

	<b>UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN SERVICIOS BIBLIOTECARIOS</b>						
	<b>CARTA DE AUTORIZACIÓN</b>						
<b>CODIGO</b>	<b>AP-BIB-FO-06</b>	<b>VERSIÓN</b>	<b>1</b>	<b>VIGENCIA</b>	<b>2014</b>	<b>PÁGINA</b>	<b>1 de 1</b>

Neiva, marzo 23 de 2018

Señores

CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Ciudad

El (Los) suscrito(s):

**NELCY VARGAS TOVAR Y SANDRA PATRICIA QUINTERO ANDRADE**, con C.C. No. 36.065.481 y 55.159.164, autor(es) de la Tesina titulada **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO POR EL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR LA ACTIVIDAD MINERA LEGAL**, presentado y aprobado en el año 2018, como requisito para optar al título de Magister en derecho Público ; autorizo al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales "open access" y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, "Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores" , los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma:

*Sandra Patricia Quintero A.*

THE UNIVERSITY OF CHICAGO  
DEPARTMENT OF CHEMISTRY  
5408 S. UNIVERSITY AVENUE  
CHICAGO, ILLINOIS 60637

RECEIVED  
JAN 15 1964  
FROM  
DR. J. H. GOLDSTEIN  
100-100000-100000

1. The following information is being furnished to you for your information and use only. It is not to be distributed outside your organization without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

2. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

3. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

4. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

5. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

6. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

7. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

8. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

9. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

10. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

11. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

12. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

13. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

14. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.

15. This information is the property of the National Aeronautics and Space Administration and is loaned to you. It and its contents are not to be distributed, copied, or otherwise used in any manner without the express written consent of the National Aeronautics and Space Administration.



**TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO POR EL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR LA ACTIVIDAD MINERA LEGAL.**

**AUTOR O AUTORES:**

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
QUINTERO ANDRADE	SANDRA PATRICIA
VARGAS TOVAR	NELCY

**DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:**

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
NA	NA

**ASESOR (ES):**

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
NA	NA

**PARA OPTAR AL TÍTULO DE: MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO**

**FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

**PROGRAMA O POSGRADO: MAESTRIA EN DERECHO PUBLICO**

**CIUDAD: NEIVA AÑO DE PRESENTACIÓN: 2018 NÚMERO DE PÁGINAS: 142**

**TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):**

Diagramas\_\_\_ Fotografías\_\_\_ Grabaciones en discos\_\_\_ Ilustraciones en general\_\_\_ Grabados\_\_\_  
Láminas\_\_\_ Litografías\_\_\_ Mapas\_\_\_ Música impresa\_\_\_ Planos\_\_\_ Retratos\_\_\_ Sin ilustraciones\_  \_\_\_  
Tablas o Cuadros\_\_\_



**SOFTWARE** requerido y/o especializado para la lectura del documento:

**MATERIAL ANEXO:**

**PREMIO O DISTINCIÓN** (*En caso de ser LAUREADAS o Meritoria*):

**PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:**

<u>Español</u>	<u>Inglés</u>	<u>Español</u>	<u>Inglés</u>
1. <u>Minería</u>	<u>Mining</u>	6. <u>Prevención</u>	<u>Prevention</u>
2. <u>Licencia</u>	<u>License</u>	7. <u>Precaución</u>	<u>Caution</u>
3. <u>Medio Ambiente</u>	<u>environment</u>	8. <u>Riesgo excepcional</u>	<u>exceptional risk</u>
4. <u>Responsabilidad</u>	<u>Responsibility</u>	9. <u>Daño Especial</u>	<u>special damage</u>
5. <u>Estado</u>	<u>State</u>	10. <u>Desarrollo sostenible</u>	<u>sustainable development</u>

**RESUMEN DEL CONTENIDO:** (Máximo 250 palabras)

El auge de la “locomotora minera” ha ocasionado serios daños sobre el medio ambiente, causando alteración de las fuentes de agua, la flora y la fauna y afectación de la dinámica de las aguas superficiales y subterráneas en las áreas de instalación de los desarrollos mineros, por mencionar algunos; lo cual permite discutir el papel que debe jugar el Estado en la regulación y en la protección del medio ambiente, dado no solo a su condición de gran prestador de servicios públicos, sino de garante de los recursos naturales, a través de actos administrativos que exijan requisitos especiales para ejercer el derecho a explorar y explotar minerales; tal es el caso de la licencia ambiental, principal herramienta precautoria y preventiva del daño ambiental. De este modo, cuando el Estado no cumple con sus funciones constitucionales ambientales al momento de expedir una licencia ambiental, sin que pueda predicarse aún un daño cierto, podría hablarse de responsabilidad por la generación de un daño especial o de un riesgo, por la trasgresión del deber de planeación y el principio de prevención.

Lo anterior, debido a que la existencia de licencias ambientales otorgadas con el cumplimiento de los requisitos, no exime de la responsabilidad. Entonces, aun cuando la normatividad concibe dichos requisitos destinados al cumplimiento del principio de precaución, debido al riesgo excepcional que conlleva la actividad minera no sólo al medio ambiente sino también a la salud humana, es susceptible de que dicha actividad genere un daño que deba ser reparado por el Estado.

**ABSTRACT:** (Máximo 250 palabras)



The boom of the "mining locomotive" has caused serious damage to the environment, causing alteration of water sources, flora and fauna and affect the dynamics of surface and groundwater in the areas of installation of mining developments , to name a few; which allows to discuss the role that the State should play in regulation and in the protection of the environment, given not only to its status as a great provider of public services, but also as guarantor of natural resources, through administrative actions that require special requirements to exercise the right to explore and exploit minerals; such is the case of the environmental license, the main precautionary and preventive tool for environmental damage. In this way, when the State does not comply with its environmental constitutional functions at the time of issuing an environmental license, without being able to preach a certain damage, one could speak of responsibility for the generation of a special harm or a risk, for the transgression of the duty of planning and the principle of prevention.

The foregoing, because the existence of environmental licenses granted with compliance with the requirements, does not exempt from liability. So, even when the regulations conceive such requirements for compliance with the precautionary principle, due to the exceptional risk that mining activity entails, not only to the environment but also to human health, it is likely that said activity will generate damage that must be repaired by the State.

#### APROBACION DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado:

Firma:

Nombre Jurado:

Firma:

Nombre Jurado: BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA

Firma:

BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA  
C.C.34.551.614 de Popayán

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO  
COLOMBIANO POR EL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR LA  
ACTIVIDAD MINERA LEGAL.**

**TESINA.**

Sandra Patricia Quintero Andrade

Nelcy Vargas Tovar

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA.  
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO.  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS.  
NEIVA, HUILA.  
2017.**

## TABLA DE CONTENIDO

	Página
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>4</b>
<b>CAPITULO PRIMERO</b>	
<b>PROTECCION LEGAL AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERA Y DEBERES DE ADMINISTRACIÓN QUE EMANAN DE LAS NORMAS QUE RIGEN DICHA ACTIVIDAD</b>	<b>9</b>
<b>1. Los principios ambientales</b>	<b>9</b>
<b>1.1. Principios de prevención y precaución</b>	<b>9</b>
<b>1.2. Principio de desarrollo sostenible</b>	<b>12</b>
<b>1.3. Principio de quien contamina paga</b>	<b>14</b>
<b>2. La protección legal ambiental en la actividad minera</b>	<b>17</b>
<b>2.1. Normas legales</b>	<b>17</b>
<b>2.1.1. Requisitos mínimos de protección ambiental exigidos para la explotación minera</b>	<b>21</b>
<b>3. Los deberes ambientales de administración que emanan de las normas que rigen la actividad minera</b>	<b>25</b>
<b>4. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la prevalencia de los principios ambientales</b>	<b>33</b>
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	
<b>NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CONDUCTA Y EL DAÑO AMBIENTAL</b>	<b>44</b>
<b>1. El daño ambiental</b>	<b>44</b>
<b>1.1. Características del daño ambiental</b>	<b>49</b>
<b>1.1.1. Incertidumbre</b>	<b>49</b>
<b>1.1.2. Relevancia</b>	<b>50</b>
<b>1.1.3. Difuso y expansivo</b>	<b>50</b>
<b>1.2. Formas del daño ambiental</b>	<b>50</b>

<b>2. El daño ambiental en la legislación colombiana</b>	<b>51</b>
<b>3. Tipología del daño ambiental</b>	<b>55</b>
<b>4. El nexo de causalidad en la teoría de la responsabilidad ambiental</b>	<b>59</b>
4.1. El fenómeno de la cocausación	64
4.2. Prueba del nexo de causalidad	64
<b>5. Dificultades relativas a la prueba del nexo de causalidad entre la Conducta y el daño ambiental</b>	<b>66</b>

### **CAPITULO TERCERO**

#### **RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE Y TÍTULO DE IMPUTACIÓN ATRIBUIBLE AL ESTADO POR LA CONCESIÓN DE LICENCIAS AMBIENTALES PARA LA ACTIVIDAD MINERA LEGAL CUANDO SE CAUSA DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE**

<b>1. Evolución histórica de los regímenes de responsabilidad y títulos de imputación en Colombia</b>	<b>73</b>
<b>2. Títulos de imputación</b>	<b>77</b>
2.1. Falla del servicio	77
2.2. Responsabilidad objetiva	80
2.2.1. Daño especial	82
2.2.2. Responsabilidad por el acto administrativo legal	84
2.2.3. Riesgo Excepcional	94
2.3. Principio de Confianza Legítima	96
<b>3. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de los regímenes de responsabilidad y títulos de imputación aplicables al Estado en materia ambiental</b>	<b>101</b>
3.1. Análisis de casos de responsabilidad del Estado en materia minera	111
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>120</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>125</b>

## INTRODUCCIÓN

La presente tesina tiene como propósito fundamental el esclarecer los parámetros bajo los cuales, se debe determinar la responsabilidad del Estado por el daño ambiental causado con ocasión del otorgamiento de licencias ambientales para la explotación minera legal en Colombia.

La implementación del instrumento político de licenciamiento ambiental tiene su origen con la expedición de la Ley 99 de 1993, la cual ha enfrentado con el trasegar de los años, diferentes cambios ora para adaptarse a las condiciones ambientales, ora para responder a las demandas del sector productivo, generando serias reformas a su procedimiento, con fuerte tendencia a la minimización de los plazos para llevar a cabo el procedimiento de licenciamiento y laxitud de su exigencia. Es así como en las últimas décadas, Colombia ha sido permeada por un notable incremento de realización de proyectos en diversos sectores productivos como el de la minería, actividad considerada por el Código Minero como estratégica para la economía del país. El auge de la “locomotora minera” ha comenzado a ocasionar serios daños sobre el medio ambiente, causando alteración de las fuentes de agua, la flora y la fauna y la afectación de la dinámica de las aguas superficiales y subterráneas en las áreas de instalación de los desarrollos mineros, por mencionar algunos.

Empeora el panorama el hecho que la licencia ambiental sólo es exigible a partir de la fase de explotación, es decir, no se requiere de licencia ambiental para la exploración geológico-minera por métodos de subsuelo ni para la ampliación, mejoramiento, reconstrucción y rehabilitación de infraestructura para estos proyectos.

Sin embargo, importa destacar que en la actualidad cursa un proyecto de ley para crear la licencia ambiental para exploración minera y

en su exposición de motivos se cita un informe de la Contraloría General de la República, en el que se evidencia que en la etapa de exploración se han causado impactos negativos sobre el medio ambiente, como sucedió con el Páramo de Santurbán, en Santander, y la Colosa en Cajamarca, donde se ha evidenciado contaminación de aguas, desvío de cauces, entre otros.

No menos preocupante resulta el que a pesar de que el Código de Minas, dispone que las áreas de especial importancia ecológica, estén en principio excluidas de la minería; sin embargo, de manera paradójica establezca que una vez expedidos títulos mineros o licencias de manera previa en estas áreas, los derechos de exploración y/o explotación que de dichas autorizaciones emanen, pueden ser ejercidos durante el tiempo de vigencia de los mismos, con la única salvedad que no serán susceptibles de prórroga.

Todo ello, permite discutir el papel que debe jugar el Estado en la regulación y en la protección del medio ambiente, dado no solo a su condición de gran prestador de servicios públicos, sino de garante de los recursos naturales, a través de actos administrativos que exijan requisitos especiales para ejercer el derecho a explorar y explotar minerales.

Teniendo en cuenta lo anterior, se formuló como pregunta de investigación la siguiente: ¿Cuáles son los regímenes y títulos de imputación jurídica bajo los cuales le es atribuible responsabilidad al Estado Colombiano por la actividad minera legal ante la ocurrencia de daños medioambientales?

Para resolver el interrogante planteado, este trabajo abordó el enfoque epistemológico cualitativo, de forma descriptiva-explicativa, para con ello, identificar, delimitar y explicar los elementos configurativos de la responsabilidad extracontractual del Estado, de los diferentes sistemas o regímenes de imputación de responsabilidad, especificando sus generalidades y características, así como los conceptos, los principios y

deberes relativos a la protección ambiental como marco general, y el marco axiológico y normativo de la actividad minera legal.

Igualmente se determinó y conceptualizó las expresiones y conceptos claves en la aprehensión y explicación de la temática ambiental, en aras de unificar el lenguaje calificado a utilizar en el estudio de profundización, para evitar ambigüedades semánticas. Seguidamente, se explicó la situación actual de la legislación colombiana en el tema ambiental y en especial, lo relacionado con los permisos y las licencias ambientales aplicables a la actividad minera, identificando las normas que regulan dicha actividad, complementados con el tratamiento jurisprudencial que ha tenido el tema de la responsabilidad estatal por los daños ambientales, como bien constitucionalmente protegido, por la expedición de permisos y licencias para la minería.

La investigación es descriptiva, e interpretativa de la situación actual del sistema de autorización y licenciamiento ambiental minero y su impacto en el ecosistema, por esta razón resultó necesario partir de una pesquisa bibliográfica referida al problema de investigación, seguido se hace de ellas un análisis sistémico que permita extraer el conocimiento y la información requeridas para desarrollar la tesina o profundización del conocimiento en general.

Para el efecto, se recopiló la información relevante para identificar, conocer y desarrollar los diferentes subtemas en que se descompone la tesina, a través de la consulta de textos impresos, de libros virtuales, tesis, artículos, trabajos, tesinas e investigaciones expuestas y depositadas en repositorios y páginas web.

Teniendo en cuenta lo anterior, se formuló como objetivo principal el determinar los parámetros bajo los cuales debe atribuirse la responsabilidad extracontractual al Estado Colombiano por el daño ambiental causado por la actividad minera legal. Asimismo, como objetivos específicos se tienen los siguientes:

a). Identificar el alcance y tipología del daño ambiental causado por el ejercicio de la actividad minera legal; b). Analizar las teorías de causalidad definidas por la doctrina y la jurisprudencia para determinar hechos dañinos y autores frente a un daño ambiental y c). Establecer los títulos de imputación en los juicios de responsabilidad del Estado ante la ocurrencia de daños ambientales por la explotación minera legal en Colombia.

Para la consecución de los objetivos planteados, de manera inicial se procedió a definir qué se entiende por medio ambiente y recurso naturales; por ser ellos los bienes jurídicos tutelados en los procesos de responsabilidad que se estudiarán a continuación, enmarcados dentro del deber de protección constitucional por parte del Estado, concordantes con los principios aplicables al derecho ambiental. Así mismo, se realizó un seguimiento jurisprudencial sobre los últimos planteamientos de la Corte Constitucional en materia de concesión de licencias mineras. Seguidamente, se estructuró el concepto de nexo de causalidad entre la conducta y el daño ambiental. Para ello, primigeniamente se definió el concepto de daño ambiental y se estableció su tipología.

Establecido lo anterior, en el segundo capítulo se procedió a delimitar el concepto de causalidad, por medio de sus principales teorías, y se finalizó dilucidando sobre las dificultades probatorias inherentes a la prueba del nexo de causalidad en materia ambiental.

Finalmente, en el tercer capítulo se abordó el régimen de responsabilidad del Estado, por el daño ambiental, haciendo una breve exposición del recorrido histórico de la evolución de los diferentes regímenes de responsabilidad en Colombia, lo cual es punto de partida para dar respuesta al problema planteado, realizando un análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los regímenes de responsabilidad del Estado por el daño ambiental.

El desarrollo del presente documento se orienta a demostrar la siguiente tesis: *El Estado es responsable por la explotación minera legal cuando dicha actividad causa daños al medio ambiente.*

La Responsabilidad, es entonces un concepto el cual, desde los parámetros de la jurisprudencia del Consejo de Estado, varía en su título de imputación dependiendo de si, la respectiva licencia se profiere con el lleno de los requisitos formales o no.

En el caso de concesiones mineras sin el seguimiento de los requisitos, el título de imputación aplicable es la falla del servicio. En contraste, en los demás casos en que no se requiere licencia ambiental como es el caso de la fase de exploración minero-geológica, debe acudir a la teoría del riesgo, de acuerdo a los parámetros seguidos por el Libro Blanco de responsabilidad ambiental; el cual hace parte de las normas jurídicas de Soft-Law. Y finalmente, en los casos en que se ha expedido licencias mineras legales cumpliendo con la respectiva formalidad, el título procedente es el del daño especial por el acto administrativo legal.

Y cuando el Estado no cumple con sus funciones constitucionales ambientales al momento de expedir una licencia ambiental, sin que pueda predicarse aún un daño cierto, podría hablarse de responsabilidad por la generación de un daño especial o de un riesgo, por la trasgresión del deber de planeación y el principio de prevención.

**CAPÍTULO I.**  
**PROTECCION LEGAL AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERA Y**  
**DEBERES AMBIENTALES DE ADMINISTRACIÓN QUE EMANAN DE**  
**LAS NORMAS QUE RIGEN DICHA ACTIVIDAD**

**1. Los Principios ambientales**

Analizado el universo normativo y axiológico constitucional, la Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia C-449 de 2015, ha señalado que los principios que inspiran e integran el derecho ambiental en el país, son los principios de prevención y precaución, el principio de desarrollo sostenible, y el principio de quien contamina paga. Los cuales constituyen por ende, los principios básicos que deben enmarcar la actividad minera.

**1.1. Principios de prevención y precaución**

Usualmente se utilizan los principios de prevención y precaución como sinónimos, o para hacer referencia a la necesidad de tomar medidas previas para evitar daños al ambiente. Empero, la doctrina ha establecido diferencias entre los dos conceptos en cuanto al nivel de amparo frente a lo que puede llegar a ser, pues a través del principio de precaución, “se protege al medio ambiente de peligros desconocidos e inciertos; mientras que el Principio de Prevención procura proteger de peligros conocidos y ciertos” (Lora, 2011:24). En ese sentido, V. Drnas de Clement (como se citó en Lora, 2011) ha señalado que

“el Principio de Prevención se fundamenta en la debida diligencia, en el “deber de vigilancia y adopción de previsiones en relación con los bienes y personas bajo su control, a fin de evitarse que, en condiciones normales, los objetos, elementos o actividades

riesgosas no causen perjuicios a terceros”(...)“El Principio de Precaución “se basa en el buen gobierno, gestión que se adelanta criteriosamente a los hechos, la que ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa, prefiere limitarla, (aun equivocándose) privilegiando las seguridades” refiriéndose al medio ambiente. (p. 24).

Para la investigadora Elsa Lloret (2008), la distinción entre los dos principios ambientales parte de la noción de riesgo y su materialización, así, el principio de precaución responde a una posibilidad muy probable de suceder o riesgo potencial, y el de prevención, al demostrable o riesgo verificado: “la precaución apunta a la posibilidad de que hipótesis que aún no fueron científicamente comprobadas al momento de realizarlas sean correctas. (...) En la prevención en cambio, el peligro ha sido verificado científicamente y solo resta aguardar a que se concrete”. (p.8).

Una construcción dogmática del principio de prevención, permitiría definirlo como pilar fundamental de la política ambiental y como una de las principales herramientas para evitar o controlar el deterioro del medio ambiente, frente a los avances científicos y tecnológicos, mediante la aplicación de medidas restringidas o prohibitivas sobre actividades o elementos que pueden causar un daño o deterioro irreparable. Krämer (como se citó en León, 2014) ha señalado que “el principio de la acción preventiva es de una importancia trascendental en cualquier clase de política ambiental efectiva, ya que permite actuar en un estadio muy preliminar”, pues exige dirigir la acción estatal hacia la toma de medidas para prevenir que ocurra el daño ambiental. (León, 2014, p.48).

En Colombia, una primera aproximación legal a la definición del principio de precaución, se encuentra en el numeral 6° del artículo 1° de la Ley 99 de 1993, según el cual, en la formulación de las políticas ambientales se tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación

científica, indicando que “cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”, acogiéndose así los términos utilizados en el Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro de 1992, al advertir, que con el fin de proteger el ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución, conforme a sus capacidades.

La Corte Constitucional en sentencia C-293 de 2002, al declarar constitucional el principio de precaución contenido en la Ley 99 de 1993, señaló que, el deber de protección está en cabeza de todos, “dado que lo que está en juego es la protección ambiental de las generaciones presentes y la propia supervivencia de las futuras”. Por ello tiene importancia universal. “En el ámbito nacional, se trata de una responsabilidad enmarcada expresamente por la Constitución como uno de los deberes de la persona y del ciudadano.” (C. Const., C-293/2002, A. Beltrán).

Años más tarde, al realizar un análisis de la jurisprudencia constitucional existente sobre la relevancia, el alcance y la aplicación en el ordenamiento jurídico interno del mencionado principio, en Sentencia T-299 de abril 3 de 2008, anotó que “(v)... el principio de precaución se encuentra constitucionalizado pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas (artículo 266 CP) y de los deberes de protección y prevención contenidos en los artículos 78, 79 y 80 de la Carta”. Añade que este principio “conlleva la adopción de medidas eficaces para precaver la degradación del ambiente, sin que pueda sacrificarse su aplicación en aras de la inmadurez científica”. (C. Const., T-299/2008, J. Córdoba).

De manera didáctica se afirma que el principio de precaución es al derecho ambiental, lo que el *indubio pro operario* al Derecho Laboral o el *indubio pro reo* al Derecho Penal, así por ejemplo, si durante el trámite de una licencia ambiental para un proyecto minero existe duda sobre si será

reversible o no la afectación a un humedal que esté dentro de la zona de interés, tal duda deberá resolverse a favor del medio ambiente, aun cuando este humedal no esté dentro de la lista de importancia internacional RAMSAR (Ortiz, 2014: p.107)

De otro lado, el principio de precaución, que ha sido considerado como uno de los pilares fundamentales del *principio de desarrollo sostenible*; permite a la autoridad ambiental, dentro del marco de su competencia de acuerdo a la Constitución y la Ley, imponer condiciones y medidas especiales en el otorgamiento de las licencias ambientales a los particulares que desarrollen actividades económicas que generen efectos negativos sobre el medio ambiente (Ley 99, 1993, art. 3).

## **1.2. Principio de desarrollo sostenible**

Este principio, se desarrolló dentro del contexto internacional, y surgió como consecuencia de la preocupación por la enorme explotación de los recursos del planeta y la posibilidad de su agotamiento sin la eventualidad de una pronta recuperación, e incluso, de su extinción. Fue utilizado por primera vez en el informe de *Brundtland*, elaborado por distintas naciones en 1987 para la ONU, como "el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades."

El concepto de desarrollo sostenible tiene su origen en la economía ambiental, y prosperó en el ámbito del Derecho Internacional. El profesor Hernández (2006) señala que es un concepto "esencialmente controvertido, sugerente, evocador, exitoso, cargado de expectativas, con una imparable *vis* atractiva y con una gran flexibilidad que le otorgan grandes ventajas pero a la vez enormes inconvenientes (...) a causa de su desmesura retórica y de su banalización conceptual" (p. 160).

El artículo 3° de la Ley 99 de 1993, entiende por desarrollo sostenible, aquel

que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.

Años más tarde, la Constitución Política en el artículo 80, incorporó el concepto de desarrollo sostenible como una finalidad del Estado y como una meta social (Ponce citada por Sánchez, 2002), y a través de los artículos 339 y 340, integró la dimensión ambiental a los planes y políticas de desarrollo. En efecto, en el artículo 339, dispuso que dentro del Plan Nacional de Desarrollo, se señalen las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental a adoptarse por el Gobierno; y en el artículo 340, ordenó la conformación del Consejo Nacional de Planeación, integrado por representantes de las entidades territoriales y por los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales; lo que según el profesor Sánchez (2002) elevó la política ambiental al mismo nivel conferido a la política económica y social, garantizando una planeación integral, que considera los aspectos económicos, sociales y ambientales, al tiempo que reconoció al sector ambiental, un espacio como interlocutor en la discusión del Plan Nacional de Desarrollo. Según Eugenia Ponce (citada por Sánchez, 2002), “al involucrar el aspecto ambiental como parte fundamental del Plan Nacional de Desarrollo, la Constitución brindó la herramienta teórica más propicia para plasmar el concepto de desarrollo sostenible como referente para el desarrollo del país” (Sánchez, 2002, p.93).

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al abordarse el alcance de este principio, y ponderar en la balanza, el desarrollo económico, y la preservación del medio ambiente, como lo hizo en la sentencia C-449

de 2015, “ha ido restringiendo la amplitud y flexibilidad con que se miraba el concepto “bienestar económico”, aumentando paulatinamente la protección del medio ambiente “atendiendo el impacto ambiental que generan ciertas actividades sobre el entorno ecológico y sus componentes, además del desconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación”. Merced a lo anterior, se han impuesto límites y condiciones al ejercicio de la libertad económica, en procura de compatibilizar el desarrollo económico con el supremo interés de la preservación del ambiente sano.

### **1.3. El principio de quien contamina paga**

El modelo de desarrollo económico actual interviene el medio ambiente generando daños y contaminación. La doctrina económica define las externalidades como aquello que se genera cuando la actividad de un agente económico causa un efecto real involuntario en el bienestar de otro agente, que puede ser una mejora o un empobrecimiento (San Juan, citado por Mendezcarlo, Medina, y Becerra, 2010), como cuando se afecta la salud de una comunidad por el humo que producen las chimeneas de las fábricas (Mendezcarlo, et al, 2010, párr. 6,7).

Pero, el efecto de esas externalidades no se refleja en los sistemas de precios, porque el costo de la atención en salud de los enfermos no lo asume el contaminador, sino que se traslada a la sociedad por medio de la salud pública (Mendezcarlo, et al, 2010). Entonces, como el sistema de precios no recoge la totalidad de los costos de los productos, se generan señales que alientan conductas atentatorias contra el medio ambiente, por lo que para corregir las distorsiones en los sistemas de precios por las externalidades negativas, Pigou (Pigou, citado por Mendezcarlo, et al, 2010) propuso el cobro de un impuesto que compensara los daños causados. (Mendezcarlo, et al, 2010, párr.10, 11)

El impuesto Piguviano es el origen de los impuestos ambientales, cuya finalidad es lograr la internalización de las externalidades, incrementando el costo privado de las empresas contaminantes, para que los agentes económicos que contaminan, se responsabilicen por el costo externo que trasladan a la sociedad. “Los impuestos Piguviano dieron paso a la creación del Principio “El que contamina paga” acogido por la comunidad internacional como principio rector de las políticas públicas que utilizan instrumentos económicos para favorecer el desarrollo ambientalmente adecuado” (Mendezcarlo, et al, 2010, párr. 12,15).

Dicho principio, persigue básicamente que quien contamina con el desarrollo de determinada actividad económica, asuma el coste de las medidas adoptadas para asegurar que el medio ambiente y los recursos naturales se encuentren en estado aceptable. Hace frente a los daños que ya se han producido e impone al causante de determinado riesgo o daño ambiental la obligación de asumir los costos de la restauración y reposición del ambiente al mismo estado en que se encontraba antes del daño. Se pretende entonces, que el contaminador prefiera producir el mínimo de contaminación, que pagar indemnizaciones por los daños que deba resarcir, “en el clásico ejemplo, se trata de que sea más barato colocar chimeneas en una industria, que pagar mediante la indemnización civil la lavandería de los vecinos y la muerte de los pájaros que alteren el ecosistema” (Henaó, 2000).

