

Bogotá, D. C.,

12 SEP 2014

MEMORANDO

PARA: NUBIA OROZCO ACOSTA
Directora General ANLA

MAURICIO MALDONADO CHAYA
Subdirector de Evaluación y Seguimiento

EDILBERTO PEÑARANDA
Asesor – Encargado de las Funciones de la Subdirección de
Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Solicitud de apoyo jurídico en materia de conceptualización del daño ambiental y teoría de la responsabilidad ambiental.

En atención a la solicitud de apoyo jurídico sobre el daño ambiental, se abordarán algunas precisiones conceptuales en términos normativos, jurisprudenciales y dogmáticos para establecer sus alcances, interpretación y conceptos relacionados como la contaminación, el impacto ambiental y las medidas de la compensación. Conforme a esto se responde:

1. Jurisprudencia internacional comparada y jurisprudencia nacional sobre conceptualización del daño ambiental y la teoría de la responsabilidad ambiental

El tema del daño ambiental, ha transcendido con los avances del derecho ambiental a partir de las conceptualizaciones que marcan la evolución de las medidas sobre la protección del ambiente, y que inician con el derecho ambiental internacional (DAI) desarrollado a partir de las grandes Declaraciones Ambientales, esto es, la Declaración de Estocolmo sobre Ambiente Humano de 1972; la Declaración de Río de Janeiro de 1992 y la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible de 2002. Aunque si bien se aclaran las disposiciones del derecho suave (*soft law*) o no vinculante como la primera y la última declaración y las disposiciones de 'derecho fuerte' vinculante (*hard law*) que para el caso del ordenamiento jurídico colombiano se remiten a la Declaración de Río de Janeiro de 1992, que fueron incorporadas por el artículo 1º de la Ley 99 de 1993 como parte de los elementos que deber aplicarse a la política ambiental nacional.

En esta medida, se identifica dentro del sistema de principios desarrollados internacionalmente, las disposiciones referidas al tema del daño ambiental. Por ejemplo, la Declaración de Estocolmo en su principio 22 establece que “los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen en zonas situadas fuera de su jurisdicción” y en el principio 23 en la cual se indica que “toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización”.

En la Declaración de Río de Janeiro de 1992, en su principio 2 se establece el ‘principio de soberanía’ de los Estados sobre sus recursos, sobre su política ambiental y sobre sus actividades siempre que no afecten a otros Estados, idea que ha sido desarrollada teóricamente bajo la denominación de la ‘regla del no-daño’ o responsabilidad por daños ocasionados a otros países¹. También en el principio 10, establece la necesidad de establecer garantías por parte de los Estados quienes deberán “acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre, éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. En el principio 13 se menciona el deber de los Estados para “[...] desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales” así como impulsar la creación de nuevas leyes internacionales en materia de responsabilidad e indemnización “[...] por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción [...]”.

A nivel constitucional, en el artículo 80 de la Constitución Política de Colombia, establece como parte de las obligaciones a cargo del Estado, planificar el “[...] manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, pero adicionalmente, “[...] deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”. En el artículo 90 ibídem, además se establece que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, y en caso de ser condenado la posibilidad de éste para ejercer la acción de repetición.

En relación a los daños sobre los bienes naturales, el artículo 16 de la Ley 23 de 1973 establece que “el Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones

¹ Tol, R. S. J. y Verheyen, R. (2004). State responsibility and compensation for climate change damage: A legal and economic assessment. *Energy Policy*, 32: 1109-1130. Amsterdam: Elsevier.

que generan contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado". Desde el punto de vista legal de la responsabilidad frente al daño ambiental, la Ley 1333 de 2009 que desarrolla las disposiciones sobre el procedimiento sancionatorio ambiental, establece dentro de las infracciones objeto de investigación y sanción, "la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual" (el daño, el hecho generador con culpa o dolo y el nexo causal). Además se diferencia entre la 'sanción' y la 'responsabilidad' "que para terceros pueda generar el hecho en materia civil" (artículo 5). En la misma Ley se aclara respecto a las medidas compensatorias y resarcitorias, 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" (artículo 31). Y por último, como elemento importante, se establecen las medidas preventivas (artículo 36) a fin de evitar la generación de un daño o peligro sobre el ambiente.

