en regulaciones y políticas de estado más estrictas, que busquen hacer posible la supervivencia de la población. Lo anterior parte del compromiso y la participación de los asociados con la única meta de progresar a un mundo estable y seguro.

Asimismo, el aumento de la imprevisible amenaza que recae sobre el medio ambiente obliga a tener una mayor consciencia en la política defensora del ambiente. Los riesgos ambientales que se han creado al día de hoy afectan de manera grave al ecosistema y por lo tanto a todos los seres. La problemática ambiental pone de presente la urgente necesidad de normas en los procesos

económicos.

Una vez analizada la legislación colombiana en materia ambiental, donde se esbozan las principales obligaciones de los agentes del Estado respecto del cuidado, mantenimiento y vigilancia de los recursos naturales, es menester entrar a estudiar los casos en los cuales se ha condenado a alguna autoridad por soslayar sus obligaciones o por no cumplirlas adecuadamente.

4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DAÑOS CAUSADOS PRODUCTO DE LA MINERÍA EN COLOMBIA

4.1 Dos casos que permiten ver la Responsabilidad del Estado por la acción u omisión respecto de la actividad minera en Colombia

Antes de abordar el desarrollo de este capítulo es necesario hacer precisión en que no existen muchos casos en los que se haya responsabilizado al Estado por la acción u omisión en el desarrollo de las actividades mineras, condenándolo a responder por los daños que se causen al medio ambiente, por tal razón, desde ahora se hace referencia a que se va a estudiar una hipótesis de responsabilidad del Estado y se mostraran dos casos en que se ha declarado la responsabilidad del Estado por medio de sus autoridades ambientales y si bien no se ha condenado al Estado a indemnizar los daños, si se ha ordenado tratar de repararlos volviendo las cosas al estado anterior en que se encontraban.

El principio de precaución goza de buena reputación dentro del derecho nacional y trasnacional, este se refiere a que en caso de duda o cuando la información científica es insuficiente para la adopción de una decisión de explotación minera o cualquier otra actividad en la que se vea comprometido el medio ambiente o cuando existan indicios serios de que puedan acaecer efectos nocivos en el ambiente o que las medidas de protección existentes no son adecuadas.

No obstante, puede suceder que en el momento que se otorgue un permiso de explotación minera las herramientas tecnológicas y las técnicas implementadas para la evaluación de los efectos del título minero arriben a la conclusión de que no se va a presentar un impacto negativo en el medio ambiente y por lo tanto se justifica el otorgamiento para la explotación minera.

Pese a lo anterior, teniendo en cuenta que la tecnología es mutable y que avanza de una manera vertiginosa surgen nuevas herramientas que permiten con más efectividad establecer una posible afectación a los recursos naturales no renovables. Y suponiendo que el nuevo análisis arroja un resultado distinto de inmediato las autoridades mineras tendrían que tomar cartas en el asunto modificando el título otorgado.

Pero puede ocurrir que la autoridad ambiental como es la mayoría de los casos no haga un adecuado proceso de seguimiento del permiso otorgado y no advierta esta situación de tal manera que ni siquiera se efectúan los nuevos análisis o se presente una incertidumbre sobreviniente y se siga contaminando el medio ambiente, en nuestro sentir, la autoridad que no realizó un seguimiento del título otorgado debe responder por los daños ocasionados al medio ambiente.

Esta situación puede presentarse en un país como Colombia donde las instituciones ambientales

sufren un tremendo bloqueo y no desarrollan su funciones en buena forma, así como tampoco se articulan para cumplir sus metas con los demás actores sociales y miembros del SINA, aunado a esto, se tiene que las funciones de vigilancia, control y seguimiento sobre el título minero concedido deben ser constantemente activas pues así lo ordena el principio de precaución, al respecto la doctrina ha señalado:

“las funciones de vigilancia, control y seguimiento no pueden operar bajo criterios de mera abstención, ya que por virtud del principio de precaución se ordena un despliegue positivo o activo de la autoridad nacional minera que verifique no solo las aplicaciones científicas y técnicas, sino también las actualizaciones y las nuevas tecnologías que se apliquen a la actividad aurífera, carbonífera, esmeraldera, de níquel, y de otros minerales” (Briceño Chaves, El principio de precaución y la actividad minera , 2016) (Se destaca)

Teniendo en cuenta que las autoridades ambientales tienen dentro de tesoro obligatorio, el deber de control y seguimiento de las actividades para las cuales han otorgado títulos mineros, encuentra lógica que si producto del incumplimiento de sus obligaciones se generan daños en el medio ambiente estas autoridades tengan que afrontar medidas de compensación y realizar trabajos de recuperación de los recursos naturales afectados – reparación in natura-.

Si la autoridad minera es diligente y encuentra en el seguimiento de las actividades habilitadas para explotación con ayuda de los avances técnicos y tecnológicos, que existe una afectación en los recursos naturales no renovables debe suspender o revocar el permiso otorgado de conformidad con lo prescrito por el artículo 36 de la Ley 1333 de 2009 que establece que las autoridades ambientales podrán ejecutar entre otras medidas preventivas la “suspensión de obra o

actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental o ejecutado incumpliendo los términos de los mismos”.

Esta posibilidad de que se puedan revocar licencias, autorizaciones o permisos no contraviene el principio de legalidad, pues, precisamente el principio de precaución prevé que ante este tipo de situaciones se debe dar prioridad al medio ambiente, no solo en caso referenciado arriba de que la técnica y la tecnología avance y establezca nuevos conceptos acerca de la amenaza de contaminación; sino también cuando se otorgó un permiso que parecía inofensivo en principio para el medio ambiente, pero que con el paso del tiempo se advierte que puede ser contaminante pero que la tecnología no ofrece certeza del mismo cabe revocar la autorización licencia o permiso, pues ante esta incertidumbre se debe aplicar lo más favorable al medio ambiente.

En este caso “la modificación, reforma o revocación cuando por virtud del principio de precaución sea necesario aplicar medidas que se anticipen ante situaciones que generen incertidumbre originaria o sobrevenida, y siempre que no haya una evolución que permita superar este estado, caso en el cual la medida precautoria puede operar ante la consideración de nociva o dañosa de una determinada actividad minera que previamente se consideraba inocua”. (Briceño Chaves, El principio de precaución y la actividad minera , 2016, pág. 339)

Otra hipótesis de responsabilidad de las autoridades ambientales que también está relacionada con el incumplimiento de sus obligaciones de vigilancia y seguimiento pero en el escenario del otorgamiento de un permiso de vertimientos, ya que, en estos casos la autoridad ambiental debe

ejercer un control constante sobre el permiso a tal punto que se ha considerado esta autorización “como de tracto sucesivo” (García García, 2003 , pág. 225).

Puede acaecer que la autoridad ambiental que otorgó el permiso de vertimientos no revise de manera periódica el cumplimiento de las condiciones del mismo y si existen nuevas circunstancias que ameritan alguna modificación o suspensión. En tal caso, si se llegare a verificar que existió una contaminación en los recursos hídricos como consecuencia del vertimiento de material nocivo en estos, pudiéndose haber evitado esta afectación con el seguimiento oportuno de la autoridad ambiental al permiso de vertimientos, consideramos que dicha entidad debe responder por los daños que se causen iniciando maniobras tendientes a la recuperación del recurso hídrico afectado.

Si no se cumple con el deber de inspección periódica sobre el permiso de vertimientos y de exigencia frecuente de caracterización de residuos líquidos se estaría vulnerando lo consagrado en el artículo 58 del Decreto 3930 de 2010 que con particular sínóresis dispone:

“Artículo 58. *Seguimiento de los permisos de vertimiento, los Planes de Cumplimiento y Planes de Saneamiento y Manejo de Vertimientos–PSMV.* Con el objeto de realizar el seguimiento, control y verificación del cumplimiento de lo dispuesto en los permisos de vertimiento, los Planes de Cumplimiento y Planes de Saneamiento y Manejo de Vertimientos, la autoridad ambiental competente **efectuará inspecciones periódicas a todos los usuarios.**

Sin perjuicio de lo establecido en los permisos de vertimiento, en los Planes de Cumplimiento y en los Planes de Saneamiento y Manejo de Vertimientos, **la autoridad ambiental competente, podrá exigir en cualquier tiempo y a cualquier usuario la**

caracterización de sus residuos líquidos, indicando las referencias a medir, la frecuencia y demás aspectos que considere necesarios”.

