



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO



REVISTA DE DERECHO PRINCIPIA IURIS

27

Tunja, 2017 - I



OPEN  ACCESS

descarga gratuita

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris>

<i>Principia IURIS</i>	<i>Tunja, Colombia</i>	<i>Vol. 14</i>	<i>No. 27</i>	<i>F. 27</i>	<i>pp. 291</i>	<i>Enero Junio</i>	<i>2017 - I</i>	<i>ISSN: 0124-2067</i>
------------------------	----------------------------	----------------	---------------	--------------	----------------	------------------------	-----------------	------------------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Editor

Daniel Felipe Garavito Rincón

Número de la revista

Veintisiete(27)

Primer Semestre de 2017

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia
Teléfono: (8) 7440404 Exts.: 31239 – 31231

Correo electrónico

revistaprincipia@ustatunja.edu.co
daniel.garavito@usantoto.edu.co

Diseño y Diagramación:

Santiago Suárez Varela

Corrección de Estilo:

Fray Ángel Beltrán, O.P.

Revisión inglés:

Instituto de Idiomas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Revisión francés y portugués:

Carlos Manuel Araque

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN LOS
CONTRATOS DE CONCESIÓN MINERA Y LA
FUNCIÓN REPARATORIA

THE ENVIRONMENTAL NON CONTRACTUAL
LIABILITY OF THE STATE IN MINING
CONCESSION AND THE RESTORATIVE
FUNCTION

RESPONSABILITÉ
ENVIRONNEMENTALE EXTRAIT DE L'ÉTAT
DANS LE CONTRATS DE CONCESSION MINIERE
ET FONCTION DE RÉPARATION

Fecha de recepción: 31 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 24 de noviembre de 2016

Leonel Antonio Vega-Pérez¹

¹ Abogado especialista en Instituciones jurídico-políticas; en derecho Contractual y Relaciones Negociables; Magíster en Historia, y estudiante de Doctorado en Derecho Universidad Santo Tomás, Sede Bogotá.

Resumen

El sector minero es uno de los más importantes sectores de la economía colombiana. Contratos de concesión minera en diversas zonas del territorio nacional están en desarrollo y los riesgos de daño ambiental son probables. Este artículo busca hacer una reflexión sobre la posibilidad de establecer la responsabilidad del Estado en la ocurrencia de un daño ambiental a causa de la explotación minera, en qué casos podría esta ser arrogada, qué mecanismos existen para la determinación del daño y la importancia de la reparación integral en estos casos.

Palabras Clave:

Daño ambiental, responsabilidad extracontractual del Estado, concesión minera, reparación, derecho al medio ambiente sano, omisión administrativa.

Abstract

The mining sector is one of the most important sectors in the Colombian economy. There are many mining contracts in the Colombian territory and they are a likely risk for the environment. This article aims to analyze the extra-contract liability of the State when an environmental damage occurs because of a mining contract. It tries to answer when this liability can be claimed, what are the analytic tools to define the environmental damage and the function of the reparation.

Keywords:

Environmental damage, extra-contract liability of the State, mining contract, reparation, right to a healthy environmental, duty of vigilance and control of the State, administrative omission.

Résumé

Le secteur minier est l'un des secteurs les plus importants de l'économie colombienne. Contrats de concession minière dans diverses régions du pays sont en cours et les risques de dommages environnementaux sont probables. Cet article vise à réfléchir à la possibilité d'établir la responsabilité de l'État dans l'apparition de dommages environnementaux causés par l'exploitation minière, dans quels cas cela pourrait-il être indiqué, quels mécanismes existent pour la détermination du préjudice et de l'importance de pleine compensation dans ces cas.

Mots-Clés:

Domages environnementaux, état de la responsabilité civile, la concession minière, réparation, droit à un environnement sain, une omission administrative.

Resumo

O setor mineiro é um dos setores mais importantes da economia colombiana. Contratos de concessão mineira em diversas áreas do território nacional estão em desenvolvimento e os riscos de dano ambiental são prováveis. Este artigo busca refletir sobre a possibilidade de estabelecer a responsabilidade do Estado na ocorrência de um dano ambiental por causada exploração mineira, em que casos poderia esta ser arrogada, que mecanismos existem para a determinação do dano e a importância da reparação integral nestes casos.

Palavras-chave

Dano ambiental, responsabilidade extracontractual do Estado civil, concessão mineira, reparação, direito ao meio ambiente saudável, omissão administrativa.

Introducción

Los avances tecnológicos del actual período postindustrial, desafían el derecho y su función como regulador y protector del statu quo. La rapidez de los cambios tecnológicos y su implementación inmediata, así como las nuevas técnicas convocan a los juristas a participar de una etapa en el cual el derecho hace grandes esfuerzos para ponerse a la par con la ciencia. La implementación y puesta en práctica de los descubrimientos no dan el tiempo suficiente para ciclos de prueba que permitan vislumbrar sus consecuencias. De esta forma, en la actualidad, la sociedad se ha convertido en el campo de experimentación, hecho que conlleva a la puesta en riesgo de valores sociales y de derechos tanto individuales como colectivos.

Una de las mayores incidencias sobre derechos colectivos por parte de la ciencia, se desarrolla en el ámbito del medio ambiente y su protección, el derecho a gozar de un ambiente sano y la garantía de mantener unas condiciones de vida digna para las futuras generaciones. La extracción de recursos naturales para la producción de energía, así como la extracción de metales preciosos e insumos para la industria tecnológica son algunos de ellos.

En nuestro país, uno de los principales renglones de la economía es el sector minero-energético; el cual, ya desde décadas atrás ha venido sosteniendo la economía nacional. La extracción de carbón mayoritariamente, en la región de la Guajira y Boyacá; de petróleo, en las zonas de Santander, Meta, Boyacá y Casanare; de gas, en los departamentos de Santander, Meta y La Guajira (Flores, 2006, p. 33) son algunos de los ejemplos más relevantes de este sector económico.

A partir de la constitución política de 1991, Colombia reconoció como norma constitucional un conjunto de derechos tanto individuales como colectivos que deben ser garantizados por las autoridades estatales. Entre estos se encuentra el derecho colectivo a un ambiente sano en los artículos 79 y 80 de la Constitución, para lo cual creo un mecanismo de protección judicial a través de la acción de grupo (Artículo 88 constitucional), y reglamentada a través de la Ley 472 de 1998. Así mismo, la constitución proclamó principios que modelan la economía del país, por medio de los cuales se pretende garantizar la estabilidad y el desarrollo económico del país, entre ellos, está la libertad de empresa (Arcila-Salazar, 2009, p. 292). Sin embargo, en ocasiones el desarrollo de este principio puede afectar el derecho a un ambiente sano, por lo cual se hace necesaria la acción del Estado como dirimente de estos conflictos y garante para encontrar puntos de equilibrio.