1.1 Jurisprudencia internacional comparada en materia del daño ambiental y responsabilidad ambiental

La conceptualización jurídica del daño ambiental como la teoría de la responsabilidad ambiental, se han visto marcadas en la actualidad por los avances y la evolución de desarrollos del derecho ambiental, que antes estaban reducidos de manera exclusiva a las teorías puras de la responsabilidad civil y/o administrativa. Es así, que se han generado nuevas tendencias para generar un cambio de perspectivas encaminadas a garantizar el conjunto de valores sociales reconocidos en los mandatos constitucionales y en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en materia de protección ambiental.

De acuerdo con este argumento, han existido notables progresos de la conceptualización jurisprudencial del daño ambiental superando a su vez las primeras fases de la responsabilidad civil extracontractual, consideradas insuficientes para abordar el tema desde una perspectiva de valoración y reparación integral del daño que superen la visión puramente patrimonialista y/o monetaria. En esta medida se establece un análisis jurisprudencial en contexto, con alcances cada vez más inclusivos y garantistas partiendo desde planteamientos sobre las problemáticas ambientales desde la perspectiva ecológica asociada a los bienes afectados, pero que cada vez más van integrando aspectos sociales y elementos de protección y reparación más allá de las sanciones e indemnizaciones económicas, lo que en otras palabras implica, una visión integral a los problemas de valoración ambiental del daño.

En el ejercicio de jurisprudencia comparada, se analiza inicialmente los desarrollos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en los que si bien no se ha manifestado de fondo sobre aspectos del DAI, sí se han suscitado algunos casos relativos al daño ambiental

transfronterizo². Así por ejemplo, la Asamblea General de la ONU, requirió Opinión Consultiva de la CIJ en 1996 respecto a la legalidad del Tratado de Utilización de las Armas Nucleares (*The legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*) en la cual se sostuvo la necesidad de reconocer que el ambiente esta constante amenazado e igualmente que este "no es una abstracción" sino el espacio "donde viven los seres humanos y del cual depende la calidad de vida y salud, así como el bienestar de las generaciones futuras. En consecuencia deja claro en cuanto la responsabilidad de los Estados de actuar dentro de los límites sin dañar el ambiente o los territorios³.

Otro caso como el de Gabčíkovo-Nagymaros en 1997, concerniente a la construcción y funcionamiento del sistema de esclusas dentro la región comprendida entre la República Popular de Hungría y la entonces República Socialista de Checoslovaquia, se pretendía utilizar los recursos naturales de la sección Bratislava-Budapest del río Danubio en torno de proyectos hidráulicos y energía, ante lo cual la CIJ determinó que en los últimos tiempos la protección del 'equilibrio ecológico' debe ser considerado como un interés esencial de los Estados, en donde se impone la prevención en virtud del carácter irreversible de los daños causados al ambiente y de los límites inherentes a los mecanismos de reparación de este tipo de perjuicios⁴.

Pasando a los desarrollos más importantes a nivel de jurisprudencia internacional se cita el caso Zander vs Suecia resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) en 1993 que vinculará la conceptualización del 'daño ambiental' con la teoría de la responsabilidad ambiental y las 'medidas de compensación'. Con base en la demanda, la Corte analiza la contaminación por vertimientos domésticos e industriales que fueron permitidos por los Gobiernos Nacional y Regional de Suecia mediante la expedición de licencia administrativa, en la cual se comprobaría a través de su seguimiento, la existencia de altos contenidos de cianuro en las fuentes de agua que abastecía a una comunidad local. La argumentación de la CEDH se remite de manera directa al desconocimiento de 'derechos civiles' de los demandantes, por la no aplicación de medidas de prevención suficientes frente a daños causados por actividades peligrosas para el ambiente, en especial, aquellas que por virtud de los usos del suelo conllevaron *inter alia* (entre otras cosas) a la contaminación del agua. Y concluye la Corte, que debido al desconocimiento de la legislación interna de Suecia, específicamente de la Ley 1969 sobre las medidas cautelares frente a la contaminación, y de la Ley de Daño Ambiental de 1986 en relación a la indemnización del daño causado; al no haber sido objeto de control judicial ni los hechos de la empresa ni los actos administrativos expedidos por la Junta de Licencias, se declara la violación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia de garantías judiciales, y se reconoce a favor de las víctimas una indemnización por los 'daños morales' ocasionados, ya que a pesar de las