De lo anterior, se colige claramente la obligación de inspección y las exigencias que puede hacer frente a los beneficiarios del permiso, de manera que al soslayar dicho mandato, es evidente una falla en el servicio, que si llegare a causar un daño a los derechos individuales de una persona como el patrimonio, podría generar una indemnización a favor del afectado, como puede ser el caso de que producto de la no vigilancia del permiso de vertimientos se contamine en grandes magnitudes un río que provee agua a criaderos de pescados, los cuales, de manera paulatina empiezan a morir y con ello se causa un daño en el patrimonio del dueño de estos peces que ya no le reportan beneficio, en esta situación se podría demandar a través del medio de control de reparación directa para exigir de la autoridad ambiental una reparación; en otros casos donde solo se afecte el derecho colectivo al medio ambiente se podría por medio de la acción popular o excepcionalmente la tutela solicitar la recuperación de la fuente hídrica a costa de la autoridad responsable del control permanente y vigilancia del permiso de vertimientos.

La situación de incumplimiento obligacional descrita se puede presentar con frecuencia en nuestro territorio, debido a varios factores que no permiten una intervención en la revisión de los permisos de vertimientos –falta de personal, falta de capacitación, escasos recursos para visitas periódicas etc.-, sin embargo, ello no exonera de responsabilidad a la autoridad ambiental y al Estado. Además, hay que agregar que el primer cambio que se necesita para mejorar esta situación, es el de la concepción errada de que la obtención del permiso de vertimientos es el fin de un trámite, pues, todo lo contrario es el comienzo de la ejecución de las obligaciones que impone el artículo 58 del Decreto 3930 de 2010 ya referenciado.

Este problema no es de ahora, solo que antes era desconocido y no han existido casos de responsabilidad producto de los daños ocasionados con la no vigilancia y seguimiento a las autorizaciones dadas para realizar vertimientos, pero siempre se ha reprochado el no cumplimiento de estas obligaciones así por ejemplo (García Pachon, Ortiz Rodríguez, & Bustos Niño, 2016) sostienen que “para el caso particular de los vertimientos, es importante que se desarrollen acciones dirigidas a confirmar la eficacia del permiso, que brinden, como consecuencia efectiva, una verdadera protección del recurso hídrico y permitan entender que el papel de la administración va más allá de simplemente controlar el uso de un bien de dominio público, pues su rol implica fundamentalmente proteger dicho bien”

Ahora bien una vez planteadas las hipótesis en las cuales podría existir responsabilidad del Estado –tanto por daños individuales y colectivos- a través de sus autoridades ambientales, es necesario describir dos casos donde tímidamente jueces han dado atisbos de responsabilidad para estas entidades y han ordenado la recuperación de las zonas afectadas por el incumplimiento de sus obligaciones de raigambre legal y constitucional.

Uno de los principales casos en los que se puede evidenciar la responsabilidad de las autoridades que están a cargo de velar por el cuidado de los recursos naturales, es el que sucedió en el río Esmita, el cual recorre el Municipio de la Sierra, en las veredas La Depresión, Lamedero, Alto de la Jagua, Juana Castaña, Puerta Grande y Rincocito del departamento del Cauca.

En este municipio producto de la irregular explotación minera del oro de aluvión en el río Esmita, por medio de una retroexcavadora que se utiliza para extraer material del río, y para

posteriormente pasarlo por dragas manuales, sostiene el actor que “La explotación antitécnica de los recursos naturales, afecta directamente la existencia del equilibrio ecológico, el aprovechamiento racional de los recursos naturales, la conservación de especies animales y vegetales y los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y la restauración del medio ambiente.”

Y que “Adicionalmente, las aguas del río son contaminadas por la emisión de sustancias químicas utilizadas por los operadores de esa actividad, agravando los daños irreversibles que se causan al medio ambiente y al sistema ecológico de la región.” A pesar de las quejas de los vecinos de la región a la Corporación Autónoma Regional del Cauca CRC, ésta no ha formulado solución alguna.

Por tal razón, el abogado de la Junta de Acción Comunal de la Vereda Alto de la Jagua formuló las siguientes pretensiones:

1. “Que se ordene a la Corporación Autónoma Regional del Cauca-CRC-que obligue a quienes vienen explotando irregularmente en el río Esmita, el oro de aluvión, que suspendan su actividad y que se les decomise la maquinaria con la que ocasionan graves destrozos al medio ambiente y al equilibrio ecológico de la región.
2. Que se condene a la Corporación Autónoma Regional del Cauca-CRC-al pago in genere de los perjuicios causados a los habitantes de la vereda El Alto de la Jagua del Municipio de la Sierra Cauca con los procedimientos establecidos en el artículo 307 del C.P.C.

3. Que se ordene a la Corporación Autónoma Regional del Cauca-CRC-que para la restauración del área afectada, se destine una parte de la indemnización que se fije.
4. Que se decrete el incentivo consagrado en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, en cuantía de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en consideración la naturaleza y complejidad de la acción.”

La oposición que hizo la CAR consistió en que mediante Resolución No. 0783 del 11 de agosto de 2003 le ordenó al señor Wilmer Piñeros suspender en forma provisional e inmediata toda clase de actividades relacionadas con la explotación minera en el río Esmita, vereda Alto de la Jagua, municipio de la Sierra, departamento del Cauca. El a quo “señaló que la Corporación Autónoma Regional del Cauca, como entidad encargada de la defensa y protección del medio ambiente, es perfectamente conocedora de la grave afectación que están sufriendo los recursos naturales en la ribera del río la Esmita, en el municipio de la Sierra, como consecuencia de la extracción de oro del aluvión de dicho río, con maquinaria pesada por parte del señor Wilmer Piñeros.”

Además, también señaló que “no puede la C.R.C. considerar que ante la situación que se presenta en el río la Esmita, vereda Alto de la Jagua en el municipio de la Sierra ha actuado en forma diligente al expedir la Resolución No. 0783/03, dictando una medida en forma provisional y la Resolución No. 1057/03 imponiendo una sanción y constatando que el señor Piñeros continúa con la actividad que lesiona el medio ambiente.”

Ya en conocimiento del Consejo de Estado, se hace un análisis de quienes son las autoridades encargadas de vigilar y hacer cumplir las normas que garantizan un ambiente sano, así en primer

lugar se hace referencia al artículo 79 de la Constitución Política, pues allí se consagra que “*Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.*”

En segundo lugar, se tiene que la Ley 99 de 1993 en los numerales 11 y 17 del artículo 31 prescriben unas obligaciones en cabeza de las CAR, a saber:

“ARTÍCULO 31.-Funciones. *Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:*

11. Ejercer las funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de las actividades de exploración, explotación, beneficio, transporte, uso y depósito de los recursos naturales no renovables, incluida la actividad portuaria con exclusión de las competencias atribuidas al MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, así como de otras actividades, proyectos o factores que generen o puedan generar deterioro ambiental. Esta función comprende la expedición de la respectiva licencia ambiental. Las funciones a que se refiere este numeral serán ejercidas de acuerdo con el artículo 58 de esta ley;

17. Imponer y ejecutar a prevención y sin perjuicio de las competencias atribuidas por la ley a otras autoridades, las medidas de policía y las sanciones previstas en la ley, en caso de violación a las normas de protección ambiental y de manejo de recursos naturales renovables y exigir, con sujeción a las regulaciones pertinentes, la reparación de los daños causados;” (Negrillas fuera de Texto)

De lo señalado *Ut supra* se colige que las Corporaciones Autónomas Regionales son las encargadas de vigilar, controlar y hacer seguimiento a las actividades de exploración o explotación que puedan generar deterioro ambiental. Además, la norma en mención señala que en caso de no cumplir con las normas de protección ambiental, tienen medidas de policía para poder hacer cumplir sus órdenes.