La discusión de la efectividad de este principio no ha sido pacífica. Se cuestiona por un sector de la doctrina, si en realidad se está contribuyendo con dicho principio o carga impositiva, a disminuir la contaminación del medio ambiente. Aldo Servi (1998), por ejemplo, considera este principio como un error u horror jurídico atribuido a la presión ejercida por el establishment en la Conferencia de Río de 1992, que en realidad ha servido para cristalizar en los instrumentos internacionales la

cómoda y complaciente figura del “pagador-contaminador” extendida por toda la Tierra. (p.11)

En su criterio, la regla debe ser “no contaminar” y la excepción que confirma la regla es la posibilidad de contaminar, pero en determinadas condiciones perfectamente reguladas, y bajo el control de gestión de la autoridad de aplicación responsable, y de los responsables de la toma de decisión de autorizar dicha emanación o desecho, y no, como erróneamente se establece en el principio 16 de la Declaración de Río, “el que contamina debe pagar”. En su crítica, Servi señala que este principio, en la práctica industrial, es uno de los coadyuvantes de la contaminación industrial, porque las industrias terminan pagando sus tasas por contaminar, transformando el tan deseado desarrollo en el “mal desarrollo”.

Así, “el principio de que ‘el que contamina paga’ termina siendo “el que paga contamina”, y seguramente la cuantía de este pago será mucho menor que el verdadero desgaste ambiental”, por lo que existe una dificultad de medir con certeza el daño producido por el agente contaminador, ya que en ocasiones la cuantía del daño se encuentra fuera del control del empresario, por lo que no son efectivos ni el principio ni los impuestos ambientales (Coase, citado por Abraham, 2004). Entonces, dada la aparente permisibilidad a que conduce su aplicación para causar daños ambientales al favorecer intereses económicos de los más acaudalados, a cambio de una retribución que no compensa de ninguna manera el perjuicio causado, se considera que para su efectividad debe existir una efectiva estructura de actores y mecanismos institucionales y legales, lo que no siempre es el caso; igualmente, frente a las eventuales dudas de las autoridades para hacer efectiva su aplicación, la Responsabilidad Social Empresarial es el mecanismo voluntario orientado a contribuir a la construcción de la sostenibilidad más allá de una estructura permisiva (Arce, 2009).

En Colombia la Corte Constitucional, considera que el principio se ha utilizado como una transacción mediante la cual se autoriza para contaminar a quien tiene capital suficiente para pagar, por lo que desde la sentencia C-220 de 2011, ponencia del Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, para comprender el principio, ajustándolo a la Constitución ecológica, lo ha reinterpretado, enfocándolo dentro del objetivo de prevención del daño, el empleo de tecnologías amigables con la naturaleza, y la práctica de unos controles más efectivos por parte del Estado y la ciudadanía.

Y reitera este enfoque en la sentencia T-080 de 2015, ponencia de Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, indicando que

Se busca que las personas responsables de una eventual contaminación o de un daño paguen los costos de las medidas necesarias para prevenirla, mitigarla y reducirla (...) incentivar el diseño de tecnologías amigables con el ambiente y que reduzcan el impacto ambiental de las actividades industriales (...) mediante un sistema de informes previos, controles, inspecciones, pagos, multas y sanciones pecuniarias.

## **2. La Protección Legal Ambiental en la Actividad Minera**

### **2.1. Normas legales**

La legislación minera colombiana, como todo el universo normativo nacional, está enmarcada en los principios y valores constitucionales, por tanto debe ajustarse a la “Constitución Ecológica” que constituyó el avance capital en la interiorización del concepto proteccionista ambiental en el país. Para el año 1993, se dio un segundo avance en la adopción de este concepto, con la expedición de la Ley 99, o Ley del Medio Ambiente, la cual se concibió como desarrollo de “los principios, los derechos y las tareas asignadas por la Constitución de 1991, como

respuesta a los compromisos internacionales adquiridos por en la Cumbre de la Tierra, y como instrumento para enfrentar la gravedad de la situación medioambiental” (López, 2003, p. 87).

La citada ley, consagró dentro de los principios generales que debe seguir la política ambiental, el principio de precaución, incorporado en la Declaración celebrada en Río de Janeiro en 1992 (la Cumbre de la Tierra), según el cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente. En consonancia con los principios proteccionistas ambientales, dispuso la protección de la biodiversidad del país, de forma prioritaria y su aprovechamiento de manera sostenible. De igual forma la protección especial de las zonas de páramos, sub-páramos, los nacimientos de aguas y las zonas de recarga acuífera, y la priorización del recurso hídrico para el consumo humano sobre cualquier otro uso.

Adicionalmente, creó la Licencia Ambiental como instrumento de gestión y planificación, para que desde la etapa inicial se contemplen las medidas de prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de efectos ambientales; y dispuso que los estudios de impacto ambiental fueran el instrumento básico para la toma de decisiones respecto de la construcción de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial. Así, en los proyectos de explotación minera, mediante el proceso de Licenciamiento Ambiental, se identifican los impactos ambientales, y se prevén las medidas de prevención, mitigación, corrección y compensación de dichos impactos. El licenciamiento se realiza ante la autoridad ambiental competente y es posterior al otorgamiento del título.

Con anterioridad a la citada norma, y como respuesta a la Conferencia de Estocolmo de 1972, el legislador colombiano había promulgado la Ley 23 de 1973 y el Código de Recursos Naturales o Decreto

Ley 2811 de 1974. Mediante la Ley 23, se previó la delegación de la función de la política ambiental, del Gobierno Nacional hacia los gobiernos seccionales o las entidades especializadas; la creación de los sistemas técnicos de evaluación para hacer que los usuarios de los recursos ambientales, participen en los gastos de su protección y renovación; la posibilidad de inspeccionar los procesos de cualquier índole, en orden a reducir y controlar la contaminación que rebasa lo previsto; la atribución de responsabilidad tanto al Estado por los daños o contaminaciones causadas a los recursos naturales de propiedad privada, como a los particulares por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado; y las sanciones de diversa índole a toda acción que conlleve contaminación del medio ambiente (López, et. al, 2003).

A su vez, el Decreto Ley 2811 de 1974 dispuso como objetivos la preservación y restauración del medio ambiente y la conservación y mejoramiento de los recursos naturales renovables, con miras al desarrollo sostenible; y el prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos.

Años más tarde, el Código de Minas Colombiano o Ley 685 de 2001, dispuso el Contrato de Concesión Minera como único título habilitante mediante el cual se podrá constituir, declarar y probar el derecho de exploración y explotación de minas de propiedad estatal. Sin embargo, para realizar las actividades de exploración y de explotación, se debe obtener por parte de la autoridad competente, y con base en el estudio de impacto ambiental, la respectiva Licencia Ambiental que se otorgará de manera global para: la construcción y montaje mineros, la explotación minera y el beneficio, las labores adicionales de exploración minera durante la etapa de explotación. Dicha licencia es global, comprende por tanto, los permisos, autorizaciones y concesiones ambientales para hacer uso de los recursos que sean necesarios en el proyecto minero, tales como el permiso de aprovechamiento forestal, la concesión de aguas, los permisos de

vertimientos, entre otros, que abarquen el área de explotación que se solicite (Ortiz, 2004)

Resulta importante resaltar que el Código establece unas zonas excluibles de minería, declaradas y delimitadas como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, en las que no se podrán realizar actividades mineras de exploración y explotación (Ortiz, 2004). No obstante, la autoridad ambiental puede sustraer un área para ejercitar la minería de manera restringida.

De otro lado, en el artículo “Minería y Desarrollo ¿Cuáles retos?” publicado en el diario La República en el año 2013, se destaca que el Código de Minas se complementa con la Ley 1450 de 2011, en temas como concesiones para reservas mineras estratégicas y regulaciones sobre el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. En virtud de esta norma se han mantenido prohibiciones como las de hacer minería en páramos, en humedales Ramsar y en reservas forestales. Por otra parte, los Decretos 933, 934, 935 y 943 de mayo de 2012, dieron claridad a políticas como la formalización de la minería tradicional; el establecimiento de zonas de exclusión; las causales de rechazo de propuestas de concesión; y las prórrogas de períodos de exploración y contratos. Aunque el Decreto 2041 entró en vigencia el 1° de Enero de 2015 que deroga en su totalidad el Decreto 2820 de 2010, y efectuó modificaciones sustanciales en materia de tiempos durante el proceso de licenciamiento ambiental, continúa vigente la Ley 1450 de 2011.

Es menester resaltar, que con la creación de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales mediante el Decreto 3573 del 2011, le fue asignada a esta entidad, expedir la licencia ambiental en los proyectos de minería a gran escala.

### **2.1.1. Requisitos mínimos de protección ambiental exigidos para la explotación minera**

El Código de Minas o Ley 685 de 2001, es de tendencia garantista en materia ambiental, pues contiene diversas normas en procura que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país (Ley 685, 2001, art.1).

Sobre la Licencia dispone, que sus restricciones y condicionamientos al concesionario sean de obligatorio cumplimiento, y señala que su otorgamiento se realiza con base en el estudio de impacto ambiental que debe ser presentado para su evaluación. De otro lado, exige la obtención de la Licencia Ambiental para las obras y trabajos de la explotación temprana (Ley 685, 2001, art. 85.).

Por su parte, la autoridad, podrá negar la licencia con base en inconsistencias e incumplimiento de requisitos tendientes a asegurar la protección del ambiente, como cuando el estudio de impacto ambiental no reúne los requisitos previstos en la norma y términos de referencia, o cuando las medidas de prevención, mitigación, corrección, compensación y sustitución de los impactos negativos del proyecto minero que deberán ser puestas en práctica por el interesado, no cumplan con los elementos sustanciales establecidos para tal efecto en las guías (Ley 685, 2001, art. 213, lit. c). De otro lado, en una clara defensa medioambiental, la norma dispone la potestad de la autoridad ambiental para revocar la Licencia para todas o para algunas de las fases de la operación minera, por el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones ambientales del explotador (Ley 685, 2001, art. 211).

En cuanto a la prospección minera, aunque no se requiere contar con permiso ambiental, si esta se realiza en áreas excluidas de la

minería (zonas declaradas y delimitadas como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente), debe someterse a las reglas y restricciones que rijan para los trabajos e investigaciones científicas en dichas zonas.

El concesionario, debe suscribir una póliza minero ambiental de garantía de cumplimiento al celebrar el contrato, para asegurar, además de las obligaciones mineras las de carácter ambiental. Y en caso de terminación del mismo, está obligado a hacer las obras y poner en práctica todas las medidas ambientales necesarias para el cierre o abandono de las operaciones y frentes de trabajo, para lo cual debe extender la garantía por tres años más.

Huelga precisar, que acorde con su filosofía garantista de la preservación ambiental, el Código prohíbe el establecimiento de servidumbres en zonas y lugares excluidos de la exploración y explotación, y establece que el uso de los recursos naturales renovables, existentes en terrenos de cualquier clase, debe contar con autorización de la autoridad ambiental competente.

Por su parte, el Decreto 2041 de 2014 "Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales" que entró en vigencia el 1° de Enero de 2015 y derogó en su totalidad el Decreto 2820 de 2010, efectuó modificaciones en materia de tiempos durante el proceso de licenciamiento ambiental, incluyó la definición *Área de Influencia*, la cual se refiere a los impactos ambientales significativos que se deriven de la ejecución de un proyecto, obra o actividad; y sobre el contenido Estudio de Impacto Ambiental se incluyó la obligación de anexar el Plan de Compensación por Pérdida de Biodiversidad, de conformidad con lo establecido en la Resolución 1517 de 2012 (Zapata, 2014).

El Decreto 2041, le añadió a la definición de Licencia Ambiental de la Ley 99 de 1993, la prescripción según la cual, la misma constituye una autorización para la ejecución de proyectos obras o actividades que puedan

producir grave deterioro a los recursos naturales o al medio ambiente, y cambios notorios en el paisaje, indicando que el uso aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, deberán ser claramente identificados en el respectivo estudio de impacto ambiental.

La citada norma, contempla la posibilidad de intervención en áreas del Sistema de Parques Regionales Naturales, humedales incluidos en la lista de humedales de importancia internacional (RAMSAR), páramos o manglares, para lo cual, la autoridad ambiental competente deberá solicitar concepto previo al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, sobre la conservación y el uso sostenible de dichos ecosistemas, y la evaluación de la sustracción de dichas áreas como zonas excluidas, al mismo Ministerio.

Igualmente, el citado Decreto 2041, exige el Estudio de Impacto Ambiental<sup>1</sup>; la demanda de recursos naturales por parte del proyecto; la información requerida para la solicitud de permisos relacionados con la captación de aguas superficiales, vertimientos, ocupación de cauces, aprovechamiento de materiales de construcción, aprovechamiento forestal, recolección de especímenes de la diversidad biológica con fines no comerciales, emisiones atmosféricas, gestión de residuos sólidos, exploración y explotación de aguas subterráneas (Dec. 2041, 2014, art. 21, núm. 3); la información relacionada con la evaluación de impactos ambientales y análisis de riesgos (art.21, núm. 4); la zonificación de manejo ambiental, definida para el proyecto, obra o actividad para la cual se identifican las áreas de exclusión, las áreas de intervención con restricciones y las áreas de intervención (art. 21, núm.5); la evaluación económica de los impactos positivos y negativos del proyecto (art. 21, núm.

---

<sup>1</sup> Lo considera instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental, el cual deberá incluir, la caracterización del área de influencia del proyecto, para los medios abiótico, biótico y socioeconómico.

6); el Plan de Manejo Ambiental del Proyecto<sup>2</sup>; programa de seguimiento y monitoreo, para cada uno de los medios abiótico, biótico y socioeconómico (art. 21, núm.7-8); Plan de Contingencias para la construcción y operación del proyecto, que incluya la actuación para derrames, incendios, fugas, emisiones y/o vertimientos por fuera de los límites permitidos (núm. 9, art. 21); Plan de Desmantelamiento y Abandono, en el que se define el uso final del suelo, las principales medidas de manejo, restauración y reconfiguración morfológica (núm.10, art. 21); Plan de Compensación por pérdida de biodiversidad de acuerdo con lo establecido en la Resolución 1517 del 31 de agosto de 2012 o la que modifique, sustituya o derogue (núm. 12, art. 21).

En el año 2015, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, expide el Decreto 1076, con el objetivo de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen en el sector y contar con un instrumento jurídico único para el mismo. En el capítulo 3, "Licencias Ambientales", sección 7 "Modificación, Cesión, Integración, Pérdida de Vigencia de la Licencia Ambiental y Cesación del Trámite de Licenciamiento Ambiental", artículo 2.2.2.3.7, 1, se estableció que la licencia ambiental deberá ser modificada cuando:

"(...)

6. Como resultado de las labores de seguimiento, la autoridad identifique impactos ambientales adicionales a los identificados en los estudios ambientales y requiera al licenciatarario para que ajuste tales estudios" (...).

Se procederá a continuación a explicitar los deberes ambientales que emanan de las normas que rigen la actividad minera.

---

<sup>2</sup> Expresado en términos de programa de manejo, cada uno de ellos diferenciado en proyectos y sus costos de implementación. Artículo 21, numeral 7 del Decreto 2041 de 2014.

### **3. Los deberes ambientales de administración que emanan de las normas que rigen la actividad minera**

Frente a los deberes del Estado en relación con la protección del medio ambiente, puede tomarse como referencia, lo manifestado por Constitucional en sentencia C-431 de 2000, ponencia del Doctor Vladimiro Naranjo Mesa donde expresa que mientras por un lado el medio ambiente sano es un derecho en cabeza de todas las personas, por el otro, se le impone al Estado unos 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.” (C.Const, C 431/2000, V. Naranjo)

Parafraseando a Rubiano (2012), es fundamental que la normatividad minera sea coherente con los deberes constitucionales e internacionales del Estado y los particulares de protección del ambiente sano, los recursos naturales y la biodiversidad. Rubiano retoma a Rodríguez, para señalar que es imperiosa la necesidad de considerar la exploración minera como actividad sujeta a licenciamiento (p. 4).

Investigadores como Leonardo Güiza, (2011) señalan a la minería como la actividad de origen antrópico que mayor impacto está causando sobre los recursos naturales del país, y que investigaciones realizadas por el *Proyecto minería, minerales y desarrollo sustentable* en el año 2002, se evidenciaron impactos ambientales relevantes provocados por la minería a los recursos hídricos, como la contaminación con mercurio y

cianuro, la eliminación directa de relaves y efluentes en los ríos, el daño en los ríos en áreas aluviales, los ríos convertidos en cienos, el daño por erosión y deforestación, y la destrucción de los páramos y del paisaje en general.

En criterio de este autor, frente al daño ambiental producido por las actividades de la minería, el Estado colombiano tiene básicamente cuatro (4) deberes, conforme a la Constitución Política de Colombia: La prevención, la mitigación, la indemnización y la punición.

Siguiendo esta línea, en sentencia C-339 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, la Corte Constitucional enfatizó en el deber el Estado de exigir la reparación de los daños ambientales, a través de distintos mecanismos, tales como la imposición de medidas u obligaciones de mitigación y la exigencia de reparación de los daños ambientales, aunado a las sanciones administrativas de carácter ambiental impuestas por las autoridades ambientales.

Específicamente, precisó la Corporación que para que se pueda hablar de un desarrollo sostenible de la explotación minera que salvaguarde la biodiversidad

es indispensable tener en cuenta como instrumento la evaluación de impacto ambiental, entendida como instrumento administrativo y como instrumento de gestión que permite articular los diversos aspectos ambientales de la actividad minera tales como la mitigación de la contaminación, la protección de especies y la recuperación post-clausura de las explotaciones y exploraciones mineras (C.Const, C 339/2002, J. Araujo).

El deber estatal de asegurar el desarrollo sostenible, se materializa mediante la exigencia la Licencia Ambiental para adelantar la explotación de los recursos mineros, ya que esta, tiene un alcance instrumental en la planificación y gestión ambiental de un proyecto, al establecer derechos y obligaciones permitiendo realizar un seguimiento y

control por parte de la autoridad en cada ámbito (Ortiz, 2014). De ahí se desprende el deber de realizar el seguimiento a esas obligaciones básicamente condensadas en el plan de manejo ambiental y las medidas de prevención, compensación, corrección, y mitigación; mediante los mecanismos legales establecidos para ello por parte de las entidades competentes en su expedición, entre las que se destacan, las visitas de seguimiento y control ambiental realizadas en el área del proyecto, acorde con el deber atribuido a la autoridad ambiental de realizar el control y seguimiento a los proyectos, obras o actividades sujetos a licencia ambiental o establecimiento de un Plan de Manejo Ambiental durante su construcción, operación, desmantelamiento o abandono, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 2041 de 2014.

La exigencia del diagnóstico ambiental de alternativas, es otra de las herramientas encaminadas a la protección del medio ambiente, A voces de la Corte Constitucional, en ponencia del Doctor Antonio Barrera Carbonell, dicho diagnóstico se dirige a conocer las posibles opciones con que cuenta el peticionario de la licencia para eliminar, prevenir, mitigar, corregir o compensar los efectos o impactos ambientales.

La Ley 99 de 1993, establece expresamente al deber de prevención, al aludir a la obligación de controlar, mitigar, compensar y sustituir que radica en cabeza de los particulares. También prescribe el deber de reparar y contempla las sanciones y medidas de policía de acuerdo al procedimiento previsto por el Decreto 1594 de 1984.

Actualmente, la Ley 1333 de 2009, establece el procedimiento sancionatorio ambiental y señala en el artículo 31, que la imposición de una sanción no exime al infractor del cumplimiento de las medidas que la autoridad ambiental competente estime pertinentes establecer para compensar y restaurar el daño o el impacto causado con la infracción.

Estas sanciones administrativas en materia ambiental, cumplen igualmente una función preventiva, reparadora y compensatoria

del medio ambiente y de los recursos naturales; con ellas también se busca prevenir que quien realice la conducta dañina obtenga un beneficio ilícito con la realización de esa actividad. Estas sanciones y medidas preventivas que deben ser impuestas a los infractores que causen agravios al medio ambiente, están señalados en el artículo 85 de la Ley 99 de 1993. Conforme con esta normatividad, las sanciones que puede aplicar la autoridad ambiental son: la suspensión del registro o de la licencia, la concesión, permiso o autorización; el cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio respectivo y revocatoria o caducidad del permiso o concesión; la demolición de obra, a costa del infractor, cuando habiéndose adelantado sin permiso o licencia, y no habiendo sido suspendida, cause daño evidente al medio ambiente o a los recursos naturales renovables y finalmente, el decomiso definitivo de individuos o especímenes de fauna o flora o de productos o implementos utilizados para cometer la infracción.

Las medidas preventivas, definidas como un tipo específico de medidas cautelares, están enlistadas en la Ley 99 de 1993, aunque con algunas particularidades propias de su ámbito de aplicación, que es el derecho ambiental (Páez & Rodríguez, 2013).

Estas medidas, deben involucrar diversas estrategias; dentro de las cuales se encuentran las medidas cautelares que según Páez (2013), contribuyen a materializar el principio de eficacia de la administración.

Comprenden la amonestación verbal o escrita; el decomiso preventivo de individuos o especímenes de fauna o flora o de productos e implementos utilizados para cometer la infracción; la suspensión de obra o actividad, cuando de su prosecución pueda derivarse daño o peligro para los recursos naturales renovables o la salud humana, o cuando la obra o actividad y la realización dentro de un término perentorio, los estudios y evaluaciones requeridas para establecer la naturaleza y características de los daños, efectos e impactos causados por la infracción, así como las

medidas necesarias para mitigarlas o compensarlas (Ley 99, 1993, art. 85, ord. 2).

Particularmente, en materia minera, el artículo 2 del Decreto 2715 del 28 de julio de 2010, Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1382 de 2010, prevé la posibilidad de imponer medidas preventivas y procesos sancionatorios a las personas que estén explotando y generen impactos ambientales, no obstante que hayan presentado la solicitud de legalización ante Ingeominas.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-154 de 2013, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla, puntualizó que la explotación, transporte y almacenamiento de carbón genera dispersión de partículas, que afectan la pureza del aire, al igual que la tierra y el agua donde finalmente caen. En tal virtud, esas actividades deben estar sometidas a vigilancia, con específicas y severas medidas sanitarias y de control, tendientes a proteger la indemnidad del ambiente, el bienestar general y, particularmente, la salud y demás derechos de la población circunvecina.

En dicha providencia, recordó la Corporación que a falta de certeza científica, debe ser aplicado el principio de precaución, lo que conllevó a que adoptara en ese caso, medidas eficaces para evitar la degradación del ambiente.

Se persigue con la medida, evitar el daño ambiental antes de que este ocurra. De ahí la importancia que tiene el juez de decretar las cautelas que considere necesarias ante la inminencia de un daño antijurídico ambiental, o incluso, modificarlas, en caso de hacerse en algún momento inane las adoptadas inicialmente.

En desarrollo del carácter preventivo y en ocasiones precautorio del derecho ambiental, fue que el legislador permitió que los jueces pudieran decretar medidas cautelares (Arcila, 2013).

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) introdujo la noción de

medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ampliando la figura consagrada en la anterior regulación (Decreto 01 de 1984), que se limitaba a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos (Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 3 de julio de 2014, Rad. 25000-23-41-000-2013-01962-01, C.P. María Elizabeth García González).

El artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, definió las medidas cautelares como preventivas, conservativas y anticipativas o de suspensión, facultando al juez para decretar una o varias medidas, cuando hay lugar a ello, y en todo caso, deberá el Juez o Magistrado Ponente indicar las condiciones o señalar las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

Pese a que actualmente existe la posibilidad de que el juez decrete las cautelas que mejor se ajusten a las especialidades del caso, continúa siendo la suspensión provisional, la medida cautelar a la que acude por excelencia el Consejo de estado, para evitar de manera transitoria que las actuaciones de la Administración, continúen produciendo efectos mientras se emite la decisión que ponga fin al proceso.

A título ilustrativo, se menciona el Auto del 25 de junio de 2015, en el que se decide la solicitud de suspensión provisional del Decreto 2691 del 23 de diciembre de 2014 expedido por el Presidente de la República<sup>3</sup>.

Encontró el Consejo de Estado, que con el acto acusado, la decisión de adoptar la medida de protección del medio ambiente va a depender única y exclusivamente del ejercicio de la potestad discrecional que sobre el particular ejerza el Ministro de Minas y Energía, lo que a su juicio, resulta ostensiblemente contrario a lo dispuesto en la Sentencia C-

---

<sup>3</sup> “Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 y se definen los mecanismos para acordar con las autoridades territoriales las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, en desarrollo del proceso de autorización de actividades de exploración y explotación minera”.

123 de 2014, ya que lo pretendido allí por la Corte fue armonizar los principios de autonomía de las entidades territoriales y Estado unitario para que de manera conjunta resolvieran si procedía o no excluir transitoria o permanentemente porciones del territorio de la actividad minera (Consejo de Estado, Sección Primera, Rad.: 11001-0324-000-2015-00163-00, C.P. Guillermo Vargas Ayala).

Bajo el anterior contexto, el Consejo de Estado ordenó la suspensión provisional del acto demandado.

De manera reciente, el 13 de octubre de 2016, la Sección Cuarta del Consejo de Estado ratificó en sede de tutela, la suspensión provisional de la licencia ambiental otorgada a la sociedad Carbones del Cerrejón Limited, para desviar el cauce del Arroyo Bruno, en el municipio Albania (La Guajira).

En dicha providencia, el Consejo de Estado ordenó adelantar un proceso de consulta previa con la comunidad Wayú que reside en este territorio. Y finalmente, consideró que las autoridades y empresa demandadas debieron valorar el posible impacto de acuerdo al significado ancestral de los terrenos en controversia, la contaminación ambiental que genera la explotación de carbón a cielo abierto y la crisis que enfrenta el departamento de La Guajira por la falta de agua (Auto del 13 de octubre de 2016, Sección Cuarta, Rad.: 44001-23-33-000-2016-00079-01, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia).

Sin lugar a dudas, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se amplió el espectro de medidas cautelares permiten al juez contencioso bien sea de manera oficiosa o a solicitud de parte, la corrección y prevención de los impactos de la actividad minera.

Bajo esta óptica, la licencia ambiental, se convierte en la primera herramienta precautoria y preventiva del daño ambiental. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que,

el deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. Solamente el permiso previo de las autoridades competentes, hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema. (C. Const., C-746/2012, Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Y de manera más reciente, reiteró: "...las licencias ambientales cumplen las siguientes funciones... funciona como garantía de intereses constitucionales protegidos por el principio de prevención y demás normas con carácter de orden público" (C. Const., C-298/2016, Alberto Rojas Ríos).

De igual forma, las medidas preventivas deberían garantizar el llamado "desarrollo sostenible", amparando las zonas excluibles de la minería, Sistemas de Áreas Protegidas SINAP, y Sistema de Parques Nacionales Naturales. Empero, bajo el actual esquema normativo, este deber cede a un interés económico que se predica como interés general; ya que es posible autorizar la sustracción de partes de esas zonas para adelantar la industria minero, lo cual se desvía del deber de garantizar la sostenibilidad del desarrollo, pues al tratarse de zonas de importancia ecológica y ambiental, su intervención puede resultar en un daño irreversible e incompensable por las mismas características de la zona.

Esta cultura de prevención, en términos de la responsabilidad objetiva, evitaría cualquier análisis de culpabilidad, imponiendo al Estado el deber de resarcir el daño ambiental producido por la actividad contaminante, por lo que solo sería suficiente la demostración de la actuación (activa u omisiva), el daño y la relación de causalidad entre ambas.

De otro lado, en aplicación del principio de "quien contamina paga", el Estado tiene la obligación de exigir la reparación de los daños ambientales, haciendo cumplir las medidas de mitigación previstas en las licencias ambientales, la exigencia de reparación de daños ambientales, junto con las sanciones administrativas ambientales (Güiza, 2011, p. 128) .

Este principio, afianzado en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, sin lugar a dudas se constituye en el pilar fundamental del régimen de responsabilidad objetiva. El Principio 16 de la Declaración, señala 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 debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

Aunque ampliamente criticado por la doctrina debido a su poca efectividad, el principio de *quien contamina paga*, se convierte en el pilar fundamental de la responsabilidad ambiental objetiva y permite avanzar, a través de la imposición de una indemnización a cargo del agente contaminador, a la toma de conciencia de que cualquier afectación del individuo al medio ambiente, genera consecuencias de su actividad causante del daño, de tal manera que para el agente contaminador sea mejor prevenir que reparar.

A través de este principio, el objeto prioritario de la responsabilidad, consiste en la reparación del daño, soportado en los principios de prevención, compensación, precaución y mitigación, de suerte que el régimen que mejor se adapta a dicha necesidad, es el objetivo.

#### **4. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la prevalencia de los principios ambientales en materia de concesión de licencias ambientales mineras**

Durante los últimos años, la Corte Constitucional ha edificado un sólido cuerpo de sentencias relativo a la prevalencia de los principios del derecho ambiental sobre la concesión de las licencias mineras.