² Uribe-Vargas y Cárdenas. 2010. *Derecho internacional ambiental*. Bogotá D. C.: Universidad Jorge Tadeo Lozano.

³ Corte Internacional de Justicia (CIJ). 1996. *Advisory Opinion of 8 July 1996: The legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. La Haya: CIJ.

⁴ Corte Internacional de Justicia (CIJ). 1997. Judgment of 25 september of 1997: Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros project: Hungary-Slovakia. *Reports of judgements, advisory opinions and orders*. 692. La Haya: CIJ.

medidas preventivas como el abastecimiento de agua no contaminada para los afectados, éstos vivían en una constante preocupación frente a la posibilidad de un eventual envenenamiento⁵.

Conforme a lo anterior, puede verse como en la evolución de la responsabilidad frente al daño ambiental, la jurisprudencia internacional ha incluido una serie de elementos sociales que sobrepasan la apreciación del simple daño ecológico, pues como se deriva de la *ratio decidendi* (o razón fundamental de la decisión) del caso Zander vs Suecia, las medidas de compensación se centran además en los valores y principios sociales que pudieron verse fragmentados, como por ejemplo, la 'confianza legítima' de la sociedad y las comunidades frente a las medidas del Estado.

En el mismo sentido, otras sentencias de la CEDH sobre la protección de derechos desconocidos, que han incluido en sus decisiones medidas no circunscritas exclusivamente al reconocimiento del pago monetario frente al daño ambiental ocasionado. Así por ejemplo, en el caso en el caso Fadeyeva vs Rusia (2005), la Corte analiza el caso de contaminación por las emisiones procedentes de una fábrica de acero que afectaba el lugar de residencia de los demandantes. Al respecto, se menciona la situación en la que a pesar de haberse establecido un perímetro de control ambiental en la zona de influencia por parte de las autoridades, los demandantes, al igual que miles de personas fueron alojados en apartamentos dentro de dicho perímetro. En consecuencia, la CEDH advierte que pese a las decisiones judiciales internas que obligaban al Gobierno a reubicar a las poblaciones afectadas, esto nunca se llevó a cabo, y por tanto se desconocieron los derechos a la vida privada y a la familia que involucró serios problemas como la afección psicológica y cierto grado de sufrimiento físico ante la exposición a la contaminación, lo cual además de requerir indemnización en términos monetarios, obliga al Gobierno a cumplir medidas futuras para *"el reasentamiento de la demandante en una zona ecológicamente equilibrada"* y otro tipo de soluciones adicionales que deben ser adoptadas para resolver la situación particular de la demandante en cuanto a la reparación del daño⁶.

Otro caso que evidencia el tema del daño ambiental en el caso *Giacomelli vs Italia* (2006), en el cual la CEDH reconoce la violación al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por afectación a la vida privada por contaminación de una planta de tratamiento de residuos que incluye contaminación por 'residuos peligrosos' y remediación a través de productos químicos, los cuales generaron afectaciones durante años al demandante⁷.

⁵ Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). 1993. Sentencia del 25 de noviembre de 1993 [caso Zander vs Suecia, No. 45/1992/390/468]. Estrasburgo: CEDH (versión original en inglés).

⁸ Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). 2005. Sentencia del 9 de junio de 2005 [caso Fadeyeva vs Rusia, No. 55723/00]. Estrasburgo: CEDH (versión original en inglés).

⁷ Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). 2006. *Sentencia del 2 de noviembre de 2006 [caso Giacomelli vs Italia, No. 59909/00]*. Estrasburgo: CEDH (versión original en Inglés).