A partir del plan nacional de desarrollo del primer período de gobierno del actual presidente, Juan Manuel Santos Calderón, Ley 1450 de 2011 “Prosperidad para todos”, el gobierno nacional estableció la minería como una de las principales locomotoras de desarrollo, a la cual llamó Locomotora Minero-Energética. Estableciendo políticas públicas y de inversión tendientes a aumentar la producción y exportación de recursos mineros y energéticos (Gélvez-Ramírez, 2010, p. 292). El sector minero siguió siendo prioritario en su segundo mandato, Ley 1753 de 2015 Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país, Paz, Equidad, Educación” por lo cual se hizo énfasis en el desarrollo sostenible y el cuidado ambiental que se debe tener en cuenta, derivado de la explotación de la minería en Colombia.

Teniendo en cuenta que el sector minero energético en Colombia es uno de los que más contribuyen a la economía (ANDI, 2016, p. 45), y donde la posibilidad de la generación de problemas derivados de la explotación minera, el estudio y la observación académica de los temas concernientes al derecho del medio ambiente se hacen necesarios. En el presente artículo se hace una reflexión sobre la obligación de reparación, derivada de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, frente al daño ambiental causado por los contratos de concesión minera. De esta manera se desarrolla el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano en lo concerniente al desarrollo de los contratos de concesión minera (I) y los mecanismos de reparación derivados de la determinación del daño ambiental (II).

I. EL ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN DE REPARACIÓN, LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DEL ESTADO

La responsabilidad ambiental del Estado colombiano podría ser comprometida desde dos regímenes de atribución de la responsabilidad aplicados en la jurisprudencia colombiana, estas son: la responsabilidad subjetiva del Estado a través de la teoría de la falla en el servicio (A) y la responsabilidad objetiva a través de la teoría del riesgo (B).

A. La responsabilidad subjetiva del Estado en el tema ambiental

La responsabilidad subjetiva del Estado colombiano ha estado fuertemente influenciada por los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado francés. La jurisprudencia colombiana ha aplicado la atribución de la responsabilidad a través de la falla en el servicio, basada en la anormalidad en la prestación de los servicios del Estado reflejada en irregularidades o deficiencias. De este modo la falla en el servicio podría definirse “como un comportamiento contrario a las normas que gobiernan el funcionamiento defectuoso del servicio, ya como violación de una obligación administrativa” (Serrano-Escobar, 2011, p. 229). Uno de los requisitos para que la falla en el servicio sea admitida por el juez y por ende la responsabilidad del Estado comprometida es la prueba de la culpa de la administración en el daño causado.

El nexo de causalidad, es indispensable en este tipo de responsabilidad extracontractual del Estado, ya que sin el nexo causal entre el daño y la administración, la Nación no puede ser declarada responsable. El título de imputación que se exige es un nexo causal normativo a través del cual el Estado está ligado al daño por medio de la necesidad de una acción u omisión para evitar el daño. En el ámbito de los daños al medio ambiente, la imputación de la responsabilidad extracontractual del Estado se ha visto declarada a través del incumplimiento constitucional del deber de vigilancia y control.

La constitución de 1991 ha venido siendo llamada una constitución ecológica², gracias a las normas consagradas en ella, donde jurídicamente se crearon herramientas para la protección del medio ambiente. De esta forma en sus artículos 79, 80 y 226 se establece la responsabilidad del Estado en la garantía a los derechos colectivos, especialmente del derecho a un medio ambiente sano.

En concordancia a los mandatos constitucionales, se crearon entidades administrativas que están a cargo del cuidado, vigilancia, control y administración de los temas concernientes al medio ambiente. Las autoridades administrativas encargadas del tema medioambiental, en lo que a las concesiones mineras se refiere son: el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial³, la Agencia Nacional de Minería y las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR). Dentro de sus funciones y competencias: deben velar por la protección del medio ambiente, la garantía del derecho colectivo a un medio ambiente sano, la creación y puesta en funcionamiento de las políticas públicas, el fomento de la exploración de los recursos mineros existentes en

2 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-671 de 2001. (Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería; 28 de junio de 2001).

3 Artículos 2o. y 5o. de la Ley 99 de 1993. Donde se encarga a este Ministerio el liderazgo de las políticas medioambientales en Colombia.

el territorio nacional, la garantía del respeto de las áreas protegidas, así como de las áreas de explotación, entre otros deberes.

Actualmente, la función de fiscalización, seguimiento y control de los títulos mineros para la explotación y exploración de yacimientos minerales en el territorio nacional está en cabeza de la Agencia Nacional de Minería ⁴. La exigencia y cumplimiento de las normas técnicas son una de sus funciones que tiene como fin evitar el impacto desmesurado que la actividad minera puede llegar a ocasionar. Sin embargo las funciones de vigilancia y control recaen principalmente sobre las Corporaciones Autónomas Regionales, quienes son la encargadas de “otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente”⁵. Las funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de las actividades que intervengan el medio ambiente es otra de sus funciones principales ⁶. Con fundamento en las anteriores normas, la responsabilidad del Estado se puede ver comprometida en caso de omisión frente a la exigencia de los requisitos técnicos, administrativos y legales, así como a la falta de vigilancia y control que deben ejercer las autoridades administrativas frente a daños ambientales derivados de la explotación de los recursos naturales.

Así, el Estado como propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables ⁷, no solo es el encargado de dar viabilidad a dicha explotación sino que posterior a la firma del contrato es el encargado de vigilar y controlar las actividades del concesionario con el fin de velar por la protección del medio ambiente. El descuido e incumplimiento de ese deber de vigilancia puede ser imputado como una falla en el servicio por omisión. Aunque en el caso de las concesiones mineras, el instrumento jurídico principal que contiene las obligaciones de las partes es el contrato, la sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera del Consejo de Estado ha venido trabajando la acción popular como una acción que permite la intervención de terceros en asuntos de carácter ambiental, con el objetivo de atacar hechos u omisiones derivados del contrato y que afecten el derecho a gozar de un medio ambiente sano ⁸. Es decir, la defensa de un derecho colectivo que resulta afectado por la actuación de las partes del contrato.

4 Resolución No. 180876 del 7 de junio de 2012. Esta resolución exceptúa la jurisdicción y competencia de la nueva agencia a los departamentos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cesar y Norte de Santander, donde dichas funciones fueron delegadas a las gobernaciones de dichos departamentos.