A continuación se analizarán los aspectos sustantivos de la jurisprudencia que ha sentado la Corte Constitucional sobre el tema. Para el efecto, se ha tratado de reunir una serie de las providencias más ilustrativas que permitan entender la posición de la Corporación respecto a los principios ambientales en materia minera.

Es del caso aclarar que se aborda el estudio de casos de naturaleza reparatoria como preventiva, es decir, que corresponden a demandas instauradas antes y después de la entrada en operación de proyecto minero, principalmente, en el marco de la eventual vulneración de derechos fundamentales y colectivos, especialmente, en demandas de constitucionalidad y acciones de tutela.

En esa línea, recientemente, la Corte Constitucional reitera lo dicho en sentencia T-203 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-153 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada) y T-672 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), referentes a los impactos que se derivaron para los peticionarios, en cada caso, de la dispersión de partículas de carbón en el contexto de las operaciones de descargue, almacenamiento y embarque del mineral.

Recuerda la Corte, las obligaciones que surgen para las autoridades de adoptar las medidas que resulten necesarias para conjurar los efectos negativos que dichas actividades puedan generar sobre la calidad de vida y el bienestar general de las poblaciones asentadas en las zonas afectadas por esos efectos contaminantes. E insiste en “la responsabilidad que incumbe a los particulares y al Estado respecto de la aplicación del principio de precaución cuando quiera que exista un peligro de daño grave e irreversible, aun si no existe certeza científica sobre el mismo” (C. Const. SU- 133/2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

También ha entendido la Corte Constitucional, que ofrecer una efectiva retribución y compensación por los daños ambientales que se derivan de una actividad lícita y orientada al logro del interés general como es la actividad minera, encuentra fundamento en el restablecimiento del

principio de igualdad ante las cargas públicas (C. Const. C-389/2016, M.P. María Victoria Calle Correa).

En esta trascendental decisión, la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de la normatividad relacionada con la concesión minera, entre ellos, el artículo 16 del Código Minero, donde se proclama el aforismo “primero en el tiempo, primero en el derecho” y los artículos 270 a 279 relacionados con los requisitos para el acceso al título minero.

Expresa la Corte Constitucional, que aunque la minería es una actividad permitida por el ordenamiento, y promovida por razones políticas, esta debe adelantarse dentro de un marco constitucional que responda adecuadamente a los mandatos superiores y a las tensiones con otros principios constitucionales, dentro de los estándares más altos de defensa del ambiente, los derechos de las comunidades y de las personas involucradas en ella.

En este contexto, el contrato de concesión para la actividad minera y la licencia ambiental pueden ser revocadas, en virtud de la facultad de intervención estatal, siempre que se constate que puede ocasionar un daño en la salud pública o en el ambiente, aspectos en los cuales, incluso, las autoridades están facultadas para aplicar el principio de precaución.

En la sentencia C-035 de 2016 con ponencia de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte Constitucional enfatiza sobre la prevalencia del medio ambiente frente a los derechos económicos adquiridos por particulares a través de las licencias ambientales, en atención al principio de precaución.

En la decisión, la Corte Constitucional realiza el estudio entre otras normas, del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015<sup>4</sup>, mediante el cual se

---

<sup>4</sup> Artículo 173. Protección y delimitación de páramos. En las áreas delimitadas como páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias ni de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, ni construcción de refinerías de hidrocarburos. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible hará la delimitación de las áreas de páramos al interior del área de referencia definida en la cartografía generada por el Instituto Alexander Van Humboldt a escala 1:100.000 o 1:25.000, cuando esta última esté disponible. En esta área la autoridad ambiental regional deberá elaborar los estudios técnicos que permitan caracterizar el contexto ambiental, social y económico, de conformidad con los términos de referencia expedidos por el Ministerio de

reglamenta los proyectos de explotación minera y de hidrocarburos en los páramos. Atendiendo a la necesidad de proteger constitucionalmente los ecosistemas de páramo debido a su fragilidad y a la ausencia de protección jurídica en que se encuentran, la Corporación declaró la inconstitucionalidad de los incisos primero, segundo y tercero del primer párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 (C. Const., C-035/2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Recordó la Corte Constitucional que,

en virtud de lo dispuesto en los artículos 1º, 58, 80 y 95 de la Constitución Política, la protección del ambiente prevalece frente a los derechos económicos adquiridos por particulares mediante licencias ambientales y contratos de concesión en las circunstancias en que esté probado que la actividad produce un daño, o cuando exista mérito para aplicar el principio de precaución para evitar un daño a los recursos naturales no renovables y a la salud humana.

En el mismo año, se expide la sentencia T-622, en virtud de la acción de tutela interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” y otros, contra la Presidencia de la República y otros. En esa oportunidad, se alegaba la violación de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes, entre otros, ante la ausencia de una respuesta institucional idónea, articulada y efectiva para enfrentar los múltiples problemas históricos, socioculturales, ambientales y humanitarios que aquejan al Departamento del Chocó, los cuales se han visto agravados por la realización de actividades de minería ilegal.

La Corte Constitucional hace énfasis en el redimensionamiento de los principios rectores de protección del medio

---

Ambiente y Desarrollo Sostenible. Al interior de dicha área, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deberá delimitar el área de páramo, con base en criterios técnicos, ambientales, sociales y económicos.

ambiente, como su fortalecimiento y aplicación más rigurosa bajo el criterio superior del *in dubio pro ambiente* o *in dubio pro natura* y concluye, que la actividad minera ilegal, al tener la potencialidad de generar menoscabo a la salud y al medio ambiente, también está sujeta a la aplicación del principio de precaución, el cual se aplica cuando existe incertidumbre científica respecto de los efectos nocivos de una medida o actividad. (C. Const., T-622/2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

En esta histórica decisión, la Corte reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas.

El concepto de desarrollo sostenible, también fue analizado por la Corte Constitucional en sentencia C – 259 de 2016<sup>5</sup>, definiéndolo como aquel que permite por medio del ejercicio de los distintos derechos y libertades, entre ellas, la libertad económica, solventar los requerimientos del presente, “sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (C. Const., C-259/2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

En la sentencia aludida, se planteó por parte del demandante que prohibir la persecución penal de la minería ilegal y la suspensión de los trabajos cuando existe una solicitud de legalización transgrede los principios de protección del ambiente, si se considera que el trámite de legalización minera es un “procedimiento complejo con altas probabilidades de extenderse en el tiempo”.

---

<sup>5</sup> Se estudia la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 de la Ley 685 de 2001, del siguiente tenor: “Artículo 165. *Legalización*. Los explotadores de minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, deberán solicitar, en el término improrrogable, de tres (3) años contados a partir del primero (1º) de enero de 2002, que la mina o minas correspondientes les sean otorgadas en concesión llenando para el efecto todos los requisitos de fondo y de forma y siempre que el área solicitada se hallare libre para contratar. **Formulada la solicitud y mientras ésta no sea resuelta por la autoridad minera, no habrá lugar a proceder, respecto de los interesados, mediante las medidas previstas en los artículos 161 y 306, ni a proseguirles las acciones penales señaladas en los artículos 159 y 160 de este Código**”.

Refirió en esa oportunidad la Corte Constitucional, que si bien se excluyen algunas medidas sancionatorias con la finalidad de incentivar el proceso de legalización minera, en ningún momento el Estado pierde la generalidad de las atribuciones de control para mantener y preservar el medio ambiente.

Posteriormente, en sentencia T-445 de 2016, ponencia de Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, la Corte Constitucional precisa que los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera.

En esa oportunidad, recordó la Corporación que el deber de prevenir y restaurar los ecosistemas intervenidos por el hombre, trae consigo la obligación de identificar cuáles son los lugares más estratégicos por sus características ecológicas y naturales, para así propender por su correcto tratamiento hasta llegar o aproximarse a un punto de impacto ambiental cero.

Reitera la Corte Constitucional, que no basta con reparar (modelo curativo) sino que se impone prevenir (modelo preventivo), lo que convierte al principio de prevención en uno de los grandes principios estructurales de este sector del derecho internacional público (C. Const., T 445/2016, J. Palacio).

Siguiendo este hilo argumentativo, la Corte Constitucional también ha realizado algunas consideraciones sobre la industria extractiva minera y el concepto de desarrollo sostenible. En sentencia T-094 de 2015, ponencia del Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corporación precisó, que el Estado tiene la obligación de formalizar la actividad minera tradicional y minera ilegal, con el propósito de canalizar sus labores en el marco del desarrollo sostenible y en estricto cumplimiento de los estándares de salud ambiental. Estos procesos de legalización, aduce la Corte, permiten blindar a las comunidades de tradición minera frente a proyectos de exploración y explotación concesionados a grandes empresas, así como desarrollar su

actividad con impactos moderados al ecosistema, de manera que se mantengan las condiciones en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

El anterior principio –desarrollo sostenible –, es abordado en sentencia C-449 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esa oportunidad, la Corte Constitucional analiza la legalidad del artículo 42 parcial de la Ley 99 de 1993, que delega al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la definición anual de las bases sobre las cuales se hará el cálculo de la depreciación de los recursos naturales y aplicar el método para la definición de los costos sobre cuya base hará la fijación del monto tarifario de las tasas retributivas y compensatorias por contaminación ambiental.

La Corte enfatiza en el alcance del principio de desarrollo sostenible, señalando la restricción que gradualmente ha ido presentando la amplitud y laxitud con la que se miraba el concepto de “bienestar económico” con el fin de proteger al medio ambiente, teniendo en cuenta el impacto que generan ciertas actividades al entorno ecológico y el desconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, lo que se refleja en la imposición de una serie de lineamientos y limitaciones al ejercicio de la libertad de la actividad económica (C. Const., C-449/2015, M.P. J. Palacio Palacio).

A la par, sostuvo respecto al principio de prevención que “se ha producido, en nuestros días, una toma de consciencia de que no basta con reparar (modelo curativo) sino que se impone prevenir (modelo preventivo), y ello convierte al principio de prevención en uno de los grandes principios estructurales de este sector del derecho internacional público. La finalidad o el objeto último del principio de prevención es, por tanto, evitar que el daño pueda llegar a producirse, para lo cual se deben adoptar medidas preventivas”.

La Corte concluye que la metodología anotada encuentra justificación en orden a que la norma examinada al implicar el cobro de tasas

retributivas y compensatorias, esto es, costos económicos para quienes causen efectos nocivos sobre los sistemas ambientales, compromete claros principios rectores del derecho ambiental como “quien contamina paga” y el “desarrollo sostenible”.

La sentencia C-094 de 2015, recalca que para poder hablar de desarrollo sostenible en el marco de los procesos de explotación minera, es indispensable tener en cuenta como instrumento, la evaluación de impacto ambiental (previo al otorgamiento de la licencia ambiental). A juicio de la Corte, dicho instrumento administrativo y de gestión *“permite articular los diversos aspectos ambientales de la actividad minera tales como la mitigación de la contaminación, la protección de especies y la recuperación post-clausura de las explotaciones y exploraciones mineras.”* (C. Const., C-094/2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

En esta decisión, la Corte Constitucional declaró inexecutable el Decreto 1111 de 1952, “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”. La Corporación, reitera la importancia del deber de protección y preservación de los recursos naturales, a través del establecimiento de áreas de explotación, conservación, restauración y sustitución para los usos del suelo del territorio nacional, y puntualiza que estas disposiciones no puede ser vulnerado por las normas que regulan la actividad minera y que tampoco se puede pretender su aplicación preferente.

Continuando el análisis de los principios ambientales en el marco de la actividad minera, la sentencia C-123 de 2014, analiza la prohibición de las entidades territoriales para delimitar zonas del territorio que queden de manera permanente o transitoria excluidas de la minería. La Corte Constitucional, declaró la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, bajo el entendido que las autoridades competentes del nivel nacional deberán coordinar con las territoriales las medidas tendientes a la

protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas (C. Const., C-123/2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

En este punto, reitera la Corte, el principio de desarrollo sostenible, como parámetro que debe guiar la realización de acciones que, si bien buscan el progreso, no pueden conllevar a la destrucción de elementos protegidos por el orden constitucional y que, sobre todo, son presupuesto para la satisfacción de ciertas necesidades como el acceso a agua por parte del ser humano, el desarrollo social y económico adecuado y el desarrollo de la vida en condiciones satisfactorias de salubridad.

En Auto 073 de 2014, ponencia del Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional realiza seguimiento en materia de desplazamiento forzado, en relación con las medidas de prevención, protección y atención de comunidades afrodescendientes de región pacífica de Nariño en marco del estado de cosas inconstitucional declarado en sentencia T-025/04 y auto A005/09.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional enfatizó en “la gravedad de la crisis humanitaria” que afrontan las comunidades afrocolombianas en Nariño, teniendo en cuenta que la violencia y el desplazamiento se están agudizando por el aumento de actividades mineras sobre la región pacífica, sin que se adopten mecanismos efectivos de protección de los territorios colectivos (C. Const., A-073/2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

La Corte, teniendo en cuenta el diagnóstico realizado sobre la contaminación de los recursos naturales de los territorios ancestrales de Nariño y los impactos sobre la salud de los miembros de las comunidades negras de la región, ordenó a la Ministra de Ambiente y Desarrollo Sostenible, con el apoyo de la corporación Autónoma Regional de Nariño, y al Ministro de Salud y Protección Social que, con la participación de las comunidades afectadas y en el ámbito de sus competencias, realicen los estudios técnicos correspondientes para determinar el impacto de las

actividades de exploración y explotación minera, sobre el medio ambiente y la salud de las personas. Adicionalmente, siguiendo el hilo jurisprudencial sobre el principio de precaución, precisa la Corte, que en caso de no llegar a una conclusión definitiva con base en criterios técnicos y científicos razonables sobre la inexistencia de un riesgo actual, grave e irreversible para el medio ambiente y/o la salud de las personas en los territorios ancestrales de la región pacífica de Nariño producto de una o varias de las actividades evaluadas, ordena a la Ministra de Ambiente y Desarrollo Sostenible que dé aplicación al principio de precaución, de conformidad con los criterios establecidos en la parte motiva y ordene suspender las actividades que pongan en peligro los derechos colectivos de las comunidades étnicas de esta región.

En sede de tutela, también se ha analizado la protección de las comunidades indígenas. La Corte Constitucional en sentencia T-849 de 2014, ponencia de la Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez, acoge los argumentos de tutela instaurada por el Resguardo Indígena Arhuaco, contra el Ministerio del Interior, Corpocesar, y dos empresas a quienes se les había otorgado licencia ambiental global para la explotación de un yacimiento de materiales de construcción dentro de la denominada 'línea negra'.

En lo que se refiere a los principios ambientales, refiere la Corporación, que la licencia ambiental puede ser modificada o revocada unilateralmente por la autoridad ambiental competente, ante el incumplimiento de las condiciones en las que fue concedida o en aplicación del principio de precaución, si cambian las condiciones que hacían ambientalmente viable la actividad autorizada. Así mismo, recordó que los contratos de concesión para la explotación de recursos naturales pueden ser suspendidos o revocados unilateralmente, ante el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato o la trasgresión de principios de interés superior, como los relativos al respeto de las normas ambientales. Bajo este

entendido, la Corte deja sin valor y efecto la licencia ambiental global (C. Const., T-849/2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).

Con fundamento en el anterior análisis, queda claro que Corte Constitucional ha desarrollado el carácter ecológico contenido en la Constitución Política, dando prevalencia a los principios ambientales sobre los derechos de contenido económicos, a través de una serie de limitaciones al ejercicio de la actividad minera ante la afectación del medio ambiente. De esta forma la Corte ha realizado en su jurisprudencia un reconocimiento de las normas y principios internacionales que gobiernan el derecho ambiental.

## CAPÍTULO II. EL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CONDUCTA Y EL DAÑO AMBIENTAL.

### 1. El daño ambiental.

El daño, es definido en el *Diccionario Jurídico* de Cabanellas (1982), como todo perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes, añadiendo que sus causas pueden ser el dolo, la culpa, la negligencia o causalidad entre el autor y el efecto.

Adquiere relevancia jurídica cuando es producido por otro, cuyo vínculo con la víctima puede ser previo como en el caso de las relaciones contractuales, o puede no haber existido ex ante, en cuyo caso se genera un vínculo de responsabilidad extracontractual a raíz de la producción del mismo. “Bajo esta tesitura no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado” (Peña Chacón, 2005, p.6).

El daño, como lesión de un derecho, o interés legítimo, “supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea” (Mazeaud), y es considerado por Alessandri (2005), como:

la pérdida, disminución, detrimento, o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba, siempre que estos sean lícitos, aunque esa pérdida, disminución, detrimento o menoscabo recaiga sobre un derecho del que la víctima sea dueña o poseedora y aunque su cuantía sea insignificante o de difícil apreciación.

Conforme a la contextualización del concepto de daño se infiere que es el elemento esencial, y la premisa fundamental del análisis que conduce a determinar la responsabilidad generada, por el perjuicio

derivado el mismo y su reparación; por lo anterior, establecer su existencia es el primer paso a seguir en los juicios de responsabilidad.

Ahora bien, acogiendo el criterio de Peña Chacón (2005), el ambiente hoy en día se concibe conformado por todos los elementos tanto naturales como culturales, estos últimos, producto de actividades del hombre.

Pero, ¿qué se entiende entonces por daño ambiental? En lo tocante con la definición de daño ambiental, las diferentes conceptualizaciones del mismo en diferentes legislaciones, son coincidentes en enmarcarlo en alteraciones negativas, de importancia o relevancia del medio ambiente.

A manera de ejemplo, podemos citar el Libro Verde presentado por la Comisión Europea en 1993, define el deterioro del medio ambiente como “cualquier degradación físico y biológica importante del medio ambiente”.

De manera similar, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales define como “daños: el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente”. ; así mismo, refiere el daño medioambiental en su artículo 2, *Definiciones*, como:

daño medioambiental: a) los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, 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. (...). b) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico (...); c) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud

humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo;

“daños: el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente.”

Por su parte, la Ley Alemana sobre responsabilidad ambiental “Unwelgh”, lo concibe como “alteración causada por materias, vibraciones, ruidos, presión, radiaciones, gases, vapores, temperatura o fenómenos similares que se extienden en el suelo, aire o agua”. La Ley Italiana 349 de 1986 lo señala como “toda alteración, deterioro o destrucción del ambiente provocado por un hecho doloso o culposo violando una disposición de ley o de procedimiento adoptado con base en una ley.”

La Ley de Política Ambiental de Brasil lo considera como “Degradación de la calidad ambiental resultante de actividades que directa o indirectamente perjudican la salud, a la seguridad o bienestar de la población, que creen condiciones adversas a las actividades sociales y económicas, que afectan desfavorablemente a la biota, a las condiciones estéticas o sanitarias del medio ambiente o que produzcan materias o energía en desacuerdo con los patrones ambientalmente establecidos”. En Argentina, la ley General del Ambiente de Argentina, en su artículo 27, lo define como “Toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos. La Ley de Bases Ambientales de Chile en el artículo 2° refiere por daño ambiental “...toda pérdida, disminución, detrimento, menoscabo significativo inferido al medio ambiente a uno o más de sus componentes”. En la Ley General del Ambiente de Perú, daño ambiental es todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposiciones jurídicas, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

La ley de Medio Ambiente de Cuba, lo define como “Toda pérdida, disminución, deterioro o menoscabo significativo, inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica” (Ley 81, 1997, art.8). En la República de Honduras, el Reglamento del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SINEIA), Acuerdo N°. 189-2009, define el daño Ambiental, como:

Impacto ambiental negativo no previsto ni controlado, ni planificado en un proceso de evaluación ambiental (evaluado ex-ante), producido directa o indirectamente por un proyecto, obra, industria u otra actividad, sobre todos o cualquiera de los componentes del ambiente que implican una alteración valorada como mínimo de alta significancia de impacto ambiental.

La LOA o Ley No. 7554 - Ley Orgánica del Ambiente de la República de Costa Rica señala que “el daño o contaminación al ambiente puede producirse por conductas de acción u omisión y les son imputables a todas las personas físicas o jurídicas que la realicen”. Igualmente que el daño al ambiente

Constituye un delito de carácter social, pues afecta las bases de la existencia de la sociedad; económico porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las actividades productivas; cultural, en tanto pone en peligro la vida de las comunidades, y ético, porque atenta contra la existencia misma de las generaciones presentes y futuras.

El PNUMA –Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente considera que el daño ambiental

es un cambio que tiene un impacto adverso considerable sobre la calidad de un ambiente particular o alguno de sus componentes, incluyendo sus valores utilitarios y su capacidad para soportar una calidad de vida aceptable y sustentable, así como un equilibrio ecológico viable

En Colombia, la Ley 99 de 1993 señala en el artículo 43 que “(...) Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes”.

Todas las disposiciones citadas permiten inferir que se concibe el daño ambiental como un hecho relevante que altera de manera significativa y negativa, uno o varios componentes del ambiente. Sin embargo, ello no significa que todo impacto ambiental causado por el hombre, cause daño ambiental. Entonces ¿Cuándo un impacto ambiental como modificación del ambiente producida por la acción del hombre se convierte en daño ambiental?

Silva (2012) adopta el concepto de impacto, como “la diferencia entre cómo estará el ambiente con la incorporación de una acción o proyectos y como estará sin ninguna acción o proyecto” (p.58); al tiempo que señala que el daño es “el hecho de causar una destrucción, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia, maltratar o echar a perder algo, por lo que se puede presumir que la línea entre impacto y daño es muy tenue” (p.441).

En su criterio, “el significado ecológico del impacto se debe considerar en términos de la resiliencia del ecosistema a los impactos particulares, de la reversibilidad del daño potencial del ecosistema, de las amenazas a los componentes valioso del ecosistema, etc.”(Silva, 2012, p.444). Se debe acudir entonces, a límites aceptables, a la elaboración de umbrales o criterios que permitan diferenciar entre impacto y daño ambiental, teniendo certeza científica de cuando un impacto se ha convertido en daño. (Silva, 2012, p. 455). Así, si las acciones humanas superan los umbrales ambientales permitidos, surge el daño medioambiental.

Adicionalmente, indica el autor (2012, p. 449) que en Colombia según el Reglamento General sobre procedimientos de evaluación de Impacto Ambiental, daño ambiental y los impactos negativos son sinónimos,

adjudicando a estos últimos, la falta de medidas de prevención, mitigación o compensación, e implican una alteración de alta significancia de impacto ambiental.

Para teóricos como Peña Chacón (2005), el daño como lesión de un derecho referido al ambiente, o daño ambiental “es producto de conductas humanas que contaminan o degradan el medio ambiente.” Y es “la conducta degradante o contaminante del ambiente tanto lícita como ilícita.” A su juicio,

daño ambiental es toda acción, omisión, comportamiento, acto, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente algún elemento constitutivo del concepto ambiente. El daño ambiental jurídicamente relevante es aquel que entra en la categoría de intolerable, por lo tanto, no es cualquier daño el que le interesa al derecho ambiental, sino únicamente aquel cuya magnitud, importancia o relevancia sea tal, que llega a afectar necesariamente su objeto de tutela, sea la vida, la salud y el equilibrio ecológico.

## **1.1. Características del daño ambiental**

### **1.1.1. Incertidumbre**

Peña Chacón (2005, p. 15) señala que el daño ambiental reviste como una de sus características la incertidumbre, dado que las consecuencias de las alteraciones causadas al medio ambiente y a la salud son desconocidas por regla general, y a veces imposibles de conocer, característica de suma importancia dado que de ella se deriva el principio precautelatorio o de prevención, rompiendo así la regla de la certeza del daño, y que no sea eventual o hipotético, pues como señala Manavella (citado por Peña Chacón, 2005) solo hace falta su probabilidad futura en grado de verosimilitud para determinar su existencia.

### **1.1.2. Relevancia**

Debe ser intolerable, de lo contrario, es un impacto ambiental que no adquiere la entidad de daño ambiental, como se refirió anteriormente, pues no ha superado los umbrales permitidos. Peña Chacón (2005) sostiene que interesa al derecho ambiental, solo aquel daño cuya magnitud o importancia es tal, que afecta bienes objeto de tutela (salud, vida, equilibrio ecológico), catalogándolo desde un punto de vista temporal como continuado, permanente, o progresivo; y desde un punto de vista espacial en macroescala, mesoescala y microescala.

### **1.1.3. Difuso y Expansivo**

Difuso por la dificultad en identificar tanto a los causantes como a los legitimados para enjuiciar y para obtener indemnización, y expansivo porque un hecho generador de daño puede a su vez generar nuevos daños, en cadena. (Peña Chacón, 2005, p.16)

## **1.2. Formas de daño ambiental**

Para Peña Chacón (2005), el daño reviste también como características el ser continuado o progresivo; concentrado o diseminado, biofísico o social, moral ambiental de tipo colectivo. Estas son en realidad formas de presentarse el daño, dado que si es producto de varias acciones que se prolongan en el tiempo es continuado, pero si la conjugación de esas varias acciones provoca un daño mayor, es progresivo; y si es concentrado no es diseminado, siendo concentrado cuando la fuente es fácilmente identificable, y diseminado cuando existen diferentes fuentes que lo producen, que están esparcidas territorialmente por lo que es difícil su individualización como sucede con el efecto invernadero. Biofísico si causa deterioro de las características inherentes al recurso natural, pero si es

social se presenta como pérdida del disfrute por parte de la sociedad, de los beneficios que se obtenían de ese recurso. Así mismo, puede presentar la forma de daño moral ambiental de tipo colectivo porque puede afectar no solo a una persona física individual sino a un grupo, mediando una lesión a bienes colectivos o públicos,

El daño moral colectivo sería entonces la disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra el ambiente que lo circunda. La característica principal del daño moral colectivo es ser al mismo tiempo personal y colectivo, pues lo sufren tanto la comunidad, como cada uno de los sujetos que la conforman.

## **2. El daño ambiental en la legislación colombiana**

En Colombia, la Corte Constitucional en diversas sentencias, ha catalogado a la Constitución Política de 1991 como una “constitución ecológica”. Lo anterior debido al amplio catálogo de artículos destinados a la regulación y protección del mismo. En ese sentido, la sentencia T-411-92 encuentra 34 disposiciones sobre el tema, repartidas a lo largo del texto constitucional. La C-595-10 sistematiza el anterior articulado encontrando que el medio ambiente a nivel constitucional es de manera simultánea principio y objetivo del Estado Social de Derecho, derecho fundamental cuando se encuentra en conexidad con el derecho a la vida y salud, derecho colectivo, y como deber de protección en cabeza del Estado.

En el último sentido, encontramos el artículo 80 constitucional, que en su segundo párrafo establece, entre otros el deber de “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.” Empero, ¿qué debe

entenderse por daño ambiental? El ordenamiento jurídico colombiano, en diversas normas, se ha encargado de definirlo.

Como se había esbozado, el artículo 42 de la ley 99 de 1993 entiende por daño ambiental aquél “que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes”. No obstante, esta no fue la primera definición legal sobre el tema en Colombia.

En efecto, con anterioridad la ley 23 de 1973 en su artículo 16 formuló la regla general de responsabilidad del Estado por daño ambiental. En este sentido se determinó la responsabilidad del mismo cuando se generen daños “como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente.” El daño ambiental, entonces, en el ordenamiento jurídico colombiano se entiende a partir de las nociones de contaminación y detrimento ambiental.

Respecto al primer término, la misma norma lo define como, La alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares. (Ley 23, 1973, art. 16).

Sin embargo, los artículos 11 y 13 de la norma citada, introdujeron como elemento del mismo la existencia de unos “niveles mínimos de contaminación o aprovechamiento permisibles” como complemento al concepto amplio de daño ambiental citado anteriormente; de esta manera se establecen límites al mismo.

La Corte Constitucional en sentencia T-080-15, ponencia de Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, interpretó el alcance de la definición legal referida en los párrafos anteriores así:

“De esta forma, el legislador de 1973 dispuso tempranamente los dos elementos centrales que constituyen la figura del daño ambiental en el derecho colombiano: (i) un concepto amplio que se

determina por cualquier tipo de alteración, con la potencialidad de producir efectos tanto sobre los recursos naturales como sobre el hombre; al tiempo que (ii) un reconocimiento y aceptación tácita de que existen ciertos niveles tolerables de contaminación fijados por el ordenamiento jurídico”.

A continuación profundizaremos en los dos elementos enunciados del daño ambiental:

-El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables (Decreto Ley 2811 de 1974) en su artículo octavo trae una lista de los distintos tipos de factores contaminantes, entre los que se encuentran la degradación, las alteraciones de la topografía, las alteraciones del flujo natural de las aguas, la sedimentación en los cursos y depósitos de agua, entre otros.