La CEDH también se ha pronunciado en otras instancias, sobre las garantías de derechos constitucionales y derechos fundamentales, que tienden a ser desconocidas por los sistemas jurídicos de los países o que dejan de ser aplicados por los Gobiernos Nacionales a pesar de la existencia de decisiones judiciales nacionales, por ejemplo, en la garantía del reconocimiento a los derechos a la vida, a un ambiente sano, a la evaluación de impactos adversos sobre el ambiente, y que ocasionan daños a los ecosistemas locales y la salud humana, véase por ejemplo las Sentencias de los casos *López Ostra vs España* (1994); *Taskin y otros vs Turquía* (2004) y *Okyay y otros vs Turquía* (2005)⁸.

En el plano del derecho comercial internacional se cita la Sentencia del Tribunal Internacional de Arbitramento *ad hoc*, en relación al laudo *Trail Smelter Case* (contaminación de hornos de fundición), que resolvió el litigio Estado Unidos vs Canadá en materia de daños por contaminación transfronteriza; reconociendo el problema ambiental generado por las plantas fundidoras de azufre ubicadas en Canadá sobre los campos y las poblaciones del Estado de Washington en Estados Unidos. En dicho asunto el Tribunal concluyó que *"según los principios del derecho internacional, así como de la ley de Estados Unidos, ningún Estado tiene derecho de usar o permitir que se use el territorio de modo que se causen daños por razón de emanaciones en el territorio o hacia el territorio de otro Estado o a la propiedad o personas que allí se encuentren, cuando se trata de un hecho con consecuencias graves y el daño sea determinado a través de pruebas claras y concluyentes"*⁹.

Sobre la Sentencia al laudo Estados Unidos vs Canadá, es importante señalar ciertas conclusiones que han sido advertidas por diferentes teóricos, entre ellas: 1) que aplica implícitamente una teoría de 'responsabilidad objetiva' por cuanto no se aportó ninguna prueba sobre la negligencia por parte de Canadá, y el Tribunal simplemente partió de su reconocimiento; y 2) que se aplicaron las medidas de responsabilidad objetiva bajo la conceptualización del 'sistema anglosajón del *common law* en el cual se diferencia la 'responsabilidad' (*responsibility*) u obligación frente a los actos propios, y la responsabilidad de indemnización o compensación (*liability*) por incumplimiento de los deberes jurídicos, en especial, los de prevención¹⁰.

Uno de los casos más recientes, paradigmáticos y representativos de la jurisprudencia comparada es el caso *Salazar y otros vs Chevron-Texaco*, por la contaminación por

⁸ Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). 1994. 2004. 2005. *Sentencia del 9 de diciembre de 1994 [caso López Ostra vs España, No. 16798/90]. Sentencia del 10 de noviembre 2004 [caso Taskin y otros contra Turquía, No. 46117/99]. Sentencia del 12 julio 2005 [caso Okyay y otros vs Turquía].* Estrasburgo: CEDH (versión original en inglés). Casos de contaminación proveniente de actividades industriales por empresas de cuero, contaminación por cianuro de proyectos mineros de explotación de oro, y operación de centrales termoeléctricas en materia de contaminación del aire y cenizas.

⁹ *Trail Smelter Arbitral Tribunal (RSAT). 1941. Laudo Arbitral del 11 de marzo de 1941 (caso Estados Unidos vs Canadá, trail smelter case).* Nueva York: ONU. [ed. en Inglés, (2006)].