5 Artículo 31 de la Ley 99 de 1993, numeral 9.

6 Artículo 31 de la Ley 99 de 1993, numerales 11 y 12.

7 Artículo 332 de la Constitución de 1991;

8 “Desde hace varios años, la jurisprudencia de la sala plena contencioso-administrativa y de la sección tercera de la Corporación da por sentado que la acción popular procede para proteger eficazmente la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en el ámbito de la actividad contractual de la administración pública, sin que resulte válida la pretensión de subordinarla a la existencia de controversias

Un ejemplo reciente en el del Consejo de Estado, que declaró responsable al Estado por imputación de falla en el servicio por omisión en su función de control y vigilancia frente a un contrato de concesión minera. Corresponde al fallo ⁹ en el cual la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca ¹⁰, el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo resultaron responsables por los daños medioambientales contingentes a causa de la omisión en la vigilancia y control de una concesión minera entregada a la Sociedad SAP S.A. ¹¹ en el municipio de Ricaurte. “De donde la actividad omisiva y complaciente de las autoridades ambientales no solo vulneran el derecho colectivo al goce de un ambiente sano, preservación y restauración del medio ambiente y el sistema de protección ambiental, sino, como quedó expuesto, el derecho colectivo a la moralidad administrativa, en conexidad con los principios de la función administrativa.”¹²

La jurisprudencia reciente de la sala de lo contencioso-administrativo así lo refleja, en el caso de la omisión del deber de vigilancia y control de las autoridades ambientales frente a un contrato de concesión minera y las obras derivadas de este que amenazaron el derecho a un ambiente sano. Donde el juez, determinó la responsabilidad de los demandados a través del ejercicio de la imputación normativa, sin necesidad ni de establecer un nexo causal fáctico entre el peligro de daño ambiental y los demandados, ni de probar el daño cierto.¹³

entre las partes pendientes de decisión o al ejercicio de las acciones contractuales. Conforme con esos criterios jurisprudenciales, no cabe la menor duda en cuanto a la procedencia de la acción popular para proteger eficazmente los derechos colectivos, cuando son amenazados o vulnerados en el marco de la actividad contractual del Estado”. Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera. 29 de abril de 2015. MP: Stella Conto Díaz del Castillo. Asunto del municipio de Ricaurte, explotación minera. P. 49.

9 CE, sala de lo contencioso.-administrativo, sección tercera. 29 de abril de 2015. MP: Stella Conto Díaz del Castillo. Asunto del municipio de Ricaurte, explotación minera.

10 A pesar de que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca tuvo conocimiento de la infracción de la empresa que estaba realizando la explotación minera y ya le había impuesto una medida preventiva, decidió levantar tal medida sin apoyarse en las recomendaciones hechas por sus técnicos y personal especializado en el asunto ambiental”. Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera. 29 de abril de 2015. MP: Stella Conto Díaz del Castillo. Asunto del municipio de Ricaurte, explotación minera. P. 55.

11 “Como está probado, las actuaciones de la sociedad SAP Agregados S.A. desconoció lo previsto en i). Artículo 191 de decreto 1541 de 1978, que exige estudios, planos y presupuestos, previos a la obtención de la autorización ambiental y ii). El artículo 102 de Decreto 2811 de 1994 que obliga a que toda ocupación de cauces cuente con la debida autorización.” Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera. 29 de abril de 2015. MP: Stella Conto Díaz del Castillo. Asunto del municipio de Ricaurte, explotación minera. P. 57.

12 Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera. 29 de abril de 2015. MP: Stella Conto Díaz del Castillo. Asunto del municipio de Ricaurte, explotación minera. P. 56.

13 Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera. 29 de abril de 2015. MP: Stella Conto Díaz del Castillo. Asunto del municipio de Ricaurte, explotación minera.

La jurisprudencia francesa Tribunal Administrativo de Rennes, 25 de octubre de 2005, *Association Halte aux marées vertes*¹⁴, ofrece un ejemplo de responsabilidad subjetiva del estado a causa de daño ambiental. Se trató del aumento sin control del alga “*Ulva Armoricana*, también llamada alga verde, en las costas bretonas con lo cual se afectó el turismo y la pesca. Este daño fue causado por la falta de rigor de la prefectura¹⁵ al expedir licencias de explotación de ganado porcino, sin tener en cuenta los límites establecidos de contaminación que podrían generar, y sin hacer un verdadero control a los estudios ambientales presentados por quienes solicitaban la licencia. Posterior a la expedición de dichas licencias, la prefectura no realizó los correspondientes controles, ni ejerció la vigilancia que le correspondía. Los niveles de nitrato existentes en las aguas de desecho vertidas por las explotaciones porcinas fueron las causantes de la proliferación de las algas verdes. El Estado fue condenado a indemnizar a las asociaciones de defensa ambiental, quienes hicieron las labores de recolección de las algas y quienes tomaron medidas para hacer reparación in nature de este daño ambiental.

Teniendo en cuenta que el artículo 90 de la constitución de 1991, dio rango constitucional a la responsabilidad objetiva del Estado, la jurisprudencia ha fallado diversos casos a partir de este supuesto de imputación en temas como atentados terroristas. Es interesante hacer una reflexión acerca de la posibilidad de que en el caso de daño ambiental se aplique también este supuesto de imputación.

B. La improcedencia de la responsabilidad objetiva del Estado colombiano en el tema ambiental

A partir del artículo 90 de la constitución de 1991, se dio rango constitucional a la imputación de la responsabilidad objetiva del Estado. Este tipo de responsabilidad se produce en los casos en los cuales el Estado actúa dentro de la legalidad, pero en esa actuación quien sufre el daño no tenía razón para soportarlo, es decir, existe una afectación del principio jurídico de la igualdad ante las cargas públicas. Es lo que se ha llamado en derecho francés, el hecho de que el ciudadano soporte cargas indebidas. De este modo no es necesaria la determinación de la culpa del Estado en los hechos que originaron el daño, no hay necesidad de que haya habido por parte del estado una actuación contraria a la ley¹⁶. Sin embargo sigue tratándose de una imputación de tipo

14 Tribunal Administratif de Rennes, 25 octobre 2007, *Association Haute aux marées vertes*.

15 Entidad territorial del nivel departamental, equivalente en el contexto colombiano a la gobernación. La prefectura en este caso era la encargada de aprobar las licencias de funcionamiento de la explotación de criaderos de cerdos en el departamento.

16 El daño antijurídico no se deriva de la ilegalidad del acto o de la conducta del autor, sino porque la persona que sufre la lesión no tiene el deber jurídico de soportarla. (Serrano-Escobar, 2011, p. 287).

normativo y no fáctico, es decir, que no es necesaria la demostración de un nexo de causalidad fáctico. “En respuesta a las insuficiencias que plantea el dogma causal para explicar la radicación de efectos dañosos, reivindican el papel de la imputación como un juicio normativo que permite vincular un resultado con un determinado sujeto de derecho.” (Serrano-Escobar, 2011, p. 277).

