



**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL AMBIENTE, UN DESAFÍO DE
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL INHERENTE A LA FUNCIÓN
ADMINISTRATIVA DEL ESTADO COLOMBIANO.**

Tesis presentada por:

RAMÓN SÁNCHEZ CRUZ

Para optar al Título de Magíster en Derecho Público

Revisada por:

JANNETH MILENA PACHECO BAQUERO

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO
COHORTE XI
2018**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	v
1. PREGUNTA JURÍDICA.....	1
2. HIPÓTESIS	2
3. OBJETIVOS.....	3
3.1 Objetivo general:.....	3
3.2 Objetivos específicos:	3
4. PLAN DE TRABAJO	4
 CAPÍTULO I.	
1. “LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL AMBIENTE”, PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL Y TENDENCIAS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO FRENTE A DAÑOS ECOLÓGICOS Y AMBIENTALES.....	6
1.1 La Constitucionalización del ambiente en Colombia.	8
1.2 Principios del derecho ambiental.	15
1.3 Responsabilidad del hombre en la protección del ambiente.	25
1.4 Regímenes tradicionales y actuales de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia ambiental.	30
1.5 El derecho comparado y su posición frente a la protección del ambiente.	40

2. MECANISMOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DEL AMBIENTE. 47

2.1 La Acción de Tutela - (AT) Art. 86 C.P. -	47
2.2 La Acción de Cumplimiento – (A.C.)- Art. 87 C.P. -	52
2.3 La Acción Popular - (AP) y de Grupo (AG) Art. 88 C.P. -	54
2.4 Mecanismos constitucionales de participación dirigidos a la defensa del ambiente.	61
2.4.1 La Consulta Popular como mecanismo de participación democrática para proteger el ambiente.	62

CAPÍTULO II. 66

1. EL ACTIVISMO JUDICIAL EN LOS CONFLICTOS AMBIENTALES..... 66

1.1 El fenómeno del activismo judicial y el rol del juez en materia ambiental.	67
1.2 Precedentes, conflictividad y desarrollo jurisprudencial en materia ambiental.....	72
1.2.1. Hacia la descontaminación del “Rio Bogotá” una tarea pendiente.....	75
1.2.2. Rio Atrato “Sujeto de Derechos”.....	83
1.2.3. La deforestación de la Amazonia y la protección otorgada por la Corte Suprema de Justicia.	94

2. LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO EN MATERIA AMBIENTAL UNA META POR CUMPLIR. 97

2.1 El daño antijurídico frente a impactos ambientales y rigor técnico ambiental.	98
2.1 La prevención del daño antijurídico en materia ambiental.	101
2.2 La evaluación económica de los impactos ambientales como mecanismo de prevención del daño antijurídico.....	107
2.3 Hacia nuevos Regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado en materia ambiental.	112

CAPÍTULO III.....	116
1. DEBIDA PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN.....	116
1.1 La sociedad del riesgo y los principios del derecho ambiental.....	117
1.2 La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano en sede internacional.	120
2. ASPECTOS GENERADORES DE NUEVOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN MATERIA AMBIENTAL.....	124
2.1 Factores facticos y jurídicos generadores de nuevos regímenes de responsabilidad ambientales de alto impacto patrimonial.....	125
2.2 Nuevos regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado en materia ambiental.	129
CONCLUSIÓN	135
BIBLIOGRAFÍA.....	139

INTRODUCCIÓN

El contenido y desarrollo del presente trabajo, propone un nuevo y dinámico contexto del derecho ambiental, integrado por naturaleza al derecho administrativo, constitucional y derecho Público. El Estado colombiano obligado ante la constitucionalización de ambiente, a desarrollar políticas públicas verdes, estrategias de Gobierno que garanticen el verdadero desarrollo sostenible y resiliente, no sólo, a las futuras generaciones, sino a las presentes, garantizando derechos de rango supraleales. No puede concebirse como única fuente del desarrollo económico de un país, a coste de los bienes comunes - recursos naturales -; los recursos naturales pueden ser explotados y administrados, de manera racional, compensatoria, con meridiana certeza científica de los impactos negativos, estudios de impacto ambientalmente cumplibles y sobretodo con conciencia ambiental – mandato constitucional consagrado en los artículos 79 y 80 C.P. -. Presupuestos que deben ser aplicados por iniciativa del propia Estado, pero que han sido integrados al llamado “activismo judicial ambiental”, que integra esferas jurídicas y competencias propias del legislativo y ejecutivo, legislando desde los fallos de las altas cortes y generadores impactos fiscales en el presupuesto Nacional, para salvaguardar los “bienes comunes naturales” - entendido recursos naturales -.

Encierra de plano la imperiosa necesidad, de no permitirse caer en trajinadas temáticas “medio-ambientalistas”, cimentadas en estructuras semánticas, es decir, la protección del medio... ambiente, de plano la discusión se entiende centrada en la mitad del ambiente, abogados con maestrías en derecho público - medio ambientalistas - en una sociedad que requiere abogados,

defensores no sólo, de la mitad del ambiente, es decir abogados con conocimientos jurídicos en derecho ambiental entronizado en el derecho público, en pro y armonizador a través de soluciones jurídicas a los conflictos ambientales, que garanticen el desarrollo sostenible y la materialización de los principios del derecho ambiental.

El pasaje bíblico del “Arca de Noé” permite plantear, uno de los primeros conflictos en materia ambiental, en cuanto al número de árboles¹ talados, sin permiso de aprovechamiento forestal, sin salvo conductos para su transporte o transformación, menos, un inicio de proceso administrativo sancionatorio (Ley 1333, 2009). Ninguna de estas formas propias del derecho ambiental aplicaban en esa época, - ¿sin embargo quien se atrevería a sancionar a la persona elegida para preservar la vida en el planeta con el aprovechamiento de un recurso natural renovable? – contrario *sensu* a nuestra realidad ambiental, donde es normal, contaminar, degradar, avasallar, devastar, ocasionar daños ecológicos y ambientales, no con el fin de salvar la humanidad, sino, para beneficios económicos de preservación de modelos neoliberal de enclave netamente exportador de “bienes comunes”, y no para subsistencia de los seres humanos.

La reflexión *ut supra* tiene relevancia, en el entendido que el fin del aprovechamiento de los recursos naturales – en la construcción del “arca de Noé”- estaba orientado a la “preservación de la humanidad” que de una u otra manera, iban a ser arrasada por la propia naturaleza de la faz del planeta tierra. Sin embargo, la realidad actual es contradictoria, se acaba con los recursos naturales de manera indiscriminada, no para preservar la vida, sino, para mantener modelos

¹ Al parecer fueron “*arboles gofer*” reconocida como madera resinosa como la del ciprés, el cual crecía en abundancia en aquella parte del mundo, como se referencia en la historia para la construcción de barcos, apreciados por fenicios y Alejandro Magno, por su resistencia al agua y conservación.

económicos basados en actividades de gran impacto ambiental, “mueren²” ríos por efectos de la contaminación³, minería ilegal y cambio climático, simplemente desaparecen o son desviados⁴ por intereses de empresas trasnacionales o para cumplir con tratados de libre comercio y otras propuestas propias del quehacer de políticas agresivas, en detrimento de la conservación de la especie humana. Un reto personal, académico, laboral y profesional, pretendido con este trabajo académico, debe tener como producto un acercamiento a la finalidad del derecho ambiental y la definición de los nuevos regímenes de responsabilidad patrimonial en materia ambiental del Estado Colombiano.

La constitucionalización de la protección del ambiente, con sus necesidades propias y dinámicas de sobrevivencia de los seres humanos, frente su protección, integran a las constituciones el denominado “sentimiento constitucional” (Verdó, 1985), denominado por Ferrajoli “derechos vitales”. Canosa Usura, citado por Amaya Navas (2010) afirma que lo ambiental:

“Posee una textura distinta de la de otros intereses integrados en el Estado social. Es más complejo, y su realización, en armonía con los otros, más costosa. Y ello porque el bien jurídico ambiental está en potencial conflicto con cualquier otro bien constitucional (clásico o social). La capacidad de lo ambiental para converger, su carácter poliédrico y su óptica expansiva obligan un

² El río Sambingo, ubicado en el departamento del Cauca y río tributario del río Patía, fue el primer río en Colombia que desapareció por completo a causa del fenómeno del Niño y la minería, hoy se encuentra en proceso de recuperación, pero es una difícil tarea. Datos tomados de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/fenomeno-de-el-nino-se-seca-el-primer-río-en-colombia/458485>.

³ En el 2018, el afloramiento de petróleo del campo Lizama, ha contaminado dos quebradas, Caño Muerto y la Lizama, y el crudo avanza por el río Sogamoso con dirección al Magdalena, uno de los ríos más importantes del país. El derrame generado por Ecopetrol, la empresa petrolera más grande del país, aún no se logra controlar y afecta a 16 comunidades del departamento de Santander; Más de 1000 animales han sido rescatados del derrame más grande de los últimos tiempos en el país, causado por el afloramiento de 24 000 barriles de petróleo.

⁴ El pretendido desvío del río Ranchería entre los municipios de Barrancas y Hato Nuevo en La Guajira, por parte del Cerrejón, cambio de curso que afectaría a todo el departamento ya que es la principal fuente de agua dulce de la región.

replanteamiento completo del Estado social que lo asuma, impregnando las políticas sociales y económicas de componentes ambientales”.

La Corte Constitucional de contera, denomina la Constitución Política de 1991 “constitución ecológica o verde”. Equiparando con ello, aspectos de relevancia constitucional – constituciones económicas, social, y cultural – en lo relativo al conjunto de principios en las relaciones económicas, no más importantes que la conservación de la vida de los seres humanos. De entrada se visibilizaría una nueva dimensión de garantías constitucionales con un núcleo esencial y particular, la libertad personal y de los derechos fundamentales integrados en un conjunto de reglas generales con tendencia en el nacimiento de situaciones ambientales facilitadoras del ejercicio de las libertades individuales.

La doctrina especializada, día a día, se dirige hacia una nueva tendencia denominada “derecho constitucional del medio ambiente”, con una entidad aún no muy arraigada, con marco normativo diferenciador, y definido por el derecho internacional como: *“el conjunto de normas materiales o formalmente constitucionales que se refieren a la protección de los elementos naturales indispensables para el mantenimiento del equilibrio ecológico y, por lo tanto, para asegurar una mínima calidad de vida a las generaciones presentes y futura⁵”*.

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado frente a afectaciones ambientales, existen dos tipos de daños distintos y diferenciables, según lo establece el máximo órgano de lo contencioso administrativo (Rad. No. 08001-23-31-000-1997-12087-01(41363),

⁵ En estos términos es descrito en Alemania, por el contenido del derecho constitucional del medio ambiente (Umweltver-fassungsrecht); (Erich Schmidt, 1982, pp. 25 y ss).

1997), en un extremo, aquellos daños al interés colectivo como el ambiente, y en el otro, los daños particulares y concretos que nacen como consecuencia de la lesión ambiental.

“En cuanto a los daños colectivos sobre el ambiente. Según la Corte Suprema de Justicia en este caso se trata del perjuicio que recae sobre el ambiente, esto es, un valor, interés o derecho público colectivo, supraindividual, cuyo titular es la humanidad o la colectividad en general, no un particular ni sujeto determinado, esto es, el quebranto afecta, no a una sino a todas las personas, y “exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las 'cosas comunes' que en ocasiones hemos designado como 'bienes ambientales' tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Se trata entonces de aquello que se ha convenido llamar 'perjuicios ecológicos puros' “(Geneviève Viney y Patrice Jourdain., *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 55; a la locución, "daño ambiental puro" refiere la Ley 491 de 1999, art. 2º, inciso 2º, respecto del “seguro ecológico”). (Sentencia Mayo 16. Rad. 52835-3103-001-2000-00005-01, 2011)

Definido el tema *Ut supra*, debe entenderse que cuando se trata de un daño ambiental puro sin pretensiones indemnizatorias, que cuestiona derechos colectivos, la acción popular es la vía procesal idónea para el logro de su protección. Contrario *sensu*, en el escenario de los daños ambientales impuros, entendidos, como los que se suscitan con ocasión de las afectaciones de las lesiones ambientales, la acción pertinente es la acción de grupo o la ordinaria de reparación directa - como medio de control en los términos del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) – mecanismos procesales idóneos para que cualquier persona o un colectivo de personas ejercite su derecho, si busca pretensiones indemnizatorias.

En Colombia, en la actualidad ante una ambivalente tendencia de aplicación frente a la responsabilidad por omisión del ejercicio de las autoridades administrativas, la línea mayoritaria se ha dirigido a implementar un régimen objetivo de responsabilidad en materia ambiental. Principalmente dicha tendencia parte de dos principios: a). la solidaridad de la responsabilidad ante circunstancias fácticas que no permite de entrada la plena individualización de los infractores del daño ambiental, y b). la tendencia en el mundo contemporáneo establecida como regla “quien contamina paga”. (Sentencia C-449,2015)

Premisas, como la planteada por Cuadros (2007), *“una de las mayores riquezas de la discusión sobre los derechos ambientales y los derechos colectivos... incorpora una nueva dimensión sobre los sujetos, que supera la visión exclusivamente individualista de los derechos civiles y políticos, para enunciar los derechos de grupos y colectividades”*(pág. 48); en contexto de los principios: de progresividad del derecho ambiental, no regresión normativa (Priour, 2013), la globalización corporativa, estándares ambientales de la normatividad interna y la responsabilidad universalizada de protección del ambiente.

De la responsabilidad atribuida al Estado, en tema de protección del ambiente su desarrollo jurisprudencial de antaño, reza:

“se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y

aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera”. (Sentencia C-431, 2000)

La tendencia no es absoluta en materia de responsabilidad patrimonial del Estado en temas ambientales, bajo el entendido que la responsabilidad por daños ocasionados al ambiente no puede estar limitada, en títulos de imputación objetiva – tendencia actual - , pues contrario *sensu*, otra tendencia no menos importante – tendencia de nuevos regímenes de responsabilidad patrimonial de Estado en materia ambiental -, encuadra en los títulos de imputación manejados desde un escenario cuya naturaleza, es de carácter subjetivo, en los casos de responsabilidad ambiental los elementos esenciales nacen de los regímenes tradicionales y actuales, negligencia, imprudencia o impericia de los actores que incumplen los parámetros legales, o en otros escenarios, quienes estando en la legalidad y cumplen con los mínimos legales para desarrollar sus actividades, incumplen las obligaciones impuesta por el Estado, desencadenando impactos ambientales negativos sobre el ambiente, con la consecuente responsabilidad por omisión en el ejercicio de las competencias administrativas del Estado.

Los nuevos regímenes de responsabilidad ambiental – responsabilidad mixta o conjunta de régimen objetiva/subjetiva - se enmarcan básicamente en cinco principios⁶ de gran relevancia ambiental, que encuadran en igual sentido frente a la responsabilidad del Estado o de los particulares.

⁶ 1. Principio de Precaución; 2. Principio de la seguridad jurídica; 3. Principios de la reparación plena del daño; 4. Ruptura del clásico axioma de la responsabilidad por culpa; 5. La inversión de la carga de la prueba.

La incorporación del concepto de daño antijurídico⁷, es determinante para un acercamiento al régimen de responsabilidad por omisión en el ejercicio de las competencias administrativas; Bajo la premisa *el Estado responderá por los daños antijurídicos que le sean atribuibles, causados por la acción u omisión de las autoridades....*” en la órbita constitucional se consagra la cláusula constitucional de responsabilidad patrimonial de la administración pública, con elementos directos específicos de rango constitucional y no subsidiarios de otras normas.

Toda acción u omisión, desde el contexto legal del marco normativo ambiental (Decreto Ley 2811, 1974; Ley 99, 1993; Ley 165, 1994), determina de manera primigenia la responsabilidad ambiental. En el campo especial de los resultados de la responsabilidad administrativa sancionatoria (Ley 1333, 2009), en igual sentido rige, la omisión de evitar el daño ambiental, con los mismos parámetros utilizados para configurar la responsabilidad civil extracontractual que establece el Código Civil (*daño – hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos*).

En el contexto jurídico que antecedió la “Constitución Ecológica”, ya existía una cláusula de responsabilidad mixta que determinaba: *“El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares los serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad*

⁷ En cuanto a la imputación del daño, el artículo 90 de la Constitución Política establece que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

del Estado” (Sentencia 13 de mayo, 2004)⁸. La disposición ídem, consagraba el argumento normativo singular, concreto y específico de la responsabilidad civil ambiental, bajo el contexto de norma jurídica posterior, especial y preferente a la general estipulada en el Código Civil, y de forma ulterior a nuestra “Constitución Ecológica”, nace a la vida jurídica el régimen sancionatorio colombiano en el año 2009.

De gran relevancia es, abordar el principio de prevención, que obedece en su concepción a la pretérita responsabilidad patrimonial del Estado derivada por omisión en su deber funcional, propio de sus competencias en la protección del ambiente, aspecto que determina, que la responsabilidad por daños ambientales, no es exclusivamente objetiva, contrario *sensu* podría dirigirse ante la responsabilidad propia de las autoridades administrativas, previa demostración de una falla en el servicio (Gil, 2013), o responsabilidad extracontractual del Estado. *A prima facie* el principio de prevención obliga a que el Estado a través del ejercicio de sus competencias administrativas, deba no sólo mostrar, sino actuar con la debida diligencia en su condición de autoridad administrativa ambiental.

El análisis de aspectos constitucionales antes y después de la “Constitución Ecológica”, acogiendo la protección y defensa del ambiente desde ópticas diferenciales, parten de la obligación propia asignada al Estado en su calidad de garante, los nuevos sujetos de derechos, sus obligaciones al amparo del principio de corresponsabilidad y derecho colectivo a gozar de un ambiente sano de las actuales y futuras generaciones. Aspectos externos relevantes como los

⁸ “El libro blanco sobre responsabilidad ambiental, publicado por la Comisión de las Comunidades Europeas (Bruselas, 2000) 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 culpa, parece inclinarse por la consagración de un régimen objetivo de responsabilidad, En el Derecho nacional, el artículo 16 de la ley 23 de 1973, también excluye toda referencia al elemento culpa, lo cual supone que acoge el mismo principio.”

límites al ejercicio pleno de los derechos y compromisos de carácter económico cuando se anteponen a la protección del ambiente. (Amaya, 2014)

En el análisis del desarrollo jurisprudencial serán de gran relevancia, jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia (Exp. 52835-3103-001-2000-00005-01, 2008), Consejo de Estado (Rad. No. 10010326000201500126-01, 2016), Corte Constitucional (Sentencia C-035, 2016), en materia del modelo de responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio propio de sus competencias en materia de administrativa y contrastado con modelos de responsabilidad aplicados en el derecho comparado.

En materia ambiental, la responsabilidad del Estado tiene su origen en la “Constitución Ecológica” en la cláusula constitucional de responsabilidad (Art. 90), sin embargo esta en evolución, bajo una premisa clara – los esquemas tradicionales de la responsabilidad ambiental no resuelven los actuales conflictos ambientales – existen vacíos jurídicos, que han tratado de ser desarrollado por vía de jurisprudencial:

"La preservación y conservación del ambiente, es una responsabilidad que compromete la acción conjunta del Estado y de los particulares. El desarrollo de una labor productiva, así como la libre iniciativa privada, dentro de un marco de legalidad, no pueden considerarse en términos absolutos, pues visto está que la preservación del ambiente sano, además de ser un deber inalterable e incondicional, es perenne, pues recae sobre algo necesario: la dignidad de la vida humana". (Sentencia SU-67 de 1993).

En el ordenamiento interno se predica responsabilidad subjetiva, objetiva y una tendencia marcada hacia la responsabilidad mixta o conjunta en materia ambiental, con títulos de imputación,

diversos – culpa y dolo en materia de responsabilidad civil , falla en el servicio, daño especial y riesgo excepcional entre otros en sede administrativa - frente a la afectación de los recursos de un país megadiverso, por su biodiversidad, fuentes hídricas, componentes biótico y abiótico, pero con un alto riesgo de poder conservar su patrimonio ambiental, por inaplicación del rigor normativo consagrado en el derecho ambiental, que sin ser lo máximo, permite aplicar mecanismos e instrumentos de control regulados jurídicamente que determinan una herramienta relevante en la conservación y protección del ambiente.

La regulación normativa del ambiente, es abundante, incluye principios fundamentales sobre prevención, control de la contaminación y preservación de componentes ambientales - Aire, agua, suelo, fauna y flora -, otorgando facultades al Presidente de la República para expedir el Código de los Recursos Naturales <Ley 23 de 1973>”; Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente” – CNRRN - <Decreto 2811 de 1974>; Código de Minas <Ley 685 de 2001 desarrollado y reglamentado por un sin número de decretos>; norma que crea el Sistema Nacional Ambiental en Colombia – SINA <Ley 99 de 1993>; ley especial para adelantar procesos administrativos sancionatorios en materia ambiental <Ley 1333 de 2009>; decreto único reglamentaria del sector ambiente basado en la política pública gubernamental de simplificación y compilación orgánica del sistema nacional regulatorio en materia (Decreto 1076, 2015), que a la fecha cuenta con varios decretos que lo han adicionado (Decreto 284, 2018). Las normas antes referidas, son apenas un marco general de la riqueza normativa de cada uno de los instrumentos y componentes del sector ambiente, que ampara componentes como: el suelo, aire, agua, fauna y flora.

La conflictividad y nuevos actores depredadores en materia ambiental, son diversos en Colombia, minería ilegal, contaminación de fuentes hídricas por vertimientos directos, incumplimiento de obligaciones consagradas en permisos, autorizaciones, concesiones y las licencias ambientales, tráfico de fauna y flora, contaminación atmosférica, contaminación con mercurio, inadecuadas prácticas ambientales entre otras. Casos emblemáticos que han debido ser resueltos en sede de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia e instancias internacionales - Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) -.

La protección del ambiente, ha logrado un gran desarrollo en el ámbito internacional con principios propios del derecho internacional público, ligados a la protección del ambiente. Principios como: la soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daños al ambiente por parte de otros Estados⁹; acción preventiva o de prevención, precautorio o de precaución (Lorenzetti, 2011, pp 77)¹⁰; desarrollo sostenible; quien contamina paga; responsabilidad común pero diferenciada, humildad; “*Pro Natura*”; progresividad y no regresión normativa; y de rigor subsidiario.

⁹ Hace referencia a la responsabilidad internacional por daño ambiental fronterizo, ejemplo el caso entre Estados Unidos y Canadá por generación de emisiones (dióxido de azufre) provenientes por una fundición situada en Canadá, que afectaba por las emisiones que ingresaban a los cultivos, ganado y propiedades en Estados Unidos, se resolvió a través de laudos arbitrales en los años de 1935 y 1941.

¹⁰ “Cuando la ocurrencia de un daño, así sea incierta atenta el estado de los conocimientos científicos, puede afectar de modo grave e irreversible el medio ambiente, las autoridades públicas aplicaran el principio precautorio en las áreas de sus atribuciones, activarán procedimientos relativos a los riesgos y adoptarán las medidas provisionales y proporcionales, con la finalidad de evitar la realización del daño.

1. PREGUNTA JURÍDICA

¿Ante la constitucionalización del derecho a gozar de un ambiente sano, la diversidad e integridad del ambiente, están presentándose nuevos regímenes o tendencias de responsabilidad extracontractual patrimonial del Estado Colombiano en materia ambiental, como garante de la planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales?

2. HIPÓTESIS

Se están presentando nuevas tendencias de responsabilidad patrimonial en materia ambiental del Estado Colombiano – Artículo. 90 C.P. –, generadas con ocasión de inobservancia en la protección integral del ambiente, falta valoración económica de las afectaciones ambientales en los estudios de impacto ambiental, administración de los recursos naturales y la omisión del deber funcional, constitucional – Artículos 79 y 80 C.P. – propios del ejercicio de competencias administrativas, legales y reglamentarias; al otorgar licencias, permisos autorizaciones, concesiones y no aplicar criterios interdisciplinarios y principios del derecho ambiental internacional – Prevención y Precaución entre otros - para mitigar impactos ambientales negativos, indebido control y seguimiento de las obligaciones impuestas a proyectos o actividades licenciados y/o permisionadas de gran impacto ambiental; Sin embargo, la constitucionalización del derecho ambiental, el activismo judicial y la dinámica del derecho comparado en materia ambiental, han aportado nuevos elementos jurídicos frente a la integración de nuevos regímenes de responsabilidad patrimonial ambiental del Estado diferentes a los existentes y soportados en doctrina ambiental, jurisprudencia de las Altas Cortes, principios del derecho ambiental y el derecho comparado con tendencia a la protección del derecho colectivo a gozar de un ambiente sano y la materialización del concepto de “desarrollo sostenible resiliente con el ambiente” para presentes y futuras generaciones.

3. OBJETIVOS

3.1 Objetivo general:

Determinar la génesis y tendencia de nuevos regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano bajo el escenario de la constitucionalización del ambiente.

3.2 Objetivos específicos:

- Establecer el marco doctrinal, legal, jurisprudencial, de derecho comparado de la constitucionalización del derecho al ambiente sano y la responsabilidad patrimonial del Estado por daño ambiental.
- Identificar supuestos fácticos y jurídicos que justifican nuevas tendencias de regímenes de responsabilidad patrimonial en materia ambiental en Colombia.
- Proponer elementos y escenarios de nuevos regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado en materia ambiental y las acciones para la prevención del daño antijurídico frente a los principios de prevención y precaución.

4. PLAN DE TRABAJO

Dentro de la presente investigación, se abordaran temas relevantes en materia ambiental, a través de un recorrido descriptivo-analítico por la constitucionalización del derecho ambiental y del ambiente, regímenes tradiciones, actuales y nuevas tendencias en responsabilidad patrimonial del Estado por afectación o daño ambiental y su incidencia en la generación de responsabilidad patrimonial del Estado en su función de garante de administrar, controlar y proteger los recursos naturales, aunado al análisis de las acciones constitucionales, acciones judiciales y mecanismos de participación ciudadana existentes para defender y garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano en el marco del “desarrollo sostenible resiliente” con el ambiente, aspectos que serán abordados en el primer capítulo.

El segundo capítulo, pretende generar con lo definido en el primer capítulo, tensión, frente a la responsabilidad patrimonial del Estado por daño ecológico y ambiental, su incidencia con ocasión de los fallos de las Altas Cortes – activismo judicial - en pro de la protección del ambiente, su incidencia en las competencias y funciones de las ramas ejecutivas y legislativas, frente a la aplicación de principios del derecho ambiental y constitucional, doctrina ambiental, jurisprudencia y derecho comparado, efectiva resolución de conflictos ambientales, nuevos regímenes de responsabilidad patrimonial en materia ambiental, supuestos fácticos y jurídicos – generadores de la responsabilidad del Estado en materia ambiental - que los justifican.

El tercer capítulo, se planteará desde dos ópticas: la proporcionalidad en la aplicación de los principios de precaución y prevención como garantías del derecho a gozar de un ambiente sano

desde la conservación ecológica y el acercamiento a una moratoria cimentada en el rigor técnico-jurídico ambiental como mecanismo de prevención y precautorio del daño antijurídico en el ejercicio del derecho ambiental, y la segunda con la identificación de los factores facticos y jurídicos generadores de responsabilidad extracontractual del Estado en materia ambiental. .

Corolario del desarrollo del plan de trabajo, se concluirá y dejará planteado de manera expresa respuesta a la pregunta jurídica estructurada y se confirmará la hipótesis sobre fundamentos normativos, doctrinales, jurisprudenciales y del derecho comparado.

CAPÍTULO I.

El primer capítulo, se desarrolla desde el escenario del ordenamiento jurídico colombiano, efectuando un recorrido el articulado constitucional que consagra la constitucionalización del ambiente, no sólo, por estar integrado en el derecho ambiental, sino, en toda las tipologías de la ciencia jurídica, a través, de su principal exponente, la Constitución Política de 1991 - para el caso objeto de estudio “Constitución Ecológica o Verde” – cuyo contenido en un Estado Social de Derecho y democrático, presentando un caleidoscopio de acciones mecanismos de participación para la efectiva garantía de los derechos fundamentales, colectivos y de protección del ambiente que permiten su reclamo y generan la responsabilidad patrimonial del Estado, y su incidencia ante autoridades del orden ejecutivo, legislativo y judicial – entendida su autonomía y trabajo armónico –y su integración al bloque de constitucionalidad.

1. “LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL AMBIENTE”, PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL Y TENDENCIAS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO FRENTE A DAÑOS ECOLÓGICOS Y AMBIENTALES.

La dinámica de la constitucionalización del derecho ambiental, merece capítulo aparte, dichas normas de rango constitucional, han transformado de manera progresiva y persistente las bases y norte obligado, de las distintas instancias judiciales, precedentes judiciales en materia ambiental y sentencias de gran connotación, riqueza jurídica y técnica en pro, no únicamente del ambiente, sino de la propia conservación de la especie humana.

Aplicar la constitucionalización de los derechos en materia ambiental, está ligado a la formación de los abogados, que en su ejercicio profesional integral, estando ante ámbitos jurídicos de aplicación – como jueces que protegen el ambiente, como funcionarios de entidades que aplican el derecho ambiental o apoderados de particulares, empresas y multinacionales, que en defensa de los intereses económicos de estas respetan el ambiente bajo un contexto de responsabilidad socio-ambiental – del nuevo derecho con conceptualizaciones de nuevos exponentes del derecho *v. gra.* Ronald Dworkin, Robert Alexi, John Finnis, Herbert Hart, John Austin, Von Wright, Manuel Atienza, por citar algunos, cercanos al interregno de la justicia ambiental.

Uprimny (2017), en Encuentro de la Jurisdicción Constitucional - Diálogos con la Nación, delimita la protección de la naturaleza en tres escenarios y los asocia, con tres dioses de la antigüedad. El primero - Prometeo¹¹ - lo establece cronológicamente desde la revolución industrial hasta los años 60 o 70, como un sistema productivista de apropiación de la naturaleza por parte de los seres humanos, bajo una secuencia: naturaleza – sociedad - seres humanos; la naturaleza no tiene derechos, no hay derecho del ambiente, la naturaleza está al servicio de las necesidades de los seres humanos – concepción antropocéntrica -; El segundo - Némesis¹² - lo referencia con el exceso contra la naturaleza, existió una desmesura en el productivismo que generan conceptos ambientales fundamentales de los años 70 y 80, la actividad productiva debe hacerse siempre y cuando preserve la naturaleza, es decir, debe dársele derechos y dejar la naturaleza en la misma forma como se recibió, para garantía del compromiso intergeneracional - visión antropocéntrica -

¹¹ En la mitología griega, Prometeo es el Titán amigo de los mortales, honrado principalmente por robar el fuego de los dioses en el tallo de una cañaheja, darlo a los hombres para su uso y posteriormente ser castigado por Zeus por este motivo.

¹² Diosa de la justicia retributiva que castiga en los seres humanos la desmesura, es la diosa de la justicia retributiva, la solidaridad, la venganza, el equilibrio y la fortuna. Castigaba a los que no obedecían a aquellas personas con derecho a mandarlas y, sobre todo, a los hijos que no obedecían a sus padres.

; El tercero - Gaia¹³ - el derecho de la naturaleza como tal, ya no es objeto de protección para el ser humano, se le reconocen ciertos derechos – a los animales y ríos - a la naturaleza, compromisos intergeneracionales frente a la protección de la naturaleza que tiene equilibrios propios.

1.1 La Constitucionalización del ambiente en Colombia.

Briceño (2017), afirma acerca de la constitucionalización del ambiente: las orientaciones políticas, sociales, culturales y económicas plantearon nuevas necesidades no solo para la comunidad colombiana, sino para el pensamiento político que participo en la Asamblea Constituyente de 1991. La primera consecuencia fue el reconocimiento de un catálogo de derechos fundamentales, sociales y colectivos. En este último grupo, como derechos colectivos (título II, capítulo 3 CP), el constituyente de 1991 introdujo *el derecho a un ambiente sano* (artículo 79 *ídem*) en respuesta no solo a los influjos internacionales, sino también a la necesidad de conservar el ecosistema, los recursos naturales con los que cuenta el país, y que merecen ser reconocidos no solo por su explotación y aprovechamiento, como se vino haciendo durante casi todo el siglo XX.