Pese a lo anterior, el Ministerio también tendría una obligación, pues la Ley 99 de 1993 en el numeral 16 del artículo 5, así lo consagra:

“ARTÍCULO 5.-Funciones del Ministerio. Corresponde al MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE:

16. Ejercer discrecional y selectivamente, cuando las circunstancias lo ameriten, sobre los asuntos asignados a las Corporaciones Autónomas Regionales, la evaluación y control preventivo, actual o posterior, de los efectos de deterioro ambiental que puedan presentarse por la ejecución de actividades o proyectos de desarrollo, así como por la exploración, explotación, transporte, beneficio y utilización de los recursos naturales renovables y no renovables y ordenar la suspensión de los trabajos o actividades cuando a ello hubiese lugar;” (Negrillas fuera de Texto)

Existe una diferencia entre las obligaciones que tiene el Ministerio de Medio Ambiente y las obligaciones que tiene las CAR, ya que la obligación que le impone la norma al Ministerio es una obligación de raigambre discrecional, en cambio las obligaciones de las CAR son de obligatorio e inmediato cumplimiento, pues son las que tienen la responsabilidad primaria de vigilar y controlar

el cumplimiento de las normas y demás parámetros ambientales.

Dentro del análisis del responsable del cuidado, vigilancia y control del medio ambiente, encontramos que también podría ser responsable el municipio o distrito donde se esté generando el daño, tal como lo ordenan los numerales 6 y 7 del artículo 65 de la Ley 99 de 1993:

ARTÍCULO 65.-Funciones de los Municipios, de los Distritos y del Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

Corresponde en materia ambiental a los municipios y a los distritos con régimen constitucional especial, además de las funciones que les sean delegadas por la ley o de las que se deleguen o transfieran a los alcaldes por el MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE o por las Corporaciones Autónomas Regionales, las siguientes atribuciones especiales:

6. Ejercer, a través del alcalde como primera autoridad de policía con el apoyo de la Policía Nacional y en coordinación con las demás entidades del Sistema Nacional Ambiental-SINA-, con sujeción a la distribución legal de competencias, funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano;

7. Coordinar y dirigir, con la asesoría de las Corporaciones Autónomas Regionales las actividades permanentes de control y vigilancia ambientales que se realicen en el territorio del municipio o distrito con el apoyo de la fuerza pública, en relación con la movilización procesamiento, uso, aprovechamiento y comercialización de los recursos

naturales renovables o con actividades contaminantes y degradantes de las aguas, el aire o el suelo;

Sobre este punto, es que consideramos pertinente hacer una reflexión, pues la raíz de muchos de los daños ambientales esta como lo veremos más adelante en la desarticulación del SINA y de la falta de claridad en las competencias de cada uno de los actores que hacen parte de éste. Por tal razón, es menester resaltar la necesidad de que exista coordinación entre las CAR y los entes territoriales, en especial en el diseño y desarrollo de los planes ambientales regionales, tal como lo ha señalado la doctrina:

“debe señalarse la importancia de la coordinación interinstitucional entidades territoriales, Corporaciones Autónomas Regionales. Es competencia y función, en nuestro concepto de las más importantes, de las Corporaciones Autónomas Regionales realizar los planes ambientales regionales y por tanto debe existir una estrecha coordinación con los entes territoriales en los cuales se aplicaran esos planes regionales, pero que a su vez deben partir de estos. En la práctica, sin embargo, esta coordinación ha sido difícil” (Sabogal, 2000, pág. 166)

Y es que los principales obstáculos para que no funcione de una manera correcta este sistema (SINA) los definen (Blackman, Morgenstern, & Sánchez-Triana, 2007) citando a (Booz Allen Hamilton, 1997) siendo nuevamente la descoordinación, y la falta de un líder serio que dirija el sistema lo que genera malos manejos administrativos y financieros, además de la falta de una política sectorial unificada. Así nos permitimos transcribir *in extenso* los argumentos planteados para una mejor comprensión:

“ En la actualidad todos los componentes del sistema concebido por la Ley 99 de 1993 funciona de manera independiente y divergente –cada uno de ellos ejecuta su propio Plan de Acción con base en su interpretación subjetiva del Plan Ambiental Nacional, adaptándolo según sus propias necesidades regionales...El problema se presenta principalmente por la falta de liderazgo en el eje central del sistema, que se refleja especialmente en la descoordinación en las medidas que se toman, la asignación de trabajos, la información de los procesos y la evaluación de los resultados de acuerdo con las intenciones nacionales... el resultado de esa descoordinación es la duplicación de esfuerzos y el aumento de los costos de operación (4)... ante la falta de un líder del sistema, cada CAR interpreta sus funciones como una entidad individual y no como parte del sistema (5)... el manejo de las relaciones entre el MMA y las CAR, las entidades territoriales, institutos de investigación y autoridades ambientales es disperso. Esta dispersión genera inconsistencias en las decisiones referentes a asuntos ambientales, además de una acción administrativa ambigua y contradictoria y, lo que es peor, la ausencia de una política sectorial unificada.”

Precisamente como no se ha dado una coordinación entre las instituciones del SINA, en especial entre la CAR y los entes territoriales, es que el Consejo de Estado resolvió “adicional a las órdenes que deberán cumplir la Corporación Autónoma Regional del Cauca y el municipio de la Sierra de acuerdo con lo estipulado en el fallo de primera instancia, deberán las mismas junto con los señores Wilmer Piñeros y Mario de Jesús Piñeros, restaurar el área afectada con la explotación de oro.”

Para adoptar esta decisión primero el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo fue con

base en el acervo probatorio que se encontraba en el expediente donde se logró deducir “que si bien la Corporación Autónoma Regional del Cauca ha llevado a cabo una serie de actividades tendientes a la protección de los derechos colectivos invocados por el actor, las mismas no han sido suficientes para proteger los derechos colectivos vulnerados y adicionalmente se han llevado a cabo de forma retardada, pues tal y como se observa a folio 152, desde mayo de 2002 se viene informando a la CRC de la vulneración de los derechos colectivos a un ambiente sano, pero solo hasta el 4 de abril de 2003, es decir 11 meses después se efectuó visita a la zona afectada.” (Consejo de Estado. Sentencia del 29 de marzo de 2007. Radicación Numero: 19001-23-31-000-2003-01327-01(AP). C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.)

En el mismo estudio se encontró que “el municipio de la Sierra (Cauca) tampoco ha demostrado diligencia en la protección de los derechos colectivos anteriormente mencionados, pues como ya se transcribió, dichas entidades deben ejercer funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, lo cual no se encuentra probado en el expediente de la referencia, razón por la cual se considera igualmente responsable de la vulneración de los derechos colectivos.”

Dentro de los estudios más autorizados en tratándose del funcionamiento de las CAR, se formulan las siguientes falencias detectadas en el estudio de las Corporaciones Autónomas Regionales con las demás instituciones que integran el SINA:

“ a) la información pormenorizada disponible, aunque limitada, indica que las CAR no priorizan adecuadamente los riesgos ambientales; b) el desempeño general de las CAR varia en forma considerable y parece estar relacionada con la antigüedad de cada una de ellas, así

como con sus niveles de pobreza y jurisdicciones geográficas, c) aunque la distribución de los recursos financieros entre las CAR es muy desigual, se podrían presentar oportunidades de mitigar las desigualdades animando a las CAR a aprovechar posibilidades inexploradas de generación de ingresos; d) los recursos humanos y técnicos muestran una marcada variación entre las CAR, y las dificultades relacionadas con los recursos humanos agravan la situación debido a políticas nacionales contradictorias; e) la participación de las CAR en el financiamiento, propiedad y operación de la infraestructura de saneamiento debilita su motivación para regular estrictamente dicha infraestructura; f) la coordinación entre el MAVDT y las CAR es deficiente, en parte como resultado de las tensiones inherentes al diseño del SINA, y g) se presentan conflictos jurisdiccionales entre las CAR y las AAU.” (Blackman, Morgenstern, & Sánchez-Triana, 2007, pág. 107)

Otro caso que tenemos de responsabilidad de las autoridades del Estado por el daño ambiental que han ocasionado con su acción u omisión, en el que sí se demanda por vía de reparación directa y no por medio de acción popular. En este caso La Fundación Caminos del Chocó, en ejercicio de la acción de reparación directa formuló demanda contra el municipio de Condoto, pues dicha fundación “inició labores en los Municipios de Istmina y Condoto, en este último en el sitio denominado “ANGOLA”, utilizando para ello los lagos que quedaron por acción de la minería de la antigua Compañía Minera Chocó Pacífico, desarrollando actividades piscícolas, especialmente siembra de Cachama y otras especies.”