El Consejo de Estado colombiano ha trabajado el tema de la imputación objetiva desde dos perspectivas, el daño especial¹⁷ y el riesgo excepcional¹⁸. Desde la teoría del riesgo excepcional, la doctrina francesa ha tratado tres subdivisiones que son: el riesgo creado, el riesgo provecho y el riesgo social (Serrano-Escobar, 2011, p. 252).

En lo atinente al derecho del medio ambiente, el riesgo creado sería la figura jurídica a utilizar para imputar la responsabilidad del Estado. Esto debido a que en muchos de los casos de implementación de avances tecnológicos, la incertidumbre con respecto a las consecuencias ambientales que puede producir es bastante alta. De esta manera, se crea un riesgo de afectación del medio ambiente (Gil-Botero y Rincón, 2013, p. 29). A pesar de que las autoridades administrativas creen y pongan en práctica instrumentos que regulen estas actividades peligrosas, es imposible evitar completamente la posibilidad de la ocurrencia de un daño ambiental.

Ante la contingencia de la ocurrencia de un daño ambiental causado por actividades que se desarrollen en el marco regulatorio impuesto y diseñado por el Estado, alguien debe responder por las consecuencias dañosas que estas pueden ocasionar y que podrían afectar el derecho colectivo al goce de un medio ambiente sano. Es así, que en ordenamientos jurídicos como el desarrollado por la Unión Europea¹⁹ se han establecido regulaciones donde se hace énfasis en las pólizas de seguros contra riesgos de daño ambiental, establecimiento de causas puntuales de responsabilidad objetiva dependiendo de las actividades desarrolladas y aplicación del principio del que contamina paga.

17 El primer fallo de este tipo expedido en 1947 en el asunto que trato el periódico El Siglo. CE, 29 de julio de 1947. MP: Gustavo Valbuena. Referencia: El Siglo S.A. “El Consejo de Estado acogió la teoría del daño especial como una forma de responsabilidad sin falta por el perjuicio anormal y extraordinario que se le había causado al demandante, imponiéndole un sacrificio especial que rompe el equilibrio ante las cargas públicas”. (Serrano-Escobar, 2011, p. 235).

18 La teoría del riesgo fue tomada por el derecho público de los desarrollos realizados por el derecho civil durante el siglo XIX, en esta teoría no se toma en cuenta la necesidad de la culpa como requisito para la configuración de la responsabilidad sino que “quien quiera que obtenga beneficios de una actividad generadora de riesgos, asume las cargas que de estos se deriven”. (Serrano-Escobar, 2011, p. 251)

19 Citar la Directiva.

Efectivamente, en el desarrollo de ciertas actividades industriales, la aplicación de nuevas tecnologías de producción, exploración de métodos de explotación de recursos naturales, tratamiento de desechos industriales, se crean riesgos de daño ambiental. Sin embargo, tratándose de actividades que son necesarias para mantener la economía, el empleo y el desarrollo tecnológico es obligatorio hacer un equilibrio entre los dos, tratando de evitar el daño ambiental, pero permitiendo estas nuevas actividades. El límite y a la vez punto de referencia está en la técnica, que aun en estos casos, muchas veces se queda corta. Esta incertidumbre es una de las características de la llamada sociedad del riesgo²⁰, concepto sobre el cual se realiza la construcción teórica de la responsabilidad objetiva por daño ambiental.

Sabiendo que en Colombia es el Estado el encargado de regular estas actividades peligrosas, que eventualmente pueden causar daños ambientales, y que en su poder está la decisión de permitir las o no, es importante subrayar que las consecuencias de condenar al Estado por responsabilidad objetiva en el ámbito ambiental podría abrir una brecha gigante que desencadenaría innumerables condenas, cada vez que se presente un daño ambiental, ya que sería siempre el Estado dentro de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias quien habría dado paso a que el daño ocurriese. Es decir, cada vez que ocurriese un daño ambiental del tenor que fuese, sería el Estado responsable²¹ por haber puesto en riesgo el medio ambiente a través de los trámites administrativos con los que permitió que el tercero realizara dicha actividad. Aún más, conociendo la carencia de una norma que regule en Colombia la responsabilidad objetiva para los actores ambientales en la que se nombren las actividades riesgosas frente a las cuales tanto el Estado como particulares deben estar alerta²². Así, para aplicar el criterio de imputación objetiva a nombre del Estado se hace necesaria una regulación clara que delimite las posibles consecuencias que esta puede traer.

Por lo tanto, se tiene la necesidad de establecer unos límites que no permitan que una brecha pudiese darse, que en este caso sería la demostración del riesgo creado por la administración (Serrano-Escobar, 2011, p. 266). Sin embargo, al estar el tema ambiental caracterizado por la incertidumbre y la contingencia, la demostración del riesgo tiene grandes dificultades. De esta manera la carga

20 "Las sociedades del riesgo se caracterizan por la degradación medioambiental creciente, en combinación con una expansión del derecho y la regulación ambiental, incongruencia tácita, pues ello no garantiza ni un mayor conocimiento del deterioro ni tampoco de la prevención del daño". Alfie-Cohen, 2007, p.p. 216-217).

21 Esta es una de las problemáticas que tiene en el momento el derecho español en la aplicación de la responsabilidad objetiva del Estado, aunque no referente directamente al daño ambiental. Sin embargo, las mismas consecuencias extralimitadas de la imputación de la responsabilidad objetiva del Estado en el caso del medio ambiente pueden ser anunciadas.

22 La regulación es aún insuficiente, pues se cuenta solamente con normas que delimitan áreas protegidas por ejemplo de parques naturales y reservas ecológicas, pero no se tienen normas que regulen las actividades que pueden generar riesgos ambientales. (Gil-Botero y Rincón, 2013, p. 110).

de la prueba (Gil-Botero y Rincón, 2013, p. 111), para una comunidad pobre que intente proteger su derecho a un ambiente sano podría convertirse en una tarea imposible, y por ende, en un impedimento para la reparación.

La única opción por medio de la cual sería plausible y prudente que se le imputara responsabilidad objetiva al Estado indirectamente en el tema ambiental, sería en el caso en el que el Estado sea quien actúa directamente como gestor de la actividad que desencadenó el daño. Por ejemplo: cuando una de las empresas del mismo Estado sea quien desarrolle la actividad de explotación minera (Conde-Antequera, 2004, p. 42). De lo contrario la imputación de responsabilidad por causa ambiental que sería prudente imputar al Estado debe ser de tipo subjetivo, es decir, a causa del incumplimiento del deber de control y vigilancia o por omisión de sus labores de regulación de dichas actividades.