El verdadero alcance del significado de protección del ambiente inserto en la “Constitución Ecológica o Verde” se evidencia desde la lectura sistemática y armónica de su articulado. Los Artículos 2º, 8º, 49, 58, 63, 67, 80, 95 numeral 8º, 277 numeral 4º, 289, 300, 300 numeral 2º, 313, numeral 9º, 317, 331, 333, 334, 366; referentes de protección ecológica que permite aplicar armoniacamente normas y la jurisprudencia de las Alta Cortes; Constitución robustamente verde

¹³ Diosa de la tierra de la mitología clásica antigua. Según la mitología griega, Gaia, que existía ya en los albores de la creación, nació del caos. Fue considerada la diosa de la fertilidad, sin lugar a dudas porque ella era muy fértil. Tras su aparición a partir del caos, Gaia dio luz a Ponto (el mar), a Urano (el cielo) y a los Ourea (las montañas). Fue madre de estos hijos sin intervención masculina alguna.

a partir de 1991, interesada y comprometida con la proyección del ambiente a través del conjunto de disposiciones *Ut supra*, la protección del ambiente adquirió en la Constitución de 1991 connotación de objetivo social directamente racionado con la prestación de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales.

La génesis general de nuestra “Constitución Ecológica o Verde” y el interés de Gobiernos y constituyente frente a la protección del ambiente. Dentro de las cuales están con algún grado de contenido de administración de los recursos naturales – tierras baldías, ríos, minas, canales, bosques -, las siguientes: Constitución del Estado de la Nueva Granada (1831), Constitución Política de la Nueva Granada (1853), Constitución Política de la Federación Granadina (1858), Constitución de Rio Negro (1863), Constitución Nacional (1886).

Los nuevos modelos de política ambiental han sido incorporados en legislaciones ambientales en el mundo a través de principios (Declaración de Estocolmo, 1972), destacándose el derecho a un medio ambiente sano. La problemática ambiental planteada en Estocolmo, fue profundizada en la Cumbre de Río de 1992¹⁴, teniendo como principal resultado promover el desarrollo sostenible – entendido como aquel que satisface las necesidades de las actuales generaciones sin poner en peligro la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las anteriores -.

Dentro de los derechos y obligaciones del Estado, se incorporan aquellos principios constitucionales que determinan el dominio público y la propiedad sobre los recursos naturales

¹⁴ Después de la primera cumbre histórica de Río de Janeiro en 1992 y diez años después de la de Johannesburgo en 2002. Se realizó la Cumbre de la Tierra Río+20 -llamada oficialmente Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable- se celebró del 20 al 22 de junio de 2012 en Río de Janeiro, Brasil.

privada – v. *gra* Constituciones como las de Bolivia, México, Perú y Colombia – sobre la base de la soberanía nacional.

En sede constitucional se han definido conceptos como: protección del ambiente, medio ambiente, ser humano y ecosistema.

“PROTECCIÓN DEL AMBIENTE-Contenido. El ambiente ha sido uno de los principales elementos de configuración y caracterización del orden constitucional instituido a partir de 1991. En la Constitución vigente la protección del ambiente fue establecida como un deber, cuya consagración se hizo tanto de forma directa –artículo 79 de la Constitución-, como de forma indirecta –artículos 8º y 95 – 8 de la Constitución-; al respecto la Corte manifestó en la sentencia C-760 de 2007, “[d]e entrada, la Constitución dispone como uno de sus principios fundamentales la obligación Estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8º). Adicionalmente, en desarrollo de tal valor, nuestra Constitución recoge en la forma de derechos colectivos (arts. 79 y 80 C.P.) y obligaciones específicas (art. 95-8 C.P.) las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema. Con claridad, en dichas disposiciones se consigna una atribución en cabeza de cada persona para gozar de un medio ambiente sano, una obligación Estatal y de todos los colombianos de proteger la diversidad e integridad del ambiente y una facultad en cabeza del Estado tendiente a prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución”. El énfasis de la Constitución de 1991 se materializa en un cúmulo de disposiciones que, entendidas sistemáticamente, denotan la importancia que tiene en nuestro ordenamiento jurídico el ambiente, ya sea como principio fundamental, derecho constitucional y deber constitucional. (...)...

El concepto de medio ambiente que contempla la Constitución de 1991 es un concepto complejo, en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta

la flora y la fauna que se encuentra en el territorio colombiano. Adelanta la Corte que los elementos integrantes del concepto de medio ambiente pueden protegerse per se y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana. En efecto, la visión del ambiente como elemento transversal en el sistema constitucional trasluce una visión empática de la sociedad, y el modo de vida que esta desarrolle, y la naturaleza, de manera que la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista, para asumir una postura de respeto y cuidado que hunde sus raíces en concepciones ontológicas. (...) La esencia y el significado del concepto “ambiente” que se desprende de los instrumentos internacionales y que armoniza con la Constitución de 1991 limita la discrecionalidad de los operadores jurídicos al momento de establecer i) cuáles elementos integran el ambiente y ii) qué protección debe tributárseles por parte del ordenamiento jurídico.

SER HUMANO Y ECOSISTEMA-Pautas generales contenidas en la jurisprudencia. La sentencia T-154 de 2013, al conocer sobre un caso de posible afectación del ambiente por actividades de minería, consagró “[b]ajo ese entendido, uno de los principios fundamentales del actual régimen constitucional es la obligación estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8° Const.), en virtud de la cual la carta política recoge y determina, a manera de derechos colectivos, las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema.// Estas disposiciones establecen (i) el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano; (ii) la obligación estatal y de todas las personas de proteger la diversidad e integridad del ambiente; (iii) la obligación del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar un desarrollo sostenible; y (iv) la función ecológica de la propiedad”.

MEDIO AMBIENTE-Consagración como principio y como derecho. Respecto de los deberes que surgen para el Estado a partir de la consagración del ambiente como principio y como derecho, la jurisprudencia constitucional manifestó “[m]ientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-, por la otra se le impone al Estado los deberes

correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera. **Sentencia C-123 de 2014 M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS**”

La Constitución Política de 1991, no elevó a rango de derecho fundamental la protección del ambiente - con idéntico *status* y garantías reconocidos a derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre reconocidos en constituciones como las de Chile, Ecuador y Paraguay - consagrado en el Capítulo III “Derechos Colectivos y del Ambiente” desarrollado por vía jurisprudencia como ya se enuncio, asimilándolo el derecho a gozar de un ambiente sano – Artículo 79 C.P. – a derecho fundamental por su conexión entre los dos.

La denominación de “Constitución Ecológica o Verde”, en su lectura sistemática, axiológica y finalista dispone la verdadera identidad de la constitucionalización del ambiente, con una amplia gama de artículos que sobre pasan en número los veinte.

La constitucionalización del derecho es la práctica cotidiana, no solo en temas ambientales – también administrativos, laborales, comerciales, penales, del derecho internacional, etc...- sino en otras áreas del derecho, entorno al reconocimiento constitucional del ambiente y la impregnación en el derecho ambiental desde una perspectiva constitucional, normas en materia de

protección de los recursos naturales y conservación del ambiente visibles en el articulado constitucional integrados con otros derechos o bienes jurídico-constitucionales basados en perspectiva netamente constitucional, pilar e inicio de la conflictividad y disciplina ambiental orientada a la protección y conservación del ambiente.

La óptica con la que se abordan conflictos ambientales parte del reconocimiento que la constitucionalización ha otorga respecto de la protección del ambiente y su connotación como fenómeno universal – derecho a gozar de un ambiente sano – “derecho humano intangible ligado a los más intangible de los derechos: el derecho a la vida y el derecho a la salud”. El doble reconocimiento que trae consecuencias de relevancia en torno a la constitucionalización, como primera medida mayor legitimidad de las normas ambientales; segundo efectividad del desarrollo sustentable, con ocasión que la jerarquía de la protección minimiza la posibilidad de imponer un ambiente degradado motivado en una ley o medidas de tipo administrativas regresivas; en tercer lugar, construye la concepción de una ética colectiva de preservación en torno al patrimonio común necesario para la sobrevivencia de la humanidad a través de la reducción de las contaminación y suma de la biodiversidad.

Con la expedición de la Ley 23 de 1973 y el decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección el Medio Ambiente) se cuenta con un cuerpo normativo que reglamenta la explotación de los recursos naturales renovables en el territorio nacional. La precitada norma permite a manera de ejemplo al Estado el control del uso de las aguas – desarrollado por el Decreto 1541 de 1978 y compilado en el decreto 1076 de 2015 -. Por su parte la Constitución de 1991, en su artículo 2º estableció los fines esenciales del Estado incluyendo

garantizar la efectividad de los principios. A su vez en el artículo 49 constitucional – modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, art. 1º - consagró que el que la atención en salud y el saneamiento básico son servicios públicos a cargo del Estado.

La dimensión ecológica de la Constitución Política consagrada en el artículo 49 reconoce como un bien jurídico de las personas – derecho – e integra un principio que impregna la totalidad del ordenamiento colombiano. El reconocimiento de la constitución ecológica no solo está en la Constitución, sino fortificada con la expedición de la Ley 99 de 1993 – Ley General Ambiental – que ha permitido ser referente al abordar desde su constitución, normas internas e internacionales una preocupación de orden mundial. La legislación ambiental colombiana está ligada de forma integral la nación de Estado de Derecho, que activa la amalgama de los derechos colectivos y las herramientas que permiten al Estado garantizar de forma efectiva la participación ciudadana en aquellas dicciones que involucran el ambiente.

La constitucionalización del ambiente tiene relación directa también con los principios y valores constitucionales que conforman la estructura axiológica-jurídica donde se edifica y guía todo el sistema normativo ambiental, determinando su naturaleza y el alcance acerca del catálogo de derechos fundamentales determinando que también por conexidad con un derecho fundamental es posible proteger derechos económicos, sociales, culturales, coactivos y como no incluir, los colectivos y de medio ambiente; además por criterio de remisión expresa incorporan los derechos mediante el bloque de constitucionalidad – artículo 93 C.P. -. (Sentencia 622,2016).

1.2 Principios del derecho ambiental.

El derecho ambiental dentro del ordenamiento jurídico – escindida del derecho administrativo e integrada al derecho público – con principios, valores y normas rectoras propias, dinamizadas a través de un orden sistemático de codificaciones a través de diversos insumos internacionales, promotor del auge del *soft law* con ocasión de la proliferación de normativas del derecho blandas instituidas en el derecho internacional ambiental y la diversidad de principios¹⁵ en el campo internacional.

La Declaración de Estocolmo de 1972, introdujo con ocasión de la agenda política global la dimensión ambiental, referida como condicionante del modelo tradicional de crecimiento económico y del uso de los recursos naturales. Bajo este escenario, se crearon 26 principios orientadores y nació el programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

El precepto del *soft law*¹⁶ - derecho blando o flexible - en materia ambiental, tiene dos alcances definidos: el primero respecto de la fuente, entendido, como los instrumentos no jurídicos como “las recomendaciones” o “guías” proferidas por organizaciones internacionales. Las segundas, referidas a la esencia del lenguaje, normas o “prácticas del Estado” cuestionada por su obligatoriedad jurídica vinculante.

¹⁵ Desarrollo sostenible, precaución, prevención, quien contamina paga, publicidad y participación, cooperación, in dubio pro natura, principios propios del derecho internacional.

¹⁶ Según Alonso García (2010), el conjunto normativo que conforma el *Soft Law* es amplio pero incluye principalmente resoluciones y declaraciones de organismos internacionales, recomendaciones, instrucciones, planes, circulares, normas técnicas, cartas de servicios, códigos de conducta o de buen gobierno, instrumentos de actores no estatales y los denominados acuerdos no normativos entre otros.

Miranda (2017) acerca del origen del **Principio de Precaución**, refiere:

“Es sabido que el principio de precaución nace en el seno de disposiciones ambientales dictadas en Alemania durante la década de los años setenta, relativas a la justificación de la necesidad de leyes restrictivas sobre los usos del agua y el aire frente a ciertas conductas o acciones peligrosas para la salud humana y el medio ambiente. Su denominación en lengua española surge de la traducción compuesta de la alocución germana Vorsorgeprinzip – actuar cuando un conocimiento científico plenamente cierto y comprendido aún no se ha alcanzado DRNAS DE CLEMENT, ZLATA (Dir.), el principio de Precaución Ambiental. La práctica argentina, buenos aires, editorial Lerner 2008, p. 20. -”.

Sin embargo Boehmer Christiansen lo visibilizaba en Alemania desde la década de 1930, en el desarrollo de la idea de un “Buen Gobierno”.

El principio de precaución dentro de sus alocuciones aceptadas y utilizadas por la doctrina y la jurisprudencia, se reconoce como principio de cautela, en Francia como “*Principe de Prècacution*” y los anglófonos “*Precautionary Principle*”. La variedad en la terminología del referido principio, puede llevar desdibujar su alcance, frente a la forma idónea para afrontar medidas que parten de la incertidumbre científica y la conflictividad ambiental en diferentes orbitas de protección de los recursos naturales. Su nacimiento sin lugar a duda, creo una tensión entre la economía y la protección del medio ambiente, al igual que en las actuaciones

administrativas de las autoridades ambientales en su gestión pública frente a particulares, entorno a riesgos y peligros propios de la sociedad moderna.

La relevancia del principio de precaución¹⁷, no es su denominación - como política, enfoque y meta propuesta por los Estados – contrario *sensu* su verdadero logro y efectividad es el desarrollo en sede en la justicia ambiental tanto en la órbita administrativa como judicial, aplicado por autoridades ambientales, pero con mayor relevancia en las decisiones de jueces y magistrados en la jurisdicción local e internacional, tanto en materia de protección del ambiente sino de otros derechos - salud humana – con carácter de *ultima ratio*.

En pronunciamiento de relevancia internacional, proferido por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en 1995, frente a los ensayos nucleares realizados por Francia en aguas del océano pacífico (Polinesia Francesa) se acudió por parte de Nueva Zelanda al principio de cautela – como principio del derecho internacional operativo y ampliamente aceptado – con el cual se pretendía imponer a Francia el deber de demostrar que los ensayos nucleares demandados no generarían daños al ambiente, también se acogieron a este principio otros Estados – Australia, Micronesia, Islas Marshall, Samoa e Islas Salomón -, sin embargo Francia en su defensa alegó que dicho

¹⁷ “Se sabe que el principio de precaución apareció por primera vez en Alemania en 1971, en la Ley del Medio Ambiente. Después, en el Derecho del Mar, en la Primera y la Tercera Conferencia Internacional del Mar del Norte, entre 1987 y 1990, y si bien tiene una larga trayectoria en distintos convenios internacionales —aparece por ejemplo en 1991 en el Convenio de Bamako, África, sobre Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y en Convenios relativos a la protección del Mar Báltico—, definitivamente volvió al Derecho Ambiental en 1992, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, donde se lo consagró en la letra del Preámbulo de la Convención sobre Diversidad Biológica. Posteriormente, se lo instituyó como el artículo 3.3 de la Convención Marco del Cambio Climático, se incluyó como el Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro y, finalmente, fue utilizado para darle vida al Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad, el cual fue aprobado en Montreal en 2000. Por último, constituye un principio fundamental de política ambiental de la Unión Europea, a través del artículo 130R del Tratado Maastricht y el 174 del modificatorio de Tratado de Ámsterdam”. (Sentencia del 28 de marzo de 2014).

principio en el derecho internacional era absolutamente incierto pero que de todos modos lo había observado y que la carga de la prueba no era distinta en el derecho ambiental respecto de otros ámbitos jurídicos. La solicitud de medidas provisionales fueron rechazadas por la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas (CIJ) pero frente al desarrollo del principio la relevancia la dieron los salvamentos de voto de tres magistrados disidentes¹⁸ – Weeramantry, Korma y Palmer -.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) a través de fallos proferidos el 5 de mayo de 1998 - Reino Unido vs. Comisión Europea y National Farmers Union I – define el principio de precaución como: *“El principio que permite a los poderes públicos adoptar medidas preventivas proporcionales, no discriminatorias y carácter provisionales cuando, a pesar de haberse realizado una evaluación de riesgos lo más completa posible, persisten incertidumbres sobre el alcance y naturaleza de un riesgo inaceptable”*.¹⁹

En el contexto nacional la Corte Constitucional, define y diferencia el principio de precaución del de prevención:

“...La eficacia práctica de la acción preventiva requiere de una armonización con el principio de precaución, el cual como se verá a continuación, flexibiliza el rigor científico

¹⁸ Weramantry, consideró que el principio había evolucionado para resolver la dificultad de la carga de la prueba causada por la información objetiva necesaria para demostrar que una propuesta podía estar en posesión de la parte que causaba o amenazaba con causar daño, y que este principio está ganando creciente apoyo como parte del derecho ambiental internacional, además refirió el principio intergeneracional relativo a los derechos de las generaciones futuras; Palmer magistrado *ad hoc*, por su parte arguyó que la norma contenida en el principio de precaución había evolucionado y podía ahora ser un principio del derecho internacional consuetudinario relacionado con el medio ambiente.

¹⁹ La naturaleza actual en el campo internacional del principio de precaución, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia mayoritaria, es un principio de derecho internacional consuetudinario - Lo respalda la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) a través de la comisión de expertos conformada únicamente para el estudio del principio *ídem* .

que se exige para que el Estado tome una determinación. Así, el principio de prevención se aplica en los casos en los que es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el 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 produzca, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas, mientras que el principio de precaución opera en ausencia de la certeza científica absoluta...”.(Sentencia T-1077, 2012; Sentencia C-449, 2015)

Sentencias de gran connotación en pro de la protección de los recursos naturales, estructuran su contenido en el principio de precaución, en el contexto local e internacional, v. *gracia*, aquella que elevó a categoría de sujeto de derecho al “Rio Atrato”. (Sentencia 622, 2016)

Una vez definido y visibilizado el alcance del principio de precaución, es igualmente importante, referenciar el principio de prevención – del cual ya se realizó la diferenciación con el de precaución -.

El principio de prevención en el ordenamiento internacional, se ha definido como: todas aquellas acciones utilizadas por los Estados, dirigidas a evitar o minimizar daños ambientales, bajo la premisa de conllevar acciones y medidas de las autoridades administrativas o regulatorias en fase temprana ante de la ocurrencia del daño o su agravación. Postulado de máxima importancia ambiental, toda vez que acciona las políticas públicas y los marcos legales hacia una modelo de planificación, preparatorio y organizacional de actividades del ejecutivo propias encaminadas a evitar que el daño ambiental se produzca, previniendo caer todas las veces en modelos

restaurativos, sancionatorias, con base en variados instrumentos internacionales²⁰; este principio ha sido desarrollado por otros instrumentos internacionales concentrados en áreas particulares como la extinción de las especies de flora y fauna²¹, la polución de océanos por hidrocarburos²², desechos radioactivos²³, desechos peligrosos y otras sustancias²⁴, pérdida de pescados²⁵ y otros organismos²⁶, daño a la salud y al ambiente proviene de sustancias químicas²⁷.

La acción preventiva para que sea eficaz, requiere, de ser armonizada con el principio de precaución – ya analizado – bajo el entendido que el principio de precaución - flexibiliza el rigor científico bajo la incertidumbre -, el principio de prevención sólo se aplica cuando, es posible, conocer las consecuencias que tendrán sobre el ambiente el desarrollo de determinada actividad o proyecto – existencia de certidumbre científica -, dando una amplia orbita o campo de acción a la autoridad competente de proteger el ambiente, para que adopten las decisiones administrativas antes de la ocurrencia del riesgo o daño ambiental, con la sinergia administrativa de reducir sus repercusiones o evitarlas, contrario *sensu* al de precaución, que se activa únicamente en ausencia de certeza científica absoluta.

La sentencia T-080 de 2015, señaló como primer objetivo de la política pública ambiental, prevenir *“todo tipo de degradación del entorno natural”*. No obstante, agregó que no se puede

²⁰ Declaración de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial por la Naturaleza de 1982 y la Declaración de Rio de 1992, que requiere a los Estados promulgar *“leyes eficaces sobre el medio ambiente”*, principio No. 11.

²¹ Convención de Londres de 1933. Art. 12 (2), y Protocolo, parágrafo. 1.

²² Convención contra la contaminación por petróleo de 1954. Preámbulo; 1969 CLC, Art. 1 (7).

²³ Convención del Mar Abierto de 1958. Art. 25.

²⁴ Convención de Oslo de 1972, Art. 1; Convención de Londres de 1972, Art. 1; Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques o MARPOL 73/78, Art. 1 (1).

²⁵ 1995 *“Straddling Stocks Agreement”*.

²⁶ Convención para la Biodiversidad de 1992, Preámbulo y Art. 1.

²⁷ 1998 *“Chemicals Convention”*. Art. 1.

desconocer que *“por las dinámicas propias de la actividad humana se producen acciones contaminantes, sean de forma voluntaria o involuntaria”*, a las cuales es preciso responder de forma integral. Concordante con el ámbito internacional, la Directiva 2004/35/CE de la Comunidad Europea establece un marco común de responsabilidad con el fin de prevenir y reparar los perjuicios causados a las plantas, los hábitat naturales, los recursos hídricos, los suelos, los animales, entre otros. Define el daño ambiental como *“cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el Estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies”* (art. 2º). Además, incluye el Anexo I que identifica las variables para determinar qué debe entenderse por *“afectación significativa”*, para una aproximación objetiva a su magnitud²⁸.

El principio de desarrollo sostenible²⁹, ha sido definido por la doctrina con base en el concepto acogido por *“nuestro futuro común”*³⁰ donde el Estado debe promulgar por el desarrollo

²⁸ “El carácter significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado de conservación que tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural. Los cambios adversos significativos en el estado básico deberían determinarse mediante datos mensurables como: - el número de individuos, su densidad o la extensión de la zona de presencia; - el papel de los individuos concretos o de la zona dañada en relación con la especie o la conservación del hábitat, la rareza de la especie o del hábitat (evaluada en el plano local, regional y superior, incluido el plano comunitario); - la capacidad de propagación de la especie (según la dinámica específica de la especie o población de que se trate), su viabilidad o la capacidad de regeneración natural del hábitat (según la dinámica específica de sus especies características o de sus poblaciones); - la capacidad de la especie o del hábitat, después de haber sufrido los daños, de recuperar en breve plazo, sin más intervención que el incremento de las medidas de protección, un estado que, tan sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico. Los daños con efectos demostrados en la salud humana deberán clasificarse como daños significativos. No tendrán que clasificarse como daños significativos los siguientes: - las variaciones negativas inferiores a las fluctuaciones naturales consideradas normales para la especie o el hábitat de que se trate; - las variaciones negativas que obedecen a causas naturales o se derivan de intervenciones relacionadas con la gestión corriente de los parajes, según se definan en el registro de hábitats o en la documentación de objetivos o según hayan sido efectuadas anteriormente por los propietarios u operadores; - los daños a especies o hábitats con demostrada capacidad de recuperar, en breve plazo y sin intervención, el estado básico o bien un estado que, tan sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico”.

²⁹ Ver sentencia C-058 de 1994, M.P., entre otras.

³⁰ Conocido como el Informe Brundtland: “Es un informe que enfrenta y contrasta la postura de desarrollo económico actual junto con el de sustentabilidad ambiental, realizado por la ex-primera ministra noruega Gro Harlem Brundtland,

sin aumento en el consumo de recursos que superen la capacidad de carga del medio ambiente, entendió como “un desarrollo sostenible que satisfaga las necesidades presentes, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones en la satisfacción de sus necesidades³¹.

La sentencia C-094 de 2015, declaró inexecutable el Decreto 1111 de 1952³², contextualizó sobre el alcance del principio de desarrollo sostenible, señalando:

“(i) el concepto de desarrollo sostenible debe ser entendido como una categoría síntesis que pretende armonizar el desarrollo económico y la protección del ambiente; (ii) este principio y el deber del Estado de planificar el manejo de los recursos naturales son la expresión del principio de solidaridad intergeneracional que consiste en satisfacer las necesidades de las generaciones presentes pero sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias; (iii) la responsabilidad del Estado de planificar y aprovechar los recursos naturales de forma tal que se logre un desarrollo sostenible requiere el desarrollo de una política de la planificación ambiental que tenga cobertura nacional; (iv) la libertad de la actividad económica que desarrollan los particulares está limitada por la necesidad de preservar y conservar un ambiente sano; (v) las Corporaciones Autónomas Regionales son responsables del manejo y conservación de medio ambiente y de los recursos naturales renovables, en virtud de la obligación del poder público de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; (vi) para lograr materializar el principio de desarrollo sostenible el legislador puede establecer

con el propósito de analizar, criticar y replantear las políticas de desarrollo económico globalizador, reconociendo que el actual avance social se está llevando a cabo a un costo medioambiental alto”.

³¹ Sentencia C-671 de 2001. El concepto de desarrollo sostenible ha sido desarrollado por la Corte, entre otras, en las sentencias C-519 de 1994, C-671 de 2001 y C-339 de 2002. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992, introdujo importantes precisiones al disponer que todos los Estados “tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo” (principio 2), aunque advirtió que estas prácticas deben ejercerse de manera tal que “respondan equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras” (principio 3). Añade que “la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables” (principio 25).

³² Por el cual se provee a la conservación y mejor aprovechamiento de las aguas del Lago de Tota y se reconoce el carácter de utilidad pública a unas obras.

límites o condiciones que restrinjan el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, siempre y cuando dichas restricciones sean razonables y proporcionadas; (vii) la importancia de las licencias ambientales radica en que materializan el deber del Estado de planificación de los recursos naturales”. (Sentencia C-495, 1996; Sentencia C-126, 1998; Sentencia C-229, 1999; Sentencia C-671, 2001; Sentencia C-339, 2002; Sentencia C-894, 2003; Sentencia C-189, 2006; Sentencia C-598, 2010; Sentencia C-746, 2012).

Principio “Quien Contamina Paga”, tienen su base de reconocimiento en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de la Naciones Unidas de 1992. Consagra que las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio, ni las inversiones internacionales”. La mala interpretación del principio lleva en casos contados, a que dicho lenguaje propicia que las empresas o industria elijan pagar por contaminar - un impuesto, multa o gravamen – en lugar de adelantar acciones amigables con el ambiente tendiente a no contaminar (Sentencia C-595, 2010). Se ha criticado el lenguaje de esta disposición, toda vez que en ocasiones los empresarios industriales prefieren pagar el impuesto, canon o multa, a tener que realizar inversiones para evitar la contaminación (Mesa, 2010).

Adicionalmente es importante, referir dos principios de gran relevancia y desarrollo jurisprudencial, como lo son: **el principio de humildad y el principio de solidaridad** (Sentencia C-220,2011); el primero, en términos de la Corte Constitucional obliga a comprender que el ser humano es dependiente de la naturaleza de tal manera que la naturaleza no puede ser entendida en su dimensión como simple fuente de recursos dominados por el hombre, sino debe tener la relevancia de un sistema complejo donde el hombre interactúa con otros agentes y que de él

depende para subsistir³³. Bajo este contexto la naturaleza y el hombre tienen un valor y como se ha establecido últimamente por las Altas Cortes son sujetos de derechos. Un ejemplo de la interrelación lo consagra el concepto constitucional dado a la propiedad, en el sentido de asignarle una función específica, la ecológica. El segundo, respetando la línea *Ut supra* de la corte, exige necesariamente entender la responsabilidad en materia ambiental, no solamente en lo que refiere a las generaciones presentes, sino integrar las generaciones futuras, no sólo en relación con ciudadanos de un Estado, sino en un contexto global³⁴.

Las demandas de la actual “Sociedad del Riesgo³⁵”, debe conjugar en lo que toca a este principio, las demandas de la economía global entorno a la protección del ambiente, sin que aquellas políticas - como las extractivas - sobrepasen la capacidad de carga de los ecosistemas (Navas, 1991), que son puestos por el Estado para su aprovechamiento, lo que presupone, el respeto por la línea base ecológica y la racionalización del aprovechamiento del recurso natural objeto de la actividad economía.

³³ Ver HENAO PÉREZ, Juan Carlos. “El derecho a un ambiente sano desde la perspectiva constitucional colombiana”. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Bogotá D.C.: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2010. P.p. 573-601. Este principio fue reconocido en la sentencia C-339 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, en la que la Corte expresó: “Nuestra Constitución provee una combinación de obligaciones del Estado y de los ciudadanos junto a un derecho individual (artículos 8, 95 numeral 8 y 366). Es así como se advierte un enfoque que aborda la cuestión ambiental desde los puntos de vista ético, económico y jurídico: Desde el plano *ético* se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor”.

³⁴ Ver la Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano de 1972 y el artículo 7 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Sobre la internacionalización de las relaciones ecológicas, la Corte manifestó lo siguiente en la sentencia C-595 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: “Los problemas ambientales y los factores que conducen a su deterioro no pueden considerarse hoy en día como asuntos que conciernen exclusivamente a un país, sino que dado el interés universal que revisten y la necesidad de su preservación, incumben a todos los Estados.”

³⁵ El concepto sociedad del riesgo se basa en la constatación de que, en las sociedades actuales, la producción social de riqueza va acompañada por una creciente producción social del riesgo. La progresión y el aumento de estos riesgos está teniendo consecuencias políticas y económicas claras. Un primer efecto directo consistiría en la implementación de políticas gubernamentales orientadas al control y a la reducción de los mismos, como consecuencia directa de la mayor visibilidad que, para la opinión pública, tienen los problemas ambientales. De la misma manera que, desde una perspectiva económica, podemos establecer un claro paralelismo entre la teoría de la modernización ecológica y las nuevas estrategias ecoproductivas.

1.3 Responsabilidad del hombre en la protección del ambiente.

Briceño (2017), frente al tema refiere: A partir de la “*ética del desarrollo*” se planteó la idea de la responsabilidad ontológica del hombre. Con dicha idea se buscaba complementar el “imperativo categórico” Kantiano, que debía considerar de forma objetiva la protección del ambiente, por su propio valor y por su propio calado, sin limitarse en la justificación en virtud de la acción de cada ser humano.

La responsabilidad ontológica, supone, que el camino para la protección del medio ambiente deber ser un anhelo en pro de las futuras generaciones, comprometiendo a las presentes, para la subsistencia de las mismas. La tesis de responsabilidad ontológica, ha sido objetada, desde el ámbito en el cual, se considere excesivo el rechazo de toda idea de reciprocidad, al ser admisible la responsabilidad por las generaciones en la protección, preservación del ambiente, se apalanca, de cierta dialéctica entre generaciones que permitan, aplicar un mínimo de sacrificio y a la vez compensación ambiental, sobre la base de la justicia ambiental, para evitar la ruptura del equilibrio necesario, no para la existencia y conservación del ambiente, sino, frente a su conexidad indiscutible con la existencia de los seres humanos.

Ese título de propiedad subrogado sobre la tierra, no es absoluto, pues ya no es el destino del hombre que guía la naturaleza, sino, que es inverso. La biosfera es imperante en todos los niveles de conservación del hombre y le permitirá continuar buscando el futuro y conservación ecológica de la especie humana.

El principio intergeneracional es la base de la doctrina de la ética ecológica y premisa de conservación del ambiente. El planteamiento está dado y debe buscar un punto de equilibrio o integralidad entre las corrientes que consagra la ética ecológica – antropocéntrica, ecocéntrica y biocéntrica -. La ética ecológica se funda en cierta forma, a partir de la noción de ecosistema, considerando la naturaleza en sí misma y al hombre como parte de ese sistema, otorgando valores para a ambos, basado en la propuesta de lograr el equilibrio social y del ecosistema. El concepto primitivo de que la naturaleza era un enemigo que infundía profundo temor al hombre, fue doblegado, hasta que logró explotar de forma indiscriminada cada uno de sus componentes, a través de la tecnificación de instrumentos y/o herramientas logrando aprovecharla, sin compensación alguna, es decir paso de ser un ser irracional temeroso de la naturaleza, a un ser irracional frente a la conservación y protección que derivaba su sustento y existencia. Dominada la naturaleza y puesta a su servicio transformándola para conseguir bienes y servicios, llegando a una nueva relación hombre-naturaleza, la de producción, factor determinante para la satisfacción de necesidades del hombre y el propio proceso evolutivo de las sociedades – naturaleza como fuente de riqueza individual y colectiva de todos los hombres -.

Jhon Passmore, define en cuanto a los fundamentos de la ética ecológica, “...La causa de nuestros desastres ecológicos (dejando de lado la ignorancia) está la codicia y la falta de perspectiva, que viene a ser más o menos la misma cosa. (El codicioso persigue el objeto de sus deseos sin reparar en los medios y las consecuencias más generales que de su brusquedad pueda seguirse. El corto de vista que pasa con frecuencia como hombre práctico, rehúsa indiferentemente a la repercusión de sus actos, mirar más allá de su presente o futuro inmediatos). Nada nuevo en

la máxima de que en la codicia está el mal, no son menester indagaciones originales”. (Passmore, 1974)

Briceño (2017), para abordar la definición del ambiente en todas sus dimensiones, es preciso tener un enfoque amplio que permita conocer, bien sea el contenido ético-filosófico, o bien el sociológico, y al fin, la dimensión jurídica de dicha cuestión. Dicho enfoque sugiere enriquecer el concepto con la carga ideológica y el contenido argumental, si bien con la premisa de comprobar si en todos sus términos se sujeta a la definición del hombre o si la naturaleza y los ecosistemas pueden identificarse como entidades ante los cuales puedan invocarse valores y principios.