Ahora bien, debido a la migración de entables de mediana minería, uso de retroexcavadoras y la necesidad de manera rápida, hizo que se realizaran montajes de minería (violando normas establecidas en el Código de Minas Decreto 2655 de 1988). Por tal razón, la empresa

metales preciosos del Chocó, realizó solicitud de amparo administrativo ante la Alcaldía del municipio de Condoto en el año de 1988, por perturbación en el área de reconocimiento de propiedad privada No. 131 y con posterioridad al Ministerio de Minas a decretar mediante Resolución No. 001380 de mayo de 1990, el cierre de todas las minas ilegales en el municipio de Condoto, ya que estos eran la causa de los continuos problemas de inundaciones que sufría la cabecera en el sector pista del aeropuerto (sector este) y la carretera en el sector del aeropuerto a la trampa, ocasionando el desbordamiento de la quebrada Los Negros, debido al alto flujo de lodo en su cauce.

Al parecer a través de informaciones de mineros que se encuentran realizando explotaciones de metales preciosos en dicho municipio, se ha establecido que la administración viene cobrando un tributo de \$400.000 por permitir la explotación, contrariando lo preceptuado por el Ministerio de Minas y Energía en la Resolución No 001380, donde se ordenó al ente territorial que impidiera la explotación de la actividad minera que se estaba adelantando en forma ilegal por parte de algunos pobladores de esa localidad.

Con base en esto se le achaca la responsabilidad a la administración municipal, pues se tiene que existe una relación de causalidad entre la conducta ilegal del Alcalde Municipal de Condoto y los perjuicios para la demandante con la desaparición del lago denominado ANGOLA, donde se hacía la siembra de la especie ictiológica “CACHAMA”.

En ese sentido, para la fundación actora, existe una falla del servicio público por la omisión de la administración municipal en suspender definitivamente todos los frentes de trabajo sin ninguna licencia, constituyó el factor determinante y que era todo su acervo patrimonial. Sin embargo, en

este caso a pesar de que el Consejo de Estado determinara que “el daño si se configuró” porque la entidad demandada omitió darle cumplimiento a la Resolución No. 001380 expedida en la referida fecha por el Ministerio de Minas y Energía por medio de la cual se ordenó al ente territorial que impidiera la explotación de la actividad minera, no se pudo condenar al municipio de Condoto, ya que para la Sala no existió la menor duda que en dicho caso operó el fenómeno de caducidad de la acción, toda vez que la demanda fue formulada el 1 de julio de 1993, mientras que la causa del daño se ubica el día 18 de mayo de 1990.

En suma, se tiene que la falta de articulación entre todos los organismos que conforman el SINA dejan en entredicho la efectividad del derecho ambiental en todas sus esferas, pues las autoridades no cumplen con sus obligaciones causando perjuicios a toda la colectividad, y en ciertos casos a personas que sufren daños individualizables, que aunque hacen parte de la afectación al derecho colectivo del medio ambiente, se pueden reclamar en casos muy específicos por medio de la reparación directa. Ahora bien, para determinar la gravedad de estas falencias es necesario estudiar un poco la formación del derecho ambiental, el desarrollo sostenible y la teorización acerca del daño ambiental.

4.2 Reflexiones sobre el medio ambiente

La lucha por la supervivencia del hombre ha enfrentado muchos problemas a lo largo de su historia “Durante muchos años el principal obstáculo para la consolidación de las libertades humanas parecía ser la explotación del hombre por el hombre; hoy, aquellas y la misma vida del hombre peligran a causa del otro factor: la explotación y agotamiento de los recursos naturales. De

aquí surge un problema colosal que los ordenamientos no parecen estar preparados para resolver: el de asegurar, al mismo tiempo, el desarrollo económico y la conservación de los equilibrios naturales” (Casabene de Luna, 2000, pág. 30)

Desde la aparición del concepto de “derechos humanos” muchas cosas han cambiado, pues, estos se han erigido como un conjunto de convicciones ético-políticas que gozan de una aceptación universal por lo menos entre los “países civilizados”. Así, desde 1948 la ONU, año en que se proclamó un texto que condensaba una serie de principios básicos para el funcionamiento de cualquier sociedad.

En este texto tan importante, no fue un tema central el medio ambiente, ya que la coyuntura de la época fijaba sus ojos sobre cómo combatir los regímenes totalitarios y evitar un nuevo holocausto. Sin embargo, con posterioridad se tocó el tema del medio ambiente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Allí en el artículo 12.1 se reconoció el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental, y crea una obligación en cabeza de los Estados que tiene que ver con “el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente” (Loperena Rota, 1996, pág. 41)

Tal como lo sostiene el Profesora María Claudia Rojas Quiñones, citando a *Juste Ruiz*, los principales factores para hablar de la internacionalización de los problemas ambientales son la “contaminación transfronteriza”, la “exportación de la contaminación” y la creciente “globalización del sistema económico” (Rojas Quiñones, 2004, pág. 33)

La solución del mal manejo de los recursos naturales, no es una solución de creación de normas,

pues el problema radica en la efectividad de las autoridades a la hora de impedir el mal manejo de los recursos naturales a través de la prevención y la disuasión de las empresas para que no incumplan la ley.

Ahora bien, coincidimos en que hay que trasladar la responsabilidad a las industrias de manera que estas soliciten plazos para ejecutar alternativas menos gravosas para el medio ambiente diseñadas por estas y en caso de incumplimiento hacer uso del derechos sancionatorio ambiental.

Así, se tiene que “esto se puede lograr no permitiendo el incumplimiento de la norma y permitiendo en cambio al usuario acudir a las autoridades ambientales para solicitar lapsos para su cumplimiento, de acuerdo con las actividades que se deban realizar para acatar las disposiciones legales. La garantía de que estos plazos se cumplirán, será posible también gracias a que las Corporaciones tienen atribuciones de control y seguimiento, y por medio de monitoreo pueden asegurar el progreso de la implementación de los nuevos planes y programas. Aparte de las facultades de control y seguimiento, pueden garantizar el cumplimiento a través de la figura de las pólizas de cumplimiento, las cuales se harán efectivas en caso de renuencia del usuario. Si una vez vencido el plazo la propuesta no ha funcionado, la administración tiene la obligación de tomar severas medidas para hacer cumplir la ley, es decir, de aplicar el poder sancionatorio, pero solo como *ultima ratio*.” (Viveros Gaviria, 2000, pág. 73)

Este nuevo derecho que regula las relaciones del hombre con la naturaleza tienen cierta amalgama entre lo que se entiende como derecho subjetivo y como derecho colectivo, sobre el particular se ha dicho que “ los derechos subjetivos, como la misma rubrica indica, son derechos de cuño individualista y antrópico, mientras que el derecho ambiental tiene un substratum

intrínsecamente colectivo y naturista que pretende proteger al hombre, desde luego, pero también al medio terráqueo en cuanto tal; de aquí los inconvenientes implícitos de la catalogación de los derechos implicados conforme a los esquemas tradicionales” (Martín Mateo, 1991, pág. 145)

Ahora bien, el problema está en determinar el contenido y el objeto del derecho al ambiente sano antes que su legitimación por parte de la persona que pueda exigirlo, pues “por la forma como está redactado el mencionado artículo 79, cualquier persona es titular del derecho al ambiente sano y depositario de la expectativa para recabar la tutela de su objeto y hacer efectivo su contenido. Por esa razón el problema de la tutela jurisdiccional radica, en nuestro concepto, en definir el contenido que determine lo que es el medio ambiente y cuando resulta adecuado para el desarrollo, conceptos estos no determinados en la Constitución. El problema de la tutela individualizada del medio ambiente es una cuestión de concreción del objeto y contenido de este derecho que de legitimación” (Amaya Navas, 2000, pág. 94)

Empero, la Corte Constitucional sintetizó por primera vez las reglas para la procedencia de la acción de tutela cuando se afecta un interés colectivo, para zanjar este debate. El Alto Tribunal señaló lo siguiente:

*“**Primer criterio:** La transcendencia que pueda tener un derecho colectivo en el ámbito de los derechos fundamentales, no lo hace perder su naturaleza de colectivo y su protección, por tanto, ha de lograrse a través de la acción diseñada para el efecto, y ésta no es otra que la acción popular. Sin embargo, si de la vulneración de un derecho de esa naturaleza, se desprenden graves consecuencias para derechos fundamentales, la acción de tutela como mecanismo de defensa para éstos, será la procedente (sentencias T-406 de 1992; T-*

244 y T-453 de 1998, entre otras).