De esta forma la responsabilidad objetiva es imputada sobre las personas jurídicas o naturales a las cuales el Estado entregue permisos de explotación, concesiones de usufructo minero, permisos de construcción, etc., que en desarrollo de dichas actividades y siguiendo la respectiva normatividad causen daño ambiental o amenacen con la ocurrencia del daño. Y es precisamente por ello, que dentro de la regulación de las actividades que puedan generar impacto ambiental, los Estados están implementando medidas económicas preventivas y aseguradoras en caso de la ocurrencia del daño. En España, por ejemplo, a través de la Ley de Responsabilidad Medioambiental (LRM) se obliga a las empresas a asegurar sus actividades con pólizas que en caso de ocurrencia de daño servirán para costear la reparación de dicho daño (Conde-Antequera, 2004, p. 12).

En todos los casos, la reparación es imprescindible como mecanismo para el restablecimiento de los derechos afectados en caso de daño ambiental y hace parte integral de los litigios concernientes a la determinación de la responsabilidad de los actores en materia ambiental.

C. La reparación del daño ambiental como consecuencia de la determinación de la responsabilidad ambiental del Estado

154

Después de definir a los responsables del daño ambiental, la determinación, delimitación y especificación del daño (A) son el paso a seguir con el fin de poder definir las medidas reparatorias (B) necesarias frente al caso puntual.

A. La determinación del daño ambiental

El daño ambiental ha sido definido por diferentes autores y clasificado según criterios diferentes. El daño ambiental es una afectación del medio ambiente

que genera la modificación de las condiciones normales de un ecosistema, del hábitat de una especie animal o vegetal y que puede generar consecuencias sobre la calidad de vida de las especies que lo habitan, incluyendo el hombre. “El daño ambiental se produce al operar un cambio drástico en uno o varios recursos naturales de forma que se afecta la integridad de la naturaleza, su funcionamiento como sistema y, por ende, su capacidad de autorregulación y auto regeneración.” (Gil-Botero y Rincón, 2013, p. 23). La definición y clasificación del daño ambiental en términos jurídicos, es un factor importante para definir elementos de la responsabilidad, el bien jurídico afectado, la reparación, la legitimación por activa y por pasiva, la acción para reclamar delante de la jurisdicción.

En términos jurídicos, el daño ha sido clasificado según la afectación del bien afectado, es decir, si este es un bien jurídico colectivo o un bien jurídico individual. Para el autor argentino Tomás Hutchinson el daño ambiental es el daño sufrido por el patrimonio de una persona jurídica o natural, mientras que el daño sufrido por una colectividad a través de la afectación en masa del derecho a un medio ambiente sano es llamado daño ecológico, es decir, un daño supraindividual, “es el daño irrogado al ambiente como bien público, que trasciende por ello la noción clásica de propiedad.” (Mosset, Hutchinson, Donna, 2011, p. 132).

La doctrina y la jurisprudencia colombiana han clasificado el daño ambiental en: daño ecológico puro y daño ecológico impuro (Henaó-Pérez y Ospina-Garzón, 2015, p. 523). El primero, hace referencia a la afectación del derecho colectivo a un medio ambiente sano, consagrado en el artículo 79 de la Constitución de 1991, donde la víctima del daño está compuesta por el plural de la comunidad que sufre un menoscabo en las condiciones y calidad de vida a causa de la afectación del medio ambiente. Al contrario, el daño ambiental impuro es el daño que afecta el patrimonio individual de una persona jurídica o natural.

El daño ambiental puro es el que nos interesa escudriñar. Este daño tiene su base constitucional en el derecho humano de tercera generación al goce de un medio ambiente sano. El bien jurídico protegido en este caso es el medio ambiente con todas sus componentes físicas, agua, aire, suelo, animales que lo habitan, etc. Al ser un derecho de rango fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano, la acción creada por el constituyente para su garantía jurisdiccional fue la acción popular, la cual permite que cualquier ciudadano pueda ejercerla sin necesidad de demostrar un daño directo, basta con la amenaza de la ocurrencia del daño. Así lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado: “De tal manera que para la protección ambiental que proceda no resulta necesario contar con elementos probatorios sobre un daño cierto al río Magdalena, en el lugar de la explotación minera adelantada por la Sociedad SAP Agregados S.A., pues bastan los informes técnicos, acorde

con los cuales se requiere la licencia, pues el daño se podría presentar y ello obliga a evitarlo, así no se reconozca con certeza su ocurrencia.”²³

Otra de las ramificaciones del concepto del daño ambiental lo conforma el daño cierto y el daño contingente. Una clasificación trascendente a la hora de la decisión sobre la reparación. El daño cierto es el daño consumado, es decir, la afectación física del medio ambiente que ya sucedió; mientras que el daño contingente, es la amenaza de que un daño cierto ocurra y por ende el objetivo de su reconocimiento es la evitación del daño ambiental cierto. En aplicación al principio de precaución (Arcila-Salazar, 39 (111), julio-diciembre 2009, p.p. 283-304), el juez colombiano ha sido consecuente con los objetivos de la acción popular en lo que a la prevención, amenaza y cesación del daño concierne.

La determinación y valoración del daño ambiental es una tarea difícil, ya que la afectación de este, no solo influye en el medio natural, en el ecosistema y sus diferentes componentes sino que también afecta otros ámbitos como el social, el cultural, económico, salubre, entre otros, que pueden afectar a las comunidades. Para evitar estos daños, instrumentos internacionales han establecido la necesidad de la realización de la consulta previa²⁴ con el fin de que se incluyan las comunidades dentro de las decisiones de políticas públicas referentes al medio ambiente. La consulta previa hace parte del convenio OIT 169 sobre pueblos indígenas y tribales, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea el 13 de septiembre de 2007.

La determinación del daño generalmente se realiza en términos de los daños ocasionados a la naturaleza, esto por medio de análisis comparativos técnicos²⁵, estadísticos entre el estado actual y el estado anterior al daño. Sin embargo, también se ha hecho necesaria la conformación de comisiones especiales multidisciplinarias donde se haga un análisis de las consecuencias que a nivel social, cultural y económico se han dado a causa de la vulneración al derecho colectivo a un medio ambiente sano. En el caso de la represa de Chixoy en Guatemala, los informes de verificación de daños y prejuicios encontraron que los costos sociales, culturales y económicos para la comunidad fueron

23 Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera. 29 de abril de 2015. MP. Stella Conto Díaz del Castillo. Asunto del municipio de Ricaurte, explotación minera. p. 73.

24 Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-652 de 1998. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. 10 de noviembre de 1998. Falta de la Consulta previa para intervenir el territorio indígena de la comunidad Embera Katío, proyecto de la represa de Urrea.

25 “Los estudios técnicos de valoración del daño se han convertido también, en muchos de los casos analizados, en una forma de contrastar, verificar la veracidad o negar la validez de informaciones proporcionadas por Estados o empresas. Estos estudios son cada vez más frecuentes y hacen que las comunidades afectadas u organizaciones de derechos humanos ambientalistas recurran a equipo técnicos como una forma de establecer sus luchas”. (Beristain, 2011, p. 109).

mayores que los beneficios económicos recibidos, la falta al cumplimiento de los convenios internacionales con respecto al respeto de las comunidades indígenas, las mujeres, la afectación y pérdida de sitios arqueológicos y sagrados que hacían parte del patrimonio de la humanidad, así como la pérdida del equilibrio de los ecosistemas del lugar ²⁶.