En la actual “sociedad del riesgo” marcada por el desarrollo tecnológico y las modas electrónicas, autos lujosos – que funciona con combustibles fósiles – y un marcado desarrollo de las economías a costa del ambiente, se debe definir el termino ambiente, no como un escenario para la interacción en armonía, hombre – naturaleza, sino, la “despensa del hombre” para satisfacer sus necesidades de bienes y servicios, con cargo a los recursos naturales. Relación interdependiente amparada de una supuesta conservación y evolución del hombre a costa del ambiente, con un profundo e irracional rompimiento de la estructura natural del ambiente, necesario para la existencia del devastador, consumidor.

Según Aristóteles, citado por Briceño (2017), el hombre estaba destinado a vivir en una sociedad y recibir y perfeccionar las virtudes que debía aplicar en su convivencia ordinaria dentro del tal espacio. La naturaleza propiamente los animales, no tienen identidad alguna porque no alcanzaba a representar virtud alguna ni a expresar voluntad alguna (pese a reconocer que tanto el

hombre como los animales tienen la capacidad de sensación, pero no así el de razonar, que solo atribuye al hombre). La ecología moderna presentó una nueva visión de la relación entre el hombre y la naturaleza. En su concepción inicial hondo en el estudio de las relaciones de determinada especie animal con su entorno orgánico inorgánico. Buscaba observar de forma integral la naturaleza, no como la cantidad de materia o el conjunto de bienes y servicios a disposición del hombre, sino sobre la base del necesario equilibrio entre la diaria actividad humana y la naturaleza.

La entidad **antropocéntrica**³⁶ – el hombre domina sin alterar la naturaleza – desde la “ética tradicional ecológica”, enquistada en la tesis de sociedad humana, postulado según el cual el hombre en su mundo no alcanza a dañar la naturaleza, por considerarla inalterable e infinidad. La tesis más “radical” del antropocentrismo, considera, el individuo es el único importante en el mundo y con ocasión de ello todo lo demás – como la naturaleza – no tendría más que un valor instrumental. Contrario *sensu* la tesis moderada del antropocentrismo entiende que el ser humano sería aquel que simplemente constatará la centralidad de ser humano en toda su actuación, decida lo que decida, el ser humano es el fundamento que justifica todas sus acciones. Como final, el antropocentrismo “débil” considera que los objetos no son humanos, la naturaleza, puede que

³⁶ “Hace referencia a la preeminencia y dominio del ser humano sobre los demás seres existentes en el planeta tierra; una ética de la relación con la naturaleza centrada en lo humano y en la satisfacción de las necesidades de esta especie. Desde esta perspectiva, los recursos naturales son vistos de manera instrumental como proveedores de alimento, energía, recreación y riqueza para la humanidad y por esta razón deben ser conservados, protegidos y convenientemente explotados para garantizar la supervivencia de la especie humana. Al respecto véase Toca Torres. Las versiones del desarrollo sostenible, cit; Dobson. Pensamiento político verde, cit. pp. 84-94; Gregorio Mesa Cuadros. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010.” Información tomada del texto “Derechos de la Naturaleza”, historia y tendencias actuales. Javier Alfredo Molina Roa, Universidad Externado de Colombia, 2014. Pág. 72.

provean elementos para informar y criticar los valores que orientan la actividad humana sin llegar a alcanzar un valor intrínseco o inherente.

La Corte Constitucional, ha mostrada en sus sentencias enfoque antropocéntricos al contemplar: *“es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (...) que adquieren sentido (...) la defensa del ambiente, en tanto que éste es el entorno vital del hombre”*, además de expresar que *“al fin y al cabo el patrimonio natural de un país (...) pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras”*. (Sentencia T-441, 1992)

El **Ecocentrismo**³⁷ - ecosistema como concepto básico de su valor ético - esta tesis se basa en la interacción entre los seres humanos y los demás seres vivos de forma que todos son importantes pero no decisivos para mantener el sistema en conjunto. Entendió, que el desarrollo humano, en particular de las herramientas y de la agricultura después, ha desbaratado la estabilidad del sistema como un todo introduciendo cambios con gran intensidad, de manera acelerada y con alances sin precedentes. Reconoce a las especies y ecosistemas un valor intrínseco frente a la obligatoriedad de su protección.

³⁷ Apunta al valor intrínseco de la naturaleza integrada por los ecosistemas y la biosfera en el planeta tierra, independientemente de su valor para el hombre”. Véase Claudia Toca Torres. Las versiones del desarrollo sostenible, en Sociedad y Cultura, vol. 14, No. 1, enero-junio del 2011, Universidad Federal de Goiás, p. 203.” Extraído del libro “Derechos de la Naturaleza”, historia y tendencias actuales. Pág. 48.

El **Biocentrismo**³⁸ – explicación a las relaciones entre el hombre y la naturaleza - tesis fundada en la interpretación de las relaciones que existe entre el hombre, las plantas, los animales y el espacio físico que lo acoge.

Corolario de las tesis *ut supra* la sentencia C-449 de 2015, del magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio, acoge y define de forma integral los tres enfoques.

1.4 Regímenes tradicionales y actuales de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia ambiental.

La evolución de la responsabilidad administrativa en Francia - fallos emblemáticos como el Fallo Blanco del Tribunal de conflictos en 1873 y el Fallo Cadot del Consejo de Estado del 3 de diciembre de 1889 – se inicia en Colombia un régimen de responsabilidad Extracontractual del Estado³⁹, diferente a las normas atomizadas y leves que contenían los textos constitucionales. **La primera etapa** de la responsabilidad del Estado al amparo del Código Civil, en su Al separarse la Corte Suprema de Justicia del precario contenido constitucional, nacen conceptos

³⁸ Se refiere a una teoría moral que considera al ser humano como parte de la naturaleza confiriéndole a ambos valor, ya que son seres vivos que merecen el mismo respeto. Propende porque la actividad humana ocasione el menor impacto posible sobre las demás especies y el planeta. Reivindica el valor primordial de la vida - Ver, sentencia C-339 de 2002-.

³⁹ Inicialmente existió un primer periodo en el que imperó el dogma de la “**Irresponsabilidad absoluta del Estado**” (hasta la 2° mitad del siglo XIX), época en la que el Estado no respondía por los daños causados con ocasión de su actividad, ya que se consideraba contrario a la idea de soberanía: el Soberano disponía de los bienes de los ciudadanos y no era responsable de sus actos; no existían derechos individuales o privados oponibles al poder del Estado; de forma posterior llega el periodo de la “**Responsabilidad Directa del estado**” se empieza a considerar a la persona jurídica Estado, sus agentes o funcionarios como una unidad; de tal modo que la culpa de un agente compromete a la persona jurídica, siendo la culpa de sus agentes su propia culpa. El factor que impulsa la revisión de la teoría de la Irresponsabilidad del Estado, es el cambio del papel del Estado, ya que deja de ser pasivo y abstencionista para convertirse en un Estado Intervencionista y un tercero denominado de la “**Falla en el Servicio**” El fundamento de ésta teoría radica en el hecho de que es función esencial del Estado prestar a la comunidad los servicios públicos que requiere para satisfacer sus necesidades, por lo que cualquier daño que ocasione por prestar el servicio en forma deficiente o irregular, debe ser reparado.

jurisprudenciales propios que garantizaban una gama más amplia de indemnización por actividades propias del Estado. Estos fundamento de en tipos generales - artículos 2341, 2347 y 2449 del Código Civil – como el artículo 8º de la Ley 53 de 1887, otorgaba la facultad de cuando no existiera ley exacta aplicable al caso *sub judice* se aplicarían las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho. En igual sentido, se aplicaba el artículo 48 *ibídem*⁴⁰ – los jueces o magistrados que rehusaren juzgar alegando de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirían en responsabilidad por denegación de justicia.

Los elementos que eran referentes para determinar la responsabilidad de la administración pública, fueron: calidad especial del sujeto y naturaleza de la gestión o actividad desplegada – servicio público -. De igual manera se planteó una tesis de responsabilidad objetiva, fundamentada en la violación de la ley, falta del servicio y el daño. También hizo carrera la tesis de la responsabilidad de la administración pública por omisión o abstención de decidir.

Briceño (2017), la Constitución de 1886 en cierta medida consagró una especie de constitucionalización de la responsabilidad de la administración pública. En ese sentido, el artículo 2º introdujo los principios de legalidad, de autolimitación de los poderes públicos y de Estado de derecho, cuya contrapartida se encontraba en el instituto de la responsabilidad. A su vez, el artículo 16 consagró el “deber” (positivo) de la Administración pública de proteger a todas las personas de las agresiones de los particulares y de las propias autoridades y asegurar el cumplimiento de los

⁴⁰ “Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”.

deberes sociales (realización del bien común). Dichas normas fueron desarrolladas por los artículos 62 y ss, de la Ley 167 de 1941.

Si bien el texto constitucional de 1886, no contenía una referencia expresa en su articulado respecto de la responsabilidad del Estado, si contenía matices jurídicos, que constantemente eran referenciados en las jurisprudencias del Consejo de Estado – artículo 19⁴¹, 31⁴², 32⁴³ y 33⁴⁴ -.

Respecto al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado, las constituciones federales de mediados del siglo XIX⁴⁵ y la de 1886, no establecieron norma de específica con alcance de clausula general de responsabilidad patrimonial del Estado – consagrada en la Constitución de 1991, artículo. 90 - y su obligación de indemnizar los perjuicios causados a los particulares por su actuar o la de sus agentes. Contrario *sensu* desde los inicios de la república se evidenciaron la existencia de normas dispersas en los textos constitucionales que obligaban a la indemnización por parte el Estado por actividades de guerra o trabajos públicos, siempre bajo la aprobación del propio Estado, respecto de su procedencia.

⁴¹ Establecía una clausula tacita de responsabilidad: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos”.

⁴² Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al Artículo siguiente.

⁴³ En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el Legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad, antes de verificar la expropiación.

⁴⁴ En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización.

En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes. La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

⁴⁵ La Constitución de Cúcuta de 1821 y el artículo 34 de la ley 1° de julio de 1823 la cual establecía que "si algunos terrenos, molinos, acequias de regadío u otros establecimientos de cualesquier especie, se desmejoraren o utilizaren por causa de una obra pública, aunque esta no ocupe parte de ellos, se indemnizará a los propietarios de todos los daños que experimentaren”.

Al inicio, la competencia para conocer y dirimir los conflictos, fueron asignados a la Corte Suprema de Justicia – máximo órgano de justicia en el país -, y fue únicamente a partir de la constitución de 1886 cuando se evidencia el nacimiento de un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado. Bajo esta óptica en Colombia, el origen y desarrollo de la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido de raigambre jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia en sus inicios y en la actualidad, como de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a través del Consejo de Estado. Esta construcción compartida se dio en el período comprendido entre 1914 y 1964. (Ley 130, 1913; Ley 38, 1918)

Henao (2015), refiere que se trata de un régimen de responsabilidad que tiene su fundamento en una norma pre-constitucional como lo es el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, con sustento en la Carta Constitucional se plasma en los artículos 8, 28, 79, 80, 81 , 90 y 334. Se trata de encuadrar la responsabilidad patrimonial del Estado tanto por los daños ambientales, como por los daños ecológicos que se produzcan por acción, actividad, omisión o inactividad.

Las primeras condenas contra el Estado por el ejercicio propio de sus actividades, inician en 1850 con la consolidación de los jóvenes Estados Liberales de la Confederación Granadina. Para la época el texto constitucional otorgaba a la Corte Suprema de Justicia – como máxima autoridad de la rama judicial confederal – competencias particulares y específicas para el control adecuado del ejercicio de la actividad del Estado.

Conforme a la línea de la Corte Suprema de Justicia en la época, se formuló las bases de un supuesto derecho pretoriano de responsabilidad del Estado, con ausencia de texto legal se logra obtener una indemnización por perjuicios, con características complejas, frente a la responsabilidad del Estado, por una parte, se nutría con norma del derecho civil, pero, se encuadraba dentro de una responsabilidad objetiva. Durante este periodo la Corte Suprema de Justicia consideró dos escenarios de la responsabilidad indirecta del Estado – fundamentado en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil – y responsable directo – fundado en el 2341 *ídem* -. Aunado a lo antes expuesto, la actividad del Estado estaría expuesta a la responsabilidad con fundamento en la presunción de culpa de manera especial cuando ejerce actividades peligrosas – artículo 2356 *ídem* -.

La doctrina de la Corte se encaminó a la tesis de imputarle responsabilidad extracontractual a la administración pública, debía demostrarse, la existencia de un perjuicio material cierto, causado por agente público en ejercicio de sus funciones y que el hecho indilgado constituyera culpa por parte de la administración pública.

Contrario *sensu* con la creación del Consejo de Estado inicia **la segunda etapa** del régimen de responsabilidad del Estado – alejándose del Código Civil - en los textos de su jurisprudencia consagró que la causa de un perjuicio obedece al hecho que lo precede inmediatamente, causa que es objetiva. Sin embargo esta tesis no era absoluta, toda vez que no siempre que por actos, hechos y operaciones de la administración se causen perjuicios a terceros, la respectiva entidad de derecho público este obligada a una indemnización. En la época el Consejo de Estado trato de desligar la responsabilidad extracontractual del Estado de las reglas propias de la responsabilidad civil, bajo

la premisa de que la causa del perjuicio ocasionado por el Estado debía determinarse no en el comportamiento del Estado sino en los resultados de una operación propia de la prestación de un servicio, del tal suerte que la culpa no debía ser elemento objeto de imputación, sino, un criterio objetivo regulador de la responsabilidad indilgada a la administración pública.

Aunado a lo antes expuesto, el Consejo de Estado en sus textos jurisprudenciales determinó que no podía endilgarse responsabilidad de todas las actividades del Estado o funciones que ejercía, es decir que el Estado no podía ser visto como un asegurador general respecto de los riesgos generados con ocasión de sus actividades – importancia del principio de causalidad -.

Briceño (2017), en este aspecto y época referida, afirmó: “14. *Ahora bien en la doctrina jurisprudencial del CE se consideró que la Administración pública no podía pretender eximir su responsabilidad invocando su propia milicia o descuido. (...)*”

A partir de 1949, inicia por así decirlo, **la tercera etapa** en sede del Consejo de Estado, considerando que el elemento esencial para establecer la responsabilidad del Estado, el daño debe ser excepcional y anormal debido a que la responsabilidad no puede devenir de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño causado. (Sentencia 30 de Noviembre, 1949)

A partir de 1964⁴⁶ inicia la delimitación de competencia entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad extracontractual del Estado. Se crea una

⁴⁶ Según lo consagraba el artículo 20 del decreto 528 de 1964 (Ley 27 de 1963), establecía que: "La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que toma la

nueva historia en materia responsabilidad extracontractual del Estado basada en reglas del derecho administrativo, y con una transcendental concepción, que determinaba, que no existe razón para que la indemnización reconocida a los particulares por daños ocasionados por el Estado por acciones, actividad, operaciones, ejercicio u operaciones de sus agentes, continuará teniendo su fundamento en normas del Código Civil.

El Consejo de Estado mediante sentencia del 7 de marzo de 1963, estableció: la responsabilidad de la administración pública procedía por actos de omisión al demorar la resolución para la obtención de una licencia. Con sentencia de 1969, se establecieron condiciones para que procediera la acción indemnizatoria – acción de reparación o de responsabilidad - contra el Estado: (i) se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por falla en el servicio o culpa de la administración; (ii) se presume la culpa de la personería jurídica bajo la óptica del deber del Estado en la prestación de los servicios públicos; (iii) le bastaba a la víctima demostrar la falla causante y el daño; (iv) la administración sólo puede invocar la prueba de elementos extraños – caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima -; (v) al producirse el hecho por un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y el agente responden solidariamente al perjudicado con acción de reembolso en sus favor; (vi) frente de los actos u omisiones dañosos del agente, por fuerza de los servicios públicos generan una responsabilidad exclusiva del mismo; (vii) la acción indemnizatoria contra la administración pública prescribe en tres años – se aplicaba el artículo 2358 del Código Civil -.

administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, sin excepción de los casos contemplados en los numerales 2° y 3° del artículo 73 de la ley 167 de 1941.

La jurisprudencia del Consejo de Estado *Ut supra* fue moderada poco a poco, se pasó de la tesis del Consejo de Estado de 1949, a tener como argumentos – a partir de 1969 – aspectos como: (i) que el fundamento de la imputación se fundaba en la falla del servicio – tesis tomada del Conseil d'Etat Frances – rompiendo de plano la tesis de la responsabilidad indirecta con ocasión de las acciones u omisiones de los agentes públicos y basando la responsabilidad teniendo en cuenta criterios orgánicos o funcionales; (ii) la introdujo la hipótesis de la presunción de responsabilidad de la administración pública; (iii) se exigió al afectado la obligación de falla en el servicio y del daño causado, convirtiendo el debate probatoria en un tema meramente fáctico, donde, sólo se debía probar los hechos constitutivos de la falla en el servicio que dieron origen a las consecuencias nocivas, pero no el perjuicio; (iv) únicamente se podía eximir de responsabilidad al Estado en tres escenarios: caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima; (v) se implementó la regla de la solidaridad como supuesto de imputación adecuado.

Se planteaba que la tesis de la falta o falla del servicio procedía cuando corresponde a la Administración Pública reparar los perjuicios causados – por el acto administrativo ilegal, por expropiación en caso de guerra, por trabajos públicos, por daño especial y por riesgo excepcional, según sentencia del 30 de junio de 1898 -. La tesis de la responsabilidad por riesgo excepcional fue planteada por la jurisdicción contenciosa administrativa mediante sentencia de 20 de febrero de 1989 – reafirmada en sentencias del 16 de junio de 1997, 15 de junio de 2000 y 19 de julio de 2000 -. La jurisprudencia contenciosa únicamente no acogió, la tesis de la falla o falta del servicio o falla presunta, sino que su alcance llegó a precisar supuestos en los que tenía asidero, la responsabilidad objetiva del Estado. En lo que atañe al daño especial en virtud del cual se comprometía la responsabilidad patrimonial del Estado cuando está en ejercicio de sus

competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuar, un perjuicio de naturaleza especial y anormal a sus administrados, daño que excede la carga común que debe soportar cualquier ciudadano, en ejercicio de la actuación estatal y naturaleza de los poderes públicos.

Llegamos a la **cuarta etapa** de responsabilidad del Estado a partir de la Constitución Política de 1991, el principal cambio de postura jurisprudencia se dio con la denominada falla del servicio, donde no es requisito *sine qua non* para indilgar responsabilidad al Estado. En 1992, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, establece: que la responsabilidad patrimonial se declara siempre que se presenten los siguientes elementos: (i) un daño imputable a la Administración Pública; (ii) un daño sufrido por el actor; (iii) y el nexo causal que vinculo los dos elementos anteriores. (Sentencia 9 de julio, 1992)

Con la Constitución de 1991, se produce la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado, con la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90⁴⁷. Conforme al artículo *Ut supra* constitucional, el Consejo de Estado, se pronunció, determinando que los elementos necesarios para imputar responsabilidad al Estado eran: el daño antijurídico y la imputabilidad del Estado (Sentencia 21 de octubre, 1992). A partir de la Constitución de 1991, la protección del ambiente y la responsabilidad que genera su inobservancia, adquiere una nueva dimensión de protección frente a la responsabilidad por daños ecológicos y ambientales y su conexidad con otros derechos fundamentales, como la protección de los derechos colectivos,

⁴⁷ El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

catálogo de los derechos fundamentales y la carga impositiva que tiene el Estado frente a la garantía de un ambiente sano y la administración de los recursos naturales debido a su constitucionalización – fundamentos ampliamente reiterados por la Corte Constitución en alusión a la constitución “Ecológica o Verde” - .

El daño es el primer componente jurídico objeto de análisis frente a la responsabilidad por daño ambiental, según lo establece el H. Consejo de Estado en Sentencia de 30 de noviembre de 2017, Rad. 08001-23-31-000-1997-12087-01 (41363):

“Responsabilidad del estado por daño ambiental / tipología de daño ambiental / daño ambiental puro y daño ambiental impuro. En el ámbito de la responsabilidad del Estado por afectaciones ambientales existen dos tipos de daños distintos y diferenciables: por un lado, los daños a un interés colectivo como el ambiente y, por otro, los daños particulares y concretos que nacen como consecuencia de la lesión ambiental (...) [E]l daño por el cual se demanda en este caso no es el ambiental puro, que sí se extiende en el tiempo, y que consiste en la contaminación de las aguas, el suelo y el agua generada por la mala operación del relleno sanitario El Henequén; sino el ambiental impuro que es instantáneo o inmediato, y que, de acuerdo con lo manifestado en la demanda, se concreta en el menoscabo sufrido por los ocupantes de la vereda Las Nubes como consecuencia de la muerte de sus animales domésticos (patos, gallinas, cerdos, carneros) y de la pérdida sus pastos y árboles frutales (...) Distinto es que existan daños impuros sucesivos, causados en fechas o momentos diferentes por la misma acción contaminante que se atribuye a las entidades aquí demandadas (...) [E]l daño que se mantiene en el tiempo y que, por ello, adquiere carácter continuado es el generado al medio ambiente por la mala operación del relleno sanitario, el cual no es susceptible de ser indemnizado por la vía de la acción de reparación directa o de la acción de grupo desarrollada en la Ley 472 de 1998, como sí lo es el daño que afecta los intereses patrimoniales de los demandantes, y que se verifica o produce en un momento determinado. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera de 20 de febrero de 2014,

exp. 29028; de 16 de mayo de 2007, exp. AG-2003-00680-01; de 13 de mayo de 2004, exp. AG- 2002-00226-01.”

1.5 El derecho comparado y su posición frente a la protección del ambiente.

En el contexto internacional y utilizando la ritualidad casuística, es importante, conocer la competencia⁴⁸ de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH), en el aspecto consultivo. El 14 de marzo de 2016, el Estado Colombiano presentó solicitud de opinión consultiva ante la (CIDH), en temas ambientales, resuelta por la Corte - opinión consultiva OC-23 del 15 de noviembre de 2017 solicitada por Colombia – motivada en las nuevas obras de infraestructura que se proyectan desarrollar en la Región del Gran Caribe, de connotaciones en cuanto a su dimensión y permanencia en el tiempo, que puede llegar a ser, de gran significancia – no solo regional sino internacional -, respecto de daños ambientales al medio ambiente marino y en especial a los habitantes, en lo que tiene que ver con la preservación del ambiente para su desarrollo y en especial subsistencia. La protección de los humanos de los habitantes de las islas de la Gran Región Caribe y por ende la mitigación respecto de daños ambientales por sus dependencia al entorno marino – Islas que hacen parte del archipiélago San Andrés, Providencia y Santa Catalina -.

⁴⁸ La CIDH, ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” es amplio y no restrictivo. La competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano. Por ende, la Corte al interpretar la Convención en el marco de su función consultiva y en los términos de artículo 29. d) de dicho instrumento podrá recurrir a éste u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es

Los aspectos relevantes del pronunciamiento – consultivo - de la (CIDH), tiene fundamento en solicitud, que buscaba dar gran relevancia, para el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos por parte de los agentes y órganos de los Estado de la Gran Región Caribe, además de buscar un fortalecimiento de la conciencia universal, precisando el alcance de las obligaciones al amparo del pacto relacionado con la protección del medio ambiente. Teniendo como base los estudios de impacto ambiental (EIA) y social, respecto de los proyectos de prevención y mitigación de daños ambientales. Aunado a la cooperación de los Estados afectados con daños al ambiente, con ocasión de la construcción y puesta en marcha de mega obras, que con sus inicios de actividades, generen o produzcan impactos negativos e irreversibles al medio marino.

Para la Asamblea General de la (OEA) ha sido destacada la importancia de analizar el vínculo que puede suscitarse entre el medio ambiente y los derechos humanos, reconociendo el pleno derecho a la protección del ambiente y pleno goce de todos los derechos humanos; es por ello, que los Estados miembros de la (OEA) incluyeron en la Carta Democrática Interamericana la imperiosa necesidad de que los Estados del hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, con miras al logro de un verdadero desarrollo sostenible en pro de las futuras generaciones, propiciado por las generaciones presentes.

El Programa Interamericano para el Desarrollo Sostenible 2016 -2021⁴⁹, bajo tres dimensiones, económica, social y ambiental de carácter integrado e indivisible, tendientes a lograr el desarrollo, erradicar la pobreza y promover la igualdad, la equidad y la inclusión social.

La Corte para absolver la consulta del Estado colombiano, utilizó la siguiente estructura:

Criterios de interpretación. El principal objeto y finalidad de la Convención Americana, es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independiente de su nacionalidad y frente a su propio Estado o cualquier otro. La base del orden legal creado por los tratados de derechos humanos, establece obligaciones a los individuos en su jurisdicción, que pueden ser objeto de acción ante la propia Corte. Dentro de las pautas relevantes de interpretación encontramos el principio *pro persona* que determina que ninguna disposición del tratado puede ser objeto de interpretación en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos de acuerdo al orden legal de cualquier Estado Parte o de acuerdo con la otra convención en que se parte ese Estado. Bajo el anterior precepto, la opinión consultiva de la Corte, busca interpretar el efecto de las obligaciones derivadas del derecho ambiental en lo que tienen que ver con la relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos establecidos en la convención. El extenso *corpus iuris* de derecho ambiental internacional que nace de la interpretación sistemática de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, es

⁴⁹ El Programa Interamericano para el Desarrollo Sostenible (PIDS) 2016-2021 se aprobó el 14 de junio de 2016, y establece acciones estratégicas para asegurar que el trabajo de la Secretaría General de la OEA, en desarrollo sostenible, se encuentre alineado a la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Resolución A/RES/70/1 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 21 de octubre de 2015) y el Acuerdo de París sobre el cambio climático en el hemisferio, y que sus objetivos y resultados estén guiados por los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de alcance mundial aprobados por los Estados Miembros y que contribuyan a alcanzarlos. (OEA, 2016)

decir, son normas que deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance debe estar fijado en función al sistema jurídico al cual se pertenece.

Para el caso consultivo, la Corte debe tomar de referencia la normatividad internacional de protección del medio ambiente al momento de especificar el contenido y alcance de las obligaciones de los Estados, en particular las medidas que se pueden adoptar, es decir que tiene en cuenta, las fuentes del derechos internacional, las convenciones relacionadas con el tema, jurisprudencia, resoluciones, declaraciones referentes al tema ambiental, normas de carácter general o *soft law*, con el fin de realizar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en el tema. Es denotar, que al dar la respuesta la Corte, actúa en condición de Tribunal de Derechos Humanos, al amparo de las normas de competencia consultivas que la rige.

La protección del ambiente y los derechos humanos consagrados en la Convención Americana. La opinión resuelta a Colombia, constituye una de las primeras oportunidades para referirse robustamente al tema de protección del ambiente, bajo aspectos como la interrelación entre derechos humanos y medio ambiente, los derechos humanos afectados por causa de la degradación del ambiente e incluso la concepción del derecho a gozar de un ambiente sano. Frente al primer aspecto, en casos sobre derechos de los pueblos indígenas y triviales, la Corte, ha realizado pronunciamientos respecto de la relación entre el ambiente sano y la protección de los derechos humanos, bajo la premisa que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos, está ligada con la protección del ambiente y el acceso a los recursos naturales para la subsistencia, desarrollo y continuidad de sus estilos de vida, bajo el estrecho vínculo a gozar de una vida digna a través de la protección del territorio ancestral y en armonía con los recursos naturales, motivado

en la especial condición de vulnerabilidad en su dimensión individual y colectiva – preservación de sus costumbres, idioma y estilos de vida -.

Obligaciones estatales en el marco de regímenes especiales de protección del ambiente. Con el propósito de enfrentar la degradación acelerada de los océanos y zonas costeras, en 1974, se creó el Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente (PNUMA) bajo un enfoque de mares compartidos, involucrando países vecinos para adoptar medidas integrales y específicas para la protección del medio marino común - Actualmente, el programa abarca 18 regiones del mundo e involucra a más de 143 Estados⁵⁰ -.

En lo que atañe al mar Caribe, los Estados de la región adoptaron el Convenio de Cartagena⁵¹, cuya finalidad es abordar diferentes aspectos del deterioro del ambiente y satisfacer las necesidades de la región.

⁵⁰ En particular, abarca las siguientes regiones: (1) Océano Antártico, (2) Océano Ártico, (3) Mar Báltico, (4) Mar Negro, (5) Mar Caspio, (6) África Oriental, (7) Mares del Este Asiático, (8) Mediterráneo, (9) Noreste Atlántico, (10) Noreste Pacífico, (11) Noroeste Pacífico, (12) Pacífico, (13) Mar Rojo y Golfo de Adén, (14) Área Marina de ROPME (Baréin, Irán, Irak, Kuwait, Oman, Qatar, Arabia Saudita y Emiratos Árabes Unidos), (15) Mares del Sur de Asia, (16) Sureste Pacífico, (17) África Occidental, y (18) Mares del Este de Asia. Cfr. PNUMA, Llevando a cabo la gobernanza integrada de océanos regionales (Realizing Integrated Regional Oceans Governance Realizing Integrated Regional Oceans Governance – Summary of case studies on regional cross-sectoral institutional cooperation and policy coherence, Regional Seas Reports and Studies No. 199 2017), pág. 8.

⁵¹ Artículo 4, Obligaciones Generales: 1. Las Partes Contratantes adoptarán, individual o conjuntamente, todas las medidas adecuadas de conformidad con el derecho internacional y con arreglo al presente Convenio y a aquellos de sus protocolos en vigor en los cuales sean partes para prevenir, reducir y controlar la contaminación de la zona de aplicación del Convenio y para asegurar una ordenación del medio utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades.

2. Al tomar las medidas a que se refiere el párrafo 1, las Partes Contratantes se asegurarán de que la aplicación de esas medidas no cause contaminación del medio marino fuera de la zona de aplicación del Convenio.

3. Las Partes Contratantes cooperarán en la elaboración y adopción de protocolos u otros acuerdos para facilitar la aplicación efectiva del presente Convenio.

4. Las Partes Contratantes adoptarán las medidas adecuadas, de conformidad con el derecho internacional, para cumplir efectivamente las obligaciones previstas en el presente Convenio y sus protocolos y procurarán armonizar sus políticas a este respecto.

5. Las Partes Contratantes cooperarán con las organizaciones internacionales, regionales y subregionales competentes para aplicar efectivamente el presente Convenio y sus protocolos y colaborarán entre sí para cumplir las obligaciones contraídas en virtud del presente Convenio y sus protocolos

Como conclusión la Corte, establece: la obligación de los Estados a cumplir bajo la Convención Americana con la debida diligencia – asociados este concepto a la responsabilidades de los Estados frente a sus obligaciones, conductas o comportamiento -, el deber del Estado bajo esta premisa, están obligados a adoptar medidas apropiadas tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos, de forma general para preservar y conservar la protección integral del ambiente. La finalidad propuesta por la Corte, respecto del cumplimiento de garantizar el respeto a la vida, integridad personal, bajo el contexto de la protección del ambiente, los Estados deben cumplir con catálogo de obligaciones, no solo de las afectaciones internas al ambiente, sino además, cuando estas traspasen sus fronteras, donde es relevante, la obligación de prevención, el principio de precaución, la obligación de cooperación, y todas las obligaciones procedimentales en torno a la aplicación de la interpretación sistemático del cuerpo normativo local e internacional.

Advierte la Corte, que el derecho ambiental con lleva una serie de obligaciones implícitas de responsabilidad respecto de daños ambientales, por trasgresión de normas *v. gra.*, acuerdos sobre derrames de petróleos, el manejo de sustancias toxicas, el cambio climático, emisión de gases tóxicos que deben ser atendidas con la debida cautela por los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones de protección ambiental, con su correspondiente interrelación con los derechos humanos.

Las Corte, en su decisión por unanimidad, el 15 de noviembre de 2017, al ser competente por jurisdicción, determinó que es importante en cada caso determinar las circunstancias fácticas y jurídicas particulares, no solo con la ubicación geográfica determinada para protección

ambiental, pues se entiende que las personas cuyos derechos convencionales han sido vulnerados a causa de daño transfronterizo está sometido a la jurisdicción del Estado donde se origine el daño ambiental, en la medida que ese Estado, ejerce un control efectivo respecto de las actividades que se desarrollan en su territorio o bajo sus jurisdicción; bajo este precepto y con el propósito de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad de las personas bajo la jurisdicción, los Estados tiene la obligación de prevenir daños ambientales significativos dentro o fuera del territorio, aspecto que lo obliga a: regular, supervisar, fiscalizar, a través de instrumentos ambientales, tales como: efectuar estudios de impacto ambiental al existir riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales y mitigar el daño ambiental significativos, todo bajo el actuar, apegados a los principios del derecho ambiental, en especial el de prevención y precaución tendientes a la garantizar la vida y la integridad de las personas frente a daños graves o irreversibles al medio ambiente, aun sin que exista certeza científica.