“En algunas providencias, se llegó a identificar ciertos derechos colectivos como derechos fundamentales. Así, en las sentencias T-536 de 1992 y T-092 de 1993, se afirmó, por ejemplo, que el derecho al ambiente sano era un derecho de rango fundamental. Posición ésta que fue rectificada en la sentencia de unificación SU-067 de 1993, para posteriormente reaparecer en la jurisprudencia subsiguiente, en donde claramente se ha determinado que derechos como el ambiente sano y la salubridad pública son derechos de carácter colectivo.

“Segundo criterio: *Conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la vulneración del derecho fundamental. Conexidad que debe arrojar una vulneración directa y clara de un derecho fundamental determinado. El daño o amenaza del derecho fundamental, debe ser consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo. Por tanto, ha de determinarse que la lesión o amenaza del derecho fundamental, es producto del desconocimiento de uno o varios derechos colectivos y no de otra causa.*

“Tercer criterio: *La existencia de un daño o amenaza concreta de los derechos fundamentales de quien promueve la acción de tutela o de su núcleo familiar. Este es un problema de legitimidad, pues sólo aquel que ve afectado directamente en su derecho, puede reclamar su protección.*

“Cuarto criterio: *Debe probarse fehacientemente la vulneración del derecho fundamental que se dice desconocido o amenazado. Para el efecto, el juez está obligado a analizar cada*

caso en concreto, para determinar la correspondiente vulneración.

“No basta, entonces, afirmar la vulneración o amenaza de un derecho fundamental; se requiere tanto la prueba de su desconocimiento como la titularidad del derecho fundamental, por parte de quien invoca la acción de tutela.

*“**Quinto criterio:** La orden del juez debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado más no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.*

“Estos criterios, parten de un mismo supuesto, la inexistencia de un medio judicial diverso de la acción de tutela para obtener la protección de los derechos fundamentales amenazados, pues la existencia de mecanismos alternos de defensa que puedan ser utilizados y a su vez ser calificados como eficaces para la protección del derecho fundamental, hacen improcedente la acción de tutela”. (Sentencia T-1451 de 2000 M.P. Martha SÁCHICA)

Así cuando se esté en presencia de la vulneración de un derecho colectivo, excepcionalmente puede individualizarse parte del derecho colectivo para que proceda la tutela como mecanismo transitorio que pueda evitar un perjuicio irremediable amparando derechos fundamentales que en principio se entienden como derechos colectivos. Ahora bien, de acuerdo al diseño metodológico planteado es menester tratar el desarrollo sostenible.

4.3 Sobre el desarrollo sostenible

El crecimiento económico, es una constante que se incorporó en la conciencia de una sociedad capitalista insensible con su entorno. Sin advertirlo, se consumió excesivamente la naturaleza sin límites hasta que “a mediados de la década del setenta surge la drástica conciencia de los límites del crecimiento. El papel precursor del Club de Roma: las reservas naturales se agotan y la tasa de destrucción y desperdicios de la sociedad industrial se convierte en una amenaza para la continuidad de la vida y la sobrevivencia del planeta. El problema demográfico y la reserva de alimentos. El asunto energético. Las desigualdades ambientales – la reserva del planeta pertenece solamente a su élite: 20% consumen el 80% de los recursos naturales disponibles.” (Camargo, 1999, pág. 21)

Con el informe Brutland de 1987 se definió por primera vez que era el “desarrollo sostenible” diciendo que era “el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”, es decir bajo el concepto de desarrollo sostenible se tienen que alcanzar los objetivos económicos, ambientales y sociales. Esto hizo que la preocupación por el medio ambiente dejara de ser simplemente una discusión pública, para convertirse en una cuestión con un relevante “trasfondo político y económico”. (Jordá Capitan, 2001 , pág. 25)

Estas iniciativas buscan introducir límites al desarrollo económico, para que este sea respetuoso de las generaciones presentes y futuras, es decir, se busca un cambio en la manera de pensar y de explotar nuestros recursos naturales. El desarrollo sustentable implica necesariamente “cambios substanciales en los objetivos y los factores, e introduce la noción de limite en los procesos que

comúnmente se denominan de desarrollo. Propone ampliar los objetivos para introducir conceptos de equidad intrageneracional e intergeneracional, satisfacer las necesidades del presente sin obstaculizar la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras, y sin limitar estas necesidades a las de índole puramente económico.” (Carrizosa, 1999, págs. 56-57)

En esa medida los límites del planeta y otros límites se erigen como el argumento más serio para lograr un cambio cultural en la manera de ver la explotación de recursos naturales así lo manifiestan (Boada Ortiz, Rocchi, & Kuhndt, 2005, pág. 110) en los siguientes términos:

“los límites del planeta son el factor más relevante para cambiar la concepción que la sociedad tiene de los recursos, no solamente por los problemas ambientales (contaminación y acumulación de desechos), sino también por otros factores como la saturación de los mercados (límite de la demanda), el desempleo (límite de la posibilidad de trabajo) y los conflictos por el control de recursos (límite de los recursos) entre otros.

Por tal razón, se ha llegado a considerar el principio de desarrollo sostenible como un principio general del derecho de gran trascendencia en las actuaciones de los órganos de la administración así como de particulares. Pues “la administración pública, e inclusive la privada, pueden discrecionalmente decidir (nunca arbitrariamente) las medidas que consideren adecuadas para garantizar y promover el desarrollo sostenible. Cuando ya han sido adoptadas todas las medidas (lo que supone que las mismas van dirigidas a alcanzar el fin garantizador del concepto jurídico indeterminado a que se hace referencia), debe entrar en acción el ejercicio de potestades.” (Amaya, 2012, pág. 236)

Es importante resaltar un gran aporte del concepto de desarrollo sostenible en lo que tiene que ver con “el esfuerzo por valorar, en términos monetarios, los bienes y servicios ambientales que proveen los ecosistemas, así como los costos de los impactos de las actividades humanas sobre el entorno. Este es un ejercicio bastante elaborado, ya que ponerle valor al agua limpia o la polinización que los ecosistemas nos brindan de manera gratuita, no es sencillo.” (Guhl, 2012, pág. 389)

El conflicto ambiental se reduce al conflicto de intereses y maneras de apropiarse de los recursos naturales, por ello: “el discurso del desarrollo sostenible y la legislación ambiental no se plasma en unos derechos unívocos e incontrovertibles. Los conflictos ambientales emergen del conflicto de intereses y estrategias diferenciadas de apropiación y aprovechamiento de la naturaleza en la era de la globalización económica-ecológica” (Leff, 2001, pág. 26)

Por tal razón, el desarrollo sostenible puede ser entendido como el logro de la estabilidad de las condiciones de vida, que permitan un equilibrio en las relaciones que sostiene la naturaleza con el hombre. Sin embargo, “para que estas relaciones sean sostenibles deberá definirse en la práctica que es lo que se pretende sostener: si el nivel de desarrollo de la sociedad (independiente del impacto ambiental que se genere, pues la riqueza material proveerá los recursos para la protección ambiental), o la base ecológica, a través del respeto a las leyes de la naturaleza, como condición para mejorar la calidad de vida de la sociedad y de los mismos ecosistemas.” (Pérez, Rojas, & Ordóñez, 2010, pág. 37)

Estamos de acuerdo con la segunda interpretación, ya que consideramos que si se cuida la naturaleza y se sostiene la base ecológica, se va a garantizar de manera efectiva la supervivencia

de nuestra generación y de las venideras, mientras que si se propende por sostener el nivel de desarrollo de la sociedad, tal vez sea perjudicial para la supervivencia del hombre mismo, pues ésta se logra en la mayoría de los casos con insensibilidad del impacto ambiental y es allí donde se ponen en riesgo la supervivencia del hombre mismo.