¹⁰ Gómez-Robledo, A. 1992. *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos.* México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Aunque se sostiene que puede ser uno de los primeros casos en el derecho internacional en haber definido una responsabilidad objetiva en materia del daño ambiental, algunos sostienen que había un reconocimiento tácito de responsabilidad en el mismo acuerdo arbitral por parte de Canadá.

derrame de petróleo de la empresa transnacional sobre la Amazonía en Ecuador, en la cual se destacan los argumentos acogidos por la Corte Provincial de Sucumbíos, en la condena proferida contra la Chevron-Texaco que no obstante de retomar la aplicación bajo una perspectiva civilista y privatista al examinar los elementos de la responsabilidad subjetiva que señala el artículo 1480 del Código Civil Ecuatoriano (hecho, daño y nexo de causalidad), aplicó la 'responsabilidad objetiva' por la inobservancia de los 'reglamentos de la industria y de otras normas administrativas'¹¹. La Corte Nacional del Ecuador, confirmó los argumentos de la Corte Provincial de Sucumbíos, reconociendo además que "existe la debida motivación respecto a la responsabilidad objetiva [...]" pues existe la obligación de "quien causó el daño" "[...] de reparar, es decir se determina la responsabilidad y el nexo causal entre las actividades realizadas por la accionada y el daño ambiental, lo que ha conllevado a que se infrinja la ley ecuatoriana". Luego de hacer un ejercicio de derecho comparado, en materia de responsabilidad sobre el daño ambiental concluye con base en la Constitución Política del Ecuador, que la responsabilidad ambiental es objetiva pues "en materia ambiental la responsabilidad subjetiva no funciona (...) y muchos sistemas jurídicos acuden a la teoría de la responsabilidad objetiva". Y desde el análisis constitucional se menciona la necesidad de que "todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas"¹².

1.2 Jurisprudencia nacional en materia de daño ambiental

La jurisprudencia colombiana en materia de responsabilidad por daño ambiental inicia con el desarrollo realizado por la Corte Suprema de Justicia (CSJ, 1976) en el caso de responsabilidad civil por contaminación al ambiente por los daños causados por la emanación de gases de gases sulfurosos arrojados a la atmósfera (corrosión y deterioro) los cuales se depositaron en las instalaciones, maquinarias, muebles, enseres, equipos y herramientas de propiedad de "Hilanderías Medellín S.A.". Sin embargo, esta jurisprudencia está considerada como la definición bajo la óptica de protección a la propiedad privada, que implica reivindicación por medio de la indemnización o compensación por los daños inferidos a la misma¹³.

La CSJ acudió a figuras del derecho civil como la responsabilidad por el abuso del derecho y la teoría del riesgo por actividades peligrosas. La Corte se refirió al tema del daño ambiental mediante la 'teoría del abuso del derecho', construida desde lo civil como:

i) los derechos subjetivos que pueden y deben ejercerse sin causar daño a los demás; y

¹¹ Corte Provincial de Sucumbíos (CPS). Sentencia del 3 de enero de 2012 [Caso Salazar y otros vs Chevron Corp.]. Nueva Loja: CPS.

¹² Corte Nacional del Ecuador (CNE). Sentencia de Casación Civil del 12 de noviembre de 2013 [Caso Salazar y otros vs Chevron Corp., Juicio No. 174-2012]. Quito: CNE.

¹³ Corte Suprema de Justicia de Colombia (CSJ) 1976. Sentencia de Casación Civil del 30 de abril de 1976 instaurada por Hilanderías Medellín S. A vs Compañía de Productos Químicos Nacionales-Sulfácidos S. A. [Gaceta Judicial No. 2393, 1976: 128, 129, 130, 131. Bogotá D. C.: CSJ.

ii) la excepción de los derechos que no pueden ser ejercidos sin lesionar un derecho ajeno, condensado en el hecho de que *"nadie puede hacer uso"* de sus derechos *"en perjuicio de terceros"* puesto que *"la ley no los ha reconocido o conferido como facultad que permita atender contra el derecho ajeno, si no como medio legítimo de satisfacción de necesidades individuales o colectivas sin perjuicio de los demás"*. Es decir que *"el que daña a otro so pretexto de usar derecho cuyo ejercicio no implique ineludiblemente daño ajeno, no está ejerciéndolo si no abusando de él"*. Claramente es la teoría sobre el 'uso de los derechos' que tienen como límite de su ejercicio el lugar donde comienzan los ajenos, lo cual en desconocimiento de este principio, puede dar lugar a la declaratoria de responsabilidad con su respectiva indemnización. En la sentencia se afirma que quien comete un hecho ilícito de manera culposa o dolosa que no se ha desvirtuado con la fuerza mayor o caso fortuito es *"civilmente responsable por abuso del derecho"*.