Además los Estados, con el fin de garantizar y respetar el derecho a la vida, e integridad de las personas bajo su jurisdicción, deben cooperar de buena fe, para la protección contra daños transfronterizos significativos al ambiente, bajo este mandato deben, notificar a los Estados potencialmente afectados cuando estos tengan conocimiento de una actividad planificada o desarrollada bajo su jurisdicción, que podría tener identidad de llegar a afectar, para lo cual puede utilizar mecanismos de consulta o negociación, de buena fe, con los Estados potencialmente afectados por daños ambientales transfronterizos.

2. MECANISMOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DEL AMBIENTE.

Son amplias las opciones procesales de rango constitucional con las que se cuentan para procurar de forma integral y real, la prevención del daño o afectaciones al ambiente.

2.1 La Acción de Tutela - (AT) Art. 86 C.P. -

Iniciemos con el hecho, de que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La posición jurisprudencial no ha sido uniforme, en un primer escenario la Corte, sólo tutelaba el derecho al ambiente sano bajo el criterio de conexidad, es decir, cuando la afectación del ambiente soportaba también derechos constitucionales fundamentales⁵². La dinámica constitucional y la corte se ha inclinado por la tesis que establece el derecho al ambiente sano es un derecho fundamentalmente autónomo, bajo la premisa de que se trata del presupuesto para el ejercicio de la vida y el desarrollo del ser humano⁵³.

Ha establecido la Corte Constitucional, que: La jurisdicción constitucional, por medio de su jurisprudencia y su doctrina, es un importante mecanismo de integración política y social. Las

⁵² Ver Sentencias corte constitucional T-366 de 1993, T-422 de 1994 y C-328 de 1995.

⁵³ Ver Sentencias corte constitucional C-293 de 2002, C-339 de 2002, T-851 de 2010.

decisiones de tutela de la Corte Constitucional, se reitera, no se limitan a resolver el conflicto particular sino que tienen un efecto pedagógico que afianza y arraiga el papel rector de la Constitución en el arbitraje social y la regulación de la vida en comunidad. La jurisprudencia constitucional de derechos fundamentales cumple así una triple función legitimadora: es marco de referencia para las autoridades y los particulares, asegura la efectividad de los derechos, principios y deberes consagrados en la Constitución y genera el consenso social indispensable para la convivencia pacífica. En este contexto y no en otro es que debe entenderse la fuerza jurídica de las sentencias de revisión que profiere la Corte Constitucional. (Sentencia C-018,1993)

El Decreto Ley 2591 de 1991, armonizado, con el inciso segundo del artículo 86 Constitucional, determinó acerca de la revisión eventual de las sentencias de tutela por parte de la corte constitucional. Los fallos de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada material con efectos *erga omnes*, por el contrario, los demás fallos sólo tienen efectos inter partes.

La protección constitucional consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. La decisión de fondo, que es de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el Juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Es decir, la acción constitucional procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice **como mecanismo transitorio** para evitar un perjuicio irremediable. La corte constitucional en tratándose de la protección del ambiente ha manifestado:

“... la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los

servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Artículo 366 C.P.

(..)..

La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado ‘Constitución ecológica’, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección”. (Sentencia C-671,2001)

Con todo y de forma general acogiendo los pronunciamientos de la Corte Constitucional, pronunciamientos frente a la Acción de Tutela en principio, y por regla general, no es el mecanismo jurídico idóneo para garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano, por su improcedencia para la protección de los derechos e interés colectivos.

“La correlación entre los derechos fundamentales y los derechos colectivos, cuya titularidad radica en cualquier ciudadano, permite que en ocasiones se utilice la acción de tutela para buscar la protección de derechos colectivos. Para la Corte, este evento resulta comprensible cuando la afectación del derecho colectivo también implica la del derecho fundamental, relación de conexidad a partir de la cual la jurisprudencia ha declarado procedente la acción de tutela.” (Sentencia C-154,2013)

El mecanismo constitucional, no tiene limitada su aplicación de manera excepcional, frente a los derechos colectivos y preservación del medio ambiente sano frente a las Acciones Populares – en adelante AP – (Sentencia C-362, 2014), cuando la vulneración del derecho al ambiente sano

puede afectar directamente un derecho fundamental como la vida, puede la acción de tutela ser el mecanismo jurídico idóneo para la exigencia de la protección del mismo. En Colombia está por decantado, en sede constitucional⁵⁴, que el derecho a gozar de un ambiente sano puede ser protegido por vía de la acción tutela, cuando se encuentre en relación íntima o conexión con un derecho fundamental, esta ambivalencia ha generado en algunos casos fallas en la finalidad de las (AP) interpuestas, y en desarrollo de su trámite logren su efectividad eventual sólo a través del mecanismo constitucional de la acción de tutela, *v. gra.* La acción de tutela interpuesta por la contaminación y afectación ambiental del “Rio Atrato”⁵⁵, en defensa de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas asentadas en la cuenca hidrográfica; con tres (3) (AP) y seis (6) acciones de cumplimiento instauradas y falladas por el Tribunal Administrativo de Chocó y varios Juzgados Administrativos de diferentes municipios del departamento, todas resueltas a favor del Ministerio Público y en protección las comunidades étnicas, el recurso hídrico, y el ambiente, pero sin resultados concretos en su implementación.

Resulta evidente en el caso del departamento de Chocó, que ni las (AP), ni las Acciones de cumplimiento lograron efectivizar el mandato constitucional de protección del ambiente, en este caso sólo la revisión de una fallo de tutela por parte de la Corte Constitucional y que fuera denegado tanto, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta, Subsección B (*improcedente porque lo que se pretendía con ella era la protección de derechos colectivos y no fundamentales. Por lo anterior, añadió que los actores debían acudir a la acción popular y no a*

⁵⁴ Ver Sentencias: T-251/93; T-254/93; SU-257/97 y T-453/98.

⁵⁵ Escrito de Insistencia, No. 10/544, Rad. Interna. No. 3030000-2015-8620 radicado el 14 de agosto de 2015. Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado. “...Por lo tanto, la protección de un medio ambiente sano de las comunidades étnicas adquiere especial importancia desde el punto de vista constitucional, dado que es una condición necesaria para garantizar la vigencia del principio de pluralismo...”.

la de tutela en procura de la defensa de sus intereses), como por la sección segunda, subsección A-, del Consejo de Estado⁵⁶ (confirmó el fallo impugnado. La sección concluyó que no existe vulneración de los derechos colectivos alegados por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”, por cuanto los demandantes: (i) no lograron demostrar el perjuicio irremediable ni la ineficacia de las acciones populares para la protección de los derechos que estiman vulnerados; (ii) tienen la oportunidad de presentar el incidente de desacato ante el juez popular, quien conserva la competencia para ejecutar las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia en la medida en que no se puede pretender a través de la acción de tutela sustituir los medios ordinarios de acceso a la administración de justicia).(Palma,2017)

Dentro de los aspectos más relevantes de la trascendental sentencia de la Corte Constitucional, esta, la inmediatez, los efectos “*inter comunis*”⁵⁷ para las comunidades étnicas del Chocó, vinculación y exigencia de responsabilidades de entidades del Estado iniciando por el propio Presidente de la Republica, implementación de planes de contingencias: **a).** que permita garantizar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación de las comunidades afectadas; **b).** Neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal que realicen no solo en el “rio Atrato” y sus afluentes sino en el departamento del Chocó; **c).** descontaminar las cuenca del rio Atrato y sus afluentes, los territorios ribereños, recuperar sus ecosistemas y evitar daños adicionales al ambiente en la región; la creación de una comisión de guardianes y de expertos para

⁵⁶ “En una sentencia inédita, el alto tribunal consideró al río “sujeto de derechos” y especial protección constitucional. Por eso le ordenó al Estado un plan de choque para salvar este afluente de la minería desbordada y el mercurio”. (Palma, 2017)

⁵⁷ Definidos por la Corte Constitucional: “como aquellos efectos de un fallo de tutela que de manera excepcional se extienden a situaciones concretas de personas que, aun cuando no promovieron el amparo constitucional, se encuentran igualmente afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó, producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales”.

la protección del río. Aspectos innovador y transcendental reconocer por primera vez a una fuente hídrica (río Atrato) y sus afluentes como una **entidad sujeto de derechos a la protección,** conservación y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, siendo el gobierno nacional quien debe ejercer la tutoría y representación legal de los derechos del río, a través de la institución que el presidente designe. (Sentencia T-662, 2016)

2.2 La Acción de Cumplimiento – (A.C.)- Art. 87 C.P. -

Las acciones de cumplimiento nacen, como el medio constitucional a través del cual: *“toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo. (...) En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitió”*. (Constitución Política, 1991. Art.87)

El texto constitucional *ut supra*, de entrada no resuelve interrogantes de peso, al referir cualquier persona, ¿Están incluidas personas naturales y jurídicas?; ¿Qué significa el efectivo cumplimiento de la norma?; ¿Qué es la efectividad?; ¿Qué es el incumplimiento?; ¿El incumplimiento de la norma es solo de las autoridades administrativas o puede ser un particular?; entre algunos interrogantes, que fueron desarrollados por parte de la Corte Constitucional.

“ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO-Finalidad. La finalidad de la acción de cumplimiento es buscar un mecanismo o instrumento procesal idóneo para asegurar la realización material de las leyes y actos administrativos. De este modo se logra la vigencia y el respeto del ordenamiento jurídico, en cuanto la ejecución de las leyes y actos administrativos, permite realizar los diferentes cometidos estatales confiados a las autoridades, y proteger y hacer efectivos los derechos de las personas.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO-Mecanismo idóneo para el cumplimiento de ley material y actos administrativos. Cuando se trata de asegurar el efectivo cumplimiento de la ley material, esto es, de normas generales, impersonales y abstractas, es indudable que el instrumento de protección creado por el Constituyente -la acción de cumplimiento- es el único mecanismo directo idóneo, razón por la cual no le es permitido al legislador crear mecanismos subsidiarios o paralelos para asegurar dicho cumplimiento. Iguales consideraciones son válidas con respecto a los actos administrativos de contenido general que por contener normas de carácter objetivo impersonal y abstracto, son equivalentes materialmente a las leyes. Dada la generalidad de las leyes y actos administrativos, esto es, en cuanto están referidos a una serie indeterminada de personas, situaciones o cosas, no puede pensarse en que exista un afectado concreto por sus disposiciones”. (Sentencia C-193, 1998)

La norma constitucional se refirió a la ley y los actos administrativos, objeto de acción por su incumplimiento, pero la norma fue más específica al determinar: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos”. (Ley 393, 1997. Art. 1)

El texto constitucional que consagró la acción de cumplimiento, no tiene un efecto residual contrario *sensu* es una acción principal con plena exigibilidad, ante la existencia de otras acciones judiciales. Al no ser una acción residual, ni supletoria, consagra la norma que la reglamentó, su improcedibilidad, cuando exista o se haya ejercido otro instrumento judicial para el logro efectivo del acto administrativo, salvo, que de no proceder el juez, se lleve a un perjuicio grave e inminente para el accionante. (Ley 393, 1997. Art. 9)

El fundamento constitucional, no distinguió que tipos de actos administrativos podrían ser objeto de cumplimiento en ejercicio de las acciones de cumplimiento, por lo cual se puede accionar contra actos administrativos de carácter general o particular. (Sentencia C-193, 1998)

Rojas (2012), define la finalidad de la acción de cumplimiento. Así, se trata de una acción cuya finalidad es la de servir de instrumento para garantizar que una determinada fuente de derecho sea efectivamente cumplida. Esa fuente de derecho, en concreto, debe ser una norma con fuerza de ley o un acto administrativo (Ley 393 de 1997, arts. 4º y 8º), de tal suerte que la acción se interpone en contra de la autoridad encargada de cumplirla (Ley 393 de 1997, arts. 5º) o en contra del particular que, por actuar o deber de actuar en ejercicio de funciones públicas, también está llamado a garantizar su cumplimiento. Por lo demás se trata de una acción pública, lo que legitima a cualquier persona para interponerla y que en esa medida, se reitera, puede servir para salvaguardar el medio ambiente, al procurar la afectiva implementación de una normatividad determinada.

2.3 La Acción Popular - (AP) y de Grupo (AG) Art. 88 C.P -.

Con la Constitución Política de 1991, nació a la vida jurídica la acción popular, junto a otros mecanismos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas. Definidas como medios procesales para la protección de los derechos e interés colectivos, ejerció que está limitado únicamente a evitar un daño contingente, sino para hacer cesar el peligro, amenaza, vulneración o agravio que afecte los derechos o interés colectivos; también permite restituir las cosas a su Estado anterior, cuando ello es viable.

La finalidad de este mecanismo constitucional no es otro, que permitir a cualquier persona que se sienta afectada o perjudicada, en calidad de integrante de la comunidad, con capacidad procesal por activa para el ejercicio de acciones tendientes a la defensa de la comunidad o grupo social objeto de un impacto con ocasión de conductas u omisiones desplegadas por cualquier persona (natural o jurídica) o el propio Estado. La acción también ha sido consagrada como vía de carácter abstracto, participativa y democrática contenida en el ordenamiento constitucional, cuya finalidad es dirimir de forma pacífica y abreviada todos aquellos conflictos generados en la actividad, inactividad u omisión de las competencias de las entidades del Estado.

En nuestro ordenamiento jurídico tenemos como antecedentes, que su codificación es originaria del derecho romano, consagrado por Don Andrés Bello en el código civil de 1873, como mecanismo de defensa del daño contingente consagrado en los artículos 1005 y 2359 de la precitada norma.

El derecho a gozar de un ambiente sano, tiene su rango de protección constitucional en el artículo 88 de C.P. a través del ejercicio de las (AP), las cuales tienen su desarrollo a través de la Ley 472 de 1998, regulando de forma general la (AP), no limitada en la transcripción de principios generales, sino que dio al Estado y ciudadanos instrumentos efectivos para exigir el respeto de los derechos colectivos. (Rad. 63001-23-31-000-2001-0243-01, 2002)

Un cambio trascendental se presentó al momento de ser derogado el **incentivo económico** de las (AP), que podría haber desmotivado las acciones encaminadas a la protección de los derechos colectivos, fundamentado en que no existe dentro de los integrantes de la comunidad una

cultura o sentido altruista necesaria para adelantar acciones, no en protección de derechos individuales, sino colectivos, sin ninguna contra prestación. La ley 1425 de 2010 que derogó los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, que consagraba el incentivo dentro del trámite procesal de las (AP), motivado en la consideración que dicho incentivo, no propendía por una cultura común frente a la protección de los derechos colectivos, sino que el contrario se había monetizado el carácter altruista de la acción. Muchos abogados “mercenarios” y ciudadanos incrementaron sus capitales con recursos de los incentivos, no menos cierto era que este únicamente se causaba cuando se demostraba efectivamente la vulneración de un derechos colectivo, queda el interrogante, si el incentivo puede ser derrotero de las – AP -, o por el contrario existen ciudadanos guardianes de la moralidad administrativa y el derecho a gozar de un ambiente sano, entre otros derechos e interés colectivos protegidos.

Es claro que la máxima instancia de la jurisdicción constitucional, estaba inicialmente de acuerdo con el incentivo contemplado para las (AP), aun cuando el fallo tuvo aclaración y salvamento de voto. Deforma posterior la posición cambio, determinando declarar exequible la Ley 1425 de 2010, que derogara los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, en lo referente al incentivo para las AP, determinando:

“Conclusión. En conclusión, (i) el Congreso de la República no viola el principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos sociales, al derogar las normas que establecían un incentivo económico para el actor en las acciones populares (artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998), teniendo en cuenta que no se trata de una medida que obstaculice gravemente el acceso a un nivel de protección del cual se gozaban tales derechos y por cuanto la medida propende por mejorar el ejercicio del derecho político en cuestión. Además, (ii) la supresión del incentivo a favor del actor popular, no

vulnera el principio de igualdad y equidad de las cargas públicas ni establece una restricción injustificada al acceso a la administración de justicia, derivada de una presunta pérdida de eficacia de la herramienta constitucional para la defensa de derechos colectivos”. (Sentencia C-630, 2011)

La diferencia entre las (AP) y (AG), radica: en que la segunda, tiene en teoría un objetivo más amplio, encaminan su protección a todos los derechos humanos, pero con una finalidad procesal determinada, obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios en caso de vulneración de los derechos en mención, exigidos por parte de un conjunto de personas con que deben coincidir en condiciones específicas y uniformes respecto de la causa originaria de las reclamaciones individuales en número plural de integrantes, donde aquellos que no presenten oposición se podrán ver beneficiados del resultado procesal; por su parte la primera, tiene como finalidad tutelar el interés público en favor de la comunidad. Se determina como medio procesal de protección de derechos e interés colectivos ante una autoridad judicial, donde cualquier individuo que propenda por defender los intereses que son de naturaleza común a una colectividad, puede obtener de los jueces una pronta y efectiva protección en sede judicial de los derechos propios y de la comunidad.

Las (AP) en el contexto internacional, han sido integradoras e incorporadas paulatinamente en muchas en las constituciones del ámbito mundial⁵⁸, esta institución procesal, se presenta en el contexto internacional como una de las mayores revoluciones en materia procesal de protección

⁵⁸ Países como Brasil, Bolivia, Ecuador, Francia, Portugal, España, Alemania, e incluso Estados Unidos y Canadá, han incorporado acciones en pro de la protección de los intereses y derechos colectivos.

del interés colectivo, no solo de protección del derechos a gozar de un ambiente sano, sino en ámbitos de protección de los consumidores, el desarrollo urbano entre otros relevantes.

Como mecanismo procesal efectivo en el contexto internacional, para países como: Estados Unidos, Canadá, Brasil⁵⁹, Argentina, Portugal; Francia, que representa un avance procesal en el tiempo, determinado a ser un medio eficaz en procura de la solución de innumerables tensiones y conflictos derivados de la globalización, industrialización, transformación del ambiente y masificación. La clasificación puede darse en dos corrientes, la primera que permite que ciertas asociaciones o grupos protejan sus intereses y de la comunidad, como referente Francia⁶⁰, o de instituciones como el Ministerio Público.

En Alemania Ley , es más amplio el campo de aplicación que en Francia, toda vez que se establece para la defensa de diferentes intereses de los ciudadanos y no requiere que estén asociados (Ley del 9 de diciembre de 1976). En Italia mediante la Ley de 1967, cualquier persona puede oponerse a los actos que lesionen los intereses propios o de la comunidad, donde las pretensiones en representación del grupo deben ser las mismas de la colectividad, si existe interés idéntico, solidario e interdependiente entre ellos.

⁵⁹ En la Constitución de Brasil el artículo 5 de la Constitución señala que: "Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural."

⁶⁰ La acción pública se encuentra regulada en la ley royer, Número 1193 de 1973. La protección se ha extendido a las organizaciones que se hubiesen conformado con cinco años de anterioridad a los hechos perturbadores y a la contaminación ambiental, mediante la ley de 10 de julio de 1976. Sin embargo aún siguen siendo limitadas.

En el caso de España, se motiva en el derecho que tiene cualquier persona de impugnar los actos y planes de ordenación urbana cuando vulneren el interés público o los actos de terceros, para contrarrestar la omisión o inactividad de las autoridades locales. (Ley de Suelos de 1956)

Estados Unidos y Canadá, por su parte integran en su ordenamiento jurídico dos tipos de acciones, de clase, o también denominadas "*Class action*"⁶¹ pueden ser instauradas por cualquier interesado en la protección de sectores específicos de la comunidad; la decisión de fondo produce efectos respecto de todos integrantes de la comunidad, siempre que sea dentro de un escenario en que existan un numeroso grupo de personas con aspectos de hecho y de derecho, común y además cuenten con representante adecuado de sus intereses.

Las (AP) forman parte de los instrumentos o mecanismos que el movimiento constitucional occidental contemporáneo ha incorporado progresivamente en los sistemas jurídicos, el fin de optimizar los medios de defensa de las personas frente a las ramas del poder del Estado, de las propias competencias administrativas y de los grupos económicos poderosos, bajo la premisa de, no ser, un catálogo más de derechos de rango constitucional, sino por el contrario instrumentos que aseguren y garanticen la efectividad del interés y los derechos colectivos.

En términos de Henao (2015 p. 36 y ss), la lesión sobre intereses individuales o sobre intereses colectivos. Esta distinción también tiene gran incidencia en la forma como se conciba la reparación, porque es diferente reparar a personas individualmente consideradas – aun jurídicas – que a colectivos que representan intereses difusos no apropiables. Como bien lo enuncia la Corte

⁶¹ Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil.

Constitucional, en fallo que podríamos calificar de fallo de principio sobre definiciones de los diferentes intereses protegidos por el derecho de daños.

“...la doctrina comparada habla de que el objeto de las acciones de grupo es proteger “intereses de grupo con objeto divisible”, o “intereses plurisubjetivos”, o “derechos o intereses subjetivos homogéneos”, a diferencia de las acciones populares en las que se protegen intereses de grupo con objeto indivisible o derechos colectivos en sentido estricto: los intereses colectivos y los intereses difusos. Esta distinción entre los diversos tipos de intereses jurídicos protegidos por las diversas acciones colectivas permite arrojar claridad sobre elementos de la ritualidad. Y en este aspecto, la primera diferencia importante es aquella que existe entre los intereses colectivos indivisibles, propios de la acción popular, y aquellos divisibles, que son el objeto de las acciones de grupo. Los intereses difusos y colectivos, protegidos por las acciones populares, hacen referencia a derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. Algunos ejemplos típicos de esos intereses colectivos o bienes públicos son entonces la defensa nacional, la seguridad pública o la pureza del aire como elemento del medio ambiente”. (Exp. D-4939, 2004)

Las (AP) son una gran herramienta de protección del ambiente, sin embargo no son excluyentes con otras acciones constitucionales, que han permitido en igual sentido la protección del ambiente *v. gra* las acciones de Tutela, entiendo que es allí donde las acciones constitucionales cumplen su veredero fin, no atravesándose la una, a la otra, sino, integrando su poder entorno a la constitucionalización del derecho ambiental.

2.4 Mecanismos constitucionales de participación dirigidos a la defensa del ambiente.

La Consulta Popular por su relevancia en el tema ambiental, en el escenario Nacional, en seis departamentos de Colombia, nueve municipios se han pronunciado a la fecha de hoy, a través del mecanismo constitucional de participación denominado “Consulta Popular” frente a la realización o no, de actividades extractivas en su territorio. El primero de ellos fue el municipio de Piedras en el departamento del Tolima, con un potencial electoral para la fecha (28/07/2013) de 5105 votantes, debiendo superar un umbral de 1702 votos, donde gano el “SI” (a una pregunta un poco extensa)⁶², con una votación de 2971 (58,90% total votación), una abstención de 2098 electores (41,10% total votación), por el “NO” votaron 24 (0,80% total votación), 2 (0,07% total votación) votos nulos y 10 (0,33% total votación) no marcados. Para gran parte de población colombiana las Consultas Populares son la solución para contrarrestar la degradación del ambiente y lograr una reorganización del poder del Estado que nace de la propia iniciativa de la comunidad. Sin embargo el choque de la locomotora minero energética del Gobierno, frente a la manifestación de los ciudadanos asentados en los territorios, en ejercicio propio de mecanismos constitucionales de participación del pueblo o manifestación de soberanía. (Constitución Política, 1991. Art. 103)

⁶² ¿Está de acuerdo, como habitante del municipio de Piedras, Tolima, que se realice en nuestra jurisdicción actividades de exploración, explotación, tratamiento, transformación, transporte, lavado de materiales, provenientes de las actividades de explotación minera aurífera a gran escala, almacenamiento y el empleo de materiales nocivos para la salud y el medio ambiente, de manera específica el cianuro y/o cualquier otra sustancia o material peligroso asociado a dichas actividades y se utilicen las aguas superficiales y subterráneas de nuestro municipio e dichos desarrollos o en cualquier otro de naturaleza similar que pueda afectar y/o limitar el abastecimiento de agua potable para el consumo humano, la vocación productiva tradicional y agrícola de nuestro municipio?

La consulta es sólo uno de los mecanismos de participación (Ley 1757, 2015)⁶³ que permiten la manifestación del constituyente primario, frente al derecho de gozar de un ambiente sano, y la administración razonable de los recursos naturales, se entendería sin mayor elucubración que dentro del ejercicio propio del derecho al voto – entendido voto consiente, libre y espontáneo - , se aprueba o no la protección del ambiente, las audiencias públicas ambientales⁶⁴ y las cuestionadas consultas previas⁶⁵, que son reconocimiento constitucional a la cosmovisión de las comunidades étnicas.

2.4.1 La Consulta Popular como mecanismo de partición democrático para proteger el ambiente.

Las Consultas Populares Vs El Modelo de Desarrollo Económico Basado en Políticas Extractivas, ha sido objeto de discusión en sede constitucional. La corte constitucional ha definido de forma clara el alcance de las consultas populares:

⁶³ La presente ley regula la iniciativa popular y normativa ante las corporaciones públicas, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, el plebiscito y el cabildo abierto; y establece las normas fundamentales por las que se regirá la participación democrática de las organizaciones civiles.

La regulación de estos mecanismos no impedirá el desarrollo de otras formas de participación democrática en la vida política, económica, social y cultural, ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en esta ley.

⁶⁴ Ver Decreto No. 330 del 8 de febrero de 2007; Ley 99 de 1993 artículo 72, Decreto 1076 de 2015 artículos 2.2.2.4.1.1 y 2.2.2.4.1.2 – compilatorio del Decreto 330 de 2007-.

⁶⁵ Ha determinado la Corte Constitucional: “... a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada....” Sentencia C- 039 de 1997, Corte Constitucional, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

“CONSULTA POPULAR-Alcance: El alcance de la consulta popular y su carácter imperativo están supeditados al respeto de los preceptos constitucionales y a la observancia de las exigencias previstas en la ley que la regula. De esta manera, la fuerza vinculante de una consulta popular debe ser interpretada en consonancia con la vigencia de los demás derechos y principios reconocidos en la Constitución, por lo que no todo llamado a la comunidad para pronunciarse sobre asuntos de interés local puede concebirse en términos imperativos absolutos...”(Sentencia C-445, 2016)

Las Consultas Populares, están encaminadas a frenar la “locomotora minera” del Gobierno Nacional, aspecto que dejaría para el país un gran problema, que no se reflejaría únicamente en el modelo de desarrollo económico, sino, que dejaría literalmente sin combustible la “locomotora minera” del Gobierno y con un gran problema frente a las políticas de defensa del daño antijurídico del país, motivado en las cuantiosas demandas contra el Estado no sólo en ámbito de la justicia nacional sino ante instancias del orden internacional.

Algunas posiciones en pro y en contra de las consultas populares permiten contextualizar su efecto, frente al modelo de desarrollo económico basado en políticas extractivas:

Estas decisiones de carácter político no son retroactivas. Uno no puede poner en riesgo la estabilidad jurídica”: **Germán Arce, ministro de Minas**; que lo sucedido con la consulta popular en Cajamarca causa molestias y preocupación al sector, pues profundiza la inseguridad jurídica “ya existente”. Además le pidió al Congreso que “determine las competencias de la Nación y de los entes territorios” en estos casos. **Santiago Ángel Urdinola, presidente de la Asociación Colombiana de Minería**; “Somos respetuosos

de los mecanismos de participación ciudadana y de sus resultados”. “Lamentamos que por cuenta de un debate mal planteado sobre la minería en Colombia, se ponga en riesgo que el país y la región reciban los beneficios de la minería bien hecha y responsable”. “Ante el resultado, analizaremos las consecuencias y el impacto que tiene sobre el proyecto y sobre la minería en Colombia” comunicado de **AngloGold Ashanti**; “Los resultados de las consultas populares son vinculantes, no pueden ser desconocidas por el Estado en todos sus niveles, ni por los ciudadanos y empresas, tal y como lo señalan las leyes estatutarias 134/94 y 1757 de 2015 y como reitera la Corte Constitucional en la Sentencia T-445/16. En el caso de Cajamarca, en el evento de que el pueblo de manera soberana diga que no a la minería, esto implica que el proyecto de La Colosa no se puede desarrollar, por cuanto allí no existen situaciones jurídicas consolidadas. Rodrigo Negrete, **abogado, asesor en políticas ambientales y uno de los autores del informe Minería en Colombia de la Contraloría**”. (Caracol Radio, 2017)

La controversia de protección del ambiente está planteada, el alcance jurídico y poder vinculante de las Consultas Populares también, la firme decisión de que el Gobierno intervenga y las flexibilice también, sin embargo esto lo definirán las Altas Cortes, una reforma a la ley orgánica de ordenamiento territorial (LOOT) propuesta por el Gobierno Nacional anterior para evitar que las Consultas Populares sigan frenando en seco la operación de proyectos productivos asociados a la minería y el petróleo.

La manifestación del Gobierno Nacional frente a no seguir financiando las consultas contra la minería y el petróleo, sólo quiere quitar una obligación de rango constitucional y dejarle el

problema a los municipios y departamentos que pretendan realizarlas, teniendo un alcance mucho más amplio, es decir, abarcar en general los mecanismos de participación ciudadana, incluida las revocatorias de mandatarios regionales.

Son significativas las reservas de recursos naturales no renovables existentes en los territorios donde hasta el momento ha triunfado el “NO” con las Consultas Populares frente a la prohibición de actividades extractivas, de continuar la tendencia, las consultas podrían poner en jaque, no solo al sector minero energético, sino el modelo de desarrollo económico del país. Se pone en riesgo la producción de 115.000 barriles diarios de petróleo y aproximadamente 13 proyectos exploratorios.

Por último, en mecanismos de participación es de gran importancia, referir, que conforme a las facultades constitucionales consagradas, en el numeral 11 del artículo 189 de C.P. y en desarrollo de los artículos 1, numerales 12 y 72 de la Ley 99 de 1993, es viable en temas ambientales, solicitar la realización de una audiencia pública ambiental, con el objeto de dar a conocer a las organizaciones sociales, comunidad en general, entidades públicas o privadas la solicitud de licencias ambientales, permisos o concesiones ambientales, la existencia de un proyecto, obra o actividad, los impactos que esta pueda llegar a generar o esté generando y las medidas de manejo propuestas o implementadas para prevenir, mitigar, corregir y/o compensar los impactos, además de recibir opiniones, informaciones y documentos que estén en manos de la comunidad y entidades del orden público o privado. Los legitimados para promover la realización de la audiencia pública además de las entidades, incluye la participación de un grupo de ciudadanos. (Ley 1757, 2015)

CAPÍTULO II.

Para abordar el segundo capítulo, donde se colocará la tensión que genera integrar tres temas trascendentales – La constitucionalización de la protección del ambiente y la responsabilidad patrimonial del Estado en materia ambiental en el contexto interno e internacional, activismo judicial y su alcance en la construcción de políticas públicas y la conflictividad ambiental generadora de nuevos regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado –, es importante seguir el hilo conductor de los principios del derecho internacional, la actividad de los jueces en protección del ambiente, el alcance de sus sentencias en el ámbito presupuestal e intervención en la construcción de políticas públicas y por último, examinar el tridente de decisiones de las Altas Cortes, decisiones cimentadas en principios propios del derecho ambiental y protección de los derechos fundamentales en conexión con la protección del ambiente.

1. EL ACTIVISMO JUDICIAL EN LOS CONFLICTOS AMBIENTALES.

El activismo judicial en materia ambiental es una tendencia frecuente en las democracias contemporáneas en general. En Colombia el poder judicial como órgano independiente y como fórmula para solucionar falencias propias, de actores del Estado en temas de protección del ambiente. Intervención que de plano debe ser medida, en especial, en la formulación de políticas públicas, para no caer en extralimitaciones, usurpación de competencias, bajo la máxima premisa de separación de poderes. Bajo las precisiones y límites antes explicados, el activismo judicial se puede implementar como fórmula de protección efectiva del ambiente, sin ser contrario **al sistema**

de pesos y contra pesos⁶⁶ instituido por el constituyente; logrando contrario *sensu* interacción institucional armónica, con poderes “empoderados” en colaborar entre sí, sin intromisión en sus competencias, con la única finalidad de garantizar la tutela efectiva a gozar de un ambiente sano, “Desarrollo Sostenible Resiliente” y un verdadero pacto intergeneracional para la protección efectiva del ambiente.