El hombre de hoy no puede ser egoísta con el hombre del mañana, es decir, no puede dejarle un mundo acabado y coartarle su derecho a gozar de un ambiente sano, y es por esa razón que tiene que darse un cambio en la planificación del desarrollo vinculando a la sociedad en las decisiones y arrancándolas del poder de decisión exclusivo de los poderes del mercado y del Estado, así:

“una planificación no se puede dejar ni a las fuerzas improvisadas del mercado ni a la conducción vertical y centralizada del Estado. Es necesario lograr fórmulas de escalonamiento entre la base social y la cúspide decisoria del Estado. Una verdadera democracia solo se puede establecer sobre la participación comunitaria en el diseño y la ejecución de los planes. Es necesario pasar de la democracia electoral a la democracia decisoria que puede definir qué es y cómo se alcanza el desarrollo. La planificación hay que hacerla descender hasta la base social. Este es otro de los retos ambientales. La comunidad de estar presente en la investigación previa, en el diseño de los planes, en su ejecución y en los controles evaluativos. Esta participación implica un cambio en los roles de los actores sociales.” (Angel Maya, 1997, pág. 266)

Con la incidencia de nuevos actores sociales en la formación de políticas ambientales y con la capacidad de contrarrestarlas cuando estas no buscan el bien común, esto “es fundamental en la búsqueda de la solución de disputas ambientales, el respeto a los derechos, a las culturas y

territorios de los pueblos indígenas y de las comunidades afro descendientes, que cuentan con otras formas de vida que tradicionalmente se han caracterizado por ser armónicas con la naturaleza. Para ello consideramos que un instrumento para recuperar la confianza, y para garantizar derechos étnicos, es la consulta previa, la cual se constituye en un mecanismo de prevención y solución de conflictos ambientales con estas comunidades,” (Londoño Toro, Rodríguez, & Herrera Carrascal, 2006, pág. 166)

4.4 De la responsabilidad por daño ambiental

Con fundamento en la responsabilidad civil del riesgo, se dan los primeros visos para la construcción de la responsabilidad por los daños ocasionados al medio ambiente. Con posterioridad a través del derecho internacional se proporcionaron importantes insumos para estructurar la responsabilidad por los daños al medio ambiente, separándolos de la responsabilidad civil, es decir, creando características propias de esta responsabilidad tales como los principios de prevención, precaución, y quien contamina paga.

El trato del medio ambiente y de los recursos naturales es en la actualidad un asunto muy serio pues tal como lo señala la doctrina “cabe recordar que cualquier intervención al ambiente conlleva como premisa el concepto de actividad de riesgo o peligro, y, por tanto, le son aplicables los principios generales de una buena gestión del riesgo, que implican:

- Proporcionalidad entre las medidas adoptadas y el nivel de protección elegido
- La coherencia de las medidas con las ya adoptadas en situaciones similares o utilizando

enfoques similares

- El análisis de las ventajas e inconvenientes, derivados de la acción o de la inacción
- La revisión de las medidas a la luz de la evaluación científica” (Calle Vásquez, 2006, pág. 307)

La introducción de todos estos factores para el análisis de la responsabilidad por daño ambiental, fueron determinantes para la mutación de una responsabilidad subjetiva a una responsabilidad en principio objetiva. “Esta tesis introduce elementos objetivos en la valoración de la responsabilidad, desplazando su atención de la falta de culpa que haya podido existir en el ejercicio de una actividad (negligencia o no) o la voluntariedad en el uso de un derecho con menoscabo de otros derechos” (Briceño, 2004, pág. 118)

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, refiriéndose al libro blanco sobre responsabilidad ambiental, a saber:

“El libro blanco sobre responsabilidad ambiental, publicado por la Comisión de las Comunidades Europeas y que tiene como propósito establecer las reglas en materia de responsabilidad ambiental alude al principio quien contamina, paga, el cual, al no aludir para nada al elemento subjetivo de culpa, parece inclinarse por la consagración de un régimen objetivo de responsabilidad. En el Derecho Nacional, en el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, también excluye toda referencia al elemento culpa, lo cual supone que acoge el mismo principio.” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 mayo de 2004 C.P Ricardo Hoyos Duque.)

Pese a lo anterior, existen quienes piensan que la responsabilidad por daño ambiental no puede ser siempre visto desde la responsabilidad objetiva, por eso prefieren hablar de una naturaleza mixta de la responsabilidad por daño ambiental, sobre el particular:

“No se puede apresuradamente predicar que el principio ‘ el que contamina paga ’ supone que el Estado sea responsable por toda contaminación ocurrida en el territorio nacional. El mencionado principio, en nuestro entender, no supone un régimen objetivo de responsabilidad en el campo del medio ambiente y, por el contrario, se observa que el mismo tiene, al igual que en el conjunto de la responsabilidad civil, una naturaleza mixta.”
(Henaó, 2000, pág. 26)

En cuanto a la reparación del daño ambiental hay que decir que no es suficiente con un intento de cuantificación para lograr una indemnización, sino que por el contrario deben buscarse medidas de reparación que impliquen necesariamente el restablecimiento del medio ambiente, pues de nada sirve una condena en dinero que probablemente no se invierta bien, en intentar volver el medio ambiente al estado que tenía antes de que acaeciera el daño. Sobre el particular señala la doctrina:

“ es preciso erradicar la creencia de la imposibilidad de resarcimiento del daño ambiental reemplazándola por nuevos postulados de reparación, pues existen legislaciones que han implantado mecanismos diferentes a los clásicos supuestos de la responsabilidad civil – dinerarios- los cuales no garantizan dejar indemne al medio ambiente; por tanto, se deben establecer criterios de reparación novedosos e ingeniosos que garanticen la efectiva recuperación del bien ambiental.” (Cabrera Pantoja, 2010, pág. 196)

Conclusiones

El Estado es responsable por el daño ambiental causado por la actividad minera en Colombia, ya sea, porque las CAR no desarrollaron bien sus funciones de vigilancia y control dentro de su jurisdicción, también puede ser porque los municipios y distritos no llevaron a cabo el control y vigilancia ambiental con asesoría de aquellas, incluso también puede ser responsable cuando el Ministerio de Ambiente no ejerció teniendo en cuenta que las circunstancias lo ameritaban, por ejemplo frente a una afectación de gran trascendencia al medio ambiente o por la facultad discrecional y selectiva, sobre los asuntos asignados a las Corporaciones Autónomas Regionales, para la evaluación y control preventivo, actual o posterior, de los efectos de deterioro ambiental que puedan presentarse por la ejecución de actividades o proyectos.

También se encontró dentro del estudio, que la principal causa de la ineficiencia del SINA, se debe a la desarticulación institucional y el desempeño de funciones de manera caótica, pues, pareciera que todas las autoridades en materia ambiental tuvieran un Plan de Acción con base en su interpretación subjetiva del Plan Ambiental Nacional, esto, sumado a la falta de un líder que maneje y oriente de manera adecuada el Sistema Nacional Ambiental, es lo que produce una acción administrativa ambigua y contradictoria, además de inconsistencias en las decisiones referentes a asuntos ambientales.

El principio de prevención debe ser respaldado por medidas eficaces que puedan repeler cualquier daño ambiental, ya que, como se sabe en lo que es posible conocer las consecuencias

derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, *a priori* las autoridades ambientales toman decisiones para mitigar las repercusiones. Sin embargo, el problema estriba en que cuando las amenazas de daño son imprevisibles o fueron mal previstas en el estudio de la autoridad competente deja sin soluciones eficaces a la administración para contrarrestar el daño ambiental, claro está que no se puede prever todas las situaciones de riesgo pero si se puede tener una desconfiada política defensora del ambiente para contrarrestar cualquier impase o falta de regulación.

En un país como Colombia donde la minería constituye una de las principales fuentes de ingreso, no es fácil tomar verdadera conciencia por parte de los dirigentes políticos para proteger el medio ambiente. Es decir, frente a las necesidades sociales de la población colombiana se hace difícil rechazar importantes ingresos, aun si para obtenerlos se tiene que sacrificar los recursos naturales y el medio ambiente. Asimismo, las personas que viven en lugares sujetos a vulneración ambiental no tienen el compromiso social para asumir una defensa del medio ambiente, quizá por falta de conocimiento o por falta de interés.