En el caso de Europa y Estados Unidos, se han creado modelos matemáticos ²⁷que buscan determinar los daños ambientales con el fin de fijar los recursos que se afectaron o se perdieron. Este conocimiento inicial y cuantitativo del daño permite que se tomen las decisiones sobre las medidas de reparación que se llevaran a cabo, además de hacer una monetización del daño en caso de que no se pueda volver al estado anterior. Esta forma de cuantificación del daño está basada en el principio del que contamina paga, cuyo objetivo es la recuperación de los daños ambientales causados por los actores. La razón que lo justifica en estos ordenamientos jurídicos “es que estos proporcionan a la sociedad servicios públicos con valor económico que se ven afectados, o de otra manera, los daños a los recursos naturales reducen el bienestar que estos proporcionan a las personas más allá de la pura generación de mercancías –bienes privados tales como: alimentos, madera,... (Lozano-Cutanda, 2008, p. 369).

Existen dos modelos internacionales principales de cuantificación de los servicios que prestan los recursos naturales. El primero que se desarrolló, fue el modelo trabajado por científicos estadounidenses (Constanza, R., D’arge et al., 1997, p.p. 253-260), presentado como The value of the world’s ecosystem services and natural capital. Posteriormente se ha desarrollado el Millennium Ecosystem Assessment, el cual fue una iniciativa del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. En estos modelos se tratan cuatro servicios principales: provisión (hace referencia a las necesidades que suple, ej.: alimento, agua dulce, recursos genéticos), regulación (hace referencia a la regulación de los ciclos naturales, ej.: regulación del clima, regulación de la calidad del aire, etc.), culturales (concerniente a la recreación y ecoturismo, valores estéticos, valores espirituales y religiosos) y de soporte (en lo concerniente a regeneración del ambiente natural), (Lozano-Cutanda, 2008, p. 370).

Los métodos existentes de valoración están basados en dos modelos matemáticos que a su vez toman como referencia la oferta (el coste de reposición del recurso natural) y la demanda (bienestar perdido por el consumidor) de los servicios y recursos naturales. El modelo que toma como referencia la oferta, llamado Análisis de Equivalencia de Recursos (REA) es utilizado para determinar los costos de la compensación de los daños, es decir, permite saber cuánta

26 Informe de verificación de daños y perjuicios Chixoy. Citado en: (Beristain, 2011, p. 109).

27 Se ha creado una nueva disciplina que han llamado economía ambiental, que se dedica a la cuantificación del medio ambiente, tanto en términos monetarios como en términos de recursos naturales.

cantidad de unidades del recurso natural se perdieron o afectaron, y de este modo, cuántas unidades deben ser compensadas o recuperadas. En el caso del modelo que toma como referencia la demanda, lo que se determina es la cuantificación monetaria del recurso perdido o afectado, teniendo en cuenta la pérdida de beneficio de los consumidores por medio de la determinación estadística de las preferencias y el uso que los consumidores dan al recurso, con este último método no se busca una medida de reparación o recuperación del recurso en sí mismo sino una indemnización monetaria equivalente (Lozano-Cutanda, 2008, p. 371-379).

El gobierno de Estados Unidos tiene dos ejemplos interesantes de técnicas para la medición de daños ambientales, ellas son: la norma CERCLA (Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act) que ha trabajado sobre el daño generado por el derrame de sustancias peligrosas. La segunda norma técnica es la OPA (Oil Pollution Act) referente a los daños ocasionados por el derrame de petróleo. La CERCLA tiene como objetivo “estimar una compensación económica por los daños ocasionados, teniendo en cuenta la influencia que el daño ha generado sobre el bienestar de la población, así como la evolución de las preferencias de la sociedad y la escasez del recurso y/o servicio que se ha visto afectado.” (Lozano-Cutanda, 2008, p. 379). La OPA por el contrario, busca la estimación de los recursos que fueron afectados con el fin de que se puedan estimar las medidas compensatorias apropiadas en cada caso. La OPA toma el modelo de medición del daño REA como base, es decir, se mide el recurso a recuperar y no su valor monetario (Lozano-Cutanda, 2008, p. 379).

En el caso de la Unión Europea, a partir de la Directiva 2004/35/CE de responsabilidad ambiental, el Sexto programa Marco de la Comisión Europea (2002-2006) financió un proyecto de investigación para crear una norma de referencia para la medición de los daños y la determinación de las medidas reparatoras. Este proyecto fue llamado REMEDE (Resource Equivalency Methods for Assessing Environmental Damage). Este fue realizado entre 2006 y 2008. Tomó como base el modelo REA, que da prioridad la compensación de los recursos y/o servicios perdidos a causa del daño ambiental²⁸.

En Colombia, normalmente en los casos de daño ambiental puro, el juez está en la obligación de utilizar los medios requeridos para determinar el daño y poder fallar las medidas reparatorias según cada caso. Así, el Consejo de Estado se ha valido de informes técnicos presentados por las partes y peritajes ordenados por el juez²⁹ como se puede observar en diferentes sentencias

28 El desarrollo, eventos y resultados del proyecto REMEDE pueden ser consultados en <http://www.envliability.eu/index.htm>

29 Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-429 de 2013. (Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa; 10 de julio de 2013). “Para el caso específico de las acciones populares, en la Sentencia C-215 de 1999, la Corte puntualizó que la carga de la prueba que recae sobre el actor popular; no inhibe al juez del deber

de acciones populares falladas por el máximo juez de la administración³⁰. Aunque la determinación del daño, sea cierto o sea contingente, no es fácil; sin embargo, el esfuerzo por hacerla bien es imprescindible porque de este dependen directamente las medidas de reparación que se ordenarán.

B. Los mecanismos de reparación

La reparación es la consecuencia de la determinación de la responsabilidad, y a su vez, su objetivo principal. Bajo la responsabilidad civil, el bien jurídico afectado es el patrimonio de la persona natural o jurídica que sufrió el daño, por lo tanto, la reparación en este caso se da en términos monetarios. Por el contrario, cuando se trata de daños al medio ambiente lo que se busca con la reparación es la recuperación y la protección de la naturaleza. De esta manera, la reparación no se realiza en términos monetarios directamente, sino en la realización de medidas que garanticen el restablecimiento de las condiciones iniciales *ex ante* al daño, la prevención de reincidencia del daño y la cesación del daño.