1.1 El fenómeno del activismo judicial y el rol del juez en materia ambiental.

Amaya (2016), citado por Guzmán Jiménez L.F., establece que: El origen del fenómeno jurídico del activismo judicial se remonta a 1954, cuando surgen fallos de esta característica en el derecho jurisprudencial norteamericano. En América Latina y otras regiones del cono sur, este tipo de sentencias con tendencia contemporánea, se desarrollan a través del neoconstitucionalismo progresista, cuya ilustración más clara, es la intervención judicial en casos estructurales; en lo que respecta a Colombia, esta corriente judicial surge desde la década de los años 90, donde las Altas Cortes empiezan a cuestionar las bases del Estado Social de Derecho y la división clásica de los tres poderes, empezándose a replantear – por no decir que imponer - el concepto de colaboración armónica de estos.

⁶⁶ Sistema consagrado en la Constitución Política de 1991, donde la trilogía propia de las ramas poderes, determinan separación de funciones y colaboración armónica, sin asumir las que no le corresponden, como sucede con la altas cortes – choque de trenes – a veces, y que va en contra del sistema de pesos y contra pesos. Entendido como la especialización de labores estatales, cada una de las cuales debe corresponder a un órgano específico, también denominado este modelo constitucional como “frenos y contra frenos (*checks and balances*)”, que presupone la armonía y equilibrio en los órganos que cumplen funciones propias del poder público, se adecuada y con delimitación funcional propias del ejercicio de sus competencias y autonomía.

Representante de aspectos modernos, actuales y relevantes de la ciencia jurídica, el activismo judicial en materia ambiental, tópico de convergencias y tensiones propias del neoconstitucionalismo⁶⁷ – Crisis del Estado, aplicación directa de la constitución a la protección de nuevos sujetos de especial protección constitucional, el rol del juez en los sistemas democráticos, garantía de derechos fundamentales, colectivos y el propio concepto de constitución - en aspectos judiciales no ajenos *per se* a la nueva conflictividad ambiental y al concepto de justicia ambiental, no sólo en el contexto local sino también internacional. El comportamiento o fenómeno de la actividad en sede judicial, según se desarrolle, puede llegar a afectar todos los actores del sistema jurídico, por sus posibles impactos en la rama legislativa y ejecutiva, también en las empresas y particulares que aprovechan los recursos naturales.

Tres aspectos integradores, Primero, el activismo judicial en ocasiones, asume competencias propias del órgano legislativo, regulando aspectos propios de la competencia del legislador y creando insumos que deben integrar políticas públicas, desde la decisión judicial; Segundo, puede en ocasiones desconocer o por lo menos llegar a condicionar aspectos como la autonomía y discrecionalidad administrativa para asumir o adelantar medidas propias del ejecutivo; en asuntos públicos y autonomía financiera, con decisiones que imponen cargas de inversiones en materia ambiental con casos que serán presentados más adelante. Tercero y último, cuando los dos escenarios anteriores se presentan, se afecta al particular, quien queda en la incertidumbre de la seguridad jurídica de los asociados en especial los actores del sector industrial. A manera de pretensión introductoria, en el tema del activismo judicial en materia de protección

⁶⁷ Afirma Luis Prieto Sanchís, *que el neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o simplemente constitucionalismo; es una expresión jurídica que sirve para aludir a distintos aspectos de una nueva cultura jurídica, los mismos que pueden ser compartidos al mismo tiempo por la gran mayoría de teóricos y filósofos del derecho de la actualidad*”.

del ambiente: tenemos que la dinámica en materia de protección de los recursos naturales por parte de las Altas Cortes en Colombia – Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia - un alto desarrollo jurisprudencial en materia de protección del ambiente, a través del fenómeno del activismo judicial, con características propias y visibles en las decisiones, que de una u otra manera, pueden llegar a tocar sensiblemente, valores de rango constitucional y de gran relevancia para la consolidación de un verdadero Estado Social de Derecho – Separación de poderes, seguridad jurídica, la confianza legítima, situaciones jurídicas consolidadas, derechos adquiridos y la propia democracia – aunado al impacto que puede tener en la construcción de las políticas públicas en materia ambiental, de forma positiva o negativa en relación con otros derechos fundamentales como la libertad de empresa y las competencias propias del órgano legislativo y del propio ejecutivo en temas afectación del presupuesto con ocasión de las decisiones en sede judicial en temas de protección del ambiente.

Green (2009), citado por Guzmán Jiménez L. F., establece el activismo judicial: *“Como el abuso del poder sin supervisión, que se ejerce fuera de los límites de la función judicial”*.

Bolick (2007), formula un segundo concepto: *“El activismo judicial –entendido en el sentido de que los tribunales mantienen el poder legislativo y ejecutivo dentro del límite constitucional – es esencial para la protección de las libertades individuales y vigencia efectiva del Estado de Derecho”*.

Una tercera definición doctrinal según Cabrillo (2011), reza: *“Decisiones de los órganos de la Administración de Justicia que van más allá de la estricta aplicación de la ley, para extender algunos de sus principios a situaciones nunca previstas por el legislador”*.

Kennedy (2010)⁶⁸ afirma que el juez activista es quien invierte una importante cantidad de energía y tiempo en la elaboración de una interpretación jurídica diferente a la tradicional, que satisfaga la motivación extrajurídica que lo guía, de modo que el resultado del pleito sea más acorde con su preferencia sobre lo que el derecho debiera amprar y por esto, aunque no tienen una preferencia hacia una de las partes, no es neutral en el uso de los recursos”.

Tomando de referencia lo expresado por el profesor Kennedy citado por Guzmán Jiménez L. F., él identifica tres tipos de jueces activistas:

Los Primeros “**Jueces Restrictivos**”, en cargados de modelar el significado legislativo según sus preferencias valorativas, ya que sean liberales o conservadoras, y al aplicar la norma para el caso concreto, este representará la mejor interpretación que ha podido encontrar el juzgador, y su sentencia es formalmente jurídica y refleja su honesta creencia que el derecho exige la respuesta que el juez ha alcanzado con el litigio, es activista por la motivación extrajurídica que tienen para saber cuál es la sentencia justa.

Los Segundos, “**Jueces Mediadores**” o activistas comisionados para la toma de decisiones mediadoras entre dos polos, restringidos y bipolares. Se considera como una de las posturas más pasivas de las tres a definir, al generar una idea de la forma como los grupos de interés persiguen el conflicto ideológico a través de las decisiones judiciales, analiza las posturas de los jueces restringidos y bipolares y elige una interpretación que se ubica en el medio.

⁶⁸ Profesor de derecho de la universidad de Harvard, fundador de la corriente de pensamiento jurídico denominado *Critical Legal Studies* (CLS).

Los Terceros, “**Jueces Bipolares**” que pueden tener múltiples actitudes a la hora de fallar, ya que en casos toman cierta cautela ante los poderosos con el propósito de conservar sus cargos, y en otros demuestran cierta neutralidad al fallar en algunas oportunidades para un bando y en otras para otro. La bipolaridad de estos jueces radica según el profesor Kennedy, es la tendencia constante que tienen para alternar entre las ideologías a lo largo del tiempo, pues no pertenecen a un campo ideológico que pueda ser el patrón decisional en las decisiones judiciales, al contrario, resulta difícil predecir su postura ideológica en determinado caso.

En concordancia con el tema del activismo judicial (LORENZETI 2008), formula un interrogante respecto de las medidas que podrían llegar a tomar un juez para garantizar la eficacia de las decisiones en materia de protección del ambiente, tomando de referencia un gran caleidoscopio que pueden adoptar los jueces, según la fuente del precitado profesor Argentino, dicha clasificación de **Medidas judiciales de implementación son:** **a).** Exhortaciones y mandatos; **b).** Mandatos de innovar y no innovar; **c).** Mandatos dirigidos al Congreso: Pretensiones de operatividad; **d).** Mandatos dirigidos a la administración, que incluyen, <1. *Orden orientada hacia un resultado*; 2. *Orden orientada hacia los procedimientos*; 3. *Creación de una microinstitucionalidad*>; **e).** Órdenes de organización de la implementación: incluyen, <1. *Delegación de la ejecución*; 2. *División de la ejecución por etapas*; 3. *Aplicación de sanciones al funcionario público*>; Soluciones conciliatorias.

Las medidas *ut supra* tienen un alto grado de relevancia y contenido acerca de la vigencia de un valor o principio de rango constitucional en materia ambiental, interpretación que por

competencia corresponde a otros poderes, pero que por vía del activismo judicial deben ser exhortados a su real cumplimiento.

1.2 Precedentes, conflictividad y desarrollo jurisprudencial en materia ambiental.

Martínez (2016), en el contenido del Atlas de Justicia Ambiental, que analiza los conflictos ambientales en 16 países en América Latina, ubica a Colombia en el primer puesto, con 72 conflictos relevantes en materia ambiental - los principales asociados a las actividades extractivas mineras y de combustibles fósiles -. Debe entenderse, como más, que una justificación fáctica.

Sobre lo planteado, se trae de referencia las manifestaciones del exmagistrado de la corte Luis Carlos Sáchica Aponte e Iván Vila Casado, referenciados por Guzmán Jiménez L. F., quien afirma que el primero, cataloga a la Corte con el apelativo de bizca o que padece estrabismo, pues la causa de hacer con un ojo guiños a la política y con el otro mira su jurisprudencia petrificada. Vila asegura, que han *“brincado la cerca”* pues se abrogaron competencias no contempladas (López, 2011). Con todo lo antes mencionado, el realismo jurídico actual, y según un sector de la doctrina considera que las Altas Cortes han venido invadiendo los campos legislativos creando un clima de inseguridad jurídica; de igual manera sucede con las competencias propias del ejecutivo, pero como se menciona es un sólo sector doctrina.

Velilla (2014), afirma contrario *sensu* que en materia ambiental el juez debe ser activo no se puede limitar a su papel pasivo y debe ser *“menos conservador apartándose del paradigma tradicional, neutro y fragmentado en la valoración del caso y pasar a un paradigma sistemático,*

consciente de que tiene un deber propio y poder de dirección, orientados a dar cumplimiento a las finalidades constitucionales e las obligaciones estatales en la protección del medio ambiente”.

En la misma línea, Cafferatta (2010). Afirma que el juez debe adoptar un papel activo *“de tutela preventiva, continua, eficaz, enérgica, anticipadora, temprana, dinámica, rápida, flexible, vigorosa, colaborador, gente de cambio social”.*

Puede ser prematuro, pero el plexo dinamizador del juez en el activismo judicial en materia ambiental no es gratis, supera simplemente la ineficacia de las políticas públicas en materia de protección del medio ambiente ejecutadas por el ejecutivo y que se materializan con la vulneración e incremento de la conflictividad ambiental, que involucran vulneración de derechos colectivos.

López (2004), afirma por su parte, que existe una rama judicial Kafkiana y legalista, y poco sensible a las necesidades y angustias de quienes acudían a ella, donde los jueces, o una parte de ellos, han actuado en los últimos tiempos como mecanismos de reivindicación de viejos reclamos sociales que nunca, o al menos poquísimas veces, tuvieron cabida en los añejos y estrechos del derecho más tradicional.

El activismo judicial es dinamizador cuando aplica y crea principios que propenden por la protección del ambiente, sin desconocer a su vez, que es creador de cargas económicas para el cumplimiento de sus fallos – necesarias en las mayorías de los casos -, con consecuencias propias que pueden afectar la sostenibilidad fiscal del Estado, costos propios, a la hora de salvaguardar el verdadero Estado Social de Derecho y con ellos los derechos colectivos de las futuras

generaciones. Los dos sectores doctrinarios que se pronuncian respecto del activismo judicial – una en contra del activismo judicial y la segunda en pro – es necesario la aplicación de un principio armonizador, donde el órgano legislativo y el ejecutivo, legislen y administren en pro del medio ambiente, aspecto que bajaría el activismo judicial fuerte.

Utilizando una cronología inversa, parte del reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia – en adelante C.S.J. - en un activismo fuerte en favor de la protección del ambiente – que declaró a la Amazonia como sujeto de derechos, debido a la grave deforestación que ha sufrido esta área de especial importancia ecológica del país -. (Sentencia C-4360, 2018)

En conflictividad ambiental existe una gran relación de casos de relevancia nacional, *v. gracia*, la problemática del “río Oro” por vertimientos industriales y domésticos conocido por el Tribunal Administrativo de Santander en el año 2005; problemática ambiental en la quebrada la Honda por ineficiencia en el tratamiento de las aguas conocido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el 2005; problemáticas por vertimientos industriales en el río Manzanares conocido por el Tribunal Administrativo del Magdalena en el año 2005; caso conocido por la Corte Constitucional – sentencia T-154 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla – por la explotación de carbón en el departamento del Cesar por parte de la Drummond Ltda; derrame de compuesto químico denominado “Lorsban” por parte de la empresa Dow Química Colombia S.A. planta ubicada en la zona de Mamonal en Cartagena, resuelta a través de la sentencia de la Corte Constitucional T-080 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; la delimitación del páramo de Santurbán resuelto a través de la sentencia de la Corte Constitucional T-361 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos; El Consejo de

Estado⁶⁹ se pronunció acerca de una consulta referente a la delimitación de los páramos para excluir de ellos la actividad minera; las anteriores son solo una pequeña parte de los casos resueltos en sede judicial en temas ambientales. A continuación se presenta, el denominado “Tridente Judicial” de referencia en materia de sentencias de las Altas Cortes en Colombia.

1.2.1. Hacia la descontaminación del “Rio Bogotá” una tarea pendiente.

Al hacer referencia el **expediente número: AP-25000-23-27-000-2001-90479-01** del 28 de marzo de 2014, proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo sección primera del Consejo de Estado, que ordenó la adecuación hidráulica y descontaminación del “Rio Bogotá” es de relevancia aludir, la afectividad de las acciones constitucionales – ya analizadas –. Ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca un grupo de ciudadanos presentó en el año 1992, sendas acciones populares buscando la tutela efectiva de los derechos colectivos vulnerados por omisión y acción de algunas entidades del orden nacional, regional y territorial, además de algunos particulares con ocasión del manejo dado a los vertimientos y almacenamiento de aguas negras sin ningún tipo de tratamiento vertidas de forma directa al “Rio Bogotá”, contaminándolo por factores de origen industrial, biológica y biótica.

El proceso judicial que generó la decisión de cierre del Consejo de Estado, nace con ocasión de la contaminación del Embalse del Muña, ubicado en jurisdicción del municipio de Sibate

⁶⁹ Sala de consulta y servicio civil, mediante sentencia fechada 11 de diciembre de 2017, Rad. No. 110010306000-2014-00248 (2233) M.P. William Zambrano Cetina, aclara por primera vez, que la delimitación de ecosistemas de páramo se debe efectuar combinando los elementos técnicos, económicos, sociales y ambientales que se presentan en el área. El uso de esta metodología no comporta necesariamente la posibilidad de excluir ecosistemas de páramo las zonas que son transformadas por actividades humanas, se deberá verificar por la autoridad ambiental si estas áreas son necesarias para la recuperación y conservación del ecosistema de páramo, determinado que si existiere riesgo para la conservación del páramo, el criterio ambiental prevalecerá sobre los demás. .

departamento de Cundinamarca, causada según argumentó el demandante, por los vertimientos y almacenamiento de aguas negras vertidas por parte de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá al embalse. La acción inicio como demanda ante el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá contra la Empresa de Energía Electricidad de Bogotá, el 1 de octubre de 1992. De forma posterior se impetró acción popular el día 4 de agosto de 1999, contra el Distrito Capital de Bogotá y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.A.A.B. –E.S.P.; el 29 de julio de 2000 se interpuso otra acción ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; y el 12 de junio de 2001, ante el mismo despacho, se presentó otra demanda igual, pero contra varias autoridades administrativas y municipios del sector, argumentando un daño ecológico generada en el río Bogotá y en varios de sus afluentes, ampliando la órbita del daño ambiental, no sólo, al embalse del Muña.

La ultima instancia de esta serie de acciones de connotaciones ambientales, tuvo su cierre en el Consejo de Estado, con la acumulación de los tres expedientes con causas símiles. Las pretensiones se sintetizaban en, declarar solidariamente responsables a las entidades accionadas por deterioro ecológico del río Bogotá y su ecosistema; condenar a los demandados a reparar el daño ambiental; la orden de alinderación de la zona de ronda del río; condenar solidariamente a los al pago de daños y perjuicios ocasionados por la contaminación grave al ambiente, especialmente a los ríos Funza y Bogotá debido a los vertimiento domésticos e industriales que los municipios demandados arrojaban sin ningún tipo de tratamiento previa a la fuentes hídricas; recoger a cargo de los municipios los residuos líquidos del sistema de alcantarillado y planta de tratamiento de aguas residuales. En conclusión se pretendía, que uno de los sistemas hídricos más

contaminados del mundo y causante de grave deterioro al ambiente, fuera restaurado ecológicamente.

Velilla (2014), afirma “**B. Posición de la jurisprudencia anterior.** Aún existe abundante jurisprudencia en materia de derecho ambiental, la misma se focaliza en aspectos específicos referentes a la determinación de la existencia del daño y a su reparación. También se vislumbra la aplicación y desarrollo del principio de precaución.

Sin embargo, no existe en Colombia un antecedente jurisprudencial que contenga la dimensión de la sentencia del Río Bogotá, en consideración a su manera sistémica integral de abordar la problemática, y en razón de que la solución propuesta integra aspectos tanto jurídicos como técnicos e institucionales, sin precedente alguno. Ello conduce a señalar que esta sentencia puede catalogarse como un “Hito en materia ambiental”.

La acción judicial iniciada en el 1992 tiene como génesis normativa, su fundamento en el artículo 1005 del Código Civil y el Código Nacional de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente – Decreto 2811 de 1974 – evolucionando de forma posterior con normas de rango constitucional en 1991, esta dinámica jurídica iniciada en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Magistrada Nelly Yolanda Villamizar, su tesis era simple: se limpian los ríos o serán sancionados (Villa, 2018) –. Dentro de los aspectos fácticos de la sentencia del Consejo de Estado, se evidencia la omisión de los mandatarios locales – no invierten en saneamiento ambiental – de la Corporación Autónoma de Cundinamarca, La Gobernación, el Departamento Nacional de Planeación en lo que respecta a la cofinanciación de los proyectos de adecuación hidráulica del

rio, programas de reforestación y recuperación de fuentes hídricas, construcción y optimización de plantas de tratamiento de aguas residuales (PTAR), planes maestros de acueducto y alcantarillado, actualización de los planes de ordenación y manejo de cuencas hidrográficas (POMCA), reubicación de aproximadamente 150 curtiembres y alcantarillado entre otros. .

La problemática del “Rio Bogotá” en sede judicial duro en ambas instancias aproximadamente 22 años, para solucionar una problemática ambiental que inició hace más de 100 años. Con aspectos fácticos evidenciados en los daños ambientales causados a las cuencas alta, medias y baja, a la comunidad que las habita, y el sistema ecológico en general, situación que obligo a las instancias de lo contencioso administrativo a tomar medidas a la conflictividad ambiental. También motivos de derecho consistentes en, violación del derecho colectivo esencial a gozar de un ambiente sano, por inobservancia de la gestión ambiental por parte del Sistema Nacional Ambiental (SINA), particulares y demás entidades comprometidas.

El contenido de la trascendental decisión involucró, la obligación legal de los jueces de adoptar medidas dirigidas a la protección del derecho colectivo vulnerado, aplicación de normas vigentes – de rango constitucional como especiales en materia ambiental-, principios del derecho ambiental – en especial el de precaución y prevención –, la verdadera aplicación de la constitución ecológica y además se trajo de referencia y aplicó, los avances en materia de restauración y conservación ambiental aplicada en el contexto del derecho ambiental internacional, en especial casos modelo como: El río Sena, en Francia, el Támesis, en Inglaterra, el sistema de auditorías ambientales implementados en países como Estados Unidos y la Unión Europea, con la salvedad,

que nunca se desprendió de la realidad y dinámica propia de la posibilidad de descontaminación del “Río Bogotá” con la dinámica ambiental en el contexto Nacional.

Que logró la sentencia, primero una articulación interinstitucional e integración de los instrumentos de gestión, planeación y observación real del conflicto ambiental. Se creó de forma provisional un Consejo Estratégico de Cuenca, con el objetivo de generar responsabilidades institucionales a manera de gerencia estratégica de cuenca a través de un proyecto de ley a cargo del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT) – hoy Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) – encargado de lograr articulación en cabeza de la Corporación Autónoma de Cundinamarca (CAR).

Refuerzo del instrumento de planeación existente, es decir, a través de la actualización de los POMCA, modificación del suelo - PTOS, PBOT Y EOT – debidamente articulados con los POMCA. Uno de los más importantes e innovadores, la creación y refuerzo de un sistema de toma de decisiones a partir de un Observatorio Regional Común del Río, con la función específica de lograr la dirección y gestión integral sobre la base de una visión común de la cuenca que fortificaba el ya existente, observatorio del “Río Bogotá”

Integración de instrumentos financiero, técnicos y de monitoreo, aspectos de los más coyunturales de la sentencia por tocar presupuestos de todos los órdenes institucionales. Según la orden se debe reforzar y coordinar los sistemas de información y monitoreo existentes. Implementación de proyectos comunes y específicos según el rango de competencias constitucionales y legales.

La sentencia del Consejo de Estado pasa de lo complejo en temas jurídicos y técnicos, a aspectos simples como la obligación del Estado de detentar el poder de gestión de las aguas de su territorio, con primacía del interés general – denominado derecho del agua – amparado en el fortalecimiento del derecho ambiental a través de reglamentaciones y regulaciones. En palabras conclusivas, se ordenó sentar a todos los actores institucionales a realizar la tarea bien, proteger el medio ambiente y cumplir con sus competencias, simple, así debe ser la aplicación del derecho ambiental.

Velilla (2014), afirma textual, “En el caso del Río Bogotá, la participación del Ministerio de Ambiente tiene que trascender de las declaraciones de buena voluntad del Gobierno y constituirse en el principal apoyo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR -, de la Secretaría Ambiental del Distrito Capital, y de los entes territoriales aferentes al Río Bogotá. Esta aproximación está aún muy lejos de materializarse en forma efectiva, y se hace necesaria una política de salvación de la Cuenca que mejore la visibilidad y la eficacia de la acción de la Administración Nacional”.

Dentro de la argumentación judicial en sede de los contencioso administrativo, lo primero que se analizó para el abordaje de la problemática fue, si existía una única política pública que pretendiera la recuperación hidráulica y descontaminación del “Río Bogotá”, la unificación – bolsa común – o dispersión de recursos y esfuerzos en materia de información, planeación, gestión, coordinación interinstitucional de proyectos y recursos tecnológicos, financieros y humanos, incumplimiento de normas ambientales, ineficiencia de la policía ambiental o poco integración

institucional, al parecer, eran todas las anteriores la respuesta. La problemática en comento, lleva necesariamente al juez de la acción popular a la adopción de todas las medidas requeridas para restablecer las cosas al Estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo – es decir a como era el Río Bogotá hace 100 años – de ser esto posible, y bajo la premisa que el juez está facultado para adoptar todas las medidas necesarias y conducente para llegar a obtener la protección de los derechos vulnerados.

Fue evidente, “clara” no como el agua del río Bogotá, y sin discusión alguna la afectación ambiental grave que afectó y afecta el ecosistema riverero de la fuente hídrica objeto de protección, la solución está dada – ejemplo de activismo judicial fuerte en la construcción de políticas públicas para salvar el “río Bogotá - lo más complejo, el cumplimiento e implementación de la ordenes, sin dilaciones y en acatamiento de la decisión de la jurisdicción contenciosa administrativa – es la sentencia históricamente más importante y compleja en temas de protección del ambiente – que de contera deja planteada además la necesidad imperiosa de contar con un Ley de Aguas en Colombia y de buscar en los presupuestos de las entidades comprometidas los cerca de seis billones de pesos – montos de inversión preliminares con información a 2013 - que requiere el cumplimiento de la orden judicial⁷⁰ -.

Dentro del contenido de la transcendental sentencia, tenemos que la aplicación de principios de protección del ambiente – precaución y desarrollo sostenible – entre otros. En el contenido del fallo se cita a Néstor Cafferatta (s.f), quien define: “*el principio de precaución*

⁷⁰ Componentes del programa de saneamiento del río Bogotá datos estimados con base en información preliminar de entidades al año 2013, Inversión aproximada en el saneamiento cercana a los \$6.2 Billones (Velilla 2014); Sin embargo información del periódico el Tiempo del 12 de mayo de 2015, esta inversión paso de \$6.2 a \$9.3. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15737596>

implica un cambio de la lógica jurídica clásica. El principio de precaución surge en el derecho de la búsqueda de respuestas a un problema nuevo, a nuevos derechos que tienen incidencia colectiva, y se refieren a intereses difusos o derechos de masa, derechos comunitarios, como son los derechos ambientales”. Del análisis del principio se concluye que, el principio, opera sobre el riesgo del desarrollo, el riesgo de la demora y genera una inversión de la carga probatoria. Se estructura en una fase tridimensional, es de derecho pero al mismo tiempo comporta territorio con la moral y la política, en tal este principio, encaja dentro de los que son consagrados principios de política ambiental y no un principio del derecho. Es por ello que la UNESCO lo define como en el contexto de proyectos, actividades u obras plausibles desde el punto de vista científico, pero moralmente inaceptables.

La sentencia del “rio Bogotá”, en cifras: la parte demandante fue integrada por 8 actores; los accionados fueron 72 – 46 municipios –; 52 apelantes; folios de la sentencia con anexos 1613 – formato PDF o Word –; Folios total del expediente 14323, con aclaración y adición a través de sentencia de 162 folios – formato PDF ; y por último se realizó cerca de 50 reuniones conjuntas de la sección primera, con el acompañamiento permanente de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República.

Siendo una sentencia ubicada dentro de las catalogadas como, activismo judicial fuerte, transcurrieron cerca de 22 años para proferirse decisión de fondo; a la fecha, casi 26 años después, no se ha cumplido a cabalidad la decisión, con todos los problemas presupuestales acotados en el presente análisis, resaltándola como una decisión de gran relevancia – por su marco lógico,

construida de forma integral y sistemática en lo referente a derechos colectivos orientados a gozar de un ambiente sano y para la descontaminación de una cuenca hidrográfica -.

1.2.2. Río Atrato “Sujeto de Derechos”.

La sentencia C-622 de 2016 proferida por la sala sexta de revisión de la Corte Constitucional el 10 de noviembre de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, es otro importante referente, ya en sede constitucional, donde se le otorga a un río identidad propia como parte integral de la naturaleza “sujeto de derechos”.

La revisión de los fallos proferidos por el Consejo de Estado – sección segunda, subsección A-, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección cuarta, subsección B- con ocasión, de la acción de tutela impetrada por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” representando al Consejo Comunitario mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato – Cocompoca –, el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) por nombrar algunos, contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros.

Hablar del “río Atrato”, es adentrarnos en aguas caudalosas, como es considerado a nivel nacional, el tercero con más navegabilidad del territorio, después del Magdalena y el Cauca. Si nace al occidente de la cordillera de los Andes –en el cerro Plateado a 3.900 metros sobre el nivel del mar – y desemboca en el golfo de Urabá en el mar Caribe. Cuenta con una extensión

aproximada de 750 kilómetros, de los cuales son posibles navegar 500, su parte más ancha se determina aproximadamente en 500 metros, y en lo referente a su profundidad puede llegar alcanzar los 40 metros. Recibe más de 15 ríos y 300 quebradas, por realizar una breve reseña de su majestuosidad.

El “río Atrato”, en su cuenca se delimita: al este por la cordillera occidental y al oeste por las serranías del Baudó y del Darién, al sur su división de aguas se encuentra con el río San Juan definido por el istmo de Isthmina. Es un río con gran riqueza, en oro, madera, generador de fertilidad a la agricultura, con gran presencia de comunidades étnicas – habitantes de municipios de Acandí, Bajo Atrato, Riosucio, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién (Curvaradó, Domingodó y Bocas), Bagadó, Carmen de Atrato, en Chocó; y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo, en Antioquia -.

Hablar del “río Atrato”, es definir: un departamento en particular, con una extensión de 46.530 kilómetros cuadrados, equivalente al 4.07% del total de la extensión de Colombia, con una población que en su gran mayoría son afrodescendiente, indígena y mestiza - 600 comunidades negras agrupados en 70 consejos comunitarios mayores con 2.915.339 hectáreas tituladas y 120 resguardos indígenas de las etnias Embera-Dóbida, Embera-Katío, Embera-Chamí, Wounan y Tule, que corresponden a 24 de los 30 municipios del Chocó; el 4% restante está habitado por población campesina mestiza.-.

Llamado Chocó Biogeográfico⁷¹, según lo define la propia Corte Constitucional en la sentencia objeto de análisis, pero contrasta su definición con la realidad social, 48.7% de la población vive en la pobreza extrema – según el índice de necesidades básicas insatisfechas (NBI) que mide si las necesidades básicas de la población se hallan cubiertas de acuerdo a unos criterios mínimos en las diferentes regiones del país, se encuentra que para esta región es del 82.8%, el más alto del país, dentro del cual cerca del 79% de sus habitantes presenta al menos una NBI, por lo que tienen el indicador más bajo en calidad de vida del país con el 58% frente al promedio nacional que es del 79%-. (DANE, 2005)

Como es de grande la biodiversidad de los recursos naturales en el Chocó, también lo es, la conflictividad ambiental. El uso intensivo y a gran escala de actividades extractivas “criminales”, con métodos de explotación ilegal de los recursos naturales – minería metálica y aprovechamiento forestal ilegal – donde se utilizan maquinaria amarilla pesada como: dragas, retroexcavadoras y sustancias altamente tóxicas y que atentan contra la vida como lo es el mercurio, que termina por ser parte de las cuencas, ciénagas, humedales y afluentes del río, creando un desequilibrio en materia ambiental y afectación directa al derecho colectivo de las comunidades a gozar de un ambiente sano.

⁷¹ El *Chocó biogeográfico* es una región biogeográfica neotropical (húmeda) localizada desde la región del Darién al este de Panamá, a lo largo de la costa pacífica de Colombia y Ecuador, hasta la esquina noroccidental de Perú. El Chocó biogeográfico incluye además la región de Urabá, un tramo de litoral caribeño en el noroeste de Colombia y noreste de Panamá, y el valle medio del río Magdalena y sus afluentes Cauca-Nechí y San Jorge. El Chocó biogeográfico cubre 187.400 km². El terreno es un mosaico de planicies fluvio-marinas, llanuras aluviales, valles estrechos y empinados y escarpes montañosos, hasta una altitud de aproximadamente 4.000 msnm en Colombia y más de 5.000 msnm en Ecuador. Las planicies aluviales son jóvenes, desarrolladas y muy dinámicas: San Juan, Atrato, San Jorge, Cauca-Nechí y Magdalena. La alta pluviosidad, la condición tropical y su aislamiento (separación de la cuenca amazónica por la Cordillera de los Andes) han contribuido para hacer de la región del Chocó biogeográfico una de las más diversas del planeta: 9.000 especies de plantas vasculares, 200 de mamíferos, 600 de aves, 100 de reptiles 120 de anfibios. Hay un alto nivel de endemismo: aproximadamente el 25% de las especies de plantas y animales.

La actividad mecanizada de extracción ilegal de los recursos naturales en el departamento del Chocó, se desarrolló aproximadamente hace 28 años, afectando de forma puntual, la cuenca alta y medio del río Atrato, la desembocadura en el golfo de Urabá, además de los afluentes - el río Quito, el río Andágueda (territorio de Cocomopoca), el río Bebará y el río Bebaramá (territorio de Cocomacia) – con los denominados localmente “dragones”, que vierten sustancias nocivas para la salud humana de la población actual y futuras generaciones.

Nuevamente se debe acudir a los mecanismos constitucionales de protección del ambiente para poder garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano, sin embargo, queda entre dicho su efectividad, debido a que mediante sentencia de primera instancia proferida el once (11) de febrero de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta Subsección B- resolvió no dar trámite a la acción de tutela que pretendía garantizar el derecho de las comunidades a gozar de un ambiente sano, decisión que constató la improcedencia de la acción, bajo la premisa que lo que se quería proteger eran derechos colectivos y no fundamentales, es decir, los actores debían acudir a la acción popular y no a la tutela en defensa de sus interés, por ser el mecanismo idóneo desarrollado por la ley 472 de 1998.

La decisión *ut supra* fue impugnada por parte del Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” bajo tres argumentos: (i) desconocimiento de la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales de las comunidades accionantes; (ii) irregularidades en el trámite judicial de la acción de tutela; y (iii) la activación de otras acciones judiciales que no habían resultado efectivas. Las comunidades accionantes, argumentaron la salva guarda de los derechos colectivos,

en particular del ambiente en conexidad con el derecho a la alimentación, aspecto que no fue valorado por el *A- quo*.