Referencias

- Alessandri, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago : Imprenta Universal.
- Amaya Navas, O. D. (2000). Apuntes sobre el derecho al ambiente sano. En U. E. Colombia, *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente* (págs. 75-97). Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Amaya, O. (2012). *El desarrollo sostenible y el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano*.

Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Angel Maya, A. (1997). *Desarrollo sostenible o Cambio cultural* . Cali : Imprenta Departamental del Valle del Cauca.
- Arias García, F. (2013). *Estudios de derecho Procesal Administrativo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ayala Caldas, J. E. (2002). *Aplicacon del Derecho Administrativo en Colombia*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Blackman, A., Morgenstern, R., & Sánchez-Triana, E. (2007). La descetralización: Una acción compensatoria . En E. Sánchez-Triana, K. Ahmed, & Y. Awe, *Prioridades ambientales para la reducción de la pobreza en Colombia* (págs. 75-114). Bogotá: Editorial Nomos S.A.
- Boada Ortiz, A., Rocchi, S., & Kuhndt, M. (2005). *Negocios y Sostenibilidad Más Allá de la Gestión Ambiental* . Bogotá : Editorial Politécnico Grancolombiano.
- Bolivar, S. (1992). *Doctrina del Libertador*. Caracas: Arte S.A.
- Briceño Chaves, A. M. (2009). Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental. En U. E. Colombia, *Daño Ambiental. Tomo II* (pág. 20). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Briceño Chaves, A. M. (2016). El principio de precaución y la actividad minera . En J. C. Henao, & M. d. García Pachon, *Minería y desarrollo. Medio ambiente y desarrollo sostenible en la actividad minera* (págs. 300-344). Bogotá : Universidad Externado .
- Briceño, A. M. (2004). *Planteamiento de la responsabilidad por daños ambientales*. . Bogotá.: universidad externado de colombia. .
- Cabrera Pantoja, J. (2010). Aproximaciones a la problemática de la responsabilidad por daño ambiental en el contexto internacional . En G. Rodríguez, & I. Páez Páez, *Temas de Derecho Ambiental: Una mirada desde lo público* (págs. 179-198). Bogotá : Editorial Universidad del

Rosario .

- Calle Vásquez, R. (2006). Procedimiento administrativo sancionatorio en materia ambiental . En B. Londoño Toro, G. Rodríguez, & G. Herrera Carrascal, *Perspectivas de Derecho Ambiental en Colombia* (págs. 292-321). Bogotá : Editorial Universidad del Rosario .
- Camargo, A. (1999). Desarrollo Sostenible antes y después de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo . En M. d. Ambiente, *Seminario Internacional de Gestión Social en Estudios Ambientales y Ejecución de Proyectos* (págs. 21-38). Bogotá: CAZTA Ltda.
- Carrizosa, J. (1999). La gestión ambiental en el contexto nacional. En M. d. Ambiente, *Seminario Internacional de Gestión Social en Estudios Ambientales y Ejecución de Proyectos* (págs. 39-64). Bogotá: CAZTA Ltda.
- Casabene de Luna, S. E. (2000). Nociones fundamentales sobre Derecho del Medio Ambiente . En U. E. Colombia, *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente* (págs. 27-47). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Castellanos, P. R. (2002). *Medio ambiente, calidad ambiental*. Salamanca: Aquilafuente.
- Contraloría General de la República. (30 de 05 de 2016). *contraloria.gov.co*. Obtenido de *contraloria.gov.co*:

<http://www.contraloria.gov.co/documents/155638087/176618096/Separata+Mineria+ilegal.pdf/70443f0b-7b9c-4ed9-88f2-297f1d2db404>
- Cutanda, B. L. (2009). *Derecho ambiental administrativo*. Madrid: Dykinson.
- De Cupis, A. (1970). *El Daño. Traducido por Ángel Martínez Sarrión*. Barcelona: Bosch.
- Dromi, J. R. (1986). *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública* . Madrid: Editorial Grouz.
- Escobar Gil, R. (1989). *Responsabilidad contractual de la administración pública* . Bogotá: Editorial Temis .

- fernandez, J. R. (2002). *El principio de precaución*. Barcelona.: Icaria. .
- Fiorini, B. (1968). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Edit. La ley .
- García de Enterría, E. (2009). *Democracia, Jueces y Control de la Administración* . Madrid : Editorial Arazandi S.A.
- García García, M. J. (2003). *Técnicas preventivas de protección ambiental en el régimen de uso y utilización del dominio público hidráulico*. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- García Pachon, M., Ortiz Rodríguez, A., & Bustos Niño, L. (2016). Derecho de aguas y minería en Colombia . En J. C. Henao Pérez, & M. García Pachon, *Minería y Desarrollo* (págs. 107-151). Bogotá : Universidad Externado.
- García, R. F. (2006). *La dimensión económica del desarrollo sostenible*. Alicante: Club Universitario.
- García, R. F. (2006). *Principales obligaciones medioambientales para la pequeña y mediana empres*. Alicante: Club Universitario.
- Giraldo, L. (2011). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en e campo de la responsabilidad médica*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia .
- Gordillo, A. (1975). *Tratado de Derecho Administrativo* . Buenos Aires : Ediciones Macchi.
- Güecha Medina, C. N. (2008). *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Güechá Medina, C. N. (2012). *Responsabilidad del Estado por Actos de Terrorismo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Güechá Medina, C. N. (2013). *Acciones o Pretenciones Contencioso Administrativas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Guhl, A. (2012). Biodiversidad y Desarrollo . En J. Sánchez, & S. Madriñán, *Biodiversidad, Conservación y Desarrollo* (págs. 379-408). Bogotá: Ediciones Uniandes .
- Hattenhauer, H. (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona : Ariel .

- Henao Pérez, J. (1998). *El Daño*. Bogotá: Univesidad Externado de Colombia.
- Henao Pérez, J. C. (1996). Presentacion General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. En U. E. Colombia, *II Jornadas Colombo- Venezolanas de Derecho Público* (págs. 732-802). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao Pérez, J. C. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C. (2000). La responsabilidad el Estado colombiano por daño ambiental . En U. E. Colombia, *Responsabilidad por daños al medio ambiente* . Bogotá : Universidad Externado de Colombia .
- Hinestrosa, F. (1964). *Conferencias de Derecho Civil Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas. (1972). *Manual de Legislacion de Aguas*. Bogotá.
- Jordá Capitan, E. (2001). *El derecho a un medio ambiente adecuado* . Navarra: Arazandi Editorial .
- Josserrand, L. (1951). *Derecho Civil. Tomo II Vol. I Teoría General de las Obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y cía Editores.
- Le Tourneau, P. (2010). *La Responsabilidad Civil. (Traducción de Javier Tamayo Jaramillo)*. Bogotá: Legis S.A.
- Leff, E. (2001). *Justicia Ambiental* . PNUMA.
- Londoño Toro, B., Rodríguez, G., & Herrera Carrascal, G. (2006). *Perspectivas del Derecho Ambiental en Colombia*. Bogotá : Editorial Universidad del Rosario .
- Loperena Rota, D. (1996). *El derecho al medio ambiente adecuado* . Madrid : Cuadernos Civitas.
- López, M. (2009). *Elementos de la responsabilidad civil*. Bogotá : Biblioteca Jurídica Diké.
- Lozano Cutanda, B. (12 de diciembre de 2005). *Dialnet*. Recuperado el 11 de octubre de 2015, de

Dialnet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1371923>

- Marienhoff, M. (1973). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Albeledo- Perrot.
- Martín Mateo, R. (1991). *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid .
- Martinez, G., & Tamayo, C. (2003). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis.
- Mazeaud, H. (1960). *Lecciones de derecho civil Vol.II, La responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- Merkl, A. (2014). *Teoría General del Derecho Administrativo*. México D.F.: Ediciones Coyoacán.
- Mesa Cuadros, G. (2013). *Derechos ambientales en perspectivas de integralidad*. Bogotá : Universidad Nacional de Colombia .
- Molina, P. M. (1995). El principio "quien contamina, paga" desde la perspectiva jurídica. *Noticias de la Union Europea*, 81-92.
- Mora Cicedo, E., & Rivera Martinez, A. (2004). *Derecho Administrativo y Procesal Administrativo*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Morales, J. F. (Noviembre de 2003). *Una aproximación sintética sobre impactos ambientales de la minería no legal*. Obtenido de Contraloría General de la Republica:
<http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/182119332/MineriaEnColombia-Vol2.pdf/6cc33e0c-29e9-4a65-8561-1215fa8d07a0>
- Navia, F. (2000). La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política. *Revista de Derecho Privado*, 211-231.
- Ordoqui, G., & Olivera, R. (1974). *Derecho Extracontractual. Compendio de Responsabilidad Extracontractual* . Montevideo : Ediciones Jurídicas Amalio Fernández.
- Ospina Garzón, A. F. (2016). La eficacia de las sanciones administrativas en materia minera. En J. Henao, & M. d. Garcia Pachon, *Minería y Desarrollo Tomo II* (págs. 408-435). Bogotá : Universidad Externado.