-Briceño (Citado por Ortega y Ávila, 2015) concluye que, de la ley 23 de 1973 y del Decreto Ley 2811 de 1974, se extrae que el fenómeno de la contaminación es el hecho generador causante del daño ambiental. Sin embargo, advierte que este no es exclusivo, pues “se suma a otras acciones para conformar el conjunto de efectos o impactos ambientales negativos que dan origen a la generación del daño ambiental.”

Concordante con lo anterior, Gil Botero y Rincón Córdoba (2013) afirman que el supuesto fáctico del que se deriva el daño incluye tanto la contaminación como el incumplimiento de los deberes y obligaciones de protección del ambiente, la ejecución de conductas prohibidas en las normas ambientales y el abuso en el ejercicio de los derechos individuales en el caso de la existencia de licencias ambientales.

Retomando a Briceño,

No es el concepto de contaminación el que define el daño ecológico y ambiental, ya que este sólo viene a definir la situación fáctica, las condiciones y factores que inciden en la alteración, modificación o degradación de la naturaleza o del ambiente, y la proyección de estos en los diferentes ámbitos en los que se manifiesta. (p. 607).

Silva (2012) distingue dichas nociones indicando, que mientras el impacto ambiental (dentro del cual se encuentra la contaminación) refiere a la modificación del ambiente, la noción de daño requiere que dicha transformación repercuta en una disminución o perjuicio en los recursos naturales.

Ortega y Ávila (2015) definen el daño ambiental como “la afectación, disminución o aminoración sobre el valor del bien o el recurso natural y ambiental, desde lo cual se produce un desconocimiento de los derechos e intereses ambientales colectivos” (p. 110).

Los anteriores conceptos, permiten aclarar que no todo impacto ambiental y no toda contaminación producen un daño, como ya se había señalado con anterioridad, se ha argumentado la necesidad de acudir a herramientas metodológicas como los umbrales Silva (2012), para poder identificar el daño. En el ordenamiento jurídico colombiano se ha recurrido a la enunciación de la tesis de los “niveles mínimos de contaminación permisibles”.

Como se analizó, este elemento fue enunciado en los artículos 13 y 16 de la ley 23 de 1973. La institución de estos umbrales y niveles mínimos se fundamenta en la aceptación de que “en la sociedad moderna a toda actividad le es inherente e intrínseca la producción de uno o varios fenómenos de contaminación, ya que son estos objeto de autorización administrativa y técnica en el ordenamiento jurídico”, tal como lo afirmó el Consejo de Estado en sentencia del 13 de febrero de 2015.

Sobre este tema de niveles de contaminación permisible, se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T-080-15, en los siguientes términos:

Uno de los mayores desafíos al aproximarse al concepto de daño, radica en encontrar el umbral admisible de contaminación que se puede convalidar legalmente. En efecto, la mayoría de actividades humanas interfieren cotidianamente con el entorno natural, desde

las emisiones de CO<sub>2</sub> que producen los vehículos de una ciudad hasta el uso de energía eléctrica promedio de un hogar. Los instrumentos del derecho internacional y del derecho comparado ofrecen múltiples alternativas de respuesta, siendo algunas más estrictas que otras y acorde con el contexto de la región.

El Parlamento Europeo en Directiva 2004/35/CE ha resuelto utilizar la denominación de “impacto significativo” elaborando su concepto mediante criterios como la extensión afectada y el número de individuos involucrados.

Por lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia ya referida, conceptúa que la elaboración de los niveles mínimos de contaminación, deben establecerse bajo criterios científicos teniendo en cuenta los niveles de resiliencia del ecosistema.

### **3. Tipología del daño ambiental**

Mucho se ha discernido acerca del concepto de “daño ambiental” y su diferencia con el término “daño ecológico”, llegando a centrarse el término de daño ecológico como aquel sinónimo del daño ambiental puro, por estar centrado en los perjuicios a los ecosistemas, mientras que el daño ambiental tiene una visión antropocéntrica y patrimonial. (Briceño, 2009)

En sus reflexiones sobre el daño ambiental en Colombia y la responsabilidad desde su rol disuasorio, Ibáñez Elam (2016), señala que doctrinantes como Ruda (2008, p.167), apuntan a que existen dos tipos de daños relacionados con el medio ambiente; considerado este como todos los elementos que envuelven al hombre en su vivir (Peña Chacón, 2005.p 6). Estos, son definidos o catalogados como daño ecológico y daño ambiental.

Resalta Ibáñez Elam (2016) en sus reflexiones, que para Briceño (2009), dicha distinción importa en la medida que la reparación del daño ambiental puro o daño ecológico conlleva recuperar los recursos naturales, mientras que resarcir el daño ambiental consecutivo se concentra en indemnizar patrimonialmente, socialmente o culturalmente, la diferencia entre las dos conceptualizaciones conlleva a que la primera apunta a su restablecimiento y la segunda a su indemnización.

En similares términos, ha distinguido el Consejo de Estado: el daño ambiental puro es cualquier afectación, modificación o destrucción del medio ambiente, causado por cualquier actividad u omisión, y cuya titularidad exclusiva recae en la colectividad. Por otro lado, el daño ambiental consecutivo se trata de un perjuicio consecuencial, conexo y consecutivo de las consecuencias de una lesión ambiental o ecológica, que ocasiona perjuicios individuales y concretos sobre un particular.

(...)

el daño ambiental puro es la aminoración de los bienes colectivos que conforman el medio ambiente y el daño ambiental consecutivo es la repercusión del daño ambiental puro sobre el patrimonio exclusivamente individual del ser humano (Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 52001-23-31-000-1998-00097-02, C.P. Hernán Andrade Rincón).

Los doctrinantes franceses Genevieve Viney y Patrice Jourdain (Citados por Henao, 2000) clasificaron el daño ambiental en dos: Daño puro y daño consecutivo o impuro.

Henao (2000) explica la diferencia entre estos indicando que mientras el daño puro afecta el medio ambiente en sí mismo; el consecutivo comprende “las repercusiones de una afrenta al medio ambiente pero respecto de una persona determinada, es decir, las repercusiones que la contaminación o el deterioro ecológico generan en la persona o bienes apropiables e intercambiables de los particulares” (p. 142).

Advierte Henao (2000) que, bajo esta perspectiva el daño ambiental presenta una doble dimensión: Como derecho colectivo, respecto al daño ambiental puro; y, como derecho individual respecto al daño ambiental consecutivo.

Como consecuencia de lo anterior se tiene la existencia en el ordenamiento jurídico colombiano de dos acciones procesales destinadas a la solución de controversias que se susciten sobre la reparación del daño ambiental: La acción popular para la reparación del daño ambiental puro y la acción de reparación directa –hoy medio de control- para la reparación del daño consecutivo.

Acerca de la utilidad de esta tipología concluye Henao (2000) lo siguiente,

Es aquí donde nuevamente el derecho ambiental permite predicar que la afrenta al patrimonio no es individual en su sentido clásico, sino en su sentido socializado. Es así como, "este público recibe el agravio colectivo, al cual no se puede responder aislada o individualmente para evitar que el daño se extienda, continúe o se repare. La acción de defensa o de reparación no puede estar sólo en cabeza de cada damnificado. Tiene que ser colectiva como lo es también el daño causado". Es por ello que el daño se da directamente al ecosistema e indirectamente al ser humano que se sirve de él, y es por ello por lo que la persona solo puede reclamar a favor del ecosistema gracias a su relación con él. Si se logra hacer la distinción entre Daño Ambiental Puro y Daño Ambiental Consecutivo, logramos la claridad de saber qué es lo que se está indemnizando por una u otra vía, porque determinamos con anterioridad aquello que se dañó. La distinción señalada entre Daño Ambiental Puro y Daño Ambiental Consecutivo marcará no sólo la forma de reparación del daño, sino la finalidad de cada acción que busca proteger el medio ambiente.

La anterior tipología ha sido adoptada por el ordenamiento jurídico colombiano a través de la jurisprudencia de sus distintas altas cortes. Procederemos a continuación a observarlas:

La Corte Constitucional en sentencia C-632-11, ponencia del Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indicó lo siguiente:

Sobre este particular, es bueno recordar que el daño ambiental da lugar a la afectación de dos tipos de intereses: los personales y los naturales. Conforme con ello, el ordenamiento jurídico, al constituir los medios de defensa y garantía de los derechos, ha previsto la reparación a favor de las personas que puedan resultar afectadas en sus patrimonios y derechos (a través del resarcimiento propio de las acciones civiles -individuales y colectivas-), y la compensación o restauración para garantizar y asegurar los derechos de la naturaleza, concretamente, en relación con los derechos a mantener y regenerar sus ciclos vitales.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de mayo de 2011, en Sala de Casación Civil, ponencia del Dr. William Namén Vargas, Exp. 52835-3103-001-2000-00005-01, expresó que,

Daño ambiental sólo es el inferido a los bienes ambientales y, por tanto, al ambiente, o sea, a un derecho, colectivo, valor o interés público, cuyo titular exclusivo es la colectividad, y cuya reparación versa sobre éste, sin mirar al interés individual sino al de toda la comunidad, así en forma indirecta afecte a cada uno de sus integrantes.

Contrario sensu, cuando el daño ambiental, ocasiona también un daño a intereses singulares, particulares y concretos de un sujeto determinado o determinable, el menoscabo atañe y afecta estos derechos, a su titular y su reparación versa sobre los mismos, o sea, mira al interés particular y no colectivo. En este supuesto, no se trata de daño ambiental, sino del detrimento de otros derechos, es decir, la conducta a más de quebrantar bienes ambientales, lesiona la

esfera jurídica individual de una persona o grupo de personas, ya determinadas, ora determinables.

El Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 2014, Sección Tercera, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Rad. 41001-23-31-000-2000-02956-01, de manera amplia retoma el desarrollo jurisprudencial realizado sobre este asunto por la Corte Suprema de Justicia; y aporta dos aspectos importantes sobre el daño propiamente dicho: i. Primero, afirma que al ser el daño consecutivo de carácter individual, la pretensión de su reparación es la indemnización de los perjuicios causados; a diferencia del daño ambiental puro que no posee dicha pretensión; ii. Segundo, debido a lo anterior; la exigencia de la existencia de un daño cierto aplica para el daño consecutivo. En palabras de la alta corte sobre el daño puro:

El presupuesto de carácter cierto del daño puede no estar presente y el juez contencioso podrá en sede de acción popular evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración de aquellos o la restitución del statu quo anti. Así las cosas, en materia de daños ambientales puros, el riesgo desplaza la noción de certidumbre de los “daños consecutivos”, pues es irrelevante la exigencia de la lesión efectiva y necesita simplemente la presencia de una señal objetivamente razonada de amenaza, peligro o riesgo del derecho colectivo al ambiente.

#### **4. El nexo de causalidad en la teoría de la responsabilidad ambiental**

Prevot (2010), define, (retomando a su vez a diversos autores), al nexo causal, como el elemento de la responsabilidad, de mayor dificultad académica para su comprensión.

La primera dificultad conceptual, es la transversalidad del mismo. Es decir, la definición del nexo de causalidad, trasciende a la del

derecho, recibiendo la influencia de otras disciplinas como la filosofía y las matemáticas. Rojas & Mojica (2014) citan a Pizarro, definiendo al nexo de causalidad como “la necesaria conexión que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido”.

Herrera (2016) por su parte lo define como,

El nexo causal puede definirse como el ligamen, de causa a efecto, tejido entre la acción humana y el daño producido o, lo que es lo mismo, aquella vinculación ideal entre el daño y la causa que produjo su materialización. Es, pues, el elemento intermedio dentro de la responsabilidad, cuyo estudio precede al deber reparador, siendo el primero el daño y el tercero la causa de tal. (p. 42).

En materia de responsabilidad ambiental, indica Peña (2005), que no es de aplicación la responsabilidad de carácter subjetiva, o sea, aquella en donde el damnificado debe probar el nexo de causalidad (omisión a un deber de cuidado) entre la acción de un agente dañino y los perjuicios sufridos. En su lugar, opera la responsabilidad objetiva, en la cual, la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante del mismo, y por consiguiente, la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Para este autor, en este tipo de responsabilidad no es necesario probar la culpa del causante, sino, sólo el hecho de que la acción u omisión causó el daño. De esta forma, el agente dañino asume todos los daños derivados de su actividad, cumpla o no, con el estándar de diligencia.

Otra parte de la doctrina, afirmar que para solucionar el problema del nexo causal, el cual no ha sido resuelto por una teoría única en materia ambiental, se ha establecido la inversión de la carga de la prueba, es decir, ya no a cargo de la víctima del daño, quien encima de recibir el daño tiene entonces que demostrar la relación de causalidad, sino que es la persona o cosa perfectamente adecuada para producir el daño,

quien tiene que liberarse de esa presunción adecuada de responsabilidad, por ser idónea para producir la contaminación o los daños ambientales:

Para resolver el problema de probar la relación de causalidad, se ha invertido la carga de la prueba, es a quien se le imputa un daño ambiental, quien debe probar que el sistema de gestión ambiental que utiliza la empresa, cumple en lo más mínimo con los requisitos exigidos por la normativa ambiental aplicable (Pérez, 2009).

En similares términos, Crespo (2008), sostiene que en los litigios ambientales puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño. Por ese motivo diversos regímenes nacionales de responsabilidad ambiental cuentan con disposiciones destinadas a reducir la carga de la prueba en favor del demandante por lo que se refiere a la demostración de la culpa o la causalidad:

“En la responsabilidad objetiva en materia ambiental se presume la responsabilidad del agente porque objetivamente se le hace responsable del daño, se requiere entonces únicamente que se indique el daño y el nexo causal por parte de la víctima, pero la prueba de la falta de culpa y de la inexistencia de causa y efecto le corresponden al demandado mismo que a su vez no podrá eximirse de responsabilidad por haber actuado con suficiente prudencia y cuidado, pues los únicos eximentes de responsabilidad para el demandado podrían ser el caso fortuito y la culpa de la víctima trasladándose así el nexo causal hacia circunstancias externas o hacia terceros, se aplica en otras palabras el principio “a daño causado, daño indemnizado”.

Para Caferrata (2007), el Derecho ambiental tiene hoy en día soluciones incluso singulares en materia de relación de causalidad. Por ejemplo, los casos por daño ambiental son los llamados casos arduos, ríspidos, difíciles o complejos desde el punto de vista procesal. Dada esta

situación, se han generado una serie de teorías en materia de relación de causalidad que tratan de aligerar la carga de la prueba, de suavizar la exigencia de prueba con respecto a la relación de causalidad, porque se sabe que puede fracasar todo el sistema de responsabilidad si no se prueba el nexo de causalidad entre la actividad presuntamente o potencialmente dañina y el daño.

Las principales teorías sobre el nexo de causalidad son la teoría de la equivalencia de condiciones, teoría de la causa próxima, teoría de la causa eficiente, teoría de la causa adecuada y teoría de la imputación objetiva (Rojas & Mojica, 2014).

En materia de responsabilidad ambiental, la doctrina también ha desarrollado algunas teorías sobre el nexo de causalidad.

Mejía, (2014, p.174-176) citando a Perales, caracteriza las siguientes teorías, así:

- i. Teoría holandesa de la causa alternativa o disyuntiva, la cual se caracteriza por no exigir al demandante el probar la existencia del nexo causal, cuando se presenta un número elevado de sujetos agentes, lo cual hace imposible a la víctima el probar de manera exacta el sujeto que produce el daño reclamado, lo que implica la responsabilidad solidaria entre todos los intervinientes, dando un mayor sentido de protección a la víctima.
- ii. Teoría alemana de la condición peligrosa, la cual predica que si la acción u omisión, crea la exposición a la ocurrencia del daño, la sola acción u omisión, puede considerarse como la causa eficiente del daño efectivamente ocurrido, acorde a una valoración *ex post*. Esta teoría guarda estrecha similitud, con la teoría de la responsabilidad de contribución de riesgo, tomada por la jurisprudencia norteamericana, la cual le permite a la víctima accionar contra uno de los fabricantes del daño o del producto dañoso, quien se obligara a solventar la indemnización aun cuando no haya certeza sobre si el producto del cual se derivó el daño, sea realmente suyo

o no, con lo cual se da a la víctima la posibilidad de optar por el productor más solvente.

iii. Teoría de la proporcionalidad, la cual indica que “la reparación debe ser proporcional a la posibilidad de acusación del daño” (p. 175), pese a lo anterior, es fuertemente criticada debido a que no permite una reparación integral a la víctima, sino netamente parcial.

iv. La teoría de la víctima más probable, la cual supone que dentro de varios demandantes que alegan haber sufrido un daño, solo serán objeto de resarcimiento, aquellos que prueben una mayor probabilidad de causalidad entre el daño sufrido y la actividad del demandado, sin embargo, esta teoría es criticada, ya que no permite haber probado jurídicamente la existencia de la relación causal, sino, que la determinación del nexo causal reside exclusivamente en criterios científicos.

Teniendo en cuenta la complejidad que denotan los fenómenos ambientales, imperioso es recurrir a sofisticadas construcciones científicas y técnicas para explorar la relación causal, en los cuales el "leal saber y entender" del magistrado tiene poco para aportar. Es por ello que en esta materia es corriente que se decida con base a criterios probabilísticos, descartando la previsibilidad cierta que presupone la aplicación estricta de la teoría de la causalidad adecuada (Lorenzetti, 2016).

En el caso de los daños ambientales parece bastante oportuna la teoría de las probabilidades, la relación de causalidad resultaría probada cuando los elementos de juicio suministrados conduce a un grado suficiente de probabilidad de que un determinado hecho sea el causante del daño, por lo que el legitimado activamente no estaría obligado, cosa en la práctica casi imposible, a demostrar esa relación con total exactitud científica, bastaría con que resultase probado un determinado grado de probabilidad, que puede estar entre una probabilidad próxima a la certeza y una probabilidad alta (Bautista, 2009).

#### **4.1. El fenómeno de la cocausación**

La cocausación en términos simples, es la pluralidad de causas en la producción del daño. Para empezar, hablamos de la causalidad conjunta en donde el daño es producido como consecuencia de la acción de varios agentes. (Goldenberg, p. 117).

En segundo lugar, tenemos la causalidad concurrente, en donde el daño es producido por la acción independiente de dos o más causas. En contraste la disyuntiva, la causa se genera por medio de una conducta que elimina a las demás.

Para Cafferrata (2004), el tema de cocausación en sus distintas variantes, causalidad conjunta o común, causalidad concurrente o acumulativa (vg. varios industriales derivan *causalidad y daño ambiental*, agua sobrante al río y la mezcla de las materias tóxicas arrojados por uno y otro destruyen la pesca) y causalidad disyuntiva o alternativa, reviste especial importancia para los casos de daño ambiental, en los que por lo general se producen efectos sinérgicos, de pluralidad de causas, que involucran como es el caso del daño ecológico producido por la actividad industrial, de dos o más fábricas, de allí que es menester a fin de establecer la responsabilidad ambiental, analizar los conceptos recurrentes que inciden como lo son, “el análisis de la concausa y causa nueva, del caso fortuito, y de la causalidad en los actos de omisión, más aún de la omisión impropia, o actos de comisión por omisión”.

#### **4.2. Prueba del nexo de causalidad**

La prueba del nexo de causalidad, no tendría diferencia alguna respecto a la teoría general de la prueba judicial. Es decir, se aplica la carga de la prueba al demandante (en general), se puede acreditar bajo los medios de prueba garantizados en la normatividad procesal (documental,

testimonial, inspección judicial, pericial, entre otras); sin embargo, el Consejo de Estado, al respecto ha encontrado dificultades para su prueba.

Por ejemplo, en el caso de carga de la prueba, el Consejo de Estado de manera clara ha señalado: “No corresponde al actor, en casos como el presente, acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuraban la declaración de responsabilidad: actuación del Estado, daños irrogados y nexo de causalidad entre aquella y éstos”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 25000-23-26-000-1998-05786-01, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz).

En este sentido, la ausencia de pruebas directas que acrediten el nexo de causalidad, no deviene necesariamente en su falta de configuración, si no que el indicio podrá tenerse como prueba cuando:

Es esencial que los hechos indicadores estén plenamente demostrados para que el indicio pueda tenerse como prueba, porque si ese hecho indicador básico no está demostrado, es imposible que de él pueda deducirse la existencia del hecho desconocido y que se pretende demostrar por medio del proceso mental que hace el juez, que si parte de una base no puede llevarlo racionalmente a concluir que existe el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas’ (Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 25000-23-26-000-1998-05786-01, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz).

Del fragmento transcrito podemos observar, que a juicio del Consejo de Estado, la prueba indiciaria juega un papel fundamental para dar por probado los hechos relativos al nexo de causalidad. En este orden, el Consejo de Estado reitera los requisitos generales del indicio, que implican que i. se debe estar acreditado plenamente el hecho indicador, además del proceso racional por el cual se deduce el nuevo hecho a probar; ii. Los indicios deben ser independientes; deben ser concordantes, esto es, que se unan de manera natural y coherente; las inferencias lógicas deben ser convergentes, esto es, no pueden llevar a conclusiones distintas; si los

indicios son contingentes, deben ser varios; las conclusiones deben ser inmediatas, obtenidas por medio de un razonamiento silogístico.

## **5. Dificultades relativas a la prueba del nexo de causalidad entre la conducta y el daño ambiental**

Lograr probar el nexo de causalidad entre la conducta del Estado y el daño ambiental, es una de las mayores dificultades que suscita el estudio de la responsabilidad ambiental. En efecto, diversos doctrinantes como Juan Carlos Henao (2000), Rosario Leñero Bohórquez (1999) o De Miguel Perales (2002) dan cuenta de esto.

Mejía (2014) ha desarrollado ampliamente las dificultades probatorias existentes para determinar la causalidad en estos procesos, determinando la existencia de cuatro obstáculos.

Primero, encontramos la existencia de multiplicidad de fuentes en la generación del daño. Explica Mejía (2014) que esto ocurre en los casos de “contaminación por sinergia”, en donde el daño ambiental es producto de diversos focos de emisión concurrentes entre sí.

Este supuesto, es aceptado por Henao (2000) quien refiere a los casos en donde en un ambiente específico se encuentren una cantidad diversa de contaminantes, generando múltiples relaciones entre sus componentes.

A pesar de lo anterior, Henao (2000) encuentra en la aplicación del principio de solidaridad una solución a la dificultad de tener que probar la causalidad múltiple, ya que permite superar la problemática y otorga elementos de juicio convincentes para la existencia del nexo de causalidad.

En criterio de Corral (2008), la centralidad del rol de la causalidad en materia medioambiental es propio de todos los sectores de responsabilidad objetiva, pero en esta sede tropieza con dificultades muy

serias para lograr un proceso sencillo de calificación por el juez. Los motivos por los cuales se complejiza al máximo el establecimiento de la relación causal en la responsabilidad por daño ambiental, son variados:

- i. La naturaleza dinámica del medio ambiente, cuya continua interacción implica la imposibilidad de aislar de manera completa la conducta del demandado frente a otros factores que pueden estar presentes en la realización del daño inciden de alguna manera en su realización, como lo son los meteorológicos, hidráulicos, geológicos, biológicos etc.
- ii. La contaminación crónica o progresiva, lo cual se presenta como resultado de una continua y lenta acumulación de materias tóxicas, muchas veces imperceptibles, la cual se hace evidente en un amplio lapso, lo que dificulta la adjudicación de responsabilidad a quien comete el último acto que provoca lesión ambiental, pues es en sí mismo, un cumulo de actos.
- iii. La contaminación por acumulación, las cuales producen un daño ambiental, no por ser consideradas individualmente, ya que estarían bajos los parámetros permitidos, sino, que al ser tomadas en conjunto, producen el daño al medioambiente.
- iv. La desconexión temporal o espacial entre la acción contaminante y el daño, entendida, ya sea como que la acción date de tiempo atrás y el efecto solo se manifieste lapso después, o que la acción contaminante sea efectuada en región geográfica diferente a donde se evidencia el daño.
- v. La apreciación científica de la relación causa efecto y el costo de las pericias y testimonios de expertos, los cuales implican un elevado costo en la toma y realización de exámenes realizados por expertos en la materia, los cuales por lo general deben ser asumidos por el demandante, quien es quien menos recursos suele tener.

A partir de todas estas dificultades, acertadamente identificadas por Bonorino (2010), cabría preguntar si en los supuestos de daños medioambientales se podría prescindir del requisito del nexo causal o sería conveniente abogar por su flexibilización a la hora de interpretar. No

obstante, a su juicio, prescindir del nexo causal nos podría llevar a exigir responsabilidad de forma ilimitada, imponiendo compensaciones indiscriminadas de daños, que no sería propio de los sistemas de responsabilidad civil, aunque en materia de seguros y tributos sí es habitual prescindir del nexo causal.

Por esta razón, la doctrina y la jurisprudencia acuerdan sobre la insuficiencia de los criterios de causalidad generales para solucionar el problema presentado por los daños ambientales en particular. Y, como consecuencia, se puede percibir, por ambas partes, una flexibilización del requisito de la causalidad, que aquí referimos como “*dulcificación*” de dicho requisito (Bonorio, 2010).

Una segunda dificultad radica en las distancias que se pueden generar al momento de ocasionar el daño. Mejía (2014) pone de ejemplo dos situaciones: El daño ocasionado al lecho marino por el vertimiento de sustancias químicas al río que desemboca en el mar, y, la emisión de gases que contribuyen a la generación de lluvias ácidas.

Tercero, el factor temporal; pues muchos de los daños no se manifiestan de manera inmediata, presentándose sus efectos en un largo espacio de tiempo.

Y finalmente, la falta de certeza científica, pues, como lo señala Mejía (2014, p.165) “no es posible perder de vista el hecho de que los conocimientos científicos en materia de medio ambiente son todavía incompletos en muchos aspectos”.

Frente a las anteriores dificultades diversos autores han propuesto figuras alternativas sobre el tema:

Rojas y Mojica (2015) sintetizan la problemática encontrando que en los procesos por responsabilidad ambiental suele existir falta de certeza respecto al nexo de causalidad.

En respuesta a ello, los autores anteriormente citados encuentran dos posibilidades para solucionar el problema planteado: La

imputación por causa probable y la determinación de presunciones de causalidad.

La primera figura jurídica es enunciada de la siguiente manera: El intérprete entiende acreditada la causalidad cuando, a la luz de un examen objetivo, aparece que un comportamiento, además de idóneo para producir un resultado, fue probablemente el que, en el caso concreto, llevo a producirlo. Así, esta teoría combina dos grupos de factores: la idoneidad y la probabilidad de la causa” (Rojas y Mojica, 2015, p. 81).

Entonces, bajo esta teoría, siempre que se cumpla con el requisito de idoneidad del resultado, lo que se debe probar no es la causa cierta del daño sino la causa probable.

El uso de las presunciones tiene como principal efecto el traslado de la carga de la prueba de la víctima del hecho dañino al presunto autor. En otras palabras, bajo esta teoría correspondería probar a la parte demandada la inexistencia de una relación causal entre el daño y su conducta.

Casas (2002) también plantea esta tesis como solución la aplicación de,

Un conjunto de presunciones directas e indirectas de causalidad, modificando las reglas generales de la carga de la prueba; es por ello que el demandado es el llamado a demostrar la inexistencia de la relación de causalidad entre su actividad y el daño (Casas, 2002, p. 157).

Goldenberg y Cafferatta (2000) sobre el tema han expresado de manera tajante que “la relación de causalidad es el punto débil de la responsabilidad civil por daño ambiental” (p. 41). Por ello estos autores argentinos han identificado a nivel mundial, la aplicación de manera principal de tres teorías:

Retoman, la teoría de la causa alternativa o disyunta proveniente del derecho holandés. Aplica en los casos de causalidad

múltiple de un daño, en donde ante la presencia de diversas conductas originarias de un daño ambiental bastaría con la prueba de solo una de ellas, haciéndose extensiva a las demás en aplicación del principio de solidaridad. Como se ha visto, esta propuesta es retomada por el doctrinante colombiano Juan Carlos Henao.

Segundo, enuncia la teoría de la condición peligrosa en los siguientes términos: “Si la acción u omisión crea un peligro capaz de provocar el suceso dañoso, tal acción u omisión puede considerarse como causa eficiente del daño efectivamente ocurrido, según valoración *ex post*” (p. 51).

Finalmente, los autores citados presentan la teoría de la probabilidad como alternativa a la situación planteada. Esta postura es similar a la tesis de la imputación por causa probable. Esto es, la prueba del nexo de causalidad se determina desde la relación de probabilidad y no de causalidad. Empero, se diferencian en que para los argentinos la reparación del daño ambiental deberá ser proporcional a la probabilidad probada durante el proceso. Para clarificar, si en un proceso determinado se determina una conducta como causa probable de un 30%, será este el monto que le deberá ser indemnizado.