El fallo de segunda instancia, proferido por el Consejo de Estado, Subsección A- fechado 21 de abril de 2015, confirmó el fallo impugnado, concluyendo, que no existía vulneración de los derechos colectivos alegados por los accionantes, bajo tres premisas: (i) no lograron demostrar el perjuicio irremediable, ni la ineficacia de las acciones populares para la protección de los derechos estimados vulnerados; (ii) existía la oportunidad de presentar el incidente de desacato ante el juez popular, quien conservaría la competencia para ejecutar las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia en la medida, que no se puede pretender a través de la acción de tutela sustituir los medios ordinarios de acceso a la administración de justicia. Corolario fue confirmada la sentencia de primera instancia que declaró improcedente la acción de tutela.

Ante el escenario anterior, la corte en sede de revisión conforme lo establecido en los artículos 84 y 241 numeral 9, de la C.P. y los artículos 31 a 36 del decreto 2591 de 1991, determinó la existencia de varias situaciones jurídicas complejas en el tema de la minería ilegal, que llevarían repercusiones sobre el contenido, alcance y limitaciones de la política minero – energética estatal. Determinando como problema jurídico a resolver, si debido a la realización de minería ilegal en la cuenca del río Atrato (Chocó), sus afluentes y territorios aledaños, frente a la omisión de las autoridades estatales accionadas – del orden territorial y nacional - se presente vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al ambiente, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que fungen como accionantes.

Al resolver la Corte, abordó un análisis relevante previo de procedibilidad de la acción de tutela, para determinar su alcance como mecanismo constitucional para proteger los derechos fundamentales de las etnias. Además del estudio adujo: (i) la fórmula de Estado social de Derecho en relación con la relevancia constitucional de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el ambiente y la biodiversidad, el derecho a la superveniencia física, cultural y espirituales de las comunidades étnicas, como garantía de los modos de vida tradicionales; (ii) la minería y sus efectos sobre el agua, el ambiente y las comunidades étnicas en relación con el principio de precaución; y finalmente (iii) Un análisis del caso concreto.

Lo transcendental de la sentencia, no radica únicamente en otorgar la categoría de sujeto de derechos al río Atrato, sino, la integración armónica de principios del derecho ambiental, justicia ambiental, norma de carácter internacional en temas ambientales, análisis de precedentes jurisprudenciales, convenios y tratados internacionales en temas ambientales, la transcendencia actual y génesis del concepto, desarrollo y alcance de la fórmula del Estado social de derecho⁷² desde la óptica de la Asamblea Constituyente de 1991 e implementación por la Corte Constitucional en su transcendental jurisprudencia producidas desde hace 27 años.

⁷² La sentencia T-406 de 1992, citada en el cuerpo del fallo que declaró sujeto de derechos al río Atrato, define en todo su complejidad jurídica el estado social de derecho -con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón-, después de realizar un detallado análisis teórico y dogmático de la cláusula del Estado Social de Derecho, se ordenó a las Empresas Públicas de Cartagena la terminación de la construcción del alcantarillado del barrio 'Vista Hermosa' en la medida en que estaba vulnerando el derecho fundamental a la salubridad pública de sus habitantes lo que generaba la vulneración adicional de múltiples derechos por conexidad: *"Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela."*

La corte deja precisiones importantes, en lo que atañe a la improcedencia de la acción de tutela por existir otros medios de defensa judicial como las acciones populares en tratándose de la defensa de derechos colectivos vulnerados por afectación al ambiente. Con el argumento sólido de que si bien, las acciones populares en teoría están diseñadas para proteger derechos colectivos al ambiente, en el caso del río Atrato, dicho mecanismo presentó situaciones jurídicas que deben ser revisadas: primero la afectación tanto de derechos fundamentales, como colectivos; la ineficacia de las acciones populares como recurso idóneo para dar solución a la compleja problemática.

Respecto del primero, la crisis generada por la explotación ilegal, compromete sin distinción alguno, los derechos a la vida, dignidad humana, a la salud, a la seguridad alimentaria, a la cultura, al territorio y ambiente sano, donde confluyen vulneración de derechos fundamentales de comunidades étnicas, como derechos colectivos, y es este escenario el que permite que la acción de tutela sea el recurso idóneo para amparar las pretensiones de los accionantes.

En lo que atañe al segundo, las comunidades étnicas accionantes como el Ministerio Público – Procurador Judicial y Agrario del Chocó – ya habían interpuesto y ganado sendas acciones populares, sin que a la fecha de proferirse el fallo constitucional, fueran cumplidos, además de que, en el año 2015 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, había fallado otra acción popular de las comunidades étnicas de cuenca del río Quito – afluente del Atrato – con el fin de que les fuera garantizado sus derechos colectivos al ambiente sano, al agua y a los recursos naturales, sin que después de pasado un año las órdenes impartidas fueran cumplidas por las entidades del Estado demandadas.

La Corte consideró, que una de las razones que podría explicar la ineffectividad de las acciones populares, en casos como la protección del río Atrato, obedece al tipo de asunto a resolver, toda vez, que es un problema estructural, que requiere adoptar medidas complejas y de articulación interinstitucional que superan los alcances normativos y prácticos de la acción popular, que son del resorte de la acción de amparo, diseñada en su concepción constitucional, para resolver problemas complejos y estructurales, por ser el recursos idóneo para efectivizar derechos fundamentales de las etnias y quienes habitan las márgenes del río Atrato. La sentencia en comentó, nos recuerda, que estamos frente a un país, **megadiverso**⁷³, deja claro, el alcance y concepto de los **derechos bioculturales**⁷⁴ (*biocultural rights*) y de acuerdo a la jurisprudencia constitucional los efectos *inter comunis*⁷⁵ para proteger derechos de todos los afectados por la misma situación de hecho o de derecho en condiciones de igualdad.

⁷³ “Colombia, en sus bosques, páramos, humedales, zonas secas y muchos otros ecosistemas, cuenta con miles de especies de plantas y animales -incluso con muchas más aún en proceso de descubrimiento e investigación-, además de una casi desconocida variedad de microorganismos. Muchas de estas especies y algunos ecosistemas presentes en Colombia son exclusivos, es decir, endémicos, por lo cual si ellos desaparecen de nuestro territorio desaparecerán de la faz de la tierra. Es por esto que el país tiene una gran responsabilidad de proteger estos ecosistemas únicos, además de ayudar en la conservación de toda la biodiversidad en general.

La conservación de la biodiversidad no se basa únicamente en la protección de especies y ecosistemas por su valor intrínseco: la supervivencia de las comunidades humanas está indudablemente ligada a la integridad de su medio ambiente. La mayoría de los bienes de aprovisionamiento que usamos (agua, alimentos, medicinas, combustibles, materiales de construcción, etc.) provienen directamente de o necesitan de ecosistemas en buen funcionamiento. Además, recibimos muchos otros beneficios indirectos de la biodiversidad, como regulación de ciclos hídricos, del carbono, del clima y servicios culturales”. (Intervención del Instituto de Biología de la Universidad de Antioquia dentro del proceso de la referencia. Folios 1791 y ss. del Cuaderno de pruebas Núm. 4.).

⁷⁴ Reza la sentencia del río Atrato: “**Hacia una protección efectiva de la biodiversidad y la bioculturalidad.** 5.11. A este respecto, lo primero que debe señalarse es que los denominados derechos bioculturales, en su definición más simple, hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a **administrar y a ejercer tutela** de manera autónoma sobre sus territorios -de acuerdo con sus propias leyes, costumbres- y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente”.

⁷⁵ Se definen como aquellos efectos de un fallo de tutela que de manera excepcional se extienden a situaciones concretas de personas que, aún cuando no promovieron el amparo constitucional, se encuentran igualmente afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó, producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Al abordar el problema jurídico la Corte, reseña algunos informes que describen la situación compleja – graves afectaciones ambientales - ocasionada por la minería ilegal en el sector; los aspectos fácticos constatados en la inspección judicial realizada en el Chocó en enero de 2016; conclusiones en temas jurídicos y consideraciones frente a la política pública en materia de minería ilegal. Conclusiones que apuntaron siempre a visibilizar la grave situación humanitaria, sociocultural y ambiental, en que está envuelto el departamento del Chocó a lo largo de su historia como departamento olvidado por el ejercicio propio de las competencias del Estado – debilidad e inexistencia de instituciones político-administrativas -; condiciones difíciles geográficas y climáticas que incrementan los costos de producción y asilan el departamento del resto del país; asentamiento de grupos criminales; corrupción rampante entre otros factores sociales, problemas de salubridad pública; falta de erradicación de la extrema pobreza y crecimiento exponencial de la minería ilegal⁷⁶.

La grave situación ambiental y social del Chocó ha sido manifestada por los entes de control. La Defensoría del Pueblo, en especial la Resolución de la Defensoría No. 064 de 2014 que declaró un Estado de emergencia humanitaria y social en el Chocó, que han sido en su mayoría reseñados en esta sentencia, las entidades estatales han tenido la posibilidad de conocer la dimensión de la afectación de derechos fundamentales que ocurre en esta región del país donde habitan los pueblos accionantes, en virtud del fenómeno de la minería ilegal⁷⁷.

⁷⁶ Según la Defensoría presentó el **informe de riesgo Núm. 015 de 2010** emitido para la subregión del Atrato en el departamento del Chocó (Sistema de Alertas Tempranas – SAT) en el que identificó que los proyectos mineros ilegales y los cultivos ilícitos comenzaron a afianzarse en 2010 como importante factor de disputa entre actores armados ilegales presentes en Chocó

⁷⁷ Desde la serie de investigaciones sobre minería y medio ambiente publicadas por la Contraloría General de la República (2013) pasando por los informes generales sobre la situación de la minería en el país y en Chocó presentados por la Procuraduría General de la Nación año a año⁷⁷, hasta los informes y resoluciones de la Defensoría del Pueblo, en especial la Núm. 064 de 2014 que declaró un estado de emergencia humanitaria y social en el Chocó, que han sido en su mayoría reseñados en esta sentencia, las entidades estatales han tenido la posibilidad de conocer la dimensión

El instituto Alexander Von Humboldt, en la sentencia, conceptuó lo siguiente acerca de las implicaciones que en la vida, la naturaleza y las poblaciones humanas que tiene el uso del mercurio en procesos mineros ilegales que se desarrollan en Chocó: *“la contaminación con cianuro y mercurio es un factor determinante sobre la pérdida de biodiversidad y sobre la salud de los ecosistemas acuáticos. El cianuro tiene un efecto muy intenso pero localmente sobre las especies de una comunidad de organismos acuáticos. El mercurio tiene un efecto más extendido sobre los ríos y las comunidades de organismos asociados. El mercurio queda depositado en los sedimentos de los ríos, y al tener un carácter residual, pasa de un organismo a otros, se va acumulando y se fija en las redes tróficas. **En este sentido, termina siendo acumulado por peces y plantas que son consumidas por los humanos y tiene efectos directos sobre la salud humana.**”*(Cuaderno de pruebas N.4 Folios 1494 a 1498). La recuperación del río Atrato, puede desembocar en el síndrome con incidencias presupuestales como las de la recuperación del “Río Bogotá”, es decir que pasen más de 20 años, el presupuesto no alcance y la problemática ambiental continúe.

En el contexto resolutivo, lo innovador, no debe ser que se declaró sujeto de derechos al río Atrato, contrario *sensu* lo innovador, deber ser, el activismo judicial fuerte, que impone lo que las políticas públicas no han logrado; la visibilización de una problemática ambiental para las generaciones futuras; la articulación interinstitucional en todos los niveles; la protección de los

de la afectación de derechos fundamentales que ocurre en esta región del país donde habitan los pueblos accionantes, en virtud del fenómeno de la minería ilegal. (La serie sobre “*Minería en Colombia*” de la Contraloría General de la República fue dirigida por Luis Jorge Garay Salamanca y se compone de cuatro volúmenes: 1.- Fundamentos para superar el modelo extractivista; 2.- Derechos, Políticas Públicas y Gobernanza; 3.- Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo; 4.- Control público, memoria y justicia socio-ecológica, movimientos sociales y posconflicto.)

derechos colectivos a gozar de un ambiente sano en conexidad no sólo, con la vida, sino, la salud; la protección, recuperación y debida conservación del río, por parte de todas las instituciones del orden estatal involucrada por la protección del ambiente incluido la creación una figura innovadora, comisión de guardianes del río, que deben contar con acompañamiento constante de institutos de investigación con amplia experiencia e idoneidad para la recuperación y protección de ríos, universidades y entidades del ordena local, regional, nacional e internacional, con la connotación de paneles de expertos.

Aunado se debe por parte del Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Unidad contra la Minería Ilegal, Ejército Nacional, Fiscalía, Gobernación de Chocó y Antioquía y los municipio accionados de forma conjunta con las comunidades étnicas y el Ministerio de relacione exteriores, implementar un plan de acción en seis (6) meses **para neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal que se realicen no solo en el río Atrato y sus afluentes, sino también en el departamento de Chocó.** En el tema alimentario el Ministerio de Agricultura, Ministerio de Interior, al Ministerio de Hacienda, Departamento de Planeación Nacional, Departamento para la Prosperidad Social, Gobernaciones de Chocó y Antioquia y los municipios accionados⁷⁸ que de manera concertada con las comunidades étnicas accionantes deberán diseñar e implementar un **plan de acción integral**⁷⁹ **que permita recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación** en el marco del concepto de etnodesarrollo que aseguren mínimos de seguridad alimentaria en la zona, que han dejado de realizarse por la contaminación de las aguas

⁷⁸ Que corresponden a: Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto (Chocó), y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo (Antioquia),

⁷⁹ Plan deberá incluir una estrategia, con planes y programas definidos y con enfoque étnico, de sustitución de los ingresos para los pobladores de la región que dependan de esta actividad de tal manera que no terminen aún más afectados. De igual forma, deberá respetar las actividades ancestrales de minería artesanal que las comunidades étnicas realizan desde hace varios siglos.

del río Atrato y por el desarrollo intensivo de la actividad minera ilegal, que el Estado no pudo, ni ha sido controlar.

La integralidad de la sentencia, además permitió en el papel, y ojala se materialice en la dinámica ambiental y social del Chocó, los estudios **toxicológicos y epidemiológicos del río Atrato, sus afluentes y comunidades**; además de la creación institucional de una **línea base de indicadores ambientales** para que se contente con un instrumento de medida que permita afirmar los avances o retrocesos de las condiciones ambientales de la cuenca del río Atrato en el futuro, que se espera, no sea muy lejano.

1.2.3. La deforestación de la Amazonia y la protección otorgada por la Corte Suprema de Justicia.

Abordar desde un análisis general otra sentencia trascendental en materia de protección del ambiente, como la proferida el día 5 de abril de 2018, con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona – STC-4360-2018, con radicación No. 10001-22-03-000-2018-00319-01, de entrada requiere un prólogo conceptual acerca de: principios como los de precaución, solidaridad, participación, además, equidad intergeneracional, sobrecargar desproporcionada a costa del ambiente para los niños, niñas y adolescentes e interés superior de ellos, generaciones futuras, efectividad de las acciones constitucionales en pro del derecho a gozar de un ambiente sano, conexidad del ambiente con los derechos *iusfundamentales*, posibilidad de subsistencia del ser humano, contaminación y mutación del entorno por la colonización irracional de los bosques, ampliación de fronteras urbanas, agrícolas, industriales, y extractivas que aumenta la deforestación

del “pulmón del mundo” – entiéndase amazonia -, posición hegemónica planetaria, el Estado constitucional y los derechos supraleales, el *hard y soft law* como orden público ecológico mundial entre otros.

La sentencia en cita, de plano reza la protección jurídica del ambiente como una tarea pendiente y necesaria en el contexto universal, para salvar y proteger al ambiente de las intolerables agresiones del ser humano. Es importante como se integra a la sentencia, no solo, la posición jurídica, sino, postulados constitucionales de la Corte Constitucional utilizados como argumentos por la Corte Suprema de Justicia, reiterando que la protección del ambiente no es un “*amor platónico hacia la madre naturaleza*” contrario *sensu* debe ser tomado con posturas serias, claras y definidas, que al no protegerlo está en riesgo la vida o muerte de las generaciones presentes y futura, alarmista puede sonar, sin embargo, la presencia de mercurio en la fauna íctica, la contaminación de mares y ríos por derrames de empresas de hidrocarburos, la constante desaparición de la fauna y flora, la contaminación del aire – ciudades como Medellín o Bogotá apunto de una lluvia acida -, desaparición de la capa de ozono, calentamiento global, efecto invernadero, contaminación auditiva, la deforestación, erosión, indiscriminada utilización de productos químicos, vertimientos industriales y reducción de los bancos genéticos, son aspectos que merecen una mirada diferente del ser humano y los Estados.

La propia Corte en la sentencia, reconoce que el desafío más importantes que atañe al constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, debe ser direccionado en lograr salvaguardar y proteger efectivamente de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y a su propia biodiversidad, ante puestas a las necesidades propias del modernismo al servicio

del ser humano. Es decir, sólo a partir de una actitud de respeto integral y humildad con el ambiente, sin anteponerlo, aun tema utilitario, económico o eficientista.

La deforestación en la Amazonia Colombiana, se presenta en escenarios que son de protección ambiental por mandato legal, es decir, zonas de protección ambiental como los Parques Nacionales Naturales (PNN), de la Sierra de la Macarena, Nukak, Tinigua y la Playa. Está comprobada deforestación, es prueba de la omisión en el cumplimiento por parte del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones legales de protección del ambiente, debido a que la masa forestal en áreas protegidas es una función consagrada en normas (Decreto 3752, 2011)⁸⁰. Los departamentos, municipios, Corporaciones Autónomas Regionales, el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, al omitir su deberes y competencias, desde los propios planes de ordenación territorial, al reglamentar el uso del suelo en zonas urbanas, de expansión y rurales, que son adoptados afectando áreas de especial protección ambiental.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de corte activista judicial fuerte, vinculó y ordenó desde la propia Presidencia de la Republica, Ministerios competentes en materia de protección ambiental y todas las entidades que integran el Sistema Nacional Ambiental (SINA), a que adopten y formulen los planes de ordenamiento territorial, reglamentado de manera específica el uso del suelo con el fin de lograr a través de planes de acción la meta de reducción cero de la deforestación en la Amazonia. Logra la Corte, lo que tanto ha criticado el ejecutivo, respecto de la intromisión en el desarrollo de políticas públicas en pro del ambiente y la afectación en temas

⁸⁰ Establece las Funciones de carácter policivo y sancionatorio de la Unidad de Parques Nacionales Naturales.

presupuestales; aspecto lógico y respetable dentro de los pesos y contrapesos, sin embargo necesarias como única medida para contrarrestar la deforestación del “pulmón del mundo”.

Con esta decisión histórica la Corte Suprema de Justicia, dio la razón a 25 niños, niñas y jóvenes con el acompañamiento de DEJUSTICIA, que reclamaron no sólo, por sus derechos, sino, por los de las generaciones futuras, es claro que lo demandando y amparado, fue que el Estado garantice los derechos a la vida y el derecho a gozar de un ambiente sano, a través de la articulación interinstitucional de todo nivel, con términos perentorios y bajo el amparo de competencias administrativas plenamente definidas.

Aspecto relevante de la decisión de la (CSJ) es que siguiendo la tesis de la Corte Constitucional adoptada en su sentencia de Tutela que en igual sentido declaró sujeto de derechos al “Rio Atrato” (Sentencia T-662, 2016)- objeto análisis en el presente Capítulo – integrando y armonizando en materia ambiental decisiones de dos altas cortes, al seguir la tesis de declarar sujetos de derechos activos de especial importancia ambiental desde una perspectiva ecocéntrica, catalogado como el desafío más grande que tienen el constitucionalismo contemporáneo.

2. LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO EN MATERIA AMBIENTAL UNA META POR CUMPLIR.

La responsabilidad extracontractual del Estado, soportada en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886, a través del desarrollo jurisprudencial de los regímenes de responsabilidad - tradicionales – como la falla del servicio probada o presunta, además de los

regímenes de responsabilidad no condicionados a la falla del servicio. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, nace el concepto de daño antijurídico – consagrado en el artículo 90 “clausula general de responsabilidad” – como piedra angular de la responsabilidad patrimonial del Estado – algunos críticos afirman que no cambio en nada, porque no perdieron vigencia los regímenes preconstitucionales - falla del servicio probada como regla general, falla del servicio presunta como régimen intermedio y los regímenes no condicionados a la falla del servicio o regímenes objetivos – entendido el daño antijurídico como género y los regímenes la especie.

2.1 El daño antijurídico frente a impactos ambientales y rigor técnico ambiental.

La normativa en materia ambiental integrada por prescripciones llenas de rigorismos técnicos, que determinan de forma precisa la forma de intervenir los recursos naturales y la garantía del menor impacto en dicha actividad. Es decir, la discrecionalidad de la administración pública al otorgar licencias ambientales, contratos, concesiones o permisos de aprovechamiento de los recursos naturales genera responsabilidad no sólo en la evaluación de instrumentos de gestión ambiental como: Estudios de Impacto Ambiental (EIA), Planes de Manejo Ambiental (PMA), Planes de Trabajo y Obras (PTO), Informes de Cumplimiento Ambiental (ICA), sino a través del seguimiento, control y mitigación del impacto que generen las licencias, permisos o concesiones otorgadas.

La naturaleza interdisciplinaria del derecho ambiental, al evaluar actividades de intervención del ambiente, no es opcional, sino necesaria, para determinar los impactos y establecer las medidas de protección, mitigación y compensación, dejando establecido aspectos

físicos, químicos y biológicos del ambiente. El esquema normativo ambiental cuenta con un amplio espectro que va, desde una rigidez normativa, con efectos obligatorios y vinculantes, como los principios consagrados en los tratados y convenios internacionales y la legislación nacional. Además de las llamada ley concesionaria, que en palabras simples, es el marco normativo que determina los principios orientadores, técnicas, prácticas y procedimientos consagrados en estándares para la protección ambiental. El marco *ut supra* controla las actividades de las empresas y particulares para el cumplimiento de estándares ambientales, desde allí parte la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando al otorgar o negar una licencia, permiso o concesión no aplica el rigorismo técnico-jurídico, que puede llegar a ser su única defensa al causarse un a daño ambiental y por ende generar en su contra responsabilidad patrimonial ante la omisión en la evaluación o el seguimiento. Como ya fue establecido dicha responsabilidad puede recaer también en las personas y empresas o de estas contra el Estado al negarse por ejemplo una licencia ambiental sin los argumentos y rigor técnico antes consagrado.

A manera de ejemplo dos casos, el primero de un grupo de aproximadamente once organizaciones civiles que le pidieron al Consejo de Estado, a través de una demanda de nulidad contra el acto administrativo que otorgó la licencia ambiental a la hidroeléctrica Hidroituango (Resolución 0155,2009)⁸¹, debido a las afectaciones ocasionadas con la megaobra – desplazamiento de las comunidades que habitan zonas aledañas, afectación la salud, trabajo, vivienda, acceso a fuentes hídricas, rompimiento del equilibrio ambiental entre otros..- el Consejo de Estado no adoptó medidas cautelares por el momento, sin embargo no ha tomado una decisión de fondo, al momento de tomarla deberá analizar si las obras autorizadas dentro de la licencia

⁸¹ Con modificaciones en los años 2009 Resolución No. 1891, 2010 Resolución No. 1980 y 2012 Resolución No. 0764.

ambiental, la autoridad ambiental contempló en sus términos de referencia para este tipo de proyectos, el Estudio de Impacto Ambiental – EIA -, medidas de mitigación aprobadas en la misma licencia y que no hayan desconocido el ordenamiento jurídico ambiental vigente, principios y tratados internacionales.

El segundo, una millonaria multa impuesta por el Tribunal Administrativo de Antioquia a la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia (Corantioquia) de 16.277 millones de pesos, por revocar la licencia ambiental de un proyecto en el municipio de Támesis en el suroeste antioqueño. Según lo contempló el fallo de la Corporación – entendido Estado – tendría que pagar esta suma a los inversionistas del proyecto **“Generaciones de energía Hidroeléctrica, Riego y Acueducto del Río Frio”** a quienes le revocó la licencia cinco meses después de que la misma Corporación la había otorgado, pasando por cada una de las etapas técnicas que hemos aquí explicado y con el supuesto rigor técnico del que estamos hablando. Al revocar la decisión el Tribunal la licencia, los inversionistas tienen despejado nuevamente el camino para solicitarla con una ayuda económica del Estado producto de un daño antijurídico materializado en un acto administrativo al parecer técnicamente incorrecto por equivocaciones en los caudales que llevaron a la Corporación Autónoma a determinar que no existía disponibilidad del recurso hídrico, con la consecuencia al desatar la revocación, de lo que ya había evaluado y otorgado pero que no estaba en firme.

Los dos ejemplos nos permiten determinar la importancia del rigor técnico en el derecho ambiental, donde en muchas ocasiones el contenido del acto administrativo, es más técnico que jurídico, por lo cual se debe integrar los principios no como adornos jurídicos sino desde la

estructura de los conceptos técnicos que van a motivar las decisiones en sede administrativa y que a la postre serán objeto de revisión en sede de lo contencioso administrativo a través de las demanda que casi siempre tienen como pretensión una indemnización a cargo del Estado, por daño ambiental o afectación a los recurso naturales.

2.1 La prevención del daño antijurídico en materia ambiental.

Conforme lo establece la Agencia de Nacional de Defensa del Jurídica del Estado, los siguientes deberán ser los pasos, para la prevención del daño antijurídico: **i)** la identificación de un problema: el proceso, procedimiento, o actuación que tiene fallas y se constituye como generador de daño antijurídico. Este problema es una falencia administrativa que ocasiona litigiosidad y puede ser tanto una acción como una omisión de la entidad en desarrollo de sus actividades; **ii)** una solución al problema: un plan de acción para eliminar o disminuir las situaciones generadoras de daño; **iii)** el costeo de dicha solución; **iv)** el cronograma para el uso de los recursos implicados en la solución y **v)** un plan para su seguimiento y evaluación. Así, el documento de la política de prevención del daño es un plan de acción integral a llevar a cabo por parte de la entidad para solucionar, mitigar o controlar la problemática generadora del daño. El simple planteamiento de una alternativa general de solución no cumple con los requisitos de diseño de una política de prevención, aunque es uno de los pasos necesarios para completar su elaboración. A partir de la definición y el contenido de la política de prevención, se infiere que esta es la solución para una situación generadora de daño antijurídico que se constituye como problema para la entidad. Por lo tanto, existe una solución para cada una de las situaciones generadoras de daño ocurridas en el desarrollo de las funciones de la entidad (Agencia Nacional de defensa jurídica del Estado, 2014),

y que se pueden aplicar en la resolución de conflictos en materia ambiental en sede administrativa conforme a las competencias que establece la ley 99 de 1993.

Actividades desarrolladas por el Estado en temas de administración y control de los recursos naturales, conlleva un alto grado generador de responsabilidad patrimonial a su cargo. Con ocasión del actuar de sus agentes cuando al realizar actividades administrativas puedan causar perjuicios o imponer cargas que no están obligados en soportar los administrados⁸². La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano adquirió su fundamento constitucional a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, hasta esta fecha no existía una disposición constitucional tan específica que contemplara de forma expresa la obligación de resarcir del Estado. El control de las actividades de las diferentes ramas del poder público y órganos del Estado, existía antes del texto constitucional citado, a través del desarrollo jurisprudencial progresivo basado inicialmente en norma del código civil y a cargo de la Corte Suprema de Justicia y de forma posterior asumido por el Consejo de Estado.

Sin lugar a duda, el artículo 90 de la Constitución Política – clausula general de responsabilidad – introdujo en el ordenamiento jurídico colombiana el fundamento constitucional

⁸² Inicialmente existió un primer periodo en el que imperó el dogma de la “**Irresponsabilidad absoluta del Estado**” (hasta la 2° mitad del siglo XIX), época en la que el Estado no respondía por los daños causados con ocasión de su actividad, ya que se consideraba contrario a la idea de soberanía: el Soberano disponía de los bienes de los ciudadanos y no era responsable de sus actos; no existían derechos individuales o privados oponibles al poder del Estado; de forma posterior llega el periodo de la “**Responsabilidad Directa del estado**” se empieza a considerar a la persona jurídica Estado, sus agentes o funcionarios como una unidad; de tal modo que la culpa de un agente compromete a la persona jurídica, siendo la culpa de sus agentes su propia culpa. El factor que impulsa la revisión de la teoría de la Irresponsabilidad del Estado, es el cambio del papel del Estado, ya que deja de ser pasivo y abstencionista para convertirse en un Estado Intervencionista y un tercero denominado de la “**Falla en el Servicio**” El fundamento de ésta teoría radica en el hecho de que es función esencial del Estado prestar a la comunidad los servicios públicos que requiere para satisfacer sus necesidades, por lo que cualquier daño que ocasione por prestar el servicio en forma deficiente o irregular, debe ser reparado.

de la responsabilidad patrimonial del Estado, bajo un régimen que contenía dos elementos centrales, la noción de daño antijurídico⁸³ y su imputación⁸⁴ al Estado.

Dentro de las fuentes de la responsabilidad – régimen de responsabilidad subjetiva, régimen de responsabilidad objetiva; responsabilidad de la administración de justicia y la responsabilidad de la función legislativa entre otras – podemos establecer en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por daños ecológicos y ambientales, no únicamente la responsabilidad objetiva, sino que se ha venido convirtiendo en una responsabilidad mixta o *sui generis*.

Al hablar de imputación objetiva por daños ecológicos y ambientales, cuando se aparta de la indagación de la actividad, si es lícita o no, o si existió diligencia de la administración pública, sino que se fundamenta en el ejercicio de una actividad propia de la administración que conlleva riesgo o causa daños a bienes o derechos, por gran impacto no requiere determinar su antijuridicidad sino simplemente el resultado dañosa. Ente la desatención o inobservancia de la administración pública, y conforme a la relación causa-efecto de su omisión en el cumplimiento de sus competencias, obligaciones constitucionales y legales se consolida el deber de protección

⁸³ Definido como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportar. A manifestado la Corte Constitucional – sentencia C-333 de 1996 - que es *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar por lo cual se reputa indemnizable”*. El daño antijurídico como fundamento del deber de reparación por parte del Estado armoniza con los principios y valores del Estado Social del Derecho, dado que al ente estatal le corresponde la salvaguarda de los derechos de los administrados frente a la administración. La postura acogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado consagra que *“la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”*. De tal manera que la responsabilidad del Estado reposa en la calificación del daño que se causa y no en la *“calificación de la conducta de la Administración – Sentencia C-043 de 2004-*

⁸⁴ En lo que atañe a la Imputación al Estado, se colige en cuanto se pueda imputar a una acción u omisión de una autoridad pública. Debe por lo tanto, existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública; El Consejo de Estado ha sostenido respecto a éste segundo elemento, que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño *“es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión”*.

del ambiente - entendido como la vigilancia, control e inspecciones ambientales – generadoras de responsabilidad administrativa por su inactividad material.

Cualquiera de los supuestos de la relación de causalidad entre el ejercicio de la actividad de la administración pública y el daño ecológico y ambiental genera tensiones como: a). Si la discusión consiste en la simple titularidad (abstracta) de la administración pública en cuanto a su obligación de protección, cuidado, administración y garantía de un ambiente sano, puede de plano constituir un criterio objetivo de imputación de responsabilidad patrimonial; b). Sí la administración pública debe asumir la responsabilidad por todos los riesgos que tienen su origen en daños ecológicos y ambientales ocasionados o en principio debe la administración responder únicamente por los daños ecológicos y ambientales que sean del resorte de su rol de administrador y garante, siempre y cuando estén bajo sus competencias, manejo o dirección, sin importar su función normal o anormal; y c). La responsabilidad patrimonial puede endilgarse a la administración pública por daños ecológicos y ambientales que se causen como consecuencia de los riesgos propios que se derriban por ejemplo del desarrollo de actividades extractivas o prestación de servicios públicos existiendo el deber jurídico de realizarlos. Bajo estos parámetros la responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos y ambientales debe estar centrada en la determinación de la causalidad, salvo cuando se ejerzan actividades de gran impacto ambiental que generen riesgos, donde se consagraría una responsabilidad del daño causado con criterios objetivos de imputación⁸⁵.

⁸⁵ Conforme lo establece la doctrina francesa, a aplicación de la responsabilidad objetiva, o por riesgo, supone que “toda persona designada como responsable deba automáticamente responder del daño, este será generalmente el vigilante, el explotador o el propietario del bien implicado en el daño, pero la designación es con más frecuencia reglamentaria, y a veces arbitraria, puesto que la autoridad de la reparación no alcanza sino cuando se excluye la búsqueda de la casualidad real. Cristian Mouly, “ Responsabilité objective ou responsabilité pour faute” en les Petites affiches, No. 79, I juillet 1992, p. 7. Citado por (Briceño 2017).