El daño ambiental conlleva no solo las consecuencias negativas para la naturaleza, sino que implica consecuencias a nivel social, cultural y económico para las comunidades asentadas en dichos lugares. Así, se puede hablar de consecuencias que se integran alrededor del daño consumado y por ende la reparación debe ser también de carácter integral. La explotación de recursos naturales en América Latina se ha visto afectada no solo por las secuelas de daño del medio ambiente, sino que en estos entornos se han desarrollado conflictos sociales con graves consecuencias para la cultura, la salud, el goce de los derechos humanos y el desarrollo social de las comunidades. De la necesidad de paliar estas consecuencias y restablecer los derechos humanos, se ha visto la necesidad e importancia de llevar a cabo reparaciones integrales en este tipo de conflictos. De esta forma, ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ha trabajado en este sentido la reparación y las medidas cautelares en casos de daño ambiental en países como Colombia³¹, Ecuador, Costa Rica, Nicaragua.

de emplear su facultad probatoria de oficio cuando, por razones económicas o técnicas, el demandante no pueda aportar ciertas pruebas que resultan indispensables para adoptar un fallo de mérito.

30 Consejo de Estado, sección primera. (Magistrado Ponente Marco Antonio Velilla Moreno; 28 de marzo de 2014). Asunto del río Bogotá. Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera. (Magistrada Ponente Stella Conto Díaz del Castillo; 29 de abril de 2015). Asunto del municipio de Ricaurte, explotación minera.

31 "El punto de partida fundamental se refiere a la comprensión de riesgo como una situación derivada de la creciente amenaza que surgió en los territorios ancestrales con el interés en la explotación de recursos naturales (madera, agua y tierra), y el conflicto armado interno con el consiguiente incremento de infracciones al derecho internacional humanitario y las violaciones de los derechos humanos de la población. (...) Los anteriores factores están íntimamente ligados a la plena conciencia de las comunidades indígenas sobre la vulnerabilidad a la que está sometido el pueblo Embera Katío del Alto Sinú por la pérdida cultural de su

La reparación integral aplicada por la CIDH relaciona cinco elementos que son diferentes modalidades de reparación. Estas modalidades responden a diferentes necesidades originadas en el daño. Las modalidades de reparación son: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición (Beristain, 2011, p. 153). La rehabilitación: es la reparación que se realiza directamente sobre la naturaleza, por lo tanto, demanda el restablecimiento de las condiciones anteriores al daño, es decir, una reparación *in nature*, cuando esta sea posible porque es necesario reconocer que en algunos casos la restitución no es posible, sería el caso de la extinción de una especie animal³² o vegetal. Las demás medidas mencionadas como partes de la reparación integral hacen referencia a la devolución de tierras a las comunidades, al reconocimiento de las violaciones de derechos humanos, a las medidas tendientes a solucionar los problemas de salud y psicosociales generados por la intervención de sus territorios.

En Colombia, como ya se ha expuesto, es la acción popular el mecanismo por medio del cual se juzgan los casos de daño ambiental. La regulación de esta acción obliga la reparación *in nature*, y la prevención como mecanismo para evitar el daño ambiental cuando esto es posible. Así, el juez administrativo ha interpretado este mandato aplicándolo en diversos casos en los cuales ha condenado a los actores del daño a realizar medidas reparatorias, así como medidas preventivas³³.

“Caracteriza la acción popular su condición principal y preventiva, en la media, en que procede cuando un derecho colectivo está siendo amenazado, amén de restitutiva, cuando quiera que el derecho colectivo está siendo violado y las cosas deberán volver al estado anterior, razones por las cuales, el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 472 de 1998 establece que estas “... se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas al estado anterior cuando fuere posible”. Por estas razones, la acción, aunque no se agota en una sanción ni en un castigo, en un sentido amplio las

modo de vida, a raíz de la construcción de la hidroeléctrica de Urra, que se sumó a situaciones de exclusión, racismo y discriminación histórica por parte de la sociedad local, departamental y nacional.” (Comisión Colombiana de Juristas, 2013, p. 171).

32 “Por ejemplo, en la construcción de la represa de Urra (Colombia), esta supuso la ruptura de los ciclos biológicos de los peces que subían a desovar río arriba y constituían la base de la alimentación de los indígenas Embera Katío, y dichos cambios no son reversibles con los años de putrefacción de la biomasa que quedó inundada o la repoblación con otras especies.” Beristain, C. M. (2011). El derecho a la reparación en los conflictos socio-ambientales. Experiencias, aprendizajes y desafíos prácticos. Bogotá, D.C., Ediciones USTA. P. 244.

33 Artículo 25 de la Ley 472 de 1998.

comprende, siempre que se requieran para proteger la colectividad frente a una amenaza o vulneración del daño contingente”³⁴.

La reparación integral hace parte de los principios orientadores de la administración de justicia en Colombia. Este está contenido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y ha sido interpretado por el juez administrativo a través de la jurisprudencia relativa al daño ambiental como la necesidad de resarcir el daño, no solo en términos monetarios, sino en el restablecimiento de la situación al estado anterior. Así, el Consejo de Estado en litigio concerniente a las fumigaciones con glifosato, encontrando responsable de daño ambiental sobre la propiedad de los accionantes condenó a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional a costear la reparación *in nature* de reforestación con especies nativas del lugar, asignando la tarea de reforestación a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía³⁵.

Como se puede ver en esta sentencia, la reparación ordenada por el juez como solución al litigio donde el bien protegido es el medio ambiente, es encargada a la institución del Estado que gestiona el recurso ambiental afectado, aun cuando el accionante es un particular que solicita una reparación directa. Por lo tanto, esta misma forma de encargo de la reparación se presenta en la acción popular. Se reafirma la característica de la protección de lo colectivo cuando el litigio se refiere a la afectación del medio ambiente. En ningún caso la reparación va encaminada a resarcir daños a bienes de particulares³⁶, sino por el contrario va encaminada a la restauración de un derecho colectivo. “Como lo determina el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, la condena a los perjuicios causados por el daño a un derecho o interés colectivo y, en particular a los recursos naturales, se hace en favor de la entidad pública que los tenga a su cargo, para la restauración del área afectada”³⁷.

En contextos diferentes, tal como el europeo, la reparación del medio ambiente se centra en dos modalidades principales: la reparación *in nature* y la indemnización, donde esta segunda es subsidiaria. Así, en los casos en los cuales la reparación *in nature* no es posible, entonces se calcula una cantidad

34 Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera. (Magistrada Ponente Stella Conto Díaz del Castillo, 29 de abril de 2015). Asunto del municipio de Ricaurte, explotación minera. P. 21.

35 Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, Sección tercera. (Magistrada Ponente Stella Conto Díaz del Castillo; 30 de enero de 2013). Asunto de las fumigaciones con glifosato.