- Paillet, M. (2001). *La responsabilidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Paillet, M. (2001). *La Responsabilidad Administrativa. (Traducción de Jesús María Carrillo Ballesteros)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Parada, R. (2012). *Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Penagos, G. (1995). *Derecho Administrativo* . Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Pérez, M., Rojas, J., & Ordóñez, C. (2010). *Desarrollo Sostenible. Principios, aplicaciones y lineamientos de política para Colombia*. Cali: Artes Gráficas del Valle Ltda.
- Planiol, M., & Ripert, G. (1936). *Tratado Práctico de Derecho Civil Frances T. VI. Las obligaciones* . La Habana: Editorial Cultural S.A.
- *Portafolio.com*. (6 de Julio de 2015). Obtenido de <http://www.portafolio.co/archivo/documento/CMS-6302212>
- Rave Martínez, G. (1988). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia* . Medellín : Dike .
- Roca, E. (1998). *Derecho de Daños* . Valencia : Tirant lo blanch.
- Rodríguez, G., & Pàez, I. (2012). *Temas de Derecho Ambiental: Una mirada desde lo público*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario .
- Rojas Quiñones, M. C. (2004). *Evolución de las características y los principios del derecho internacional ambiental y su aplicación en Colombia* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Rota, D. L. (1998). *Los principios del Derecho Ambiental*. Madrid: Civitas.
- Ruiz Orjuela, W. (2010). *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes* . Bogotá: Ecoe Ediciones .
- Saavedra, R. (2005). *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá : ediciones Gustavo Ibáñez,.
- Sabogal, A. R. (2000). Política, legislación y gestión ambiental en Colombia . En U. E. Colombia,

Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente (págs. 97-81). Bogotá : Universidad Externado de Colombia .

- Salazar, B. E. (2009). El principio de precaucion y aplicacion judicial. *Revista de la facultad de derecho y ciencias politicas* , 288.
- Santos Ballesteros, J. (2012). *Responsabilidad Civil*. Bogotá: Editorial Nomos.
- Sanz Larruga, J., Garcia Perez, M., & Pernas Garcia , J. (2013). *Libre mercado y protección ambiental*. Madrid: Instituto Nacional de Adminstracion publica.
- Sierra, A. O. (2013). El papel del Estado en el manejo y control de los riesgos ambientales. En O. D. Amaya Navas , & M. P. Garcia Pachon, *Derecho Sancionatorio Ambiental* (págs. 143 - 180). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tamayo Jaramillo, J. (1986). *De la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Editorial Temis .
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil. T,II*. Bogotá : Legis.
- Valencia, A., & Ortiz, A. (2004). *Derecho civil. De las obligaciones* . Bogotá: Temis.
- Vargas Valencia, F. (2013). Minería, conflicto armado y despojo de tierras: impactos, desafios y posibles soluciones jurídicas. En C. G. República, *Mineria en Colombia: derechos, políticas públicas y gobernanza* (pág. 57). Bogotá: Contraloria General de la República .
- Viveros Gaviria, E. H. (2000). Poder Sancionatorio y Derecho Ambiental . En U. E. Colombia, *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente* (págs. 47-75). Bogotá : Universidad Externado de Colombia .
- Younes Moreno, D. (2007). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-027, Sala Plena (M.P.: Juan Carlos Henao 27 de

Enero de 2011).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-366, Sala Plena (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva 11 de Mayo de 2011).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-367, Sala Plena (M.P.: Juan Carlos Henao 2011 de Mayo de 2011).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-595, Sala Plena (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio 27 de Julio de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-216/93, Sala Plena (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo 9 de Junio de 1993).

Corte Suprema de Justicia. Exp.1933, Sala Plena (M.P.: Hernando Gómez Otálora 24 de Agosto de 1989).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-073, Sala Plena (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz 23 de Febrero de 1995).

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-293, Sala Plena (M.P.: Alfredo Beltrán Sierra 23 de Abril de 2002).

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-339, Sala Plena (M.P.: Jaime Araujo Rentería 07 de Mayo de 2002).

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-366, Sala Plena (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva 11 de Mayo de 2011).

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-528, Sala Plena (M.P.: Fabio Morón Díaz 24 de Noviembre de 1994).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-595, Sala Plena (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio 27 de Julio de 2010).

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-671, Sala Plena (M.P.: Jaime Araujo Rentería 28

de Junio de 2001).

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-703, Sala Plena (M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 6 de Septiembre de 2010).

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-988, Sala Plena (M.P.: Humberto Sierra Porto 12 de Octubre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-216/93, Sala Plena (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo 9 de Junio de 1993).

Legislación

Constitución Política de Colombia. Art. 53. Julio 7 de 1991

Constitución Política de Colombia. Art. 332. Julio 7 de 1991

Ley 141 de 1994, por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones, 30 de Julio de 1994. Diario Oficial 41414.

Decreto 2636 de 1994, por el cual se reglamenta el artículo 58 de la Ley 141 de 1994.

Código de Minas y Energía, Ley 685, Art. 165., 8 de Agosto de 2003, Diario Oficial 45273

Ley 1382 de 2010, por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas, 9 de Febrero de

2010. Diario Oficial 47618

Decreto 1343 de 1937, por el cual se reglamentan los contratos para la exploración y explotación de las minas de aluvión de metales preciosos de la reserva nacional y de los artículos 1, 2, 3, y 4 de la Ley 13 del presente año, Diario Oficial 23683 de 22 de Julio de 1937.

Decreto 796 de 1938, por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el aprovechamiento de aguas de uso público y se deroga el decreto 1497 de 1937, de 3 de Mayo de 1938. Diario Oficial No 23772

Decreto 805 de 1947, Por el cual se reglamenta la Ley 85 de 1945, se sustituyen los Decretos 1054 de 1932 y 1343 de 1937 y se dictan otras disposiciones sobre minas. De 24 de marzo de 1947. Diario Oficial No. 26.386.

Decreto 1371 de 1953, Por el cual se establece el código Sanitario Nacional. De 1 de Septiembre de 1953. Diario Oficial No 28229.

Ley 23 de 1973, Por el 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. De 17 de enero de 1974 Diario Oficial No 34.001.

Decreto 2811 de 1974, Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. De 28 de Diciembre de 1974 Diario Oficial No 34243.

Decreto 1584 de 1984, por el cual se reglamenta parcialmente el Título I de la Ley 09 de 1979, así como el Capítulo II del Título VI - Parte III - Libro II y el Título III de la Parte III Libro I del Decreto 2811 de 1974 en cuanto a usos del agua y residuo líquidos. De 26 de Julio de 1984. Diario Oficial No 36700.

Decreto 2655 de 1988, Por el cual se expide el Código de Minas. De 23 de Diciembre de 1988. Diario Oficial No 38626.

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. De 22 de Diciembre de 1993. Diario Oficial No 41146.

Ley 1333 de 2009, Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones. De 21 de Julio de 2009. Diario Oficial No 47417.

Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país” de 9 de Junio de 2015. Diario Oficial No 49538.

Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre. Jefatura del Estado. Publicado en BOE núm. 74 de 28 de marzo de 1989. Vigencia desde 28 de marzo de 1989. Esta revisión vigente desde 5 de abril de 2007 hasta 15 de diciembre de 2007.

Ley General del Equilibrio Ecológico y La Protección al Ambiente. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1988. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

Nuevo Código Civil publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 Publicado en Gaceta de 25 de Julio de 1889. Vigencia desde 01 de Mayo de 1889. Esta revisión vigente desde 15 de Octubre de 2015 hasta 30 de Junio de 2017.