El concepto ya definido de daño antijurídico, aplicado en la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado, integra de manera directa una lesión a un interés legítimo patrimonial o extra-patrimonial de un sujeto o sujetos que no están en la obligación de soportarlo, en términos de las altas cortes, el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos fundamentales y personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo. En cuanto a la antijuridicidad del daño, este no depende de la licitud de la conducta desplegada por la administración contrario *sensu* nace de la no obligación de soportar el daño por parte del afectado.

La doctrina frente a la acepción de daño antijurídico, ha manifestado que el fundamento del deber de reparación del Estado debe estar en armonía con los principios y valores inherentes y propios de un verdadero Estado Social de Derecho, toda vez que el Estado le compete la salvaguardar los derechos y libertades de sus administrados frente a la propia administración pública. Con base en lo anterior, el daño como elemento constructor de responsabilidad debe presentar las siguientes características, debe ser cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y con el rotulo de situación jurídicamente protegida (Sentencia 19 de mayo, 2005). El daño debe ser cierto, toda vez que la mera amenaza no basta, debe existir certeza en el agravio y evidenciar en alguna forma el nexo entre el daño ecológico y ambiental, sus consecuencias directas o indirectas de modo, tiempo y lugar, bajo estos criterios es posible hablar de daño antijurídico en materia de responsabilidad patrimonial del Estado en temas ambientales⁸⁶.

⁸⁶ La Corte ha determinado, que la superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de las relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no solo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen (Sentencia C-043 de 2004).

En el derecho ambiental y de manera especial en el ejercicio de las competencias del Sistema Nacional Ambiental (SINA), es importante desarrollar e implementar políticas de prevención del daño antijurídico, no como un mero cumplimiento a las políticas de defensa del daño antijurídico dirigidas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), sino, como una forma de aplicar los principios del derecho ambiental que apunten a la Prevención, Precaución y de “Conservación Ecológica de la Especie Humana”.

Se evidencia que la responsabilidad patrimonial *sui generis* con ocasión de daños ecológicos y ambientales promueve una tendencia objetiva, bajo títulos de imputación como la falla en el servicio, daño excepcional y daño especial por citar algunos, se advierten nuevos escenarios frente regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por daño ecológico y ambiental, que conlleva nuevos rectos en componentes técnico-jurídicos de los agentes del Estado, en quienes recae la obligación constitucional de la administración y protección de los recursos naturales. En este aparte es trascendental no solo mirar el contenido, de la cláusula general de responsabilidad – artículo 90 – sino, su trazabilidad jurídica con otros artículos de la “Constitución Ecológica”, marco normativo ambiental, doctrina ambiental, jurisprudencia de las Altas Cortes y tendencia del derecho comparado, acompasado desde una política seria de prevención del daño antijurídico en materia ambiental integrando y aplicando sus principios, de tal forma que no generen inseguridad jurídica.

2.2 La evaluación económica de los impactos ambientales como mecanismo de prevención del daño antijurídico.

La Ley 99 de 1993, en su artículo 1°, numeral 7°, establece forma clara que el Estado fomentará la incorporación de los **costos ambientales** y el uso de los **instrumentos económicos** para la prevención, corrección y restauración; además el artículo 5° numeral 8°⁸⁷ y 43⁸⁸ de la norma ídem, añade la preservación. Por su parte la Resolución 1478 de 2003 - derogada por la Resolución 1084 de 2018 - adoptó la guía metodológica para la valoración económica de bienes, servicios ambientales y recursos naturales.

Por su parte el Decreto 2820 de 2010, reglamentó el título VIII de la Ley 99 de 1993, sobre licencias ambientales en su artículo 21, consagrando que los estudios de impacto ambiental (EIA) deberán incluir la evaluación económica de los impactos positivos y negativos del proyecto, aspecto que fue ratificado por el Decreto 2041 de 2014, compilado a su vez por el Decreto 1076 de 2015. Como resultado de esta evolución normativa entorno a la obligación de efectuar la valoración de los impactos positivos y negativos en materia ambiental, nace la Resolución 1669 del 15 de agosto de 2017, por medio de la cual se adoptaron los criterios técnicos para el uso de herramientas, para proyectos, obras y actividades objeto de licenciamiento ambiental.

⁸⁷ “Evaluar los alcances y efectos económicos de los factores ambientales, su incorporación al valor de mercado de bienes y servicios y su impacto sobre el desarrollo de la economía nacional y su sector externo; su costo en los proyectos de mediana y grande infraestructura, así como el costo económico del deterioro y de la conservación del medio ambiente y de los recursos naturales renovables y realizar investigaciones, análisis y estudios económicos y fiscales en relación con los recursos presupuestales y financieros del sector de gestión ambiental y con los impuestos, tasas, contribuciones, derechos, multas e incentivos con él relacionados;...”

⁸⁸ “Establecer técnicamente las metodologías de valoración de los costos económicos del deterioro y de la conservación del medio ambiente y de los recursos naturales renovables;...”

Al analizar la internalización de costos para las organizaciones – proyectos, obras u actividades que utilizan los bienes comunes - es la identificación de las externalidades que ellas mismas generan. Las externalidades se originan en los fallos del mercado, por cuanto este no es suficiente para maximizar el bienestar social; por ello el Estado debe intervenir para garantizar un óptimo bienestar social.

Al revisar el marco normativo de la valoración económica de los impactos ambientales, resulta pertinente, establecer, definir y clasificar, **las externalidades**. Clasificadas en positivas y negativas. Existe una externalidad positiva, cuando un sujeto económico genera beneficios por actividades que realiza a otros sin pago previo. Estos beneficios no se le recompensan al dueño de la empresa. El Corredor Biológico Mesoamericano (2002) asume que la externalidad positiva “está subsidiando a la sociedad al generar mayor bienestar sin ser retribuido por ello”. Un ejemplo de una externalidad positiva, es por ejemplo la construcción de una carretera por parte de una organización con el objetivo de sacar sus productos vía terrestre, la cual va a beneficiar a los habitantes de las veredas próximas a la empresa, quienes podrán movilizarse por la carretera sin restricción y se les evita la contaminación de material particulado.

Por su parte la gestión ambiental y costos ambientales integran la sinergia entre las actividades económicas y ecológicas, buscando optimizar el recurso natural como base fundamental de la producción de bienes y servicios. La alta resistencia social ha obligado a los gobiernos a regular las actividades productivas para que sean amigables con el medioambiente, y así conseguir la sostenibilidad para futuras generaciones. Incorporando en sus planes de gestión nuevas estrategias y dinámicas creando en los inversionistas y organizaciones la necesidad de

implementar políticas corporativas que busquen articular las actividades de internalizar sus impactos ambientales negativos con la inclusión en los costos ambientales. El nivel de internalización de costos ambientales estará supeditado al desarrollo de las acciones que incluyen los costos de negociación, impuestos, subsidios y de transacción.

Acopla al tema, las desventajas en la aplicación de los enfoques pigouvianos y coasianos **el primero establece:** La intervención del Estado por medio de impuestos: “El que contamina paga”. Para ello se requiere un control total sobre todos los implicados en la producción y la elaboración de una base de datos completa y sin errores. Sistema que puede llegar a ser oneroso e ineficiente en la práctica. El manejo de la información de cada uno de los procesos productivos debe ser claro y completo para que el control sea eficiente, ya que podría ser manipulado por el mismo agente económico que pretende controlar. La solución pigouviana no es eficiente en ambientes monopolistas. Puede conducir a una disminución de bienestar, que es el efecto contrario de lo que se pretende alcanzar. La solución pigouviana mejora la eficiencia del funcionamiento del sistema económico, pero no soluciona la externalidad. **Por su parte el segundo:** Basa su propuesta en los derechos de propiedad que responsabilizan en forma total al agente económico que se beneficia del bien en cuestión, y solo considera la intervención del Estado en los casos de no viabilidad en la negociación de costos de transacción. Sin embargo, los problemas de información que poseen los agentes pueden llevar a resultados no óptimos ni eficientes, ya que los implicados pueden manejar la información de manera estratégica a su favor. Es aplicable a los casos en que los agentes implicados son pocos, pero cuando el número aumenta, los costos de transacción aumentan; por lo tanto, esta solución no es aplicable por la dificultad de determinar las responsabilidades de externalidades ambientales y los derechos de propiedad definidos, ya que se

requiere de acuerdos. La solución cousiana mejora el funcionamiento del sistema económico pero no internaliza por completo la externalidad. (Cely, Gutiérrez, & Mejía, 2014)

Las externalidades se desarrollan de las dinámicas de mercado en donde la oferta y la demanda determinan la producción y venta de bienes y servicios, originando interacción entre los distintos agentes económicos – pueden ser inversionistas extranjeros que explotan nuestros recursos naturales -, los cuales con sus actividades afectarán de manera positiva o negativa su entorno (externalidades). De ahí se genera la necesidad de adecuar mecanismos eficaces de medición de impactos ambientales para disminuir afectaciones negativas en las actividades humanas y de producción. La internalización de costos es la herramienta idónea de la economía ambiental para medir impactos ambientales, integrarlos dentro de los informes financieros como parte de la producción y adoptar medidas - principio de prevención - que busquen evitarlos o minimizarlos. El objetivo se logra con una valoración económica ambiental adecuada, real y amigable con el ambiente, facilitando la cuantificación de bienes y servicios ambientales – simple, servicios ecosistémicos integrados a la conservación y bienestar del ser humano -.

El ambiente como derecho constitucional empoderado, resulta de un proceso de concientización ambiental posterior al auge del desarrollo industrial a nivel mundial fundamentado con la premisa de la limitación y que son finitos los recursos naturales, motivo la necesidad social y estatal de moderar conductas humanas entorno a su interacción con el ambiente o en pro de alcanzar un verdadero “Desarrollo Sostenible Resiliente”, para presentes y generaciones futuras dejando un planeta con recursos naturales que puedan ser disfrutados por generaciones futuras.

Los daños ocasionados al ambiente y que en reiteradas oportunidades ha sido objeto de discusión y atendidos por la doctrina y la jurisprudencia en esta materia desde dos posibles ámbitos, por un lado la ilegítima lesión a bienes jurídicos con menoscabo al ambiente en sus procesos naturales, bajo el contexto de la protección de los derechos colectivos - daño ambiental puro -; bajo otra aspecto, como perjuicios o detrimentos a las personas o a sus patrimonios, consecuencia de daños ambientales puros - daño ambiental consecutivo -. Ambos tipos de daño ambiental estudiados y definidos con antelación, evidenciados en Colombia con las locomotoras del desarrollo extractivo promovidas por el Gobierno Nacional.

Respeto al tema la Corte Constitucional en la Sentencia T-251 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consagró:

“...El crecimiento económico, fruto de la dinámica de la libertad económica, puede tener un alto costo ecológico y proyectarse en una desenfrenada e irreversible destrucción del medio ambiente, con las secuelas negativas que ello puede aparejar para la vida social. La tensión desarrollo económico -conservación y preservación del medio ambiente, que en otro sentido corresponde a la tensión bienestar económico - calidad de vida, ha sido decidida por el Constituyente en una síntesis equilibradora que subyace a la idea de desarrollo económico sostenible consagrada de diversas maneras en el texto constitucional (CP arts. 80, 268-7, 334, 339 y 340). El Constituyente fijó así el concepto de desarrollo económico sostenible: El primer inciso del artículo recomendado señala los criterios con los cuales el Estado, como representante de todos, debe manejar el patrimonio común conformado por los recursos naturales. Se establece, en efecto, que es su deber promover de manera planificada, el aprovechamiento de los recursos naturales para conseguir el desarrollo y mejorar la calidad de la vida de las generaciones presentes, pero que al mismo tiempo, su manejo y aprovechamiento deben ser racionales, de tal forma que se mantenga la potencialidad del medio ambiente para satisfacer las

necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras. Esta formulación corresponde al concepto hoy en día generalizado de desarrollo sostenible o sustentable: el desarrollo económico y social debe hacerse compatible con la preservación del medio ambiente, para asegurar el sostenimiento del progreso a largo plazo. Constituye un desarrollo del artículo sobre intervención del Estado propuesto en la ponencia sobre Régimen Económico".

2.3 Hacia nuevos Regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado en materia ambiental.

Los nuevos regímenes de responsabilidad del Estado son un campo jurídico en constante evolución resultado del largo proceso de reconocimiento y exigibilidad efectiva de las obligaciones estatales sobre la base constitucional y jurisprudencial. Retrotraernos al primer antecedente de responsabilidad patrimonial del Estado que se remonta a 1864; una línea jurídica que empezó en la responsabilidad de los ejércitos republicanos hasta poder hoy discernir del título del presente trabajo y de forma específica de la constitucionalización de la responsabilidad en materia ambiental y el avance significativo en todo lo que respecta a sus elementos constitutivos, títulos de imputación y causales de exoneración de responsabilidad.

Tanto la jurisprudencia como la legislación nacional, frente a la responsabilidad patrimonial en materia ambiental, han tomado los elementos básicos del régimen de responsabilidad civil - *(i) hecho generador del daño, (ii) el daño como tal y (iii) el nexo de causalidad entre ambos* - integrados a los nuevos regímenes de responsabilidad patrimonial en escenario del derecho ambiental bajo la definición del concepto de daño ambiental.

Se evidencia que la responsabilidad patrimonial *sui generis* con ocasión de daños ecológicos y ambientales promueve una tendencia objetiva, bajo títulos de imputación como la falla en el servicio, daño excepcional y daño especial por citar algunos, se advierten nuevos escenarios frente regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por daño ecológico y ambiental, que conlleva nuevos rectos en componentes técnico-jurídicos de los agentes del Estado, en quienes recae la obligación constitucional de la administración y protección de los recursos naturales. En este aparte es trascendental no solo mirar el contenido, de la cláusula general de responsabilidad – artículo 90 – sino, su trazabilidad jurídica con otros artículos de la “Constitución Ecológica”, marco normativo ambiental, doctrina ambiental, jurisprudencia de las Altas Cortes y tendencia del derecho comparado, acompasado desde una política seria de prevención del daño antijurídico en materia ambiental integrando y aplicando sus principios, de tal forma que no generen inseguridad jurídica.

Entorno a la responsabilidad del Estado por daños ambientales y ecológicos, al configurarse daños ambientales puros y daños ambientales consecutivos, la responsabilidad puede integrarse como objetiva o subjetiva al mismo tiempo – responsabilidad mixta – soportada en el desarrollo jurisprudencial y la posición actual de la Sección Tercera, consagrada en sentencia del 23 de agosto de 2012, M.P. Hernán Andrade Rincón, que reza:

“(...) la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la

existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación. Por ello se concluyó en la mencionada sentencia de la siguiente forma:

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia (...)”. (Subrayado fuera de texto).

Los nuevos regímenes de responsabilidad ambiental se enmarcan bajo principios que se pueden resumir en los siguientes.

Principio de Precaución, consagrada en la Declaración de Río y armonizado en nuestro ordenamiento interno por la Ley 99 de 1993, determina un llamado a las actividades del Estado, particulares, empresas y multinacionales frente a los problemas ambientales; en materia de responsabilidad del Estado, se necesita un rigor y exigencia en las tareas preventivas a cargo del Estado, y de los particulares que explotan los recursos naturales. Procesos de otorgamientos de licencias, sin el rigor técnico necesario para evitar daños o afectaciones ambientales.

Principio de la seguridad jurídica, ante los avances científicos y tecnológicos propios de la actual sociedad se requiere una mentalidad de respeto por el ambiente y su obligación de reparar las afectaciones que ocasione como obligaciones propias de los permisos y licencias que se otorgue con ocasión de los proyectos, obras o actividades de aprovechamiento de los recursos naturales. En igual sentido el Estado a través de las autoridades ambientales competentes, deben exigir requisitos que estén acordes con los ordenamientos internos en materia ambiental, no puede extralimitar la potestad sancionatoria ambiental. Los seguros ambientales son mecanismo idóneos

para que en sede administrativa se responda y garantice las afectaciones o daños ambientales propios de las actividades de quienes intervienen los recursos naturales. La potencialidad del daño ambiental es cada vez más amplia y requiere de adoptar medidas claras y eficaces para determinar responsabilidades, propias no solo de quienes desarrollan las actividades sino de las autoridades del Estado.

Principio de la reparación plena del daño del daño ambiental y la reparación de terceros afectados, los nuevos regímenes de responsabilidad mixta – objetiva y subjetiva – en materia ambiental, donde no solo es responsable el Estado del daño antijurídico. También los particulares que afectan con sus acciones el ambiente y causan impactos sociales, económicos y culturales, la visión de responsabilidad debe pasar del autor del daño (visión tradicional) a la víctima real del perjuicio por daños ambientales – incluso comunidades enteras que ven afectada su cosmovisión – .

La transición de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva, visión tradicional de responsabilidad donde la culpa era la protección para proteger a los que causaban daños al ambiente eximiéndolos de la responsabilidad. Ante la constitucionalización del derecho ambiental se pasa de la afirmación que establecía “no hay responsabilidad sin culpa” a un nuevo escenario de responsabilidad que determina “que no hay responsabilidad sin daño”.

CAPÍTULO III.

Para abordar el capítulo final, es de relevancia materializar una propuesta jurídica con base en la génesis, conceptos, fundamentos y tensión generada en los capítulos que *Ut supra*, estructurando una visión real de la sociedad del riesgo, aterrizando el concepto de desarrollo sostenible, para dejar planteado el rol de los principios actuales y nuevos del derecho ambiental y su aplicación no limitada a sede constitucional, administrativa, contencioso administrativa, sino, en el contexto del derecho ambiental internacional, a través de pretensiones económicas de multinacionales ante el desarrollo del Estado de modelos económico neoextractivistas. Plantear estrategias de políticas de Gobierno que apunten a analizar la posibilidad de implementar moratorias moderadas en el modelo extractivo, como soporte para la prevención del daño antijurídico por afectaciones ambientales e inaplicación progresiva del daño ambiental patrimonial por parte del Estado, necesaria para mitigar y prevenir los impacto negativos al ambiente y con ello el desarrollo de nuevos régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en ejercicio de sus competencias y como prevención real del antijurídico, ante los nuevos escenario de regímenes de responsabilidad patrimonial en materia ambiental, indilgado al Estado colombiano, en escenarios locales e internacionales.

1. DEBIDA PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN.

Dentro de las ciencias sociales y naturales encontramos elementos distintivos y propios generadores de conceptos o principios jurídicos inherentes y que dan vida jurídica propia como los

ya abordados, principio de precaución y prevención – principios de naturaleza procesal – bajo el entendido que no existe norma jurídica que no se acople en su origen o fin.

1.1 La sociedad del riesgo y los principios del derecho ambiental.

La aplicación del principio de precaución y prevención contenido en normas internacionales, integrados en el ordenamiento interno y desarrollado por vía jurisprudencial, puede conducir en sede judicial a generar fallos con incertidumbre judicial o exagerada medidas de prevención, afectar el trabajo armónico de las ramas del poder público y generar un hueco en el presupuesto nacional. La protección del ambiente debe seguir siendo prioritaria en el activismo fuerte de las Altas Cortes, sin embargo, el Estado debe encaminar su política minero energética a escenarios que garanticen la protección de los recursos naturales y la apología verde a las energías limpias. Debe ser una política de Estado el cumplimiento constitucional del derecho a gozar de un ambiente sano, y su garantía intergeneracional, no porque se lo ordenen las Altas Cortes, sino, por la propia conservación ecológica de la especie humana.

La aplicación de los principios de rango constitucional y del derecho comparado, no debe ser la única herramienta con la cual cuente un Estado, que ostenta una denominada “Constitución Ecológica o Verde” para proteger su biodiversidad y garantizar que su territorio puede gozar de un ambiente sano libre de contaminación – Bogotá D.C.; Cali y Medellín las capitales más contaminadas -.

El principio de precaución no debe ser un simple instrumento procedimental en el contexto en sede administrativa, contenciosa administrativa, constitucional y del derecho comparado, para evaluar o prevenir eventuales impactos, contexto errado, pues su aplicación jurídica no está supeditada a la previa existencia de una norma sustantiva, ni su existencia a la vida del derecho está condicionada a una normatividad material. Además dentro de sus consecuencias jurídicas lógicas, nace la inversión de la carga de la prueba para el “sujeto” – Estado, persona jurídica o particular - obligado en demostrar que con su actuar no afectó o causó grave deterioro al ambiente, por ello el principio de precaución no se trata de una presunción *juris tantum*; contrario *sensu* son característicos dentro de sus elementos estructurales, lo sustancial o material como procesales o adjetivos, bajo el dinamismo que entraña su aplicación como su propia teleología y transversalidad que ha ganado para prevenir riesgos ambientales de gran magnitud.

Dentro los elementos *ut supra* – identificación del riesgo, incertidumbre del riesgo, evaluación científica del riesgo y gestión del riesgo – se concluye su fórmula básica: Riesgo = Probabilidad x Daño. En el contexto del principio objeto de análisis, los riesgos ambientales son considerados amenazas de daños que pueden ser graves, irreversibles o moralmente aceptables, sin embargo el riesgo que importan al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, no es el último y si los dos primeros así tengan cierto grado de incertidumbre científica frente a actividades antrópicas. En la gestión del riesgo su característica más importante es sopesar – partiendo de una evaluación científica – las inseguridades y beneficios asociados a las actividades propias del aprovechamiento de los recursos naturales, que permitan seleccionar una estrategia de actuación que cambie niveles de riesgo por actividades humanas contra el ambiente.

El principio de precaución es una herramienta jurídica que permite el control y gestión del riesgo, además de ser generadora de políticas públicas medio ambientales en las sociedades postmodernas y postindustriales que basan sus economías en modelos extractivos de alto impacto.

Una de las medidas de tipo jurídico que más impacta la protección real del ambiente ha sido la aplicación de principios del derecho comparado – ejemplo: prevención, precaución, quien contamina paga, solidaridad, humildad entre otros – sin embargo en el contexto de un Estado Social de Derecho, consolidado en el caso colombiano, la constitucionalización de la protección del ambiente, al punto, de tener en su texto, todas las acciones constitucionales, legales, de participación y de responsabilidad patrimonial, además de estar conformado a través de un derecho basado en reglas y principios jurídicos, propias de la naturaleza de normas jurídicas y fuentes del derecho y activismo judicial desarrollado a través de la interpretación y protección del derecho colectivo a gozar de un ambiente sano.

Las necesidades jurídicos-sociales en materia ambiental deben propender no por la conservación del ser humano como un todo absoluto amo y señor de los recursos naturales, desprendido y que no necesita la conservación ecológica, sino, de una conservación ecológica juiciosa que garantice la subsistencia de la especie humana dentro de parámetros de equilibrio y respeto ambiental. Los principios no en el derecho ambiental, si no en otras ramas del derecho, gobiernan la validez en el ordenamiento jurídico, esta teoría fuerte que determina que los principios forman parte del universo de las normas jurídicas junto con las reglas, que son la *ratio decidendi* de las sentencias de las Altas Cortes – Protección del río Bogotá [Consejo de Estado], Protección del río Atrato [Corte Constitucional] y la Protección de la Amazonia [Corte Suprema de Justicia]

– como argumentos funcionales. La propuesta queda planteado acerca de la implementación de principios constitucionales que busquen desde “la protección ecológica de la conservación de la especie humana” que una vez se enraíce, su aplicación tenga alcance de un deber objetivo de cuidado, y termine con el concepto de que la civilización y el desarrollo llevan implícito una orden de intervenir de forma indiscriminada y de manera dramática el ambiente, así como, de tener patente para disponer el acceso y explotación de los recursos naturales como si estos fuera ilimitados y sin medir el impacto ambiental, propio de una sociedad del riesgo, inconsciente y desconocedora de la dependencia de la naturaleza para su propia subsistencia y la de las futuras generaciones, y para una ampliación proporcional de los principios de prevención y precaución, ante policías de Estado, que protejan el ambiente y lo armonicen con el desarrollo sostenible en su competente económico.

La teoría del riesgo en materia ambiental y a nivel internacional, se construyó a partir de la aceptación de que los seres humanos son responsables de los impactos causados por actos antrópicos, actividades, propiedades o inversiones.

1.2 La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano en sede internacional.

Los nuevos regímenes de responsabilidad del Estado en materia ambiental están trascendiendo del ordenamiento interno a escenarios internacionales donde le reclaman la seguridad jurídica de las inversiones extranjeras en proyectos extractivos que pretenden aprovechar los recursos naturales en áreas protección ambiental – En paramos, parques naciones y ecosistemas estratégicos – amparados en tratados de libre comercio protegidos por tratados

internacionales en que deberán resolver ante entidades del orden internacional - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) -.

En el contexto del derecho internacional y al amparo de los convenios y tratados, tomando de ejemplo la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático⁸⁹ integrada en el protocolo de Kioto⁹⁰, donde fueron establecidos acuerdos para enfrentar el fenómeno mundial del cambio climático, con acciones contundentes por la gravedad que atañe el problema y la imperiosa necesidad de abordarlo. El protocolo ha promovido a los gobiernos a generar leyes y políticas ambientales para su cumplimiento, a las empresas a tomar de referente el ambiente al momento de realizar inversiones y propició la creación del mercado de carbono.

En la Cumbre de París realizada a finales del año 2015 se celebraron 20 años del protocolo de Kioto y de lucha contra el calentamiento global que cada día va en crecimiento. El principal objetivo vinculante y ambicioso es que la temperatura no suba dos (2) grados a finales del presente siglo, para lo cual los países miembros presentan objetivos de lucha contra el cambio climático, así potencias como Estados Unidos, no asuma un compromiso serio y real. El cambio climático es un producto de las actividades humanas y depende de él, la mitigación al problema acompañado de voluntad política de los países para dirimir la controversia del cambio climático, avances como

⁸⁹ La Convención fue aprobada en Nueva York, el 9 de mayo de 1992 y entró a regir el 21 de marzo de 1994, en el año 2010 contaba con 194 países y una región de integración económica – la unión europea. Su objetivo era lograr la estabilización de las concentraciones de gases efecto invernadero (GEI) en la atmosfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. En Colombia fue aprobada por la Ley 164 de 1994.

⁹⁰ El protocolo fue adoptado en Kioto, el 11 de diciembre de 1997, entró en vigencia el 16 de febrero de 2005, y su objetivo es reducir las emisiones de seis gases de efecto invernadero (GEI) causantes del calentamiento global: dióxido de carbono [CO₂], gas metano [CH₄] y óxido nitroso [N₂O], además de tres gases industriales fluorados: hidrofluorocarbonos [HFC], perfluorocarbonos [PFC] y hexafluoruro de azufre [SF₆], en un porcentaje aproximado de un 5% dentro del periodo que va comprendía del año 2008 al 2012, en comparación con las emisiones al año 1990. En Colombia fue acogido por la Ley 629 de 2000.

los implementados por la Comunidad Europea con un liderazgo activo frente a las energías renovables y limpias insertas en su política energética materializado en las “electricidad verde”.

Dar un verdadero alcance al concepto de desarrollo sostenible en el país, puede ser la garantía de la protección del medio ambiente y mitigación de afectaciones ambientales. La titulación y concesión indiscriminada de nuestro territorio para actividad extractiva en especial la metálica, es la generadora de grandes conflictos ambientales, sumado a la falta de lucha operativa eficaz que compete al Estado a través de instancias administrativas – Sistema Nacional Ambiental (SINA) - contra minería ilegal, que contamina y desaparece ríos en nuestro territorio.

Nuevamente llega al escenario la importancia de los principios existentes del derecho ambiental, incluido el que pretende proponer en el presente trabajo, en tratándose del concepto de desarrollo sostenible, la conservación ecológica de la especie humana integrado al principio de precaución y prevención deben ser vistos como herramientas fundamentales para alcanzar el desarrollo sostenible y efectivizar la constitucionalización del ambiente, no con discursos medio ambientalistas, sino técnico-jurídicos, que cambien acerca de significar únicamente las futuras generaciones, sino incluyendo el concurso de las actuales como garantía incuestionable para otorgar un ambiente sano de ellas. El desarrollo no sólo de los principios citados, sino, de todos los existentes, debe llevar a un cambio en la toma de decisiones por parte del Estado en la protección efectiva del ambiente, en el mismo desarrollo de políticas públicas verdes.

Debe visibilizarse el principio y enfoque precautorio acerca de la contaminación por actividades industriales, que vulneran el ambiente, limitaciones de las instituciones para predecir

o anticiparse a los eventos atentatorios contra los recursos naturales con ocasión de actividades industriales y acciones antrópicas del hombre. La aplicación de los principios del derecho ambiental existentes y el propuesto, son necesarios para prevenir los riesgos ambientales en Colombia, suscitados por el desmedido privilegio al modelo económico extractivo fuerte, industrialización sin conciencia ambiental, de quienes ostentan el capital del desarrollo económico, pero también el potencial para degradar el ambiente, anteponiendo el interés colectivo a gozar de un ambiente sano a las cifras macroeconómicas de crecimiento. El desarrollo económico sostenible no puede generarse a costa de la carga de pasivos ambientales – derrames de combustibles fósiles en fuentes hídricas, cambio en los cauces naturales de los ríos, deforestación entre otros...-.

Dentro del concepto efectivo de desarrollo sostenible, debe resaltarse la evolución de las tasas retributivas⁹¹ y las tasas por uso del agua, aplicadas dentro del esquema de consolidación normativa del Sistema Nacional Ambiental (SINA) consagrado en la Ley 99 de 1993, ya existentes en la legislación colombiana desde el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y la protección al Medio Ambiente (Decreto 2811, 1974. Art. 18 y 159). El nuevo enfoque de “doble dividendo” donde el cargo por utilización y afectación de los recursos naturales contribuye al financiamiento de Autoridades Ambientales y de Desarrollo Sostenible e incentivan en algunos casos, la reducción de vertimientos a fuentes hídricas y reducción de la cargas contaminantes – frente a los usuarios que utilizan o afectan bienes o servicios ambientales – sea reflejado, en el sentido de quien reduzca cargas contaminantes, reciba ahorro en los cobros que deba realizar,

⁹¹ Las Tasas Retributivas, se entienden como el costo marginal que representa el utilizar un cuerpo de agua como “basurero” y su valor depende del usuario, quien decide si vierte más y paga más o disminuye sus vertimientos con base en un análisis costo-efectivo.

proporcionales a su esfuerzo en disminuir las cargas contaminantes, el fundamento de la tasa retributiva, también edificado sobre un principio, “el que contamina paga”.

Los escenarios internacionales en los que se está ventilando responsabilidad del Estado ya están en camino y no son de menor monto cuidado frente a las cuantías, casos como el de los 764 millones de dólares que cuesta la demanda de “De Eco Oro” antes llamada “Greystar” Contra Colombia por el conflicto del Páramo de Santurbán – que se tramita en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias a Inversiones del Banco Mundial (CIADI) con sede en Washington - empresa que llevaba 20 años realizando explotación minera en el sector y con ocasión de una decisión de la Corte Constitucional - C- 035 de 2016 - que ordeno delimitar los páramos son muestra inequívoca que estamos ante nuevos escenarios de responsabilidad patrimonial del Estado por aspectos de índole ambiental y económica.

2. ASPECTOS GENERADORES DE NUEVOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN MATERIA AMBIENTAL.

Ante el preludio del presente trabajo, con la responsabilidad de cerrar con una respuesta a la pregunta jurídica, se plantea que el contenido de los actos administrativos en el derecho ambiental están cargados de un alto componente técnico, multidisciplinario en los conceptos integrados en las decisiones que los soportan. Aspectos que llaman la atención en lo conlleva una responsabilidad patrimonial por daño antijurídico con ocasión de conceptos técnicos no ajustados a la propia constitucionalización del derecho ambiental, generador de daño patrimonial a cargo del Estado por su condición de garante y administrador de los recursos naturales.

2.1 Factores facticos y jurídicos generadores de nuevos regímenes de responsabilidad ambientales de alto impacto patrimonial.

La normativa en materia ambiental integrada por prescripciones llenas de rigorismos técnicos, que determinan de forma precisa la forma de intervenir los recursos naturales y la garantía del menor impacto en dicha actividad. Es decir, la discrecionalidad de la administración pública al otorgar licencias ambientales, contratos, concesiones o permisos de aprovechamiento de los recursos naturales genera responsabilidad no sólo en la evaluación de instrumentos de gestión ambiental como: Estudios de Impacto Ambiental (EIA), Planes de Manejo Ambiental (PMA), Planes de Trabajo y Obras (PTO), Informes de Cumplimiento Ambiental (ICA), sino a través del seguimiento, control y mitigación del impacto que generen las licencias, permisos o concesiones otorgadas.