36 “Resulta de vital importancia como lo ha venido sosteniendo la sala [sala de lo contencioso-administrativo], que en razón de la acción popular las indemnizaciones proceden siempre que la restauración devenga en inescindible, con las medidas para hacer cesar la vulneración o conjurar la amenaza sin que, en todo caso, sea dable hacer uso de una protección colectiva en orden a una reparación puramente individual.” Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera. (Magistrada Ponente Stella Conto Díaz del Castillo, 29 de abril de 2015). Asunto del municipio de Ricaurte, explotación minera. P. 22.

37 Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera. (Magistrada Ponente Stella Conto Díaz del Castillo, 29 de abril de 2015). Asunto del municipio de Ricaurte, explotación minera. P. 22.

de dinero que la reemplace. La reparación es cubierta por los seguros o por los fondos de reparación a los cuales aportan las personas jurídicas o naturales que desarrollan las actividades que generan riesgo de daños ambientales, esto en el caso de responsabilidad objetiva³⁸ de los actores. Por el contrario en el caso de responsabilidad subjetiva, es la persona que actuando con dolo o culpa produjo el daño ambiental. La garantía de la reparación, ya sea *in nature* o por medio de indemnización, es eficaz en el caso de la responsabilidad objetiva, ya que los riesgos están cubiertos desde un inicio. Esta es una de las ventajas del desarrollo y aplicación de una ley de responsabilidad ambiental que tiene claramente delimitados los riesgos y las formas de afrontarlo. La ley LRM en España contiene en el anexo II las medidas de reparación a aplicar en casos puntuales de daño ambiental.

Conclusiones

Las características especiales que conlleva la violación del derecho colectivo a un medioambiente sano, demanda un tratamiento especial de la responsabilidad del Estado en este tipo de sucesos, siendo en Colombia hasta ahora el supuesto de responsabilidad subjetiva el aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En Colombia, la falta de una ley que delimite y aclare el alcance de la responsabilidad objetiva ambiental, no permite que este tipo de responsabilidad sea arrogada a los actores del sector incluyendo el mismo Estado. Hasta tanto no se trabaje, se proponga y se apruebe una ley de responsabilidad ambiental la figura jurídica de imputación de la responsabilidad por daño ambiental será la subjetiva.

El Consejo de Estado ha permitido la intervención de terceros frente a un contrato de concesión minera, siempre y cuando el motivo de la intervención sea la protección del derecho colectivo a un medio ambiente sano.

La reparación integral, como principio de la administración de justicia dentro de la legislación colombiana, acompañado de los poderes que el juez de la acción popular tiene, cuando de la protección del derecho colectivo al medio ambiente sano se trata, permite que no solo se lleven a cabo reparaciones *in nature*, sino que se vele por el restablecimiento de los derechos de las comunidades cuyos territorios han sido intervenidos y afectados.

38 El fundamento de la institución propuesta se ha desplazado desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable a la noción de lesión resarcible como mecanismo objetivo de reparación basado en el concepto de daño antijurídico." (Serrano-Escobar, 2011, p. 287).

Referencias

Obras

- Beristain, C. M. (2011). *El derecho a la reparación en los conflictos socio-ambientales. Experiencias, aprendizajes y desafíos prácticos*. Bogotá D.C., Ediciones USTA.
- Conde-Antequera, J. (2004). *El deber jurídico de restauración ambiental*. Granada: Editorial Comares. Granada.
- Gherzi, C. (2001). *Derecho y reparación de daños 3. Daño al medioambiente y al sistema ecológico. Responsabilidad civil, administrativa y penal*. Buenos aires: Editorial Universidad.
- Gil-Botero, E. y Rincón, J. (2013). *Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lozano-Cutanda, B. (2008). *Comentarios a la ley de responsabilidad medioambiental*. Pamplona, España: Editorial Arazandi.
- Mosset, J., Hutchinson, T., Donna, E. A. (2011). *Daño Ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Pardo, J. E. (2008). *Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario sistemático*. Madrid: Marcial Pons.
- Serrano-Escobar, L. (2011). *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*. Bogotá, D.C., Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Artículos de revista

- Alfie-Cohen, M. (2007). Una nueva gestión ambiental: El riesgo y el principio Precautorio. *Espacio Abierto*, 16, (2), abril-junio 2007, 209-222.
- ANDI (Asociación Nacional de Empresarios de Colombia), (2016). Colombia: Balance 2015 y perspectivas 2016. Retrieved July 13, 2016, from <http://www.andi.com.co/Documents/Balance2015/ANDI%20-%20Balance%202015%20y%20Perspectivas%202016F.compressed.pdf>

Arcila-Salazar, B. (2009). El principio de precaución y su aplicación judicial. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, 39 (111), julio-diciembre 2009, 283-304.

Comisión Colombiana de Juristas. (2013). “Represa de Urra y comunidad indígena Embera Katío”. Retrieved July 10, 2016 from http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/gente_de_rio.pdf

Constanza, R., D’arge, R., De Groot, R., Farber, S., Grasso, M., Hannon, B., Limburg, K., Naeem, S., O’Neil, R. V., Paruelo, J., Raskin, R. G., Sutton, P., Van de Belt, M. (1997) The value of the world’s ecosystem services and natural capital. *Nature International weekly journal of science*. Retrieved July 20, 2016, from http://www.esd.ornl.gov/benefits_conference/nature_paper.pdf. P. 253-260.

Flores P., C. A. (2006). La cadena del gas natural en Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética. Retrieved July 13, 2016, from: http://www.upme.gov.co/Docs/Chain_Gas_Natural.pdf

Sentencias

Consejo de Estado

Consejo de Estado, sección primera. (Magistrado Ponente Marco Antonio Velilla Moreno; 28 de marzo de 2014). Asunto del río Bogotá.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera. (Magistrada Ponente Stella Conto Díaz del Castillo; 29 de abril de 2015). Asunto del municipio de Ricaurte, explotación minera.

Consejo de Estado. (Magistrado Ponente Gustavo Valbuena; 29 de julio de 1947). Referencia: El Siglo S.A.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, Sección tercera. Magistrada Ponente Stella Conto Díaz del Castillo; 30 de enero de 2013). Asunto de las fumigaciones con glifosato.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero; 26 de noviembre de 2013). Asunto de los primates *Aotus vociferans*.

Tribunal Administratif de Rennes, 25 octobre 2007, Association Haute aux marées vertes.

Corte Constitucional

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-671 de 2001. (Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería; 28 de junio de 2001).

Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-652 de 1998. (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. 10 de noviembre de 1998).

Corte Constitucional, sala plena. Sentencia C-644 de 2001. (Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio; 31 de agosto de 2011).

Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T- 429 de 2013. (Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa; 10 de julio de 2013).

Normas jurídicas

Gélvez-Ramírez, C. A. (2010). Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Prosperidad para todos, Tomo I. Retrieved July 14, 2016, from <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND2010-2014%20Tomo%20I%20CD.pdf>