Por otra parte, la CSJ cita las Sentencias de 30 de noviembre de 1935, 14 de marzo y 31 de mayo de 1938 citadas en el caso *Hilanderías Medellín S. A. (1976)*, pero también más adelante en las Sentencias de los casos *Acosta vs Gases del Caribe S. A. (1999)* y *Ampeatum vs Mesta Shipping Company y otros (2011)*, para argumentar con respecto a lo establecido en el artículo 2356 del Código Civil, que la responsabilidad civil generada por la contaminación ambiental corresponde al régimen de las actividades peligrosas en 'virtud del riesgo o el peligro consustancial', las cuales se definen *"socialmente útiles y aún necesarias pero también peligrosas"*, y que pese a ser lícitas no autorizan dañar a los demás, bastando sólo con la demostración del daño y el nexo de causalidad para obtener la reparación *"del perjuicio sufrido, salvo prueba de fuerza mayor, o caso fortuito o de la culpa exclusiva de la propia víctima"*^{14 15}.

En este primer momento, la Corte establece una concepción de derechos individuales y la propiedad privada, que no describe al ambiente como un bien común y un derecho colectivo, con lo cual se concluye que si bien representa un avance en materia de indemnización o compensación civil por el daño a la propiedad, ya sea por la *"teoría del riesgo creado o abuso del derecho"* no encontramos una noción de ambiente que merezca protección de forma directa, dejándolo a la suerte de la protección de la propiedad y los límites que se establezcan para el uso de los derechos sin dañar los de los terceros¹⁶. Por lo tanto, pese a constituirse en el primer precedente jurisprudencial, en esta sentencia no se desarrolla la teoría de responsabilidad por daño o contaminación ambiental, y tampoco se tienen en cuenta los desarrollos de la Ley 23 de 1973 (CRC,

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia (CSJ) *op. cit.* 1976.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia (CSJ). 1999. *Sentencia de Casación Civil del 25 de octubre de 1999 [Caso Acosta vs Gases del Caribe S. A.]*. Bogotá D. C.: CSJ.

¹⁶ Lugares en los que quizás bajo un estudio técnico podría demostrarse que los ecosistemas son más frágiles o que pueden recaer en impactos sobre personas vulnerables.

1973) y el Decreto-Ley 2811 de 1974, como se ha reconocido desde el punto de vista dogmático^{17 18}.

Es en la Sentencia del caso Ampeatum vs Mesta Shipping Company y otros de 2011 anteriormente citada, que la CSJ reconoce la restricción de los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales de la jurisdicción civil, y reconoce el daño ambiental (también ecológico) como un atentado a aminoración a un bien público y colectivo que trasciende los derechos individuales. Por tanto, la Corte reconoce el 'ambiente' como un bien jurídico inmaterial, unitario y autónomo, con un valor colectivo con una dimensión social, pública concerniente al Estado, que además constituye un 'bien y principio constitucional' *"dentro del Estado social de derecho (artículos 1º, 2º y 366 superiores), un derecho fundamental por conexidad al estar ligado con la vida y la salud (artículos 11 y 49 superiores), un derecho colectivo (ser social) que compromete a la comunidad (artículo 88 superior) y un deber constitucional en cabeza de todos (artículos 8º, 79, 95 y 333 superiores) ... también tiene el carácter de servicio público... forma parte de los derechos colectivos" ...cuya vía judicial de protección son las acciones populares (art. 88 superior)...*, y cuya importancia *'en la Constitución es de tal magnitud que implica para el Estado unos deberes calificados de protección...'*¹⁹. Y al mismo tiempo reconoce la existencia de afectaciones individuales cuando el daño es determinado o determinable, para lo cual deja de ser daño ambiental y se convierte en detrimento de los derechos individuales. Aquí existe un cambio sustancial en la jurisprudencia de la CSJ, por cuanto se cita el contenido del artículo 16 de la Ley 23 de 1973 en el cual se afirma que "el Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado". Por esta razón reconoce que las acciones idóneas frente a la generación del daño ambiental tiene que corresponder a la acción constitucional de la acción popular, mientras que en el segundo caso para obtener el pago y reconocimiento de indemnización de un conjunto plural de individuos, podrá acudirse a las acciones de grupo o a la acción ordinaria de responsabilidad civil²⁰.