Henao (2000) retoma la doctrina francesa sobre el tema para proponer que la investigación del nexo causal se haga de forma inversa de la tradicional. Esto significa que se debe llegar a la determinación del nexo de causalidad mediante la eliminación las causas menos probables, tal como lo formula:

Esta metodología se complementa con el método del "conjunto de presunciones graves y concordantes" que apuntan a esclarecer el nexo causal. Esta problemática de la causalidad en materia ambiental supone entonces olvidar que la única prueba viable es la directa y contundente, para permitir nuevas aproximaciones al

fenómeno, gracias a las técnicas que se han reseñado (Henao, 2000, p. 162).

El Consejo de Estado, Sección tercera, Sub-B, en sentencia del 20 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero (Rad. 41001-23-31-000-2000-02956-01), enunciada en líneas anteriores, aplica la teoría de la causa probable, la cual a partir del uso de indicios se pretende inferir razonadamente la “causa altamente probable” del daño. Lo anterior, en los siguientes términos:

En cuanto a la insistencia de la entidad demandada referente a que es al peticionario “a quien le corresponde la carga de la prueba para demostrar la causalidad del hecho con los perjuicios presuntamente irrogados” (fl, 70, c.2), se impone reconocer la fuerza y contundencia de los hechos indicadores, los cuales de manera convergente llevan a la conclusión lógica y altamente probable que existe un nexo causal entre la actividad peligrosa de la administración al erradicar cultivos ilícitos y el daño antijurídico padecido por el señor Luís Elí Medina.

16.5. En efecto, resalta la Sala que si bien dentro del material probatorio analizado no obra una prueba directa, como lo es un dictamen pericial, que acredite la repelida relación causal, el daño antijurídico le es imputable al Estado por la estructuración de una causa altamente probable deducida indiciariamente.

El criterio anteriormente citado, fue tomado por la providencia del 28 de marzo de 2014, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno (Rad. 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP)), situación en la cual el Consejo de Estado se enfrentó a un caso de causalidad múltiple, en donde la Alta Corte aligeró la prueba del nexo de causalidad en aplicación de las teorías anteriormente indicadas.

Es claro entonces, que en recientes fallos del Consejo de Estado, se ha aligerado la carga de la prueba del nexo de causalidad, especialmente para la atribución de responsabilidad por daños causados al

medio ambiente, en atención a las dificultades probatorias del mismo; siendo la teoría de la causa probable la alternativa propuesta en la jurisprudencia del órgano jurisdiccional citado, correspondiendo al operador del derecho establecer si determinada conducta resulta ser la probable causa del daño.

**CAPÍTULO III.**  
**RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE Y TÍTULO DE**  
**IMPUTACIÓN ATRIBUIBLE AL ESTADO POR LA CONCESIÓN DE**  
**LICENCIAS AMBIENTALES PARA LA ACTIVIDAD MINERA LEGAL**  
**CUANDO SE CAUSA DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE**

**1. Evolución histórica de los regímenes de responsabilidad y títulos de imputación en Colombia**

La teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado ha sido principalmente desarrollada por la jurisprudencia, inicialmente por la Corte Suprema de Justicia, bajo el alero de las cláusulas de responsabilidad indirecta, soportada en la culpa *in vigilando* y culpa *eligendo*; posteriormente, tomaría la denominación de responsabilidad directa soportada en el artículo 2341 del Código Civil, según el cual surge la obligación de reparar quien ha causado daño a otro, no siendo relevante si ha sido intencional o con culpa o desidia (González, 2012).

La Ley 130 de 1913 limitaba la competencia del Consejo de Estado para conocer de la revisión de los decretos acusados de ilegalidad. Posteriormente con la promulgación de la Ley 38 de 1918 pasa a conocer de los asuntos relacionados con expropiaciones o daños en bien propiedad privada causados por el Estado y luego, con la expedición de la Ley 167 de 1941, conoce de la responsabilidad por trabajos públicos en casos en que hubiese ocupación temporal o permanente de inmuebles (artículos 261 a 269).

Con la expedición del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984-, se reitera la competencia del Consejo de Estado para conocer los asuntos de responsabilidad extracontractual de la

administración<sup>6</sup>, estatuto que hoy se encuentra derogado siendo reemplazo por la Ley 1437 de 2011; salvo para los procedimientos y actuaciones administrativas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigencia – 2 de julio de 2012 -, caso en el cual se continúan aplicando las normas del Código Contencioso Administrativo hasta su culminación.

Mendoza (2011) sistematiza el estudio de la evolución histórica de los regímenes de responsabilidad, tomando como punto de partida la jurisdicción encargada de su estudio. Esto es, en materia de responsabilidad estatal colombiana se puede diferenciar a partir de dos momentos: La responsabilidad del Estado bajo la jurisdicción ordinaria con su máximo exponente, la Corte Suprema de Justicia y la responsabilidad del Estado bajo la jurisdicción contenciosa administrativa, en cabeza del Consejo de Estado.

Mendoza (2011), justifica dicha distinción de la siguiente manera: Bajo la jurisdicción ordinaria el Régimen de responsabilidad se guía bajo las normas de derecho privado, y bajo la jurisdicción contenciosa administrativa se rige bajo las normas de derecho público.

Henao (2001) destaca el carácter objetivo de la responsabilidad estatal bajo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Mendoza (2011) retoma a Henao y agrega el carácter legalista del mismo. A saber:

En el primer período, la Corte Suprema de Justicia declaraba la responsabilidad del Estado, siempre y cuando así estuviera establecido en un texto legal especial y expreso. El trabajo de la Corte consistía en aplicar o hacer cumplir la ley o decreto que eran los que consagraban explícitamente los casos en que el Estado

---

<sup>6</sup> El decreto 528 de 1964 “Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones” atribuye la competencia general al Consejo de Estado para conocer de los asuntos de responsabilidad del Estado, excepto lo referente a cuestiones de derecho privado.

debía indemnizar a las personas que resultaron perjudicadas por su acción u omisión. (p. 48).

Otro aspecto relevante en la evolución de la teoría de responsabilidad del Estado surge en razón a la forma como se consideraba al Estado, si como un organismo que respondía de manera directa asumiendo la responsabilidad de los daños causados por sus órganos o por agentes, o como un ente que respondía indirectamente por las personas que están bajo su cuidado (González, 2012).

De esta forma se evidencian dos periodos, uno, de responsabilidad indirecta y otro de responsabilidad directa, e incluso, se acepta la existencia de una etapa intermedia de transición (Rodríguez, 1996). Este periodo de transición entendido como de aplicación indirecta de la responsabilidad, en el cual el Estado se encuentra en la obligación de elegir a sus agentes y de vigilar su actuación, por lo que el daño que estos generen, es decir debe entenderse generado por el Estado (Guerra & Castro, 2007).

Pero, dicha transición entre las dos etapas históricas, se evidenciaría en mayor medida, con la doctrina esbozada por la Corte Suprema de Justicia desde 1941: Desde dicho año empezó a aplicar la teoría de la falla del servicio (propia del derecho administrativo francés) fundamentado en la responsabilidad por hecho propio del Código Civil (Rodríguez, 1996).

De esta forma, la transición se materializa, al aplicar la Corte Suprema de Justicia una mixtura entre normas de derecho público y de derecho privado para fundamentar la Responsabilidad del Estado. Este aporte jurisprudencial coadyuvó sin lugar a ambages a la construcción que posteriormente hizo el Consejo de Estado de sus propias tesis de responsabilidad extracontractual del Estado.

A partir de 1947, el Consejo de Estado buscó apartarse de las normas del Código Civil en cuanto al tema de la responsabilidad estatal,

ya que encontraba como suficientes las consagradas en la ley 167 de 1941 para determinar la indemnización de los perjuicios que el Estado causaba. Este esfuerzo por fundar la responsabilidad del Estado en reglas diferentes a las establecidas en el Código Civil para los particulares, se convirtió en una constante en la jurisprudencia de esta Corporación (Armenta, 2008).

De esta manera, el Consejo de Estado llega a acudir a los principios que permean a la Constitución Política de 1886, principalmente los artículos 2, 16 y 30, que consagraban el principio de legalidad, el principio de autolimitación del poder público y Estado de Derecho; el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se eleva a rango constitucional el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, a través de la cláusula general contenida en el artículo 90, junto con sus dos elementos principales a saber, el daño antijurídico y la imputación jurídica del mismo al Estado.

Cláusula que comprende, la responsabilidad del Estado por los daños causados al medio ambiente como consecuencia de una actividad lícita (daño especial); la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional el cual no se está en la obligación de soportar (riesgo excepcional) o el despliegue de una actividad de la Administración, ya sea por acción o falta de vigilancia de las actividades con impacto ambiental realizadas por particulares (falla del servicio).

Para abordar el problema jurídico planteado en el presente trabajo de investigación, se analizará de manera sucinta los regímenes de responsabilidad denominados falla del servicio y el objetivo, en su modalidad de riesgo excepcional y daño especial por el acto administrativo legal. También se abordará el principio de confianza legítima por el hecho

de las leyes, en casos de exclusión minera por la delimitación de ecosistemas de páramos y humedales.

## **2. Títulos de imputación**

### **2.1. Falla del servicio**

Denominado también de responsabilidad subjetiva. Es el régimen por excelencia de responsabilidad extracontractual del Estado por la actuación de las entidades públicas. Dentro de las modalidades de la falla, encontramos la probada, la cual constituye el título jurídico de imputación general, siendo la mayor expresión de responsabilidad del Estado y la presunta, que como su nombre lo indica, se trata de presunción legal según la cual, se entiende que la actuación de la administración ha sido irregular lo cual exime al administrado de demostrar el mal o anormal funcionamiento del servicio.

En palabras de Güechá, la Responsabilidad por falla del Estado, es el título de imputación de mayor relevancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto que las actuaciones irregulares de la administración generadoras de perjuicios, se han convertido en el criterio usual de responsabilidad administrativa.

Para el Doctrinante, no ha sido la responsabilidad objetiva sino la responsabilidad por falla la de mayor tradición, con fundamento en que los principios de legalidad y de buen servicio público son vulnerados dentro de la actuación de las entidades públicas; de suerte que el Estado se ha convertido en el principal transgresor del ordenamiento jurídico, ya que en la falla del servicio, de una u otra manera, lo que existe es una violación de normas que protegen derechos de los particulares.

Adicional, siguiendo lo planteado por Guerra & Castro (2007), se identifica como origen a este título de imputación, la imposibilidad de

seguir aplicando tesis de derecho privado al estudio de la Responsabilidad estatal.

Güechá (2012) señala el origen francés de la teoría de la falla del servicio. Para ello cita a Depuis (2004), quien precisa que la actuación de los servidores públicos no puede desligarse de las nociones de servicio público y actividad administrativa.

Como consecuencia de lo anterior, Güechá (2012) concluye que al ser indisoluble la actuación de los agentes estatales con la noción de servicio público; la base de la misma es una actuación irregular de la administración que se identifica con la culpabilidad.

De esta manera, la teoría de falla del servicio obtiene su antecedente inmediato en el derecho francés, teniendo como característica principal que la responsabilidad ya no se funda en la culpa de un determinado agente (teoría organicista) sino que se basa en que la Administración debe prestar los servicios públicos a la sociedad y en desarrollo de dicha actividad puede cometer faltas que deben ser reparadas por el Estado.

Ruiz (2013) define la falla del servicio como aquel régimen de responsabilidad subjetiva en donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones del Estado. (Ruiz, 2016, p. 1).

No obstante, la acepción según el cual la falla del servicio debe entenderse como aquella omisión, retardo, irregularidad o ineficiencia del Estado en la prestación de los servicios públicos, ha sido revaluada por el Consejo de Estado, dándosele un concepto jurídico más amplio.

Para Gómez (2013), la falta o falla en el servicio, sea probada o presunta, en un comienzo se definió por la Jurisprudencia como el mal funcionamiento del servicio, porque este no funcionaba cuando debía hacerlo, lo hacía tardía o equivocadamente, posteriormente mediante

sentencia del 30 de marzo de 1990 siendo M.P. Doctor Antonio José de Irisarri, se modifica la noción de falla del servicio y se le da un fundamento jurídico más amplio vinculado la falta o falla del servicio a la violación del contenido obligacional que se impone al Estado ya sea general o específico.

No obstante, el Consejo de Estado no ha abandonado el concepto tradicional de falla del servicio, e incluso, de un tiempo para atrás, ha precisado que es posible predicar dos clases de falla en el servicio, la primera consiste en no haber hecho todo lo posible para impedir el resultado desafortunado en el caso concreto, la segunda derivada de un estado de desorganización de tal entidad que impiden a las autoridades actuar, en cada caso, con diligencia. Esto es lo que ha denominado falla del sistema el cual diferencia dos estadios de incumplimiento, el primero, el del ente público en quien recae la prestación del servicio público y el segundo, en el conjunto de instituciones públicas compelidas a concurrir a dicha prestación.

De esta forma, la actividad de la Administración se encuadra no solo en conductas omisivas como es el caso en que el Estado no haya actuado o lo haya hecho de manera tardía, sino también en conductas positivas, como es el caso en que la administración ha actuado pero lo ha hecho mal o de manera deficiente.

En los casos de omisión de la administración, lo que se revela es una absoluta ausencia de acción o de funcionamiento de las agencias o entidades del Estado en el cumplimiento de sus funciones legalmente encomendadas y en detrimento de los asociados, cuando esa omisión en la prestación de un servicio, el cumplimiento de una obligación contenida en la ley o en los reglamentos, resultan daños por la negligencia injustificada (Sentencia de octubre 11 de 1990. C. P. Gustavo de Greiff Restrepo. Exp. 5337. Citado por: Ruíz, 2010).

En este sentido, la jurisprudencia distingue entre omisiones laxas y omisiones en sentido estricto, refiriéndose las primeras a la

negligencia u olvido en los deberes de cuidado, que de haberse cumplido pudieran haberse evitado un resultado dañoso previsible. Las segundas se refieren al incumplimiento de un deber legal previamente establecido y que el Estado está en la obligación de ejecutar, resultando de su incumplimiento, igualmente, un resultado dañoso (Sentencia de marzo 6 de 2008. C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 14443. Citado por: Ruíz, 2010).

## **2.2. Responsabilidad objetiva**

Hay quienes consideran que esta responsabilidad objetiva en nuestro país, nació a la vida jurídica con el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, lo cual no es cierto, ya que el concepto de daño antijurídico no hace referencia a la causa del daño, es decir si esta fue lícita o ilícita, sino a la ilicitud del daño mismo, sin que sea relevante su causa, por cuanto dicho precepto normativo es el fundamento de toda la responsabilidad del Estado, no solo de la objetiva (Peña, 2005).

No obstante, este tipo de responsabilidad ya había sido implementado en casos de actividades peligrosas- tanto por la Corte Suprema de justicia, como también por el Consejo de Estado, habría que esperar un avance más significativo de la Constitución y de la legislación para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo avanzará en este tipo de responsabilidad (Molina, 2005).

Sin lugar a dudas, el desarrollo del artículo 90 Superior, permite de forma clara y contundente que el Consejo de Estado establezca una reparación de los daños cometidos por la Administración de forma diligente sin mediación de una falla en el servicio, esa Corporación comienza a explorar un régimen diferente al de la falla probada a partir del año 1989, desarrollando lentamente un régimen de responsabilidad mucho más favorable para la víctima, por cuanto no era necesario demostrar la intervención de una falta de la Administración sea ésta presunta o probada,

sino más bien el establecimiento de una responsabilidad objetiva por presunción de responsabilidad (Molina, 2005).

En la responsabilidad objetiva, la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante del mismo, y por consiguiente, la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. En este tipo de responsabilidad no es necesario probar la culpa del causante, sino, sólo el hecho de que la acción u omisión causó el daño. De esta forma, el agente dañino asume todos los daños derivados de su actividad, cumpla o no, con el estándar de diligencia. En la responsabilidad objetiva, el criterio determinante es el riesgo, por lo que no se requiere del análisis ni de la verificación de ningún tipo de conducta, sino solo demostrar la existencia del daño, el cual es consecuencia de un hecho (Peña, 2005).

De esta forma, en presencia de un régimen de responsabilidad objetiva, el demandado sólo se puede exonerar probando ausencia de nexo causal, o probando la existencia de una causa extraña (Patiño, 2011).

En materia ambiental, la responsabilidad objetiva tiene en sus ideas directrices o principios motores los siguientes: Principio de Causalidad: El hecho de haber ocasionado el daño, el que constituye el fundamento de la obligación de reparación. Principio de interés activo: Las pérdidas y los daños provenientes de los accidentes inevitables ligados a la explotación de una empresa cualquiera, deben ser considerados, según la justa apreciación social, entre sus costos de explotación. Principio de la prevención: Frente a la dificultad que enfrentaba la víctima, en orden a probar la culpa del autor, se plantea que el único medio que puede poner fin a esta desventaja de la primera, consiste en la introducción de un sistema de responsabilidad que no permita al demandado liberarse de esta mientras no pruebe que el accidente se debió a una causa por completo extraña a su voluntad. Principio de la reparación del daño: inspirada en la idea según la cual, para poder soportar con los menores sacrificios posibles los daños que

sobrevienen, conviene, sin tomar en cuenta el origen del daño y las obligaciones de reparación eventuales, adoptar la precaución que estos daños sean metódicamente repartidos entre los directamente interesados lo que se logra a través de contratos de seguros de responsabilidad (González & Higuera, 2012).

Por ejemplo, se considera objetiva la responsabilidad por daños al medio ambiente (artículo 88 de la Constitución Política, Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, artículo 16 Ley 23 de 1973), derivada de residuos y desechos peligrosos (artículo 4º, "Responsabilidad objetiva, Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación", concluido en Basilea el 10 de diciembre de 1999, aprobado por Ley 945 de 2005 [exequible, Sentencia 1151 de 2005, 11 de noviembre de 2005]) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01, M.P. William Namén Vargas.).

Como se anunció en líneas precedentes, la jurisprudencia ha desarrollado diferentes regímenes de responsabilidad objetiva, los cuales se pasan a analizar a continuación, a saber, el daño especial y el riesgo excepcional.

### **2.2.1. Daño especial**

Es una de las expresiones jurisprudenciales de la responsabilidad objetiva del Estado, la cual tiene como pilar fundamental la equidad, justicia y solidaridad, exigiendo como presupuestos para su configuración una actividad legítima del Estado, la causación de un daño excepcional a un particular que al traste rompe el equilibrio de las cargas públicas y finalmente, el nexo de causalidad entre los dos.

Para que surja la responsabilidad del Estado por este tipo de imputación se requiere la concurrencia de los siguientes elementos; que la

administración despliegue una actividad legítima, que se produzca en cabeza de un particular la ruptura de la igualdad de las cargas públicas y, que entre la actuación de la administración y el rompimiento de esa igualdad exista un nexo de causalidad (Díaz & Restrepo, 2014).

Partiendo de considerar la igualdad de los individuos frente a las cargas del Estado, en la cual, en los casos en donde El Estado deba imponer una carga especial, se genera el deber de indemnizar en contraprestación al ciudadano como forma de reestablecer la mencionada igualdad de cargas. (García Oviedo, citado por Ruiz, 2013).

Se trata entonces, del perjuicio sufrido por un particular más allá de las cargas que la generalidad debía tolerar, debido a una actuación lícita de la Administración.

En materia ambiental, la conducta degradante o contaminante del ambiente puede ser tanto lícita como ilícita. La licitud o ilicitud depende de su conformidad o no con el ordenamiento jurídico. Se considera lícita, la conducta activa u omisiva, que se encuentra en concordancia con el bloque de legalidad imperante, y por tanto, cuenta con el aval o permiso de las autoridades correspondientes, pero que a pesar de ello, es generadora de daños, aun cuando no se sobrepasan los límites establecido por la normativa administrativa o por la autorización (Peña, 2012).

Hoy en día, el aprovechamiento y la explotación de los recursos del medio en beneficio de la comunidad, puede causar a los administrados un daño especial, que excede al que normalmente deben sufrir los ciudadanos, de lo cual deviene su indemnización por parte del Estado, en razón de los principios de equidad y justicia distributiva.

Tal es el caso del “inequitativo reparto de las cargas ambientales”, derivadas de la construcción de rellenos sanitarios, en detrimento de la población pobre asentada en zonas rurales.

En sentencia T-294 de 2014, ponencia de Dra. María Victoria Calle Correa, la Corte Constitucional dirimió un conflicto ocasionado en el

municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) debido a la construcción de un relleno sanitario cerca del Municipio y que por sus impactos ambientales podía afectar a la comunidad indígena de Venado que reside en sus inmediaciones y a quien no se le había consultado, ni escuchado su opinión sobre la obra.

La Corporación, llega a la conclusión, luego de revisar la normatividad que regula los criterios de localización de rellenos sanitarios y los criterios de evaluación de impactos empleados en abstracto por la autoridad ambiental, para la construcción del relleno sanitario de Cantagallo, que entre los parámetros de localización previstos en el artículo 5º del Decreto 838 de 2005, se establece una asignación desigual de puntaje que privilegia la ubicación de rellenos sanitarios en suelo rural sobre su localización en suelo suburbano o urbano, criterio fundado en las prácticas de producción y consumo de estos últimos.

El régimen de responsabilidad objetiva bajo el alero del daño especial, sin duda alguna puede contribuir a la adopción de políticas estatales de carácter precautorias con el fin de evitar el daño ambiental, teniendo en cuenta los costos que implican para la Administración su reparación y las eventuales consecuencias por la prolongación de la acción causante del daño.

### **2.2.2. Responsabilidad por el acto administrativo legal**

La definición clásica del acto administrativo implica una expresión de la voluntad de la Administración encaminada a producir efectos jurídicos (Güecha, 2017), manifestación que se encuentra restringida en todo caso, por el principio de legalidad.

Para Perilla (2015), quien cita a Santofimio, el acto administrativo es el instrumento básico y sistemático en el ejercicio de la actividad administrativa, de manera tal que se dicta con fundamento en la

prerrogativa de poder público que le asiste al Estado, en donde decisiones adoptadas por la administración se encaminan al cumplimiento de los fines Estatales.

Una de las expresiones de la voluntad de la Administración es precisamente la licencia ambiental, la cual es expedida por la autoridad ambiental con el propósito de ejecutar un proyecto, obra o actividad.

Es en esencia, un acto administrativo, dado que es una manifestación de la autoridad competente que ejerce funciones administrativas y se constituye en el medio directo por excelencia, para el cumplimiento de los fines y propósitos estatales en materia de protección y conservación de los recursos naturales y del ambiente (Santofimio, citado por Rodríguez, 2009).

No obstante, la decisión de la Administración expresada entre otras, en la licencia ambiental, a pesar de estar revestida de legalidad y encauzarse al cumplimiento de los fines estatales, puede causar no solo deterioro al medio ambiente y sino también daños antijurídicos a particulares.

Lo anterior, tiene su razón de ser en que otorgar la autorización a un particular, generalmente titular o dueño del proyecto, produce efectos generales, dado que se encuentran involucrados los derechos e intereses ambientales que se consideran colectivos, los cuales, pueden verse comprometidos con el otorgamiento de una licencia ambiental (Rodríguez, 2009).

Afectaciones que pueden trascender a la esfera particular, de ahí que surja para el Estado el deber de indemnizar, ante la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, de acuerdo a la tesis que ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, en aplicación de la teoría del daño especial.

Para Gordillo (2013), quien cita a Ortiz, la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas, es el caso, de los actos

administrativos lícitos o legales, lo cual es válido para los actos administrativos particulares y para los de efectos generales.

El acto administrativo, entonces, puede causar un daño antijurídico al administrado, situación que no excluye *per se*, la responsabilidad del Estado, la cual debe ser alegada a través del medio de control de reparación directa, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: Uno, que se trate de un acto administrativo legal, es decir, que se trate de una actuación legítima de la Administración. Y dos, que se acredite que la carga impuesta al administrado sea anormal o desproporcionada.

Requisitos que según Ruíz (2016), se fundamentan en que la procedencia de la acción, no depende de que el actor escoja o no cuestionar legalidad del acto administrativo, sino que tal elección estriba directamente de la presencia o no de causal de ilegalidad en el mismo, si ella se presenta, entonces el perjuicio por el cual se reclama la indemnización deviene de una actuación irregular de la administración, esto es, del acto administrativo afectado de ilegalidad, evento en el cual el daño causado con aquel, para que adquiera la connotación de antijurídico, debe lograr su anulación en sede de revisión de legalidad mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que es la que corresponde.

Criterio que se aviene a los actuales pronunciamientos del Consejo de Estado, en los que se orienta no sólo la responsabilidad del Estado legislador sino también por el acto administrativo legal bajo la tesis del daño especial, cuando se afecta de manera grave y diferencial a una persona, surgiendo para este el derecho a la indemnización.

Pero no siempre fue esta la posición asumida por el Máximo órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo. De manera sucinta se analizará a continuación la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado sobre la responsabilidad de la Administración por el acto administrativo legal.

En un comienzo, la jurisprudencia de la Corporación, no obstante admitir el régimen de responsabilidad por daño especial, indicó que tal tipo de responsabilidad “excluye la derivada de la legalidad del acto administrativo”.

En un caso en que se perseguía la reparación de los daños causados por la expedición de un acto administrativo, que a criterio del demandante era la fuente del daño antijurídico, refirió la Corporación:

“Muchos actos administrativos ocasionan desde el punto de vista material evidentes perjuicios a personas de derecho público o privado, pero ellos no pueden considerarse dentro de la técnica jurídica como tales. Es ese el caso, por ejemplo, de la creación de los nuevos municipios, segregándolos de los existentes. Es indudable que el distrito mutilado experimenta daños notorios. Pero ellos no pueden tomarse en cuenta, porque el beneficio general de la colectividad, que resulta del acto, los hace inoperantes y no permite contemplar sino los aspectos favorables que trae consigo el ejercicio de la competencia que tienen las asambleas para crear los nuevos municipios”. (Sentencia del 7 de abril de 1938, M.P. Carlos Lozano y Lozano, Rad. 3575, citada en sentencia del 20 de mayo de 2013, M.P. Hernán Andrade Rincón, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01771-02).

Se advierte de los apartes transcritos, que la ausencia de atribución de responsabilidad estatal se soporta en el principio de la prevalencia del interés general –beneficio de la comunidad – sobre el particular.

Este criterio, sufre un cambio sustancial en la sentencia del 21 de marzo de 1996, M.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Rad. 3575, providencia hito en la que el Consejo de Estado, apelando al argumento del rompimiento de las cargas públicas por la imposición de una restricción al ejercicio del derecho de dominio un bien inmueble particular al declararlo de interés patrimonial, abre la posibilidad de solicitar de indemnización de

perjuicios con ocasión de un acto administrativo ajustado a derecho, precisando que la acción indicada no es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Posición que ha sido sucesivamente reiterada, en sentencias de la Sección Primera, Sentencia de 28 de noviembre de 1996, Rad. 3967, Actor: Hacienda Villa Lucía Limitada Martha Patricia Ramírez Nieto, C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez; Sentencia de mayo 8 de 1997, Exp. 4291, Actor: Kokoriko Ltda., C. P. Juan Alberto Polo Figueroa; Sentencia de 8 de mayo de 1997, Rad. 4208, Actor: Sociedad Operaciones Bursátiles S.A., Demandado: Concejo Municipal de Santiago de Cali, C. P. Juan Alberto Polo Figueroa; Sentencia de 22 de mayo de 1997, Exp. 4261, Actor: Antonio Obeso de Mendiola y Otra, C. P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz y Sentencia de 22 de mayo de 1997, Rad. 4207, Actor: Sociedad Las Mercedes Ltda. Hermanos y Cía. S. en C.S., Demandado: Concejo Municipal de Santiago de Cali, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez; Sentencia de 22 de mayo de 1.997, Rad. 4205, Actor: Yolanda Velasco de Navia y otros, Demandado: Concejo Municipal de Santiago de Cali, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.<sup>7</sup>

Siguiendo este hilo argumentativo, en Auto del 19 de febrero de 2004, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, Radicación 52001-23-31-000-2002-01264-01, en un caso que se reclamaba por vía de reparación directa la indemnización de los perjuicios ocasionados por el municipio demandado con ocasión de la limitación del uso y aprovechamiento de algunos terrenos que el actor posee, por razón de la fijación del Plan de Ordenamiento Territorial, dispuesto mediante Acuerdo No. 007 del 28 de junio de 2000, expedido por el Concejo municipal, ya que fueron afectados con la medida de “*amenaza volcánica media*”. El Consejo de Estado señaló que el perjuicio

---

<sup>7</sup> Citadas en sentencia del 8 de marzo de 2007. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421).

tuvo origen en una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores, pero que, pese a esa legitimidad, el demandante habría soportado una carga excepcional o un sacrificio mayor que rompió la igualdad frente a las cargas públicas, cuyo resarcimiento es posible reclamarlo mediante el ejercicio de la acción de reparación directa.