La naturaleza interdisciplinaria del derecho ambiental, al evaluar actividades de intervención del ambiente, no es opcional, sino necesaria, para determinar los impactos y establecer las medidas de protección, mitigación y compensación, dejando establecido aspectos físicos, químicos y biológicos del ambiente. El esquema normativo ambiental cuenta con un amplio espectro que va, desde una rigidez normativa, con efectos obligatorios y vinculantes, como los principios consagrados en los tratados y convenios internacionales y la legislación nacional. Además de la llamada ley concesionaria, que en palabras simples, es el marco normativo que determina los principios orientadores, técnicas, prácticas y procedimientos consagrados en estándares para la protección ambiental. El marco *ut supra* controla las actividades de las empresas y particulares para el cumplimiento de estándares ambientales, desde allí parte la responsabilidad

patrimonial del Estado, cuando al otorgar o negar una licencia, permiso o concesión no aplica el rigorismo técnico-jurídico, que puede llegar a ser su única defensa al causarse un a daño ambiental y por ende generar en su contra responsabilidad patrimonial ante la omisión en la evaluación o el seguimiento. Como ya fue establecido dicha responsabilidad puede recaer también en las personas y empresas o de estas contra el Estado al negarse por ejemplo una licencia ambiental sin los argumentos y rigor técnico antes consagrado.

A manera de ejemplo dos casos, el primero de un grupo de aproximadamente once organizaciones civiles que le pidieron al Consejo de Estado, a través de una demanda de nulidad contra el acto administrativo que otorgó la licencia ambiental a la hidroeléctrica Hidroituango (Resolución No. 0155, 2009), debido a las afectaciones ocasionadas con la megaobra – desplazamiento de las comunidades que habitan zonas aledañas, afectación la salud, trabajo, vivienda, acceso a fuentes hídricas, rompimiento del equilibrio ambiental entre otros..- el Consejo de Estado no adoptó medidas cautelares por el momento, sin embargo no ha tomado una decisión de fondo, al momento de tomarla deberá analizar si las obras autorizadas dentro de la licencia ambiental, la autoridad ambiental contempló en sus términos de referencia para este tipo de proyectos, el Estudio de Impacto Ambiental – EIA -, medidas de mitigación aprobadas en la misma licencia y que no hayan desconocido el ordenamiento jurídico ambiental vigente, principios y tratados internacionales.

El segundo, una millonaria multa impuesta por el Tribunal Administrativo de Antioquia a la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia (Corantioquia) de 16.277 millones de pesos, por revocar la licencia ambiental de un proyecto en el municipio de Támesis en el

suroeste antioqueño. Según lo contempló el fallo de la Corporación – entendido Estado – tendría que pagar esta suma a los inversionistas del proyecto “**Generaciones de energía Hidroeléctrica, Riego y Acueducto del Río Frio**” a quienes le revocó la licencia cinco meses después de que la misma Corporación la había otorgado, pasando por cada una de las etapas técnicas que hemos aquí explicado y con el supuesto rigor técnico del que estamos hablando. Al revocar la decisión el Tribunal la licencia, los inversionistas tienen despejado nuevamente el camino para solicitarla con una ayuda económica del Estado producto de un daño antijurídico materializado en un acto administrativo al parecer técnicamente incorrecto por equivocaciones en los caudales que llevaron a la Corporación Autónoma a determinar que no existía disponibilidad del recurso hídrico, con la consecuencia al desatar la revocación, de lo que ya había evaluado y otorgado pero que no estaba en firme.

El derecho ambiental está fundado en principios de rango constitucional, doctrinal, legal, administrativo y del derecho internacional, en tal sentido, la propuesta no es plantear uno más, sino, que la conservación ecológica de la especie humana, se aplique en todos los contextos el derecho ambiental, como una forma de “Buen Vivir” y subsistencia de las personas. Casos como implementar el *fracking*⁹² en Colombia no van de la mano con los principio – prevención y precaución –, cuando países como Alemania y Francia lo han prohibido – y queremos no ser llamados tercermundistas -; ejemplo de la aplicación de los principios, es continuar con la protección de nuestros paramos, fuentes hídricas, activos ambientales o v. *gracia* lo que acaba de

⁹² El *Fracking*, no puede ser llamado de otra forma que: el fraccionamiento hidráulico del suelo, para la explotación de hidrocarburos, mezclando agua, arena y productos químicos para ser inyectada al subsuelo a alta presión con el fin de fracturar la tierra y liberar los hidrocarburos en forma de gas que están en los esquistos que son la parte más profunda de este subsuelo. Esta práctica ha sido condenada por su impacto en la salud humana que es fruto de los gases que emana, por los efectos que tiene sobre el medio ambiente que se ven, sobre todo, en las fuentes de aguas subterráneas y superficiales que quedan contaminadas por elementos radioactivos, por contaminar la atmósfera y por alterar las placas tectónicas generando temblores.

acontecer en la Serranía del Chiribiquete ubicada geográficamente en los departamentos de Guaviare y Caquetá, más exactamente en los municipios de San José del Guaviare, Solano y Cartagena del Chaira, donde la UNESCO declaró patrimonio mixto – connotación única otorgada en nuestro país a un activo ambiental –, es decir riqueza natural y cultural, doble reconocimiento, por ser uno de los territorios, donde confluyen una de las formaciones geológicas más antiguas e inexploradas del continente, donde habitan además, poblaciones aisladas voluntariamente de la “mal llamada civilización”, consideradas guardianes milenarios⁹³, con toda su cosmovisión y rituales sagrados. El Parque del Chiribiquete, además alberga medio centenar de sitios pictóricos con no menos de 70.000 dibujos de alto valor arqueológico cuya antigüedad se calcula en unos 20.000 años, lográndose ampliar su frontera ambiental de 2.7 hectáreas a 4.2 millones de hectáreas, para hacer una comparación con otro parque emblemático y declarado patrimonio de la humanidad, el Chiribiquete, sería como tres veces el Serengueti en África, otra connotación de esta declaratoria en Colombia, es que el Chiribiquete queda convertido en el Parque Nacional Natural de selva húmeda tropical de mayor extensión en el continente.

Los ejemplos anteriores permiten determinar la importancia del rigor técnico en el derecho ambiental, donde en muchas ocasiones el contenido del acto administrativo, es más técnico que jurídico, por lo cual se debe integrar los principios no como adornos jurídicos sino desde la estructura de los conceptos técnicos que van a motivar las decisiones en sede administrativa y que a la postre serán objeto de revisión en sede de lo contencioso administrativo.

⁹³ Entre los grupos más cercanos a Chiribiquete se encuentran los macuna, barasano, eduria, tatuyo, tuyuca itana y carapana, de la familia lingüística tukano, que se reconocen como hijos del jaguar de Yuruparí (Parques Nacionales dice que se tienen indicios de la presencia de 18 grupos dentro del área) “ La dimensión espiritual no es concebida como un dominio discreto sino como una dimensión de todo conocimiento, experiencia y práctica, que relaciona a los ríos y en particular a los cerros como lugares sagrados donde habita el dueño de los animales”, de acuerdo con el MinCultura. (Semana.com, 2018)

2.2 Nuevos regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado en materia ambiental.

Los nuevos regímenes de responsabilidad del Estado son un campo jurídico en constante evolución resultado del largo proceso de reconocimiento y exigibilidad efectiva de las obligaciones estatales sobre la base constitucional y jurisprudencial. Retrotraernos al primer antecedente de responsabilidad patrimonial del Estado que se remonta a 1864; una línea jurídica que empezó en la responsabilidad de los ejércitos republicanos hasta poder hoy discernir del título del presente trabajo y de forma específica de la constitucionalización de la responsabilidad en materia ambiental y el avance significativo en todo lo que respecta a sus elementos constitutivos, títulos de imputación y causales de exoneración de responsabilidad.

El ambiente como derecho constitucional empoderado, resulta de un proceso de concientización ambiental posterior al auge del desarrollo industrial a nivel mundial fundamentado con la premisa de la limitación y que son finitos los recursos naturales, motivo la necesidad social y estatal de moderar conductas humanas entorno a su interacción con el ambiente o en pro de alcanzar un verdadero “Desarrollo Sostenible Resiliente”, para presentes y generaciones futuras dejando un planeta con recursos naturales que puedan ser disfrutados por generaciones futuras.

Tanto la jurisprudencia como la legislación nacional, frente a la responsabilidad patrimonial en materia ambiental, han tomado los elementos básicos del régimen de responsabilidad civil - *(i) hecho generador del daño, (ii) el daño como tal y (iii) el nexo de*

causalidad entre ambos - integrados a los nuevos regímenes de responsabilidad patrimonial en escenario del derecho ambiental bajo la definición del concepto de daño ambiental.

Hablar de una moratoria minera como propuesta de prevención del daño antijurídico, no es descabellada, pues la regulación y políticas públicas obligan al Estado a seguir una coherencia entre la actividad extractiva por ejemplo y el desarrollo económico, cuando este se quiere establecer como apéndice o condicionado únicamente a la explotación de los recursos naturales.

Los daños ocasionados al ambiente y que en reiteradas oportunidades ha sido objeto de discusión y atendidos por la doctrina y la jurisprudencia en esta materia desde dos posibles ámbitos, por un lado la ilegítima lesión a bienes jurídicos con menoscabo al ambiente en sus procesos naturales, bajo el contexto de la protección de los derechos colectivos - daño ambiental puro -; bajo otra aspecto, como perjuicios o detrimentos a las personas o a sus patrimonios, consecuencia de daños ambientales puros - daño ambiental consecutivo -. Ambos tipos de daño ambiental estudiados y definidos con antelación, evidenciados en Colombia con las locomotoras del desarrollo extractivo promovidas por el Gobierno Nacional.

La moratoria planteada, que nos ocupa, es simple, para las activadas extractivas metálicas, para toda afectación a la deforestación – gobernanza y control a cargo del Estado -, no más generación de energía a costa de agotar los recursos naturales a cambio de la implementación de nuevas tecnologías verdes o limpias, energía eólica, conversión de la dependencia de combustible fósiles a energías solar o biocombustibles.

El planteamiento de la moratoria, no pretenden ser desproporcionado, pero por lo menos cercano a la realidad del país, necesitamos de la explotación de hidrocarburos – aun cuando siendo exportadores de petróleo tengamos uno de los precios más altos de la gasolina -, necesitamos generar energía pero sin acabar con nuestras fuentes hídricas o desplazando comunidades o afectando su cosmovisión. La moratoria también incluye vedas de especies forestales, de la fauna, protección y delimitación definitiva de los páramos. .

En palabras simples, la moratoria plateada no es un ideal incumplible, en algunos casos como los propuestos, es simplemente el cumplimiento de competencias de las Autoridades Ambientales, de los municipios, gobernaciones y de los ministerios encargados de la protección del ambiente. Un aspecto importante que ya fue tratado en este trabajo, no permitir prácticas como el *fracking* no es necesario envenenar nuestras fuentes hídricas subterráneas y superficiales para estar a la moda en proyectos extractivos, cuando existen estudios y casos documentados de que dicha actividad es nociva para el ambiente y en especial para propia subsistencia del ser humano. La moratoria minera no debe ser el resultado de una movilización social, sino, de políticas públicas y legislación ambiental, pensadas en el bienestar general y el ambiente como un verdadero “sujeto de derechos”, que garantice la conservación ecología de la especie humana. Si es necesario argumentar más, nuestros ríos y mares no pueden seguir siendo objeto de derrames de hidrocarburos, que acaban con la fauna íctica, llenan de mercurio las fuentes de alimentos y generan problemas de salubridad pública.

La moratoria minera no pretende otra cosa, que, proteger el ambiente racionalizar el aprovechamiento de los recursos naturales; bajar las altas tasas de deforestación – caso de la

Amazonia protegida por sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el año 2018 -. Racionalización en los contratos de concesión⁹⁴, títulos mineros⁹⁵, contratos de aporte⁹⁶ y licencias ambientales⁹⁷ otorgadas sin el rigor técnico-jurídico antes mentado, algunos de ellos que se otorgan con la presentación de la cédula o representación legal.

Otro ejemplo de aplicar una moratoria, es no otorga licencias ambientales en áreas de protección legal ambiental – como parques naturales, zonas de reserva forestal, páramos o humedales – no es lógico en una sociedad que busca su subsistencia y de las futuras generaciones que en sitios de alta protección y riqueza natural se autoricen proyectos extractivos – ejemplo el 19 de abril de 2016 la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) revocó la Resolución 286 del 18 de marzo de 2016, por la cual se otorgó licencia para el proyecto denominado “Área de Interés de Perforación Exploratoria Serranía”, localizada en los municipios de La Macarena, Meta y San Vicente del Caguán, Caquetá, sector ubicado en el área de influencia de la reserva natural de Caño Cristales, otros como el Páramo de Santurbán, Sierra Nevada de Santa Marta por citar

⁹⁴ Es el contrato que celebran el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este último, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada. Dichos minerales se explotan en los términos y condiciones establecidos en la ley (Código de Minas).

⁹⁵ Es aquella figura jurídica por medio de la cual el Estado concede el derecho a explorar y explotar los recursos naturales minerales. A partir de la vigencia de la Ley 685 de 2001, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal mediante el contrato de concesión minera.

⁹⁶ Son aquellos de cualquier tipo que se celebran sobre las denominadas áreas de aporte. Se trata de contratos con naturaleza especial, que a pesar de estar regulados en lo general por el Decreto 2655 de 1988, se rige por lo pactado entre la entidad adscrita al Ministerio de Minas y Energía y el tercero contratante, pues se trata de una figura jurídica en la que el legislador le brindó una amplia autonomía a las partes

⁹⁷ La Licencia Ambiental es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje. La Licencia Ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios por el tiempo de vida útil del proyecto, obra o actividad.

algunos -. Desde estas acciones propuestas y determinadas como “moratorias” se puede contribuir por el propio Estado y sus agentes a la prevención del daño antijurídico⁹⁸ en materia ambiental.

La moratoria planteada se ve materializada desde las Altas Cortes, a través de sus sentencias⁹⁹, pero la intensión de la propuesta aquí planteada es que también sea un ejercicio dinámico del legislativo a través de sus normas y del ejecutivo en desarrollo de sus actuaciones y políticas públicas para que adopte el ejemplo y las apliquen, en ejercicio de sus competencias. La minería ilegal y criminal, que ya fueron abordados de forma efectiva por la Corte Constitucional con la aplicación de principios, precedentes y ordenes al ejecutivo demuestran que este flagelo afecta la economía de las legales, deteriora el ambiente, contamina, genera problemas de salubridad pública, desplazamiento y propicia factores de violencia e inseguridad, debe ser contrarrestado de forma efectiva por el Estado con ocasión de la Constitucionalización del ambiente. La tarea queda planteada, lograr que el Estado, las empresas y cada uno los ciudadanos cumplamos con la tarea conjunta – corresponsabilidad ecología y ambiental – de protección, mitigación y recuperación del ambiente – Artículos 79 y 80 C.P., numeral 2º del artículo 2 de la

⁹⁸ Para contextualizar la incidencia del daño antijurídico y la protección del ambiente, al respecto, la Corte Constitucional declaró inexecutable (Sentencia C-35 de 2016) los incisos primero, segundo y tercero del primer párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, que reglamenta el Plan de Desarrollo 2014–2018, para la Corte, el párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 es inconstitucional, pues desconoce el deber constitucional de proteger áreas de especial importancia ecológica, como los páramos, con lo cual pone en riesgo el acceso de toda la población al derecho fundamental al agua en condiciones de calidad.

⁹⁹ Las actividades de las comunidades en temas de minería artesanal y sus derechos respecto de grandes proyectos mineros desarrollados por multinacionales y su integración con la protección del ambiente, se evidencia por la Corte Constitucional a través de la Sentencia SU-133 del 28 de febrero de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas. Por medio de la cual se amparó el derecho fundamental de los habitantes del municipio de Marmato y el de los mineros tradicionales del municipio a participar en el proceso mediante el cual identificarán los impactos que se derivaron de la autorización de las cesiones de los derechos mineros emanados del título CHG-081 y acordarán la adopción de las medidas encaminadas a salvaguardar su derecho a ejecutar labores de exploración y explotación minera en la parte alta del cerro El Burro, para garantizar su subsistencia, a través de emprendimientos autónomos de pequeña minería. Así mismo, se **AMPARA** el derecho fundamental de la comunidad indígena Cartama y de las comunidades negras asentadas en Marmato a ser consultadas, de manera previa, libre e informada, sobre el impacto de autorizar dichas cesiones y los derechos a la libertad de oficio, al trabajo y al mínimo vital de quienes ejercen labores de minería tradicional en la parte alta del cerro El Burro.

Ley 99 de 1993, integrado al concepto de desarrollo sostenible - como único elemento válido frente a la “conservación ecológica de la especie humana” y la prevención del daño antijurídico, garantías inherentes a la subsistencia del hombre.

CONCLUSIÓN

Innegable es, consagrar que la constitucionalización del ambiente es un gran paso en la garantía propia de la subsistencia del ser humano, nada más altruista, que poder garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano, el saneamiento ambiental, “desarrollo sostenible resiliente” como garantía intergeneracional, adecuada administración y aprovechamiento racional de los recursos naturales por parte del Estado bajo principios que permitan la conservación ecológica de la especie humana que podrá desarrollarse e integrarse desde la propia constitucionalización de la protección del ambiente, a través de los fallos de las Altas Cortes – activismo judicial - en materia ambiental, tendencias del derecho comparado y aplicando políticas en ejercicio de las funciones propias en materia ambiental del Estado, además de internalizar las externalidades en materia de actividades que afecten el ambiente.

En relación con el problema jurídico planteado, su respuesta no puede ser otra, que reafirmar la existencia en la actualidad, de nuevos regímenes y tendencias de responsabilidad patrimonial del Estado – diferentes a la responsabilidad objetiva por falla en el servicio - en materia ambiental, debido a la creciente conflictividad ambiental ya descrita, dinámica del activismo judicial fuerte, constitucionalismos del derecho ambiental y nutrida producción jurídica basada en principios y sentencias del derecho ambiental internacional en pro de la protección del ambiente. Desde el “Tridente Judicial” integrado por las Altas Cortes, con sentencias progresistas en temas ambientales, soportadas en aspectos técnicos, científicos, jurídicos, sociales, del derecho comparado y con un gran desarrollo principios del derecho ambiental aplicados bajos los preceptos de proporcionalidad y racionalidad tanto en sede administrativa, judicial – incluidas las Altas

Cortes -; además de los nuevos escenarios internacionales donde se están presentando las actuales controversias jurídicas en temas ambientales.

La hipótesis planteada fue probada, bajo aspectos constitucionales, jurisprudenciales, legales, doctrina ambiental y derecho comparado que han abierto un espectro jurídico para establecer que el alcance de la cláusula general de responsabilidad del Estado en el régimen objetivo, está en constante evolución en temas de afectación o daño ambiental, integrando regímenes de responsabilidad mixtos – objetivos y subjetivos - aplicables, y diversidad en los títulos de imputación – diferente a la falla en el servicio - ante la acción u omiso del Estado deber legal de protección integral del ambiente y con ocasión de la constitucionalización del derecho colectivo a gozar de una ambiente sano, es diversa, tanto en el régimen jurídico como en el título de imputación y su aplicación no puede ser la lectura sistemática - de un recetario - para el uno u otro, sino, atendiendo situaciones fácticas de la naturaleza diversa que surge de la conflictividad en materia ambiental.

El Estado ha sido declarado responsable patrimonialmente a título de falla en el servicio y bajo un régimen objetivo de responsabilidad - tesis general y actual en materia ambiental - por no contrarrestar las acciones de degradación del ambiente a través de competencias administrativas propias de las entidades e imputable frente a la inobservancia de obligaciones encomendadas por la propia ley o a través de sus manifestaciones jurídicas - actos administrativos - relativos a la conservación, administración y protección del ambiente, cuando estos omiten el deber constitucional de garantizar la no degradación del ambiente, pero también se puede presentar un régimen subjetivo de responsabilidad – ya definido - bajo nuevos criterios de imputación motivado

en la propia dinámica de la conflictividad ambiental, tratados internacionales y que puede trascender a escenarios del derecho o instancias internacionales – *v.gra.* Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) -.

Otro elemento relevante, que permite probar la hipótesis planteada, tiene que ver con la relevancia probatoria del daño antijurídico en materia ambiental, frente a los presupuestos de responsabilidad extracontractual del Estado para poder endilgarle, motivado en la relevancia que puede tener o no, para la imputación de responsabilidad en materia ambiental los principios del derecho ambiental - *v.gra* el de precaución y prevención entre otros, que pueden ser aplicables -.

Corolario, se reitera como propuesta académica la aplicación del conjunto de los principios del derecho ambiental orientados a la conservación ecológica de la especie humana, como principio integrador de la corresponsabilidad frente a la protección del ambiente, donde el ambiente sin la presencia del hombre tiene garantizada su existencia, contrario *sensu* sin ambiente el ser humano no tiene asegurada subsistencia, ni de las futuras generaciones – no como frase de cajón sino por situaciones reales, como la actual contaminación del aire por material particulado – en Bogotá D.C. Medellín y Cali -, desaparición de fuentes hídricas, cambio climático, producción de gases el efecto invernadero (GEI) entre otros -.

Una moratoria en la exploración de ciertos recursos naturales elementales como: la minería metálica en ciertas zonas del país donde se afecten fuentes hídricas, protección de ecosistemas estratégicos deben ser elevados al rango de políticas de Estado – inobservadas en algunos contenidos de los programas de Gobierno en las pasadas elecciones presidenciales -, para que no

exista la intervención del llamado “activismo judicial” – piedra en el zapato del Presupuesto Nacional y desarrollo de políticas públicas del Estado, que tanto afecta el genio de los Gobiernos de turno, pero que simplemente obedece, el ejercicio de la actividad propia de algunos Jueces y Magistrados al garantizar el derecho constitucional a gozar de un ambiente sano y el desarrollo sostenible resiliente, reacción propia y generadora de nuevos regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por daño ecológico y ambiental en ejercicio de sus competencias, en el derecho ambiental interno y derecho comparado.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García R.E. (2001). www.dialnet.unirioja.es/artiuclo/17520.pdf. Retrieve 08 18, 2015, from www.dialnet.unirioja.es
- Amaya Navas, O. D. (2010). *La Constitución Ecológica de Colombia*. Bogotá Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Amaya Navas, O. D. (2012). *El desarrollo sostenible y el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano*. Bogotá. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Briceño Chaves, A.M. (2017) *Responsabilidad y Protección del Ambiente: La obligación positiva del Estado*. Bogotá. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cafferatta, Ni. (2010). *El Rol del Juez* (Vol. XXVI). Buenos Aires: Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente – PNUMA – Jurisprudencia Ambiental.
- Cardenas, P. A. (2015.). *La Legislación Ambiental y Los Recursos Naturales*. Bogotá: Leyer.
- Cely, R. E., Gutiérrez, M. J., & Mejía, Z. C. (2014). *Internalización de costos ambientales como instrumento de gestión ambiental en las organizaciones*. Obtenido de <https://revistas.lasalle.edu.co/index.php/gs/article/download/3327/2641/>.
- Durán, R. F. (2012). *La Regulación de la Minería en la Unión Europea y su Compatibilidad con la Normatividad Medioambiental Comunitaria: el caso de España*. Bogotá D.C. : Universidad Externado de Colombia.
- García Pachón, M. D. P (2015). *Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiental*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

García Pachón, M.D.P. & Amaya Navas, O. D (2013). Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental.

García Pachón, M.D.P. & Amaya Navas, O. D (2014). Derecho Procesal Ambiental. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Gil, B. E. (2013). Los Presupuestos de la Responsabilidad Ambiental en Colombia Universidad Externado. . Bogotá D.C. : Universidad Externado de Colombia

Gómez Lee M. I., et al., (2007). Daño Ambiental. Tomo I Colombia Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guzmán Jiménez, L.F. (2017). El Activismo Judicial y su Impacto en la Construcción de Políticas Públicas Ambientales. Colombia, Bogotá: Universidad Externado.

Henao, J. C. (1998). El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Colombia Bogotá: Universidad Externando de Colombia.

Henao, J.C., & Ospina Garzón, A. F. (2015). La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Colombia Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Kelsen, H. (2008). *¿Què es la Justícia?* Barcelona: Ariel, S.A.

Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo XII. (2012). Bogotá. Colombia. Universidad Externado.

López Medina, D. (2006). El Derecho de los Jueces. Bogotá: Legis.

López, G. (2004). Teoría Impura del Derecho. La transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana- Bogotá: Legis.

- López, G. (2011). El Juez Constitucional colombiano como Legislador Positivo ¿Un Gobierno de los Jueces? *Revista Mexicana de derecho Constitucional* (24), 169-193.
- Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. México: Editorial Porrúa.
- Mesa Cuadros, G. *Locomotora Normativas- Ambientales: Algunos Análisis de Caso por Afectación de Derechos Colectivos y Ambientales*.
- Mesa, Cuadros, G. *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado ambiental de derecho”* (1ª ed., Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007).
- Mejia, H. P. (1999). *La Economía en el Derecho Constituiconal Colombiano* . Bogotá D.C. : Derecho Vigente S.A.
- Miranda, Abaúnza. H. *Delitos contra el Medio Ambiente. El Principio de Precaución como Criterio para la Imputación Objetiva*. Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Moreira, A. C. & Prieto Sanjuán R. A. (2016). *La Responsabilidad Internacional de Estado y el Medio Ambiente. Un Debate Urgente*. Colombia. Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Moreno, M. A. (2014). *La Construcción Colectiva del Medio Ambiente* (Primera Edición ed.). Bogotá D.C.: Planeta Colombia S.A.
- Ocampo, J. (1996). *Historia Económica de Colombia*. Cuarta Edición.
- Pantaleón Prieto, F. (2000). “Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)” en Juan Antonio Moreno Martínez (Coord.) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson.

Parra, C. A. (2015). *La Legislación Ambiental y los Recursos Naturales - el reto de su codificación y sistematización*. Bogotá D.C. : Leyer.

Pasmore, J. (1978). *La Responsabilidad del Hombre frente a la Naturaleza*. España Madrid: Alianza.

Periodico El Espectador. (14 de Abril de 2016). *Gobierno Suspende Licencia de Explotacion Petrolera en la Macarena*. Obtenido de El Espectador: 1. <http://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/gobierno-suspende-licencia-de-explotacion-macarena-articulo-627199>

Rincón Córdoba, J.I. (2002) *Las Generaciones de los Derechos Fundamentales y la Acción de la Administración Pública*. Bogotá. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, G. A. (2012) *Las Medidas Preventivas Ambientales, Una Aproximación Desde el Derecho Administrativo*.

Rodríguez, G. A. (2012) *Temas de Derecho Ambiental: Una Mirada Desde lo Público*. Bogotá. Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Rodríguez, G. A. (2015) *Perspectivas de Responsabilidad Ambiental por Daños Ambientales en Colombia*. Bogotá. Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Roja Quiñonez, S. (2012). *La Responsabilidad Civil por Afectaciones Ambientales*. Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho de Victorimas y Responsabilidad del Estado*. Colombia Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Soto, J. B. (2015). *Fundamentos de Derecho Ambiental (2ª Ed.)*. Valparaíso. Chile: Ediciones Universitarias Valparaíso.

Velilla Moreno, M.A. (2014). La Construcción Colectiva del Medio Ambiente. Concejo de Estado de Colombia 100 años. Colombia Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A.

JURISPRUDENCIA CITADA

Consejo de Estado.

1949.

Consejo de Estado Sentencia del 30 de septiembre de 1949.

1992.

Consejo de Estado, sala de lo contenciosa administrativo, sección tercera, sentencia de 9 de julio de 1992. Actor, Jorge Rueda Ardila Exp. 7078; Sala de lo contenciosa administrativo, sección tercera, sentencia de 16 de abril de 1993. Actor Carlos Anillo, Exp. 7124.

1997.

Consejo de Estado, Sentencia con radicado 08001-23-31-000-1997-12087-01(41363). M.P. Danilo Rojas Betancourth.

1999.

Consejo de Estado, sala de lo contenciosa administrativo, sección tercera, sentencia de 21 de octubre de 1999. Exp. 10948 y 11643 (acumulados).

2002.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de febrero de 2002, radicado 63001-23-31-000-2001-0243-01. Actor Luis Hernando Romero Luque.

2016.

Consejo de Estado, sección tercera, subsección (B), radicado 10010326000201500126-01. Del 1 de marzo de 2016.

2017.

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia fechada 16 de febrero de 2017, expediente Rad. 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, radicado No. 08001-23-31-000-1997-12087-01 (41363), del 30 de noviembre de 2017. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Sala de consulta y servicio civil, sentencia fechada 11 de diciembre de 2017, Rad. No. 110010306000-2014-00248 (2233) M.P. William Zambrano Cetina.

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia fechada 16 de febrero de 2017, expediente Rad. 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Suprema de Justicia.

2011.

Sentencia Rad. No. 52835-3103-001-2000-00005-01, del 16 de mayo de 2011. Corte Suprema de Justicia, M.P. William Namén Vargas.

2018.

Sentencia Rad. No. 11001-22-03-000-2018-00319-01. Corte Suprema de Justicia, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. – Declaró el Amazonio sujeto de derechos -.

Corte Constitucional.

1992.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-406, (M.P.: Ciro Angarita Barón, 5 de Junio de 1992).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-411, (M.P.: Alejandro Martínez Caballero, 17 de Junio de 1992).

1993.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-018, (M.P.: Alejandro Martínez Caballero, 25 de Enero de 1993).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-092, (M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez, 19 de Febrero de 1993).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-293, (M.P.: Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón, 24 de Febrero de 1993).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-251, (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, 30 de Junio de 1993).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-254, (M.P.: Antonio Berrera Carbonell, 30 de Junio de 1993).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-366, (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, 3 de septiembre de 1993).

1994.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-058, (M.P.: Alejandro Martínez Caballero, 17 de Febrero de 1994).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-422, (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, 27 de Septiembre de 1994).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-519, (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, 21 de Noviembre de 1994).

1995.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-328, (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, 27 de julio de 1995).

1996.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-495, (M.P.: Fabio Morón Díaz, 26 de Septiembre de 1996).

1997.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-257, (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, 28 de Mayo de 1997).

1998.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-126, (M.P.: Alejandro Martínez Caballero, 1 de Abril de 1998).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-193, (M.P.: Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara, 7 de Mayo de 1998).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-453, (M.P.: Alejandro Martínez Caballero, 31 de Agosto de 1998).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-652, (M.P.: Carlos Gaviria Díaz, 10 de Noviembre de 1998).

1999.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-229, (M.P.: Antonio Berrera Carbonell, 14 de Abril de 1999).

2000.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-431, (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, 12 de Abril de 2000).

2001.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-671, (M.P.: Jaime Araujo Rentería, 28 de Junio de 2001).

2002.

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

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-339, (M.P.: Jaime Araujo Rentería, 7 de Mayo de 2002).

2003.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-071, (M.P.: Álvaro Tafur, 4 de Febrero de 2003).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-894, (M.P.: Rodrigo Escobar Gil, 7 de Octubre de 2003).

2004.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-459, (M.P.: Jaime Araujo Rentería, 11 de Mayo de 2004).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-475, (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, 18 de Mayo de 2004).

2006.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-189, (M.P.: Rodrigo Escobar Gil, 15 de Marzo de 2006).

2010.

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

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-598, (M.P.: Mauricio González Cuervo, 27 de Julio de 2010).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-851, (M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, 28 de octubre de 2010).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-1045A, (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla Antonio Sierra Porto, 14 de diciembre de 2010).

2011.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-129, (M.P.: José Iván Palacio Palacio, del 3 de Marzo de 2011).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-220, (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 29 de Marzo de 2011).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-336, (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, 11 de Mayo de 2011).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-630, (M.P.: María Victoria Calle Correa, 24 de Agosto de 2011).

2012.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-746, (M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 26 de Septiembre de 2012).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-1077, (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 12 de Diciembre de 2012).

2013.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-154, (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, 21 de Marzo de 2013).

2014.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-362, (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 10 de Junio de 2014).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-397, (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, 26 de Junio de 2014).

2015.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-080, (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, 20 de Febrero de 2015).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-094, (M.P.: Luís Ernesto Vargas Silva, 10 de Marzo de 2015).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-449, (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, 16 de Julio de 2015).

2016.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-035, (M.P.: Gloria Stella Ortíz Delgado, 8 de Febrero de 2016).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-259, (M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 18 de Mayo de 2016).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-445, (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, 19 de Agosto de 2016).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-622, (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, 10 de Noviembre de 2016). – Declaró sujeto de derechos al río Atrato -.

2017.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-133, (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, del 28 de Febrero de 2017). – Derechos de los mineros artesanales en Marmato Caldas y protección del ambiente -.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-361, (M.P.: Alberto Rojas Ríos, del 30 de mayo de 2017). – Sobre delimitación del Páramo de San Turban -.