Criterio que se itera por el Consejo de Estado de manera posterior, al precisar que cuando se alega la causación de un perjuicio derivado de la ilicitud o ilegalidad de una decisión administrativa, las acciones procedentes son las acciones de nulidad o también llamadas acciones de legalidad o de impugnación. Contrario sensu, cuando esto no sucede, es decir, no se discute la validez del acto administrativo, y sólo se alega la causación de perjuicios, la acción procedente es la de reparación directa (Sentencia del 27 de abril de 2006, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Rad. 19001-23-31-000-1996-07005-01).

Y en sentencia del 8 de marzo de 2007, en un caso en que se reclamaba el pago de perjuicios causados por el Acuerdo Municipal que suprimió la Contraloría Municipal de Virginia (Risaralda) ya que el actor había sido elegido de manera reciente como su titular, la Corporación, luego de hacer un repaso de la jurisprudencia en lo que concierne a la ley en sentido lato y de actos administrativos de carácter general, precisó:

“Vista en forma panorámica la evolución jurisprudencial en punto de responsabilidad estatal por actos legítimos, puede afirmarse que tras la construcción de la responsabilidad por la expedición y aplicación de normas constitucionales, de preceptos legales, así como de actos administrativos, cuya “juridicidad” no es reprochada, y que no obstante su “licitud” o “legitimidad” pueden entrañar algún daño antijurídico que comprometa la responsabilidad del Estado, hay un común denominador; ese elemento que se predica de la responsabilidad estatal con ocasión de estos tres niveles normativos no es otro que el régimen de responsabilidad aplicable: el daño

especial” (Sección Tercera, 8 de marzo de 2007, radicado 16.421, C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

Si bien el Consejo de Estado encontró en el caso comentado que existía una indebida escogencia de la acción, en tanto que el actor cuestionaba de manera soterrada la legalidad del citado Acuerdo, de lo cual devenía una sentencia inhibitoria, no se puede pasar por alto que la decisión de la Administración constituía *per se* un riesgo que no fue previsto por la Administración, pues con la supresión del ente encargado constitucionalmente de velar por la protección del patrimonio de la Nación y la correcta utilización legal de los recursos públicos, era evidente no solo la afectación del demandante, sino también de la comunidad en general.

En otros términos, resulta evidente que la administración en el ejercicio de una actividad claramente lícita incumplió su deber planear y por ende de prevenir los daños y afectaciones a las que efectivamente hubo lugar con ocasión del Acto Administrativo. Por ello es procedente la reparación del daño causado por la Administración que aun teniendo el deber de prevenir no lo hizo, lo cual generó un evidente desequilibrio en las cargas públicas que deben soportar los administrados y los servidores públicos, expresado en la ruptura de las relaciones laborales a término indefinido y con una duración determinada como lo es el caso del accionante (Amaya, 2015).

En sentencia posterior, reitera el Consejo de Estado que si el perjuicio tuvo origen en una actividad lícita de la administración como es la que se desprende de **la ejecución de un acto administrativo cuya legalidad no se discute, es posible reclamarlo mediante el ejercicio de la acción de reparación directa en la medida en que se configura un daño especial (Sentencia del 20 de 2013, C.P. Hernán Andrade Rincón, Rad. 25000-23-26-000-2000-01771-02).**

De acuerdo con la posición anterior, en aquellos eventos en los que la legalidad del acto administrativo no está puesta en cuestión, sino

los daños antijurídicos ocasionados por este, la acción de reparación directa es el cauce procesal idóneo para reclamar los perjuicios que a este título se reclaman (Sentencia del 29 de mayo de 2014, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, C.P. 200012331000199900636-01, 200012331000200100769-01).

En sentencia más reciente, el máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo, insiste en que la escogencia de la acción no depende de la discrecionalidad del demandante, sino del origen del perjuicio alegado, reservando la acción de reparación directa para los que encuentren su fuente en un hecho, omisión u operación administrativa; sin embargo, recaba en que la regla aludida, encuentra dos excepciones claras en la jurisprudencia: La primera tiene que ver con los daños que se hubieren causado por un acto administrativo legal y la segunda, con los daños cuya fuente sea la ejecución de un acto administrativo que haya sido objeto de revocatoria directa o de anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Sentencia del 4 de noviembre de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón, Radicación 52001-23-31-000-2000-00003-01).

Días más tarde, el Consejo de Estado reitera la posición que de antaño ha sostenido, acerca de la procedencia de la responsabilidad estatal por el acto administrativo legal; sin embargo, aclara que la conducción del medio de control no depende de que el demandante escoja cuestionar o no la legalidad del acto administrativo. Lo determinante, precisa, es establecer el origen de la antijuridicidad del daño alegado, es decir, si proviene de la ilegalidad del acto administrativo, o si es consecuencia de la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas causada en un acto ajustado a derecho. Y agrega:

“si se alega que el daño ha sido causado por un acto administrativo legal, la acción procedente sería la de reparación directa y es preciso acreditar que la carga impuesta al administrado sea anormal o desproporcionada. Por el contrario, si el daño se origina en la ilegalidad del acto, la acción indemnizatoria idónea para lograr tal

restablecimiento, es la de nulidad y restablecimiento del derecho” (Sección Tercera del 26 de noviembre de 2015, C.P. Guillermo Sánchez Luque. Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04380-01).

En el año 2016, el Consejo de Estado insistiendo en la posición sostenida hasta ese momento, precisó que el universo de posibilidades jurídicas no se detiene en establecer cuál ha sido la fuente del daño, en la medida en que, por excepción, es dable demandar la reparación de los perjuicios que causa un acto administrativo, sin embargo los eventos en que procede son restringidos, como es el caso del acto administrativo legal, controversia que puede ubicarse en sede de reparación directa; sin embargo, para que ello sea procedente, es necesario:

“i) Que se trate de un acto administrativo legal, esto es, que se esté frente a una actuación legítima de la Administración; ii) Que se acredite que la carga impuesta al administrado sea anormal o desmesurada (rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas o violación de la justicia distributiva) y; iii) Que no se entienda que la procedencia de la acción queda al arbitrio del actor, quien no está facultado para escoger si cuestiona o no la legalidad del acto en la medida en que debe existir claridad sobre la legalidad de la decisión administrativa y, por ende, la ausencia de un interés legítimo de control del acto” (Sentencia del 1 de agosto de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Rad. 47001-23-31-000-2003-00961-01).

Para finalizar este periplo jurisprudencial, en el año 2017, la Sección Tercera del Consejo de Estado, recalca en la posibilidad de ejercer la pretensión de reparación directa cuando el daño haya sido ocasionado por actos administrativos legales, con fundamento en el daño especial (Sentencia de febrero 22 de 2017, M.P. Hernán Andrade Rincón, Rad. 68001-23-33-000-2015-01276-01).

Parafraseando a Ruiz, citado por Leguizamón (2013), la misma jurisprudencia ha reconocido que la función administrativa, por ser secundaria de la ley, pues los actos de la administración están ceñidos a ésta sin estas exentos de no prever los daños causados, genera una responsabilidad que ha sido más fácil de concebir que la responsabilidad del Estado Legislador o por el hecho de las leyes. Y agrega:

“Tampoco se ha asimilado el acto ilegal a una falla en el servicio, pues sin la acción de nulidad que desvirtúa la presunción de legalidad que amparaba el acto cuestionado, éste seguiría surtiendo efectos jurídicos siendo ilegal, de manera que, siendo necesaria su anulación y procedente la reparación de perjuicios vía restablecimiento del derecho, no procede la acción directa por el acto administrativo ilegal.” (Leguizamón, 2013).

De acuerdo a los pronunciamientos reiterados del Consejo de Estado y retomando lo expuesto en la parte introductoria de este trabajo, en el caso de daños causados por la actividad minera desarrollada bajo el amparo de una licencia ambiental, el Estado debe responder siempre que se cause un rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas al particular, bajo el alero del daño especial.

Surge entonces el interrogante acerca del tipo de responsabilidad que nace cuando el Estado no cumple con sus funciones constitucionales ambientales al momento de expedir una licencia ambiental, sin que pueda predicarse aún un daño cierto, puesto que al no existir certeza del daño, elemento en el cual se centra la responsabilidad, quedaría este desplazado de su centro gravitacional por el elemento de riesgo al que se somete a los administrados y al medio ambiente, de la muy alta probabilidad de ocurrencia del daño. En ese caso, podría hablarse de responsabilidad, ora por la generación de un riesgo, ora por un daño especial causado ante el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas.

Ese riesgo estaría en últimas sostenido de manera primigenia en la idea de la trasgresión de deberes de planeación en el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, previsto en el artículo 80 de la Constitución Política y que coloca al medio ambiente y en particular, a los ciudadanos en un estado de indefensión que no están obligados a soportar ante la ausencia de planificación y previsión por parte de la autoridad ambiental, de todos los daños que puede generar la actividad minera sobre el medio ambiental.

Estos casos, podrían enmarcarse dentro de un régimen objetivo de responsabilidad ambiental, cuyo elemento central sería el riesgo inminente de daño, verificable mediante elementos científicos indicadores de los efectos o las consecuencias del actuar administrativo.

### **2.2.3. Riesgo excepcional**

Al igual que todos los demás títulos jurídicos de imputación, tiene sustento en la noción de daño antijurídico contenido en el artículo 90 Constitucional. De manera similar al daño especial, surge el deber de indemnizar ante la creación de un daño o lesión a un bien jurídicamente tutelado. No obstante, en el riesgo excepcional, la actividad de la administración pone en situación de riesgo al individuo, imponiendo a los asociados una carga que no tienen la obligación de soportar.

Una importante corriente legislativa, jurisprudencial y doctrinal consideran que la responsabilidad objetiva está fundada en la teoría del "riesgo provecho". En estos casos, los riesgos deben ser considerados como la contrapartida del provecho económico que obtienen (Koleen, 2017).

En la teoría del riesgo excepcional, la administración debe responder por los daños causados con su actuación legítima, siempre que constituyan la materialización de un riesgo creado por ella (Díaz & Restrepo, 2014).

Aplica de manera general en los eventos de actividades peligrosas. No obstante, Ruiz (2013) alerta sobre la confusión entre el presente título de imputación y el daño especial. Para ello, cita al Consejo de Estado en sentencia del 23 de octubre de 2003, ponencia del Dr. Ramiro Saavedra Becerra (Consejo de Estado, Sección Tercera, 25000-23-26-000-1995-00580 (exp: 14211)). La providencia citada, inicia presentando la razón de la confusión: Tanto el daño especial como el riesgo excepcional se sustentan en el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Empero, posteriormente aclara la diferencia entre las dos. Mientras el daño especial se configura por la ruptura directa de dicha igualdad; en el riesgo excepcional el título de imputación lo determinara el riesgo adicional al que se somete al individuo.

En las actividades productoras de peligros, como son las que mayores amenazas producen para el medio ambiente, la sola creación de riesgos en provecho propio hace recaer sobre el autor la responsabilidad del daño que se pueda ocasionar, lo que supone la elevación del nivel de diligencia exigible, con la prueba del agotamiento de la diligencia para poder quedar exonerado. Para que exista responsabilidad debe probarse que la actividad del demandado ha sido la causa del daño, esto es, la concurrencia de relación de causalidad, pero una vez probada su concurrencia, la adecuación de la actividad a los requisitos jurídicos exigidos no basta para exonerar el deber de resarcir el daño causado (Lozano, 2005).

Bajo esta óptica, en el esquema objetivo de Responsabilidad Civil, el agente contaminante responde por el daño causado por el ejercicio de una actividad potencialmente peligrosa para el medio ambiente, más allá de si obró con culpa o negligencia, y sólo podrá exonerarse probando que el daño no fue causado por él, o que se debió a una causa de fuerza mayor; puesto que lo determinante es la reparación del daño injustamente recibido y la prevención de los daños ambientales; por tanto, su efectividad estará sujeta a la clara identificación del agente contaminador, a la cuantificación

del daño acontecido, y al establecimiento de vínculos entre la causa y el efecto, y entre el daño ocurrido y el agente generador del daño (Aguilar, 2010).

Para que opere el sistema de responsabilidad objetivo por riesgo excepcional, resulta necesario acreditar el nexo causal entre el daño y la conducta del Estado. En un caso de aspersión de cultivos ilícitos con glifosato, el Consejo de Estado encontró que,

La actividad de la administración de erradicación de cultivos de uso ilícito supuso la creación de un riesgo que se concretó en un daño, y es relevante establecer qué y quién desencadenó el curso causal, todo esto teniendo en cuenta que se trata de un régimen de responsabilidad objetivo en el que, a pesar de que es superfluo el dolo o la culpa, se debe establecer quien adelantó la actividad que implicó la utilización de una sustancia considerada de riesgo o peligrosa que produjo un daño antijurídico (Consejo de Estado, Sección tercera, Sub-B, Rad. 41001-23-31-000-2000-02956-01, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero)

### **2.3. Principio de confianza legítima**

El Consejo de Estado en sentencia del 31 de agosto de 2015, expediente 22637, siendo Consejero Ponente el doctor Ramiro Pazos, se refiere a los supuestos para abrir paso a la responsabilidad del Estado por la declaratoria de leyes declaradas exequibles. Concluye en primer término, que la configuración del daño antijurídico no pende de la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad de una ley; en segundo término, el daño antijurídico puede surgir no solo de la afectación de derechos subjetivos adquiridos sino también de la defraudación de expectativas legítimas y estados de confianza; en tercer lugar, el título de imputación principal frente a la afectación situaciones consolidadas o *jura quaesita* que causen un daño antijurídico con ocasión de una ley declarada exequible es el daño especial,

pero en tratándose de la vulneración a expectativas legítimas o *jura existens in spe*, el daño se endilga por la afectación o defraudación del principio de confianza legítima; por lo que la manera de reparar la afectación en cada caso es distinta, dependiendo si se trata de transgresión a derechos adquiridos o por el contrario, de expectativas o esperanzas legítimas.

De esta manera, el Consejo de Estado concluye que la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador, también puede surgir cuando al proferir una ley exequible, se soslayan las expectativas o esperanzas legítimas de los administrados, independientemente si han materializado o no un derecho adquirido.

La introducción por parte del Consejo de Estado del principio de confianza como título autónomo e independiente de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado, ha sido criticada debido a la confusión que presenta.

Para el Profesor Rojas (2016), la responsabilidad hoy se ha ampliado sustancialmente, pues con independencia del surgimiento de un derecho, la simple defraudación de las expectativas legítimas y de los estados de confianza con la expedición de una regulación es, para el Consejo de Estado, una fuente de responsabilidad estatal, dado que, al decir del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, dicha defraudación supone una lesión, afectación o menoscabo que el particular no está obligado a soportar.

Sin embargo, Rojas (2016), pone en cuestionamiento qué tan conveniente es esta nueva postura del Consejo de Estado y plantea algunos interrogantes sobre el tema, no siendo extraño, según Rojas, que el mismo título de imputación se propague a todas las actuaciones de la administración, restringiendo el obrar, por ejemplo, del Gobierno, de la fuerza pública e, incluso, de los jueces al proferir sus fallos.

Para Peñuela (2017), no existe un cuarto título jurídico de imputación en la responsabilidad estatal. Para este autor, al sostenerse que

el título de imputación en aquellos casos en que se defrauden expectativas legítimas o estados de confianza está representado por el principio de confianza legítima, se está confundiendo el interés lícito objeto de protección (derecho subjetivo o situaciones en construcción) con el conjunto de elementos que servirán de herramienta para analizar el caso concreto (falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial).

A pesar de las críticas que puedan surgir, debe reconocerse que se ha realizado un ingente esfuerzo argumentativo por parte del Consejo de Estado para edificar el principio de confianza como título jurídico de imputación autónomo e independiente.

Lo cierto es, que el daño antijurídico que pueda surgir por el hecho de las leyes ha sido ampliamente analizado por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, situación de la cual no ha escapado el tema ambiental.

En el caso de las licencias ambientales, la Corte Constitucional ha considerado que las mismas pueden ser revocadas cuando quiera que las condiciones y exigencias por ellas establecidas no se estén cumpliendo conforme a los términos definidos en el acto de su expedición, según lo dispone el artículo 62 de la Ley 99 de 1993; pero también ha referido, puede ser revocada cuando

Se advierta la posibilidad de que la actividad, obra o proyecto autorizados generen daños o alteraciones al paisaje no previstos al momento de su concesión, pero que según las circunstancias es posible evitar, atendiendo a lo expuesto en las Sentencias C-293 de 2002 y C-703 de 2010.” (C. Const. C-746/2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 11 de diciembre de 2014<sup>8</sup>, indicó que la protección de los

---

<sup>8</sup> E l Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible consulta a la Sala sobre la aplicación e n e l tiempo del párrafo 1 o del artículo 202 d e l a Le y 1450 de 2011 mediante el cual se prohíbe adelantar actividades

ecosistemas de páramo en beneficio de toda la colectividad, e incluso de la sostenibilidad ambiental global, debe tener en cuenta también la situación de las personas que habitan o explotan legalmente dichos territorios, con el fin de evitar, en la medida de lo posible, que la implantación de la prohibición analizada genere innecesariamente situaciones de responsabilidad estatal.

Resalta la Corporación que “la Constitución protege la buena fe y la confianza legítima, las cuales indican que no debe haber cambios normativos intempestivos sin que medie un periodo de transición para su asimilación”. Y agrega:

Precisamente, la jurisprudencia ha indicado que uno de los supuestos que activa el principio de confianza legítima es la prohibición de una actividad que antes estaba permitida, frente a lo cual se requiere, por lo menos, normas de adaptación o transición a las nuevas condiciones normativas (Concepto del 11 de diciembre de 2014, M.P. William Zambrano Cetina, Rad. 11001-03-06-000-2014-00248-00).

No obstante, refiere la Sala, la seguridad y la confianza legítima no se traduce en una garantía de inmutabilidad de la ley, teniendo en cuenta que el Estado conserva la potestad de hacer los ajustes normativos que propende la satisfacción del interés general. Lo que sí genera, es la posibilidad del particular de reclamar patrimonialmente ante un cambio en la legislación, de lo cual surge la necesidad para el Estado, de llegar a acuerdos de compensación económica con el fin de evitar reclamaciones judiciales.

Por su parte, la Corte Constitucional en la trascendental sentencia C-035 de 2016, ponencia de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, en la que se analiza la constitucionalidad del parágrafo primero del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, que regulaba las actividades extractivas en ecosistemas de páramo.

---

agropecuarias, de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales, así como la construcción de refinerías, en los ecosistemas de páramo.

La disposición, protegía un régimen de transición que permitía levantar la prohibición de desarrollar proyectos y actividades mineras y de hidrocarburos en ecosistemas de páramo para aquellas actividades extractivas de exploración y de explotación que se fueran a realizar en aquellos lugares que hayan sido delimitados como áreas de páramo y que contaran con un contrato de concesión y con una licencia ambiental (Gutiérrez, 2017).

Sostuvo la Corporación, que no resulta razonable permitir transitoriamente las actividades de minería e hidrocarburos en áreas de especial protección constitucional, cuando existe una situación de “déficit de protección” jurídica, y la disposición que permite dichas actividades no ofrece una garantía real de protección. Y agrega la Corte que,

Las facultades otorgadas a las autoridades ambientales, de hidrocarburos y mineras para que ejerzan un “control, seguimiento y revisión” de las licencias, “aplicando las directrices que para el efecto defina el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible” no constituyen una garantía de protección ambiental con carácter vinculante. (C. Const. C-035/2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Resuelve la Corte, ante la necesidad de proteger constitucionalmente los ecosistemas de páramo debido a su fragilidad y a la ausencia de protección jurídica en que se encuentran, declarar la inconstitucionalidad de los incisos primero, segundo y tercero del primer párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015.

Para Gutiérrez (2017), existen destellos de una inseguridad jurídica presente en el ordenamiento y prueba de ello fue la Sentencia C-035 de 2016, la cual declaró inexecutable un régimen de transición que duró vigente por casi ocho meses (9 de junio de 2015-8 de febrero de 2016) y que por esto permitió que se creara una evidente confianza legítima en aquellos que iban a ser cobijados por el mismo.

Esta decisión, sin lugar a dudas abre la posibilidad de que el Estado deba responder patrimonialmente por la pérdida de oportunidad y perjuicios causados al dar por finalizada la expectativa del particular que se encontrara realizando actividades extractivas, amparados en el régimen de transición que permitía levantar su prohibición.

### **3. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de Regímenes de Responsabilidad y títulos de imputación aplicables al Estado en materia ambiental**

El primer supuesto del que se debe partir, es resolver si procede la responsabilidad del Estado por la concesión de licencias ambientales; en caso afirmativo, bajo qué título jurídico de imputación.

Como el propósito principal de este trabajo es determinar el Régimen de Responsabilidad aplicable para el caso planteado, resulta pertinente hacer un análisis del desarrollo jurisprudencial sobre los regímenes de responsabilidad aplicables. Para el efecto, se llevó a cabo el proceso de selección de sentencias correspondientes a los últimos diez (10) años, dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en ejercicio del medio de control de reparación directa.

No obstante, antes de entrar a su análisis, debe puntualizarse que la evolución de la jurisprudencia frente al tema no ha sido progresiva en el tiempo, pues no ha sido uniforme el título jurídico aplicable por el Consejo de Estado, pues en algunos casos ha acudido a la falla del servicio y en otros a la responsabilidad objetiva.

En segundo lugar, respecto al análisis de atribución de responsabilidad al Estado por el desarrollo de las actividades mineras son escasos los pronunciamientos por parte de la Sección Tercera en sede del medio de control de reparación directa, razón por la cual los casos que se traen a colación son alusivos al daño ambiental en general.

Para iniciar, se recuerda que la Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, tiene sus albores en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia.

Explican Ortega y Ávila (2015) que la Corte Suprema de Justicia para sustentar la responsabilidad ambiental, se valió de dos figuras del derecho civil: El abuso del derecho y la teoría del riesgo por actividades peligrosas.

El acto abusivo se especifica en relación a los actos ilícitos, al ser realizado en ejercicio de un derecho pero sobrepasando sus límites normales. En este sentido, el abuso en el ejercicio de los derechos se enmarca dentro de la teoría general de la responsabilidad civil, y se somete a sus principios generales. Las consecuencias jurídicas del abuso de un derecho son el deber de indemnizar los daños causados, y cuando proceda, la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso, por eso en nuestro derecho la sanción del abuso no se reduce al resarcimiento del daño, sino que comprende las medidas impeditivas de su persistencia (cesación de los efectos del abuso). (Sentencia número 53-1998 del 27 de mayo de 1998, citada por Peña, 2014).

La teoría del riesgo en los casos de responsabilidad ambiental, aplicado por la Corte Suprema de Justicia, ha servido de sustento para la aplicación de un Régimen de Responsabilidad Objetiva en estos asuntos.

Sin embargo, a diferencia de la Corte Suprema, el tratamiento jurisprudencial del Consejo de Estado no ha sido unánime. Briceño (2002) encuentra que, al igual que la Corte Suprema de Justicia, para el Consejo de Estado el régimen de responsabilidad objetiva se fundamenta en la existencia de un riesgo excepcional. Sin embargo, anota Briceño (2002) que el Consejo de Estado “no ha contemplado dentro del concepto de actividades riesgosas aquellas que comporten riesgos excepcionales para el medio ambiente” (p. 105).

Posterior a la Constitución de 1991, esa Corporación ha ampliado la aplicación de la responsabilidad objetiva con fundamento en la teoría del riesgo. Antes de la Constitución Política de 1991, se hacía uso de la noción de riesgo especial para sustentar la responsabilidad del Estado, aun cuando en el proceso no se había probado la culpa de la administración. En este sentido, si se determina que en un caso concreto, la persona es sometida a un riesgo excepcional solo se hace necesario probar la existencia del daño.

Con miras a verificar cómo se ha desarrollado por parte del Consejo de Estado el tema de responsabilidad del Estado en materia ambiental, se toma como punto arquimédico la sentencia del 2 de noviembre de 2016, Magistrado Ponente Ramiro Pazos Guerrero, Radicación 23001-23-31-000-2008-00107-01, por ser la más reciente sobre el tema.

Luego, se realizó un proceso de ingeniería reversa con el fin de localizar las citas contenidas en la sentencia arquimédica, lo que permitió formar el nicho citacional.

El nicho arrojó las siguientes sentencias:

Sentencia del 2 de noviembre de 2016. Magistrado Ponente Ramiro Pazos Guerrero. Rad. 23001-23-31-000-2008-00107-01	
Sentencia del 30 de enero de 2013 Rad. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Radicación N° 18001-23- 31-000-1999-00278-01	Sentencia del 20 de febrero de 2014. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Rad. 41001-23-31-000- 2000-02956-01

Como se puede observar, la construcción de una línea jurisprudencial sobre los regímenes de responsabilidad del Estado por el daño ambiental, resulta una tarea difícil. En efecto, la sentencia que se considera es la arquimédica, trae a colación solo dos (2) sentencias sobre

el tema; por su parte, la sentencia del 20 de enero de 2013, no cita ninguna, mientras que la sentencia del 20 de febrero de 2014, si bien cita algunas sentencias, fueron proferidas en acciones populares, escenario judicial que como se anotó en el segundo capítulo, examina las afectaciones al daño ambiental puro, situación que desborda el problema de investigación planteado.

No obstante las dificultades relacionadas con la construcción de la línea, se pasará al análisis de las sentencias mencionadas, así mismo, se trae a colación otras providencias proferidas por el Consejo de Estado, que aunque son proferidas de manera aislada, sirven para ilustrar el tratamiento jurisprudencial que en materia de regímenes de responsabilidad estatal por daño ambiental consecutivo, ha dado esa Corporación. Veamos:

En la sentencia que se toma como punto de partida, se analizó por parte del Consejo de Estado la demanda instaurada contra la Policía Nacional como consecuencia de los daños causados por aspersión de glifosato a los cultivos de propiedad del señor Eduardo Diomedes Sánchez Vargas, cuyo predio se encontraba ubicado en cercanías a la zona objeto de erradicación.

La Alta Corporación, luego de realizar algunas precisiones sobre la responsabilidad en materia ambiental, analiza el tema de la fumigación con glifosato y el régimen de responsabilidad aplicable por los daños derivados de la aspersión. Señala el Consejo de Estado, en primer lugar, que si bien es un interés público legítimo la erradicación de cultivos ilícitos, en dicho proceso además de respetarse los derechos humanos deben utilizarse técnicas que protejan el medio ambiente, no solo desde el punto de vista colectivo, sino también desde el punto de vista individual. Y agrega:

cuando el Estado cause un perjuicio particular derivado de una lesión ambiental, entrará a responder patrimonialmente por el mismo, en tanto el particular no se encuentre llamado a soportar el

menoscabo, vulneración o desconocimiento de un derecho o una situación jurídicamente protegida (Radicación 23001-23-31-000-2008-00107-01(41467)).

Concluyó el Consejo de Estado, que el uso del glifosato en la erradicación de cultivos ilícitos es una actividad peligrosa, cuando con el mismo se generen daños antijurídicos, por lo que hay lugar a declarar la responsabilidad sin que sea relevante acreditar que se cumplió con los deberes de cuidado, bajo el alero de la responsabilidad objetiva.

Pero no en todos los casos en los que alegue la existencia de un daño ambiental, impera el deber de indemnizar a cargo del Estado.

En septiembre de 2015, se profiere una sentencia en la que el Consejo de Estado analiza la reclamación de perjuicios causados al perderse durante largo tiempo la pesca en la zona de Salahonda por el derramamiento de crudo, lo que le impidió continuar comercializando el producto de dicha actividad. Se imputó dicha situación a la conducta negligente de la Nación – Ministerio de Minas y Ecopetrol.

Señaló en esta oportunidad el Consejo de Estado, luego de anotar las marcadas diferencias doctrinales entre el daño ambiental puro y el daño ambiental consecutivo, que en el caso concreto, el daño antijurídico no se encontraba debidamente acreditado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 52001-23-31-000-1998-00097-02, C.P. Hernán Andrade Rincón).

Similarmente, como se señaló en líneas precedentes, el título jurídico aplicable en el caso ambiental no ha sido uniforme. Es así como en noviembre de 2014, en un caso en el que se reclamaba el pago de perjuicios causados como consecuencia de la inundación de un predio como consecuencia del relleno irregular del humedal “El Lago”, el Consejo de Estado acudió al título de falla del servicio:

Por tanto, la tardanza en la implementación de las medidas necesarias para prevenir el daño que ocasionarían las obras

irregularmente ejecutadas por el señor Sinisterra Pombo, le resultan atribuibles a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR- a título de falla en el servicio, ya que a esta entidad le asistía el deber de garantizar que los trabajos allí adelantados cumplieran con los requisitos contenidos en las normas ambientales precisamente para evitar consecuencias negativas en el entorno a causa de las labores de relleno del predio, tal como ocurrió con el predio de la familia Gaitán Gómez (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub C, Rad. 25000-23-26-000-2001-02070-01, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz,).

En sentencia del 27 de marzo de 2014, Expediente 25000-23-26-000-2000-01010-01, ponencia de la Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, el Consejo de Estado luego de destacar la importancia que en la comunidad internacional representa el tema de proteger a las víctimas de los daños al medio ambiente y proceder a su reparación cuando sea del caso, agrega que las afectaciones a este y a los derechos individuales por la misma causa, pueden estar precedidas de autorizaciones administrativas legamente otorgadas, con miras a la realización de proyectos bien sea públicos o privados en aras de satisfacer los fines estatales y así mismo, dotados de un visto bueno institucional e incluso de aceptación general en la comunidad. Y agrega:

Podría incluso acompañarse con prácticas habituales cuyos efectos perniciosos no se conciban con claridad. De este modo, para la puesta en marcha de una refinería, la explotación de una mina, de un pozo petrolero, la construcción de una carretera, el funcionamiento de un aeropuerto, o cualquier obra que pueda producir deterioro de los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, está claro que se requiere agotar los trámites legales como estudios de impacto y planes de manejo, con el fin de obtener la respectiva licencia ambiental, que en sí mismos no excluyen la configuración de un daño antijurídico y por ende puede comportar

responsabilidad individual o colectiva, al margen de la validez de los actos u operaciones que los generaron.

En este sentido, la sentencia hace un breve estudio de derecho comparado en el que se evaluaba la procedencia de la responsabilidad estatal en casos de autorizaciones administrativas.

Precisamente, la sentencia trae a colación los casos de las legislaciones española, italiana y francesa en donde la existencia de una autorización administrativa no exculpa la responsabilidad del mismo.

El principal argumento, para la procedencia de la responsabilidad en casos de autorización administrativa como la licencia ambiental, es que de dicha autorización no se sigue que las personas estén en el deber jurídico de soportar un daño.

A conclusión similar llega Ruiz (2013): Aun cuando el acto sea legal, si el mismo genera daño a los derechos e intereses de otra persona que no debe soportar, el Estado se hace responsable, y en el criterio de Ruiz (2013) bajo la imputación de daño especial.

También ha precisado la Corporación, que cuando el daño deriva de una afectación de carácter ambiental, especialmente, cuando el mismo se produce por la aspersion de glifosato, no es posible fundar un Régimen de Responsabilidad a partir de un único título de imputación.

... Así, en algunos eventos, cuando de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente es posible determinar que la entidad demandada incumplió, por acción u omisión, alguno de los deberes de cuidado que le eran exigibles al momento de realizar la aspersion aérea del pesticida, se ha preferido acudir al título de imputación de la falla de servicio, teniendo en cuenta que de este modo se cumple una función de diagnóstico de la actuación de la administración, se contribuye a prevenir el acaecimiento del daño antijurídico y se facilita el eventual ejercicio de la acción de repetición. (...) Ahora bien, en los eventos en los cuales no se demostró una falla de servicio, pero que, sin embargo, se produjo un daño antijurídico

imputable al Estado por cuenta de la aspersión aérea de glifosato, esta Corporación ha señalado que dicha actividad, por su naturaleza, produce riesgos ambientales”. (Consejo de Estado, Sección Tercera Sub. B, Rad.52001-23-31-000-2003-01063-01, C.P. Danilo Rojas Betancourt).

Ultimó la Corporación, que la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, le es imputable el daño antijurídico que sufrió el demandante como consecuencia de la ejecución de una operación aérea de aspersión de glifosato, teniendo en cuenta que se pudo determinar que dicha actividad comporta un riesgo excepcional que debe ser reparado.

En sentencia del 20 de febrero de 2014, también se analiza por parte del Consejo de Estado, el tema de la aspersión con glifosato. En esa oportunidad, señaló la Corporación, que la fumigación aérea con glifosato es una actividad que engendra un riesgo para el ambiente, por lo cual al Estado le asiste un deber de guarda material sobre este tipo de sustancias que opera, obligación que se origina del poder de instrucción, dirección y control del cual está investido (Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 41001-23-31-000-2000-02956-01, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero).

Consideró el Alto Tribunal que la Administración era responsable bajo el título objetivo del riesgo excepcional; sin embargo, como no era posible retrotraer el hecho causante del daño padecido por el demandante –pérdida del cultivo de lulo-; la Sala consideró pertinente la adopción de medidas no pecuniarias de reparación orientadas con fines preventivos a evitar en el futuro la repetición de daños antijurídicos como los probados en el proceso.

En el año 2013, el Consejo de Estado recuerda que en virtud de los cambios que trajo la Constitución Política a la protección del medio ambiente, el otorgamiento las licencias ambientales, no exime al Estado de su responsabilidad en la generación de daños:

En este sentido, el “daño al ecosistema”, así se configure en desarrollo de una explotación lícita, desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica (C.P. arts., 80 y 95-8) y en consecuencia generadora de responsabilidad al punto que la previa obtención del permiso, autorización o concesión del Estado, no comporta impunidad de cara a los daños al ambiente. Es que, en relación con este y el aprovechamiento y explotación de recursos naturales, la Carta, además de sancionar los comportamientos que infrinjan las normas legales vigentes, ordena al Estado prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y exigir la reparación de los daños causados.

Es por lo anterior que la Constitución Política exige al legislador asegurar la efectiva protección del ambiente, mediante la prevención del daño ambiental, esto es, prohibiendo la exploración o explotación ilícitas y la efectiva sanción de conductas que generen, en todo caso, daño ecológico. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad.18001-23-31-000-1999-00278-01, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo).

Similarmente, en un caso en el que se solicitaba la reparación de perjuicios causados como consecuencia del daño ambiental generado como consecuencia del derrumbe de basuras en el Relleno Sanitario Doña Juana, el Consejo de Estado, a pesar que acreditó que en el momento en el que se diseñó el relleno sanitario se estaba frente a un procedimiento experimental, no utilizó el título objetivo de imputación de “riesgo excepcional” sino el subjetivo de “falla del servicio”, puesto que también se demostró que se desconoció el principio de prevención que debe regir todas aquellas actividades que tengan impactos negativos sobre el medio ambiente y que impongan en las autoridades públicas como en los operadores la obligación de mitigación y de asunción de medidas tendientes a evitar la materialización de riesgos (Sentencia del 1 de noviembre de 2012, Radicación N° 25000232600019990002-04).

De esta manera, condenó al demandado a pagar a título de indemnización por daño moral y afectación de los derechos constitucionales a la intimidad familiar y a la recreación y libre utilización del tiempo libre a los integrantes de la acción de grupo.

De modo similar, en un caso de exposición de una persona a un agente contaminante, reconocido ampliamente como cancerígeno (asbesto), debido a la existencia de un relleno sanitario en inmediaciones de su hogar, en el que se depositaban residuos industriales que contenían dicha sustancia, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de julio de 2012 Rad. 25000-23-26-000-1996-02146-01 (18900) deja abierta la escogencia del régimen aplicable:

No obstante lo anterior, como consecuencia de la afectación del medio ambiente ofrecen un sinnúmero de circunstancias que dificultan la labor del juez al momento de decidir si le asiste a la administración el deber de resarcimiento de los perjuicios causados, por lo que, en principio no puede desestimarse la falla del servicio como título de imputación en aquellos casos en que se encuentre demostrada como consecuencia de la inobservancia de normas ambientales.

Es por ello, que en el caso particular, advierte la Sala la existencia de circunstancias que eventualmente permitirían la elección de uno u otro régimen, v.gr la omisión de normas ambientales que supondrían la aplicación de un régimen subjetivo; o la creación de un riesgo excepcional por parte del Municipio, al autorizar el depósito de desechos industriales peligrosos dentro del casco urbano.

En esta sentencia, el Consejo de Estado clarifica su concepto: En los casos en donde se alegue la inobservancia de deberes contenidos en normas ambientales, el título de imputación a aplicar será la falla del servicio, es decir, al régimen de responsabilidad subjetiva.

Como se ha venido señalando a lo largo de este capítulo, son escasos los pronunciamientos que en sede del medio de control de reparación directa, ha elaborado el Consejo de Estado sobre el tema de reparación del daño por la actividad minera.

No obstante, se trae a colación dos (2) casos en los que si bien no se responsabiliza al Estado, permiten analizar cuál ha sido el título de imputación utilizado por el Consejo de Estado, por el daño ambiental causado por la actividad minera.

### **3.1. Análisis de casos de responsabilidad del Estado en materia minera**

A continuación se presentarán dos (2) casos, en los que el Consejo de Estado ha abordado bajo el alero de la falla del servicio el tema del daño ambiental por actividad minera y si bien en ninguno de ellos se condenó al Estado a indemnizar los daños, esto obedeció a la ausencia de prueba de todos y cada uno de los elementos estructurales de la responsabilidad.

Huelga precisar, que si bien los casos se analizan bajo el régimen de falla del servicio, lo anterior ha obedecido a que el fundamento de la pretensión lo hacen consistir en una acción u omisión de la parte demandada, sin embargo, ello no excluye que el Consejo de Estado, en aras el derecho a la tutela judicial efectiva, aplique la máxima *iura novit curia* y responsabilice al Estado, en caso de daños ambientales por la actividad minera, bajo alguno de los títulos de imputación de carácter objetivo.

En sentencia del 28 de julio de 2005, la Sección Tercera del Consejo de Estado, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Rad. 27001-23-31-000-1877-01, analizó la demanda de reparación directa promovida por Roberto castaño Álvarez y otros contra el Municipio de Condoto (Chocó),

por los perjuicios causados tanto por omisión como por acción; OMISIÓN por el incumplimiento de las normas para evitar la indebida explotación en la zona afectada, no vigilar y controlar la actividad minera de los barequeros de la región; y la conducta de ACCIÓN por la adopción equivocada de los correctivos, como fue desviar la quebrada “Los Negros”.

La demanda atribuía el desbordamiento de las aguas y el enlodamiento de los terrenos de propiedad de los accionantes, al hecho de terceros (barequeros o mazamorreros), quienes realizaron la actividad minera, en la Quebrada “Los Negros”, arrojando desechos y basuras, causando el taponamiento del cauce, el represamiento y desbordamiento de las aguas, los cuales acabaron con recursos naturales, como la aludida quebrada, inundaron los sembrados, arrasaron la alimentación de las personas del lugar y extinguieron especies de peces. Igualmente, los demandantes imputan al Municipio de Condoto la conducta irregular del Alcalde, ante la ausencia de prohibición de los trabajos de los pequeños mineros, al autorizarles el desarrollo de la actividad sin exigirles el cumplimiento de las disposiciones sobre preservación de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

La Sección Tercera de la Corporación, luego de analizar las pruebas recaudadas, encontró que no pudo ser la minería de barequeo y mazamorreo la causante del vertimiento de residuos sólidos generadores del represamiento de agua, pues éste no se realiza con retroexcavadoras ni con maquinaria pesada, instrumentos que las pruebas dicen causaron el desbordamiento de las aguas y del lodo sobre los terrenos de los demandantes. Encontró el Alto Tribunal, que incluso la pequeña minería se realiza con instrumentos potencialmente menores en su fuerza (draga y motobomba de baja producción de energía) a aquellas máquinas referidas en las pruebas; que tampoco se probó que la zona donde se desarrollaba la minería se alegaran razones de seguridad, salubridad, ornato y desarrollos urbanos que dieran cuenta sobre la necesaria prohibición de

desarrollo de actividad minera por parte del Alcalde; al respecto señaló la Corporación,

si bien varias de las pruebas dan cuenta del deterioro de los terrenos adjudicados, no se probó que es atribuible a la entidad territorial demandada, pues jurídicamente no se evidencia cuál es el deber legal incumplido, por la Administración Municipal de Condoto (Consejo de estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de julio de 2005, Consejero Ponente María Elena Giraldo Gómez, Rad. 27001-23-31-000-1877-01).

Similarmente, en sentencia del 29 de abril de 2015, el Consejo de Estado analiza la responsabilidad de la Administración bajo el alero de la falla del servicio. En esta ocasión, la Sociedad de los Ríos Delgado Limitada, presenta demanda contra la Empresa de Obras Sanitarias de Pasto EMPOPASTO S.A.-, la Corporación Autónoma Regional de Nariño – CORPONARIÑO- y el municipio de Pasto, tendiente al pago de la totalidad de los daños y perjuicios que, afirma, le fueron irrogados como consecuencia del desbordamiento de la canalización subterránea de la quebrada “La Loreana” (Sección Tercera, Sentencia del 29 de abril de 2015, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad. 52001-23-31-000-1999-00271-01).

La sociedad demandante atribuía la responsabilidad de las accionadas debido a las omisiones, constitutivas de fallas en la prestación del servicio, al no controlar los vertimientos sólidos que ingresaban a la quebrada La Loreana, como consecuencia de la actividad minera y por no realizar los mantenimientos preventivos al sistema de alcantarillado.

El Alto Tribunal encontró, que la sedimentación que se acumuló en las redes de canalización de la quebrada “La Loreana” no provino “únicamente” de la explotación minera - cuya omisión en el control de su vertimiento constituyó el reproche de responsabilidad de la parte

demandante-, sino que este fenómeno se produjo por la acumulación de otros elementos y de otros factores, como las condiciones de la tubería, de manera que no es posible afirmar, o al menos ello no se probó, que los vertimientos de las minas de explotación minera constituyeran el factor determinante para la materialización del daño que se alegó en la demanda. Igualmente, halló la Corporación, que EMPOPASTO realizaba la limpieza preventiva a los sistemas de canalización de la quebrada, lo que se hacía más dispendioso en época de lluvias; así las cosas, “se puede extraer claramente que se ratifica una vez más que, en la jurisprudencia del Consejo de Estado no existe un régimen unificado a aplicarse en los casos de daño ambiental”.

Siguiendo dicha línea, el que un caso específico pertenezca al régimen objetivo o subjetivo, depende del título de imputación aplicable conforme a los supuestos de hecho.

Se procede entonces a dilucidar si el daño ambiental causado por la actividad minera comporta una falla del servicio, un daño especial o un riesgo excepcional.

Como se ha señalado, gran parte de la doctrina, coincide en indicar que la responsabilidad ambiental es objetiva (González, 2003). De suerte, que no es necesario probar la culpa del que causa el daño, sino sólo el hecho de que la acción u omisión ha causado un daño. De acuerdo a este principio, aquí no se examina la culpabilidad del agente, sino sólo su responsabilidad, y esto se debe a que los daños ambientales son continuos, acumulativos, irreversibles y transnacionales, por lo que es importante, después que ocurre el hecho, determinar el responsable para que proceda sin dilaciones a la reparación de los daños (Vargas, 2016).

Se tendría entonces de acuerdo a esta posición doctrinal, que el régimen general de responsabilidad ambiental es exclusivamente objetivo, el cual es una solución drástica que los ordenamientos jurídicos,

en general, prefieren no seguir debido a su carácter extremo (Bautista, 2009).

Tesis que tienen una posición intermedia y que pregona una naturaleza mixta de responsabilidad ambiental (Juan Carlos Henao, citado en sentencia del 16 de mayo de 2011, Corte Suprema de Justicia. M.P. William Namén Vargas. Rad. 52835-3103-001-2000-00005-01).

Sea de naturaleza subjetiva, objetiva o mixta, lo cierto es que el daño se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad suponiendo la aplicación del principio *iura novit curia*, convirtiéndose en un género que cobija varias especies, en donde el elemento daño que es el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad, en tanto que las especies serían su fundamento inmediato (Henao, 1998).

Sin embargo, como se ha dejado expuesto en líneas anteriores, el Consejo de Estado presenta en materia ambiental una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad del Estado, principio general que ha sido consagrado en el derecho comparado en la materia, aunque existen casos en los que continúa aplicando la falla probada y la falla presunta del servicio, tal y como lo hizo en las sentencias que sobre la actividad minera se relacionaron.

Es claro entonces que, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado es factible predicar la existencia de responsabilidad de reparar los daños ambientales imputables al Estado, bien sea a través del régimen de responsabilidad de falla del servicio o de responsabilidad objetiva.

Se destaca, que en los casos en que la actividad minera se encuentre amparada por una licencia ambiental, el Estado responde bajo el alero del daño especial por el daño antijurídico causado por el acto administrativo legal, ante la ruptura del equilibrio de las cargas públicas.

Pero, en los demás casos en que no se requiere licencia ambiental como es el caso de la fase de exploración minero-geológica y que

como se expuso al comienzo de este trabajo, ha causado impactos negativos sobre el medio ambiente, en zonas de especial importancia ecológicas como los páramos, debe acudir a la teoría del riesgo.

Y cuando el Estado no cumple con sus funciones constitucionales ambientales al momento de expedir una licencia ambiental, sin que pueda predicarse aún un daño cierto, podría hablarse de responsabilidad por la generación de un daño especial o de un riesgo, por la trasgresión del deber de planeación y el principio de prevención.

Lo anterior, además, por cuanto el daño ambiental causado por la minería se encuadra dentro de la teoría del riesgo. Teniendo como referencia el Libro blanco sobre responsabilidad ambiental elaborado por la Comisión Europea en el año 2000 como criterio auxiliar de interpretación.

Este documento plantea la necesidad que la responsabilidad ambiental parta del principio de responsabilidad objetiva, con lo cual se excluye el elemento subjetivo de culpa. Frente a esto, el documento señala lo siguiente:

...diversos regímenes nacionales e internacionales de responsabilidad ambiental recientemente adoptados tienen como base el principio de responsabilidad objetiva, pues parten del supuesto de que el mismo favorece la consecución de los objetivos medioambientales. Una de las razones para ello es la gran dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios por responsabilidad ambiental. Otro motivo es el planteamiento según el cual la asunción del riesgo por posibles daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa no corresponde a la víctima ni al conjunto de la sociedad, sino a los responsables de la misma.

No obstante, el documento contempla un régimen subjetivo de responsabilidad, en lo referente a los daños a la biodiversidad que no tengan carácter de ser peligrosos.

Quiere decir lo anterior, que el Libro Blanco, tiene el mismo criterio de identificar a las actividades peligrosas con el Régimen Objetivo de responsabilidad. Pero, precisa el concepto indicando que los daños a la salud, a la propiedad o lugares precisos deben entenderse como actividades peligrosas o potencialmente peligrosas, a las que le son aplicables un régimen objetivo.

En consonancia con lo anterior, la Directiva Europea 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, estableció por primera vez en la Unión Europea un régimen completo de responsabilidad por los daños al medio ambiente basado en el principio que «quien contamina paga», estableciendo la responsabilidad objetiva de los sujetos causantes de un daño ambiental actual o potencial, únicamente en el ejercicio de las actividades peligrosas, económicas y profesionales enumeradas en el Anexo III, grosso modo, el control integrado de la contaminación, la gestión de residuos, vertidos a las aguas superficiales y subterráneas, sustancias peligrosas y organismos genéticamente modificados (Citada en sentencia del 16 de marzo de 2011, Corte Suprema de Justicia. Rad. 52835-3103-001-2000-00005-01).

Este punto es importante, máxime, si se considera que la minería, en caso de desarrollarse según los estándares determinados, podría causar *per se* daños irreparables al medio ambiente, a la vida e integridad de las personas. En especial, cuando la actividad minera se realiza sobre recursos hídricos, el cual como se afirmó en el capítulo anterior, uno de los supuestos que constituyen daño, es la contaminación generada a partir de los vertimientos de mercurio y otros minerales, los cuales en determinadas concentraciones afectan la salud humana.

El Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea afirma que el principio de responsabilidad objetiva, favorece la consecución de los objetivos medioambientales, pues permite conjurar la gran dificultad a la que se enfrentan los demandantes para

probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios por responsabilidad ambiental; y asume que “la asunción del riesgo por posibles daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa no corresponde a la víctima ni al conjunto de la sociedad, sino a los responsables de la misma.”

Sin duda, al constituir la minería una actividad peligrosa que causa daños no solo al entorno natural sino también a la salud y vida humana, surge el deber para el Estado de reparar dichos daños, bajo el alero de la responsabilidad objetiva o de riesgo, sólo si se encuentra amparada la actividad minera en una licencia ambiental, régimen que solo exige para su configuración la causación del daño sin importar que el agente contaminador haya incurrido en culpa; y la indemnización que surja de la declaratoria de dicha responsabilidad, deberá propender en lo posible por volver las cosas a su estado anterior al momento de haberse causado el daño, “ex ante”.

Lo anterior, porque el resarcimiento económico no es una única forma de reparación, máxime teniendo en cuenta que dentro de los deberes del Estado, están no solo los de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental sino además, procurar la restauración del área o zona afectada a partir de acciones de mitigación y ejecución de proyectos, sin perjuicio de la acción de repetición.

De esta manera, la víctima directa del daño, a saber el medio ambiente tendrá que ser reparado por el Estado, sin importar si este obró con la debida diligencia o cuidado para evitarlo.

Es más, pese a que actualmente, conforme a los lineamientos del Libro Blanco referido y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el régimen objetivo, solo es posible la exoneración de responsabilidad, demostrando la existencia de una causa extraña, dadas las particularidades del daño ambiental, que como se expuso en este escrito, existen en ocasiones dificultades para la demostración del nexo de causalidad, el daño

resulta ser en ciertos casos, incierto o indeterminable, como complejo determinar el agente o agentes contaminantes, podría pensarse en una aplicación de responsabilidad ambiental sin exoneraciones, es decir, sin que opere ninguna causal de exculpación de responsabilidad, de tal suerte que en un futuro no muy lejano se hable de una responsabilidad ambiental que no encuentre su sustento en la teoría del riesgo, sino en un sistema autónomo e independiente: el daño antijurídico ambiental.

## CONCLUSIONES

A la pregunta de investigación planteada en la introducción se debe responder claramente que, en los casos de daños ambientales por la expedición de permisos y licencias ambientales para la explotación minera legal, el Estado colombiano es responsable bajo el alero del Régimen de Responsabilidad objetiva, teniendo como título de imputación la teoría del daño especial, por el acto administrativo legal –licencia otorgada con el lleno de requisitos legales-.

Adicionalmente, si se trata del desarrollo de una actividad minera que no se requiere licencia ambiental, como es el caso de la fase de exploración minero-geológica, debe acudirse a la teoría del riesgo.

Sobre este aspecto, importa destacar que la licencia ambiental sólo es exigible a partir de la fase de explotación, es decir, no se requiere de licencia ambiental para la exploración geológico-minera por métodos de subsuelo ni para la ampliación, mejoramiento, reconstrucción y rehabilitación de infraestructura para estos proyectos.

Sin embargo, en la actualidad cursa un proyecto de ley para crear la licencia ambiental para exploración minera.

Entonces, en conclusión, el Régimen de Responsabilidad aplicable al caso en estudio depende de, si se ha expedido una licencia ambiental para el desarrollo de la actividad minera y a su vez, si ésta se realiza con el lleno de los requisitos y procedimientos, o por el contrario, existe ausencia de los mismos.

En efecto, como se analizó en este trabajo, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido uniforme respecto al título de imputación aplicable cuando el Estado es responsable de la generación de un daño ambiental; siendo la situación fáctica particular de cada caso, la que determina el título aplicable.

Ilustrativa sobre este punto, es la Sentencia del 2 de mayo de 2016, C.P. Danilo Rojas Betancourt, Radicación 52001-23-31-000-2003-01063-01, en donde se argumenta la imposibilidad de aplicar un solo título de imputación, fundamentado en el carácter abierto de la Constitución Política.

Al respecto, argumenta la Alta Corte, en la sentencia citada que, la Carta Política, al sustentar la teoría de la Responsabilidad del Estado en el concepto de daño antijurídico, deja abierta la posibilidad de aplicar un Régimen de Responsabilidad determinado, siendo los hechos y las consideraciones particulares, las que determinarán el Régimen a aplicar.

En ese sentido, la sentencias del 2 de junio Rad: 11001-03-24-000-2005-00167-01, del 18 de julio de 2012 Rad. 25000-23-26-000-1996-02146-0118900 y, del 2 de mayo de 2016 Rad. 52001-23-31-000-2003-01063-01(36357); ratifican que, en los casos de expedición de licencias ambientales sin los requisitos establecidos, el título a aplicar es el de falla del servicio, régimen subjetivo de responsabilidad, en atención al incumplimiento de las obligaciones estatales.

Ahora, respecto de la situación fáctica contraria –expedición de licencias ambientales respetando las normas destinadas para ello-, debe tenerse en cuenta lo consignado en el Libro Blanco de responsabilidad ambiental, el cual pregoná el principio de responsabilidad objetiva ambiental, por cuanto permite eliminar la gran dificultad de probar el elemento culpa del agente contaminante.

De acuerdo al Libro Blanco de responsabilidad ambiental, debe entenderse que todo daño ambiental que produzca a su vez, un daño a la salud humana, hace parte del régimen de las actividades peligrosas traducido en un régimen objetivo.

Si bien es cierto, el Libro Blanco no es de carácter vinculante para nuestro ordenamiento jurídico, debe entenderse que, bajo las nuevas tendencias del derecho internacional, hace parte del Soft-Law, por lo cual,

sirve como criterio auxiliar para interpretar las disposiciones legales internas.

Sobre este último aspecto, resulta importante precisar que dentro de la teoría de las fuentes del derecho internacional, estas se distinguen entre normas del Hard-Law y normas del Soft-Law, siendo estas últimas, aquellas disposiciones jurídicas que, a pesar de no tener fuerza vinculante, producen efecto jurídicos.

Ahora, como se analizó con anterioridad, la actividad minera puede ocasionar diversos daños ambientales. A guisa de ejemplo, se menciona la minería sobre el recurso hídrico, la contaminación con mercurio y otros minerales, la erosión, y la dispersión de los agentes contaminantes a través de las aguas superficiales y subterráneas.

La concentración de mercurio y de minerales, en una proporción mayor a la permitida en los niveles de contaminación mínimos establecidos por la legislación colombiana, genera un daño a la salud humana a largo plazo de acuerdo a lo conceptuado por la Organización Mundial de Salud; por lo que se concluye claramente que este daño ambiental al afectar las condiciones de salud humana, debe considerarse la explotación minera como una actividad peligrosa.

Entonces, la existencia de permisos o licencias ambientales legalmente otorgadas, no eximen al Estado de su responsabilidad ante la eventual generación de un daño ambiental, pues, debe entenderse que bajo los términos del artículo 90 constitucional, las personas que no estén en la obligación legal de soportar un daño deben ser reparadas, bajo la teoría del daño especial.

Lo anterior, debido a que la decisión de la Administración expresada en la licencia ambiental, a pesar de estar revestida de legalidad y encauzarse al cumplimiento de los fines estatales, puede causar no solo deterioro al medio ambiente y sino también daños antijurídicos a particulares.

Posición que se aviene a la tesis sostenida por el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, frente a la procedencia de la responsabilidad estatal por el acto administrativo legal, no obstante, lo determinante, es establecer el origen de la antijuridicidad del daño alegado, es decir, si proviene de la ilegalidad del acto administrativo, o si es consecuencia de la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas causada en un acto ajustado a derecho.

Teoría que bien puede aplicarse en tratándose de daños causados por la actividad minera desarrollada bajo el amparo de la licencia ambiental, evento en el cual surge el deber del Estado de responder siempre que se cause un rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas al particular, bajo el alero del daño especial.

Y cuando el Estado no cumple con sus funciones constitucionales ambientales al momento de expedir una licencia ambiental, sin que pueda predicarse aún un daño cierto, podría hablarse de responsabilidad por la generación de un riesgo excepcional o un daño especial, por la trasgresión del deber de planeación y el principio de prevención.

Lo anterior, debido a que la existencia de licencias ambientales otorgadas con el cumplimiento de los requisitos, no exonera de la responsabilidad.

Aunado al papel que juega el concepto de daño antijurídico. Entonces, aun cuando la normatividad concibe dichos requisitos destinados al cumplimiento del principio de precaución, debido al riesgo excepcional que conlleva la actividad minera no sólo al medio ambiente sino también a la salud humana, es susceptible de que dicha actividad genere un daño que deba ser reparado por el Estado.

Incluso, a pesar que de los lineamientos del Libro Blanco referido y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se sigue que en el

régimen objetivo o de riesgo, solo es posible la exoneración de responsabilidad, demostrando la existencia de una causa extraña, podría pensarse en una aplicación de responsabilidad ambiental sin exoneraciones, de tal suerte que en un futuro no muy lejano se hable de una responsabilidad ambiental que no encuentre su sustento en la teoría del riesgo, sino en un título autónomo e independiente: El daño antijurídico ambiental.

De esta manera, al ser el daño antijurídico el elemento central de la responsabilidad estatal en Colombia; del otorgamiento de licencias ambientales no se desprende que el administrado, esté en el deber jurídico de soportar un perjuicio ocasionado producto de un daño ambiental por la actividad minera legal.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Abraham, E. (2004). Fundamentos económicos para el cobro de derechos ambientales. México, D.F. UNAM.

- Aguilar, J. (2010). La Responsabilidad Civil Objetiva por Daños al Medio Ambiente y su Regulación en México. Red de Investigadores Parlamentarios en Línea (Redipal). Obtenido de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/redipal-02-10.pdf>.
- Alessandri, A (1987). De la Responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile. Imprenta Universal. 1987 tomo I, p. 120
- Alessandri, A (2005). De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago de Chile, 2005 (reimpresión), pág. 153-156.
- Amaya, C. (2015). Análisis de responsabilidad por daño especial a la luz de la ponderación y la teoría de la prevención del daño. Revista Temas Socio Jurídicos Volumen 34 N°69 Julio - Diciembre de 2015 pp. 133 – 159.
- Amaya, O. D. (2002). La Constitución ecológica de Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Arcila, B. (2013). Las Medidas Cautelares en el Proceso Ambiental. Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín. Tomado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n23/v12n23a03.pdf>.
- Arce, R. (2009). Algunas reflexiones sobre el principio de “quien contamina, paga”, lunes, 23 de febrero, tomado del link <http://cuartoambiente.blogspot.com.co/2009/02/algunas-reflexiones-sobre-el-principio.html>.
- Armenta, A. (2008). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación. Recuperado de <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3293455.pdf>.
- Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, (2012) Tomado de: <http://www.anla.gov.co/funciones-anla>.
- Bautista, J (2009). El sistema de responsabilidad por daños al medio ambiente. Medio ambiente y derecho: Revista electrónica de derecho ambiental. ISSN-e 1576-3196, N°. 18, 2009.

Briceño, A.M. (2002). Responsabilidad ambiental objetiva internacional de las empresas multinacionales y/o transnacionales y su aplicación en Colombia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Briceño, A. M. (2005). Hacia la efectividad de la protección ambiental. *Ámbito Jurídico*, VIII(21). Obtenido de [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=537](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=537).

Bonorio, P (2010). Prueba de la Causalidad en el daño ambiental. Obtenido de [http://www.ephyslab.uvigo.es/index.php/download\\_file/view/126/](http://www.ephyslab.uvigo.es/index.php/download_file/view/126/).

Bustillo, R. (2014, diciembre). La simbiosis entre la protección del medio ambiente y la protección de la cultura en la jurisprudencia y el derecho positivo español. En *Pielagus*, 12(1), 24.

Cabanellas, G. (1982). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Caferrata, N. (2004). Introducción al derecho ambiental. Instituto Nacional de Ecología (INE). Pág. 156-157. ISBN: 968-817-682-6.

Caferrata, N. (2007). Responsabilidad por daño ambiental. Tomado de <http://www.revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/viewFile/36500/38121>.

Cifuentes, J. E. (2008). El medio ambiente, un concepto jurídico indeterminado en Colombia, *Justicia Juris*, 9, (abril-Septiembre). Obtenido de [http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas\\_cientificas/juris/volumen-5-no-9/art-4.pdf](http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-5-no-9/art-4.pdf).

Corral, Hernán (2008). La relación de causalidad en la responsabilidad por daño al medio ambiente. Publicado en Tatiana Vargas Pinto (edit.), *La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*, Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes) 15, 2008, pp. 205-221. Tomado de

<https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/causalidad-ambiental.pdf>.

Crespo, R. (2008). La responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversión de la carga de la prueba en la nueva constitución. Tomado de <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/.../11.%20A.%20Actualidad.%20La%20responsabilidad>.

Díaz Arriaga, F. (2014). Mercurio en la minería del oro. Impacto en las fuentes hídricas destinadas al consumo humano. Recuperado de: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-00642014000600012&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-00642014000600012&lng=es&nrm=iso&tlng=es)

Díaz, J & Restrepo, D. (2014). Responsabilidad civil extracontractual del Estado por el impacto ambiental derivado de la actividad minera. Nuevo Derecho. Vol. 10, N° 14, enero-junio de 2014. Pp. 61-68. Envigado.

Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales. Recuperado de <http://infodigital.opandalucia.es/bitstream/10751/39/1/DIRECTIVA%202004-35-CE.PDF>

Duarte, C. (2012). Cronologías legislativas del subsuelo en Colombia. Obtenido de Gobernabilidad minera: <https://gobernabilidadminera.wordpress.com/>.

European Commission. Libro Verde sobre reparación de daños ecológicos (1993). Recuperado de [http://www.ec.europa.eu/green-papers/index\\_es.htm](http://www.ec.europa.eu/green-papers/index_es.htm).

European Commission. Libro Blanco de responsabilidad ambiental (2000). Dirección General del Medio Ambiente. Recuperado de [http://www.ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el\\_full\\_es.pdf](http://www.ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_es.pdf).

Gil, E., Rincón, J. (2013). Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

González, O. (2012). Responsabilidad extracontractual del Estado. Una aproximación desde la teoría de la responsabilidad de los clásicos a su carácter de disciplina autónoma del derecho. Consultado en <http://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/3465/4738>.

Goldenberg, I. (1984). La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Editorial Astrea. Buenos Aires.

Goldenberg, I. y Cafferatta, N. (2000). Daño ambiental. Problemática de su determinación causal. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.

Gómez, M. (2013). Responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional. Tomado de [http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/3549/2/GomezOrtizMari allvany2010.pdf](http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/3549/2/GomezOrtizMari%20allvany2010.pdf).

González, H., Higuera D. (2012). Responsabilidad ambiental. De las terminales portuarias de Cartagena en sus instalaciones y áreas de influencia. Recuperado de <http://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/viewFile/.../189>.

González, J. (2003). La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina. Primera Edición 2003. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente México, D.F.

Gómez, M. (2013). Responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional. Tomado de [http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/3549/2/GomezOrtizMari allvany2010.pdf](http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/3549/2/GomezOrtizMari%20allvany2010.pdf).

Gordillo, A. (2013). Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Tomado de [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo8/capitulo16.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo16.pdf).

Guerra Y, Castro J. (2007). Diversas formas de responsabilidad del Estado por la responsabilidad administrativa. Revista Diálogos de Saberes N° 26. Enero-Junio de 2007. Págs.: 145-162.

Güechá, C. (2012). La falla del servicio: Una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal*, volumen XV (Número 29). Enero – junio de 2012, 95-109.

Güechá, C. (2017). La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración. *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. Volumen XVI (Número 31) Enero – junio de 2017, 25-48.

Güiza, L. (2008). Efectividad de los instrumentos administrativos de sanción y exigencia de la reparación del daño ambiental en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, volumen 10 (Número 1). 307-335. Recuperado el 14 de agosto de 2014 de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73310110>.

Güiza, L. (2011). Perspectiva jurídica de los impactos ambientales sobre los recursos hídricos provocados por la minería en Colombia. *Universidad de Medellín. Revista opinión jurídica. Edición especial 2011*. 123-140.

Gutiérrez, A. (2017). La prevalencia por la protección del medio ambiente por sobre los derechos de los particulares en relación con la industria extractiva. *Universidad Estud. Bogotá (Colombia) N° 15*: 107-120, Enero-Junio 2017. ISSN 1794-5216.

Henao, J. (1998). *Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Henao, J.C. (2000) *Responsabilidad Del Estado Colombiano Por Daño Ambiental*. Tomado el 18 de noviembre de 2014 de [www.mamacoca.org/FSMT.../henao\\_responsabilidad\\_ambiental\\_es.htm](http://www.mamacoca.org/FSMT.../henao_responsabilidad_ambiental_es.htm)

Herrera, A. (2003). Límites Constitucionales y Legales al Derecho de Dominio en Colombia. *Análisis desde el Derecho Público. Revista de Derecho Universidad del Norte*(20), 51-83.

Koolen, R. (2017). *La Responsabilidad por Daños Ambientales*. Tomado de <http://www.revistasjdc.com/main/index.php/giure/article/download/482/499>.

Kramer, L. (1999) "Derecho Ambiental y Tratado de la Comunidad Europea", primera edición, Editorial Marcial Pons, Madrid.

Leguizamón, W. (2013). La responsabilidad del estado por fallas en la regulación del transporte público colectivo de pasajeros de radio urbano.

Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/39919/1/28583201201.2013.pdf>.

León, I.P. (2014). Maestría Thesis Universidad Nacional. "La cuestión del otro en la responsabilidad social ambiental: Rawls, una reformulación".

Obtenido de <http://www.bdigital.unal.edu.co/46978/1/1018402752.2014.pdf>.

Llambias, J. (1964). Tratado de derecho civil. Obligaciones. Editorial Perrot. Buenos Aires.

León, A. El daño ambiental en Colombia: algunas reflexiones sobre la responsabilidad desde su rol disuasorio. En Revista La Prevención En materia Ambiental: Tendencias actuales.(pp. 73 -96) editorial Universidad del Rosario. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/j.ctt1ggjmfz>.

López, A. (11 de enero de 2012). Propiedad de los recursos naturales en Colombia, según el Código Civil colombiano. Obtenido de Derecho

Disciplinario - Consultoría Ambiental: <http://www.alexanderlopez.com.co/sitio/wp-content/uploads/2012/01/Propiedad-de-los-recursos-naturales-en-Colombia.pdf>.

López, C. E. & López Dávila, I. (2003) Manual del Sistema Nacional Ambiental, editorial librería del profesional.

Lora, K. (2011). El principio de precaución en la legislación ambiental colombiana. Actualidad Jurídica. (3-4). 22-29. Tomado el 8 de noviembre de

2015 de: <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/El+principio+de+precauci%C3%B3n+en+la+legislaci%C3%B3n+ambiental+colombiana>.

Lorenzetti, R. L. (2011). Teoría del Derecho Ambiental. Bogotá: Temis.

Lorenzetti, R. L. (2016). Relación de causalidad como presupuesto del Daño Ambiental. Nuevos perfiles a partir del Código Civil y Comercial de la Nación. Universidad Gastón Dachary. Tomado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5386911>.

LLoret, E. M. del C. (2011) "El principio preventivo y precautorio en el derecho ambiental". ¿A qué principio responde la evaluación de impacto ambiental? Cartapacio de Derecho: Revista virtual de la facultad de derecho. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, (número 21) 8. Obtenido el 22 de octubre de 2015 de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4283316>.

Lozano, B. (2005). La Responsabilidad por Daños Ambientales. La situación actual y el nuevo sistema de "Responsabilidad de Derecho Público" que introduce la Directiva 2004/35/CE. Revista Electrónica de Derecho Ambiental. ISSN-e 1576-3196. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1371923>.

Manavella C. (2000). Responsabilidad Civil Ambiental. Recopilación contenida en el texto base del curso Responsabilidad Civil Ambiental de la Universidad para la Cooperación Internacional, Costa Rica, 2000.

Mastrangelo, A. (2009). Análisis del concepto de recursos naturales en dos estudios de caso en Argentina. Ambiente & Sociedades, 12(Julio-Diciembre). Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=31715780008>.

Mejía, H. (2014). Responsabilidad por daños al medio ambiente. Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia. Primera Edición. 2014.

Mendezcarlo, V. (CV), Medina Jiménez, A. & Becerra Quintero, G. E. (2010) "Las Teorías de Pigou y Coase, base para la propuesta de Gestión e Innovación de un Impuesto Ambiental en México" Tlatemoani. Revista académica de investigación. Tomado el 1° de octubre de 2015 de: <http://www.eumed.net/rev/tlatemoani/02/sjq.htm>.

Mendoza, J. (2011). Títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado (47-51). *Revista Pensamiento Americano*. ISSN: 2027-2448. Vol 4 No. 7. Julio – Diciembre 2011. Tomado <http://www.coruniamericana.edu.co/publicaciones/ojs/index.php/pensamientoamericano/article/view/77>.

Mesa, G. (2013). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Mejía, H. (2007). *La Responsabilidad por los Daños al Medio Ambiente*. Recuperado de <http://www.henryamejia.site11.com/docs/obras%20autor/responsabilidad.pdf>.

Minería y desarrollo (2013) ¿cuáles retos? Publicado en el diario *La República* el 31 de mayo. Tomado de: <http://www.palacioslleras.com/publicaciones-eventos-y-noticias/36>.

Ministerio de Medio Ambiente. (2 de abril de 2015). Qué es el suelo y subsuelo. Obtenido de Sistema de Información Ambiental de Colombia: [https://www.siac.gov.co/contenido/contenido\\_imprimir.aspx?conID=1118&catID=744](https://www.siac.gov.co/contenido/contenido_imprimir.aspx?conID=1118&catID=744).

Molina, Carlos (2005). Fundamentos constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: Antecedentes Dogmáticos – Históricos y legislación vigente. Rescatado de <https://www.revistas.udem.edu.co> › Inicio › Vol. 4, núm. 7 (2005) › Molina.

Naranjo, V. (1997). *Teoría Constitucional e instituciones políticas*. Santafé de Bogotá, Colombia: Temis.

Ortega, G.A. y Ávila, T.S. (2015). El daño desde la teoría de la responsabilidad ambiental. En: *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia*. Bogotá, Universidad del Rosario.

Ortiz, A. C. (2004) *Manual de Derecho Minero*. Universidad Externado de Colombia.

Oyarzun, R. y otros (2011). Minería ambiental. Una introducción a los impactos y su remediación. Recuperado de: [http://www.aulados.net/GEMM/Libros\\_Manuales/Libro\\_Mineria\\_MA.pdf](http://www.aulados.net/GEMM/Libros_Manuales/Libro_Mineria_MA.pdf).

Patiño, H. (2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Enero-junio, 2011, pp. 371-398.

Páez, I, Rodríguez, G (2013). Las medidas preventivas ambientales, una aproximación desde el derecho administrativo. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n23/v12n23a02.pdf>

Peña, M (2005). Daño responsabilidad y reparación ambiental. Veracruz, México. Obtenido de [http://www.cmsdata.iucn.org/downloads/cel10\\_penachacon03.pdf](http://www.cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf).

Peña, M (2014). Régimen especial de responsabilidad ambiental de sitios contaminados. Recuperado de <https://maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com/.../responsabilidad-ambiental>.

Peña, M. (2012). Daño Ambiental y Prescripción. Recuperado de [www.corteidh.or.cr/tablas/r31079.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31079.pdf).

Peñuela, D. No existe un cuarto título de imputación en la responsabilidad estatal. Recuperado de <http://www.notinetlegal.com/no-existe-un-cuarto-titulo-de-imputacin-en-la-responsabilidad-estatal-181.html>.

Pérez, G. (2009). La responsabilidad civil por daños al medio ambiente en el derecho comparado. Universidad Militar Nueva Granada. Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XII, núm. 23, enero-junio, 2009, pp. 35-42. Tomado de <http://www.redalyc.org/pdf/876/87617260004.pdf>.

Perilla, J (2015). El acto administrativo como expresión de la función administrativa. In Vestigium Ire, (In Vest), Volumen IX, número 1, julio-diciembre 2015, pp. 175-183.

Pigou, A. (1920). *The Economics of Welfare* [4a. Ed.]. (Versión digital), obtenido de <http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW0.html>.

Ponce de León, E. (1997) “Evolución y perspectivas de la legislación ambiental en Colombia”, en seminario internacional “desarrollo sostenible”, diario *El Espectador*, CEI, PNUD, Ministerio del Medio Ambiente.

Ponce, A. (2010). Panorama del sector minero. Obtenido de Unidad de Planeación minero energética UPME: <http://www.simco.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=SW5htFa4evE=>.

Retteberg, A., Ortiz-Riomalo, J. f., Yañez-Quintero, S. (2014). *Legislando minas, breve recuento de la legislación minera en Colombia (1829 – 2001)*. Obtenido de [http://www.academia.edu/8711255/Legislando\\_minas\\_Breve\\_recuento\\_de\\_la\\_legislaci%C3%B3n\\_minera\\_en\\_Colombia\\_1829\\_2001\\_Legislaing\\_Mines\\_A\\_Description\\_of\\_Mining\\_Legislation\\_in\\_Colombia\\_1829-2001\\_](http://www.academia.edu/8711255/Legislando_minas_Breve_recuento_de_la_legislaci%C3%B3n_minera_en_Colombia_1829_2001_Legislaing_Mines_A_Description_of_Mining_Legislation_in_Colombia_1829-2001_).

Rodrigo, A. J. (Sf) *Anuario de la Asociación para las Naciones Unidas. Agenda ONU. n° 8/2006-07 el concepto de desarrollo sostenible en el derecho internacional*. Tomado de [www.upf.edu/orbis/pdf/ARodrigo/Rodrigo\\_2007\\_2.pdf](http://www.upf.edu/orbis/pdf/ARodrigo/Rodrigo_2007_2.pdf).

Rodríguez, L. (1996). *Derecho Administrativo General y Colombia*. Pág. 378 y ss. Novena edición aumentada y actualizada, Editorial TEMIS S:A., Bogotá.

Rodríguez, G. (2009). *La licencia ambiental, un acto administrativo especial y su proceso de reglamentación*. Tomado de [https://app.vlex.com/#CO/search/jurisdiction:CO+content\\_type:4/licencia+ambiental+acto+administrativo/CO/vid/77329955](https://app.vlex.com/#CO/search/jurisdiction:CO+content_type:4/licencia+ambiental+acto+administrativo/CO/vid/77329955).

Rojas, S. (2016). *Análisis Jurisprudencial. La confianza defraudada por la expedición de una ley indemnizable*. Tomado de <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administrativo-y-contratacion/la-confianza-defraudada-por-la-expedicion-de-una-ley-es-indemnizable>.

Rojas, S. y Mojica, J.D. (2015). De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. Aplicación particular en la responsabilidad civil ambiental. En: *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia*. Bogotá, Universidad del Rosario.

Rojas, S. y Mojica, J.D. (2014). De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. Tomado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/11949/9784>.

Rubiano, S. (2012). La regulación ambiental y social de la minería en Colombia: comentarios al proyecto de ley de reforma al Código de Minas. Tomado de <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/09382.pdf>.

Ruiz, W. (2010). *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*. Ecoe Ediciones. Bogotá.

Ruiz, W. (2013). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Ecoe Ediciones. Bogotá.

Ruiz, W (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Tercera Edición. Ecoe Ediciones. Bogotá.

Sánchez, G. (2002) *Desarrollo y medio ambiente: una mirada a Colombia*. Economía y Desarrollo, Universidad Autónoma de Colombia. (1). 79 – 98.

Sánchez Torres, C., & Ternera Barrios, F. (2009). El dominio estatal. *Vniversitas*(119), 113-136.

San Juan, C. (2009). Material del curso de Economía de los recursos naturales Universidad Carlos III de Madrid. Citado por Mendezcarlo, Medina & Becerra, tomado de: [http://ocw.uc3m.es/economia/economia-de-los-recursos-naturales/transparencias/3\\_Intervencion.pdf/view](http://ocw.uc3m.es/economia/economia-de-los-recursos-naturales/transparencias/3_Intervencion.pdf/view).

Servi, A. (1998). El Derecho Ambiental Internacional. *Revista de Relaciones Internacionales* (Número 14). Tomado el 1° de octubre de 2015 de: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/9998/El+Derecho+Ambient+al+Internacional.pdf?sequence=1>.

Silva Torres, B. (2012). Evaluacion ambiental: impacto y daño. Un analisis juridico desde la perspectiva cientifica. Recuperado de: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24476/1/Tesis\\_Silva.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24476/1/Tesis_Silva.pdf).

Valencia Zea, A. (1996). Derecho Civil. Derechos Reales. Bogotá: Temis.

Vanestrallen, H. (2004). Bienes de titularidad pública: patrimoniales y de dominio público. Una aproximación al sistema español. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73360107>

Vargas, C. (2016). Derecho ambiental. Principios rectores del derecho ambiental (II). Recuperado de <http://www.gacetajudicial.com.do/derecho-ambiental/principios-rectores-derecho-ambiental2.html>.

Vargas, E. (1997). El desarrollo sostenible y los recursos naturales no renovables. Ensayos de Economía, 7(13), 73-112.

Vásquez, D.M. (2008) "Hacia la Consolidación del Derecho al Ambiente Sano como un derecho fundamental". Ingeniería de Recursos Naturales y del Ambiente, Universidad del Valle, Cali. (7), 18-25. Obtenido el 1° de octubre de 2015 de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=231116372003>.

Vidal, M. (2008). Los recursos naturales, el derecho y la visión de desarrollo. *Ius et Veritas*, 18(36), 398-409.

Zapata, J.V. (2014) Modificaciones implementadas por el Decreto 2041 de 2014 sobre Licencias Ambientales. Tomado el 12 de noviembre de 2015 de: <http://www.hklaw.com/publications/Modificaciones-implementadas-por-el-Decreto-2041-de-2014-sobre-Licencias-Ambientales-11-11-2014/>.

Zúñiga Urbina, Francisco. (2005). Constitución y Dominio Público: dominio Público de Minas y Aguas Terrestres. Obtenido de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200003&lng=es&tlng=es)

00122005000200003&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-00122005000200003.

- Legales

Asamblea Nacional Constituyente

Constitución Política de Colombia 1991

Congreso de la República de Colombia.

\_\_\_\_\_ Código Civil. Ley 57 de 1887. Bogotá.

\_\_\_\_\_ Decreto 2811 de 1974. Bogotá.

\_\_\_\_\_ Ley 23 de 1974. Bogotá.

\_\_\_\_\_ Ley 685 de 2001. Bogotá.

- Jurisprudenciales

Consejo de Estado:

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia del 23 de mayo de 1973.

Consejero ponente: Alfonso Castilla Saiz. Rad. 978.

\_\_\_\_\_ Consulta 745 de 29 de noviembre de 1995. Consejero ponente: Javier Henao Hidrón. Rad. 745.

\_\_\_\_\_ Sentencia del 21 de marzo de 1996, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Rad. 3575.

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de 28 de noviembre de 1996, C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez, Rad. 3967.

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de 22 de mayo de 1997, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Exp. 4261.

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de 22 de mayo de 1997, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, Rad. 4207.

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de septiembre 26 de 2002. C.P. Alier Eduardo Hernández Henríquez. Rad 1992 – 0096 (12492).

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de noviembre 30 de 2002. C.P. Manuel Santiago Urrueta Oyola. Exp. AP- 115. Revista tutela N° 14 de febrero de 2001. Pág. 292. Tomado de [http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol\\_75992041b28ff034e0430a010151f034](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_75992041b28ff034e0430a010151f034).

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de octubre 30 de 2003. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp. 11001032400020020037401 (8402).

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de febrero 4 de 2004. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp. AP25000232700020030018102.

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Auto del 19 de febrero de 2004, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, Radicación 52001-23-31-000-2002-01264-01 (24027).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de mayo 13 de 2004. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. AG 52001233100020020022601.

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de julio 28 de 2005. C.P. María Elena Giraldo Gómez, Rad. 27001-23-31-000-1877-01.

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006. C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Rad. 19001-23-31-000-1996-07005-01 (16079).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia del 8 de marzo de 2007. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 25000-23-26-000-2000-02359-01(27434).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia del 8 de marzo de 2007. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421).

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de noviembre 19 de 2009. C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. Exp. 68001231500019990252401.

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 2010, C.P. Enrique Gil Botero. Expediente 33187.

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de julio 22 de 2010. C.P. María Claudia Rojas Lasso. Exp. 11001032400020020037301.

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976).

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de noviembre 24 de 2011. C.P. María Elizabeth García González. Exp. 2500023250002039119301 (AP).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2012. C.P. Olga Melida Valle De La Hoz. .Rad. 25000-23-26-000-1996-02146-01 (18900).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia del 1 de noviembre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 25000-23-26-000-1999-0002-04(AG).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de enero 30 de enero de 2013. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Radicación N° 18001-23-31-000-1999-00278-01 (22060).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia del 20 de mayo de 2013. C.P. Hernán Andrade Rincón. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01771-02(27278).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 2013. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Radicación. 25000232600020010098401 (27908).

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de septiembre 18 de 2013. C.P. Antonio Velilla Moreno. Exp. 63001233100020120008901 (AP).

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de junio 2 de 2011. C.P. María Elizabeth García González. Exp. 11001032400020050016701.

\_\_\_\_\_ Sala Plena. Sentencia del 28 de mayo de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. IJ 25000232600019990000204 y 2000 00003 04.

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de febrero 20 de 2014. C.P. Ramiro Plazas Guerrero. Rad. 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014, Expediente 25000-23-26-000-2000-01010-01(27687).

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de marzo 28 de 2014. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación. 25000232700020019047901(AP).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2014, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, C.P. 200012331000199900636-01 (24078), 200012331000200100769-01(33685).

\_\_\_\_\_ Sección Primera. Sentencia de julio 3 de 2014. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Exp. 25000232700020019047901(AP). C.P. María Elizabeth García González. Rad. 25000-23-41-000-2013-01962-01.

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de noviembre 12 de 2014, M.P. Olga Mélida Valle de la Oz, Radicación 25000-23-26-000-2001-02070-01) (30874).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de abril 29 de 2015, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad. 52001-23-31-000-1999-00271-01.

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de agosto 31 de 2015. C.P. Ramiro Pazos. Exp. 25000-23-26-000-1999-00007-01 (22637).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de septiembre 14 de 2015. M.P. Hernán Andrade Rincón, Rad. 520012331000199800097-02 (32.618).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera Sentencia de marzo 29 de 2015. Consejera Ponente: Stella Conto Diaz Del Castillo. Radicación número: 25307-33-31-701-2010-00217-01(AP).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia del 4 de noviembre de 2015, C.P Hernán Andrade Rincón, Radicación 52001-23-31-000-2000-00003-01 (34254).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de la Sección Tercera del 26 de noviembre de 2015, C.P. Guillermo Sánchez Luque. Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04380-01(34886).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de mayo 02 de 2016. C.P. Danilo Rojas Betancourt. Radicación 52001-23-31-000-2003-01063-01(36357).

\_\_\_\_\_ Sentencia del 1 de agosto de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Rad. 47001-23-31-000-2003-00961-01 (35953).

\_\_\_\_\_ Sección Cuarta. Sentencia de octubre 13 de 2016. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Rad.: 44001-23-33-000-2016-00079-01. (2016-00079).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de noviembre 2 de 2016. Magistrado Ponente Ramiro Pazos Guerrero, Radicación 23001-23-31-000-2008-00107-01(41467).

\_\_\_\_\_ Sección Tercera. Sentencia de febrero 22 de 2017, M.P. Hernán Andrade Rincón, Rad. 68001-23-33-000-2015-01276-01 (58352).

Corte Constitucional:

\_\_\_\_\_ Sentencia C-221 de abril 29 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

\_\_\_\_\_ Sentencia C-742 de septiembre 15 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

\_\_\_\_\_ Sentencia C-126 de abril 1 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

\_\_\_\_\_ Sentencia C-746 de septiembre 26 de 2012. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

\_\_\_\_\_ Sentencia C-255 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

\_\_\_\_\_ Sentencia C-746 de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

\_\_\_\_\_ Sentencia T-294 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

\_\_\_\_\_ Sentencia T-080 de febrero 20 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

\_\_\_\_\_ Sentencia C-035 de febrero 8 de 2016. M.P. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

\_\_\_\_\_ Sentencia C-298 de junio 8 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

\_\_\_\_\_ Concepto del 11 de diciembre de 2014. M.P. William Zambrano Cetina. Rad. 11001-03-06-000-2014-00248-00(2233).

Corte Suprema de Justicia:

\_\_\_\_\_ Sentencia agosto 24 de 2009. M.P. William Namén Vargas. Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01.

\_\_\_\_\_ Sentencia de mayo 16 de 2011. M.P. William Namén Vargas. Expediente 52835-3103-001-2000-00005-01.

\_\_\_\_\_ Sentencia del 18 de diciembre de 2012. C.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref. Exp. 76001-31-03-009-2006-00094-01.