¹⁷ Por ejemplo el artículo del artículo 32 de Decreto-Ley 2811 de 1974 (PRC, 1974). Igualmente, en el plano internacional se contaba como herramienta de análisis lo señalado en la "Declaración de la Conferencia de la Naciones Unidas Sobre el Ambiente Humano de Estocolmo de 1972" previamente citada.

¹⁸ Siguiendo este análisis, Samiento García (2009) reconoce, que en nuestra legislación ambiental, especialmente a partir de lo señalado en el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, se establece un régimen de responsabilidad civil bajo un esquema objetivo, que no tiene en cuenta si la conducta se desplegó con o sin culpa, como factor determinante de la responsabilidad por los daños causados al ambiental por el Estado y los particulares, aunque si bien lo limita a los 'recursos naturales' de propiedad privada.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2010. Sentencia C-595 de 2010 [Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 1º y el parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1333 de 2009]. Bogotá D. C.: CCC. La CSJ hace referencia a esta Sentencia para argumentar el alcance constitucional del concepto de ambiente, referido por la CCC a las infracciones ambientales del procedimiento sancionatorio ambiental.

²⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia (CSJ). 2011. Sentencia de Casación Civil (Caso Ampeatum vs Mesta Shipping Company y otros, Rad. Exp. 52835-3103-001-2000-00005-01 (mayo 16 de 2011)). Bogotá D. C.: CSJ.

La Corte Constitucional de Colombia (CCC) ha establecido a través de una serie de sentencias algunos criterios de interpretación frente al daño ambiental, en dos temas principales i) el licenciamiento ambiental y ii) el procedimiento sancionatorio ambiental. En cuanto al licenciamiento ambiental, la CCC en la Sentencia C-035 de 1999, se ha referido a la relación existente entre la licencia ambiental y la prevención de los daños ambientales, por ejemplo a la necesidad concebir la interpretación de las obligaciones surgidas del instrumento ambiental, de acuerdo a la incidencia de cada uno de los proyectos, en la medida en que los impactos pueden variar según la *"naturaleza y magnitud de la respectiva obra o actividad"*²¹. En el mismo sentido se desarrolla la argumentación en la C-746 de 2012, en la cual se vincula la licencia ambiental como instrumento para evitar y mitigar los daños ambientales²².

Asimismo, la CCC ha aclarado en la revisión de tutela de la Sentencia T- 693 de 2012 (caso Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca vs Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), que al aprobar una licencia ambiental, la autoridad ambiental competente puede hacerlo de manera general obteniendo la facultad de condicionarla al cumplimiento de una serie de requisitos y obligaciones con el fin de prevenir, mitigar, restablecer o compensar los 'daños causados' por la obra o proyecto²³.

Ahora, en materia del procedimiento sancionatorio ambiental la CCC en Sentencia C-293 de 2002, acudiendo al principio de precaución, estableció como criterio de interpretación que una autoridad ambiental puede proceder a *"a la suspensión de la obra o actividad que desarrolla el particular, mediante el acto administrativo motivado, si de tal actividad se deriva daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, así no exista la certeza científica absoluta"*. (...), pues las consecuencias *"del riesgo consiste en que el deterioro ambiental debe ser neutralizado desde sus propios orígenes y sin retardar la actuación hasta el momento mismo en que los efectos negativos se produzcan o generen mayor daño"*²⁴.

Sobre el procedimiento sancionatorio ambiental, la CCC ha efectuado varios pronunciamientos en relación a la constitucionalidad de la Ley 1333 de 2009. Comenzando con la Sentencia C-401 de 2010, la Corte se refiere a la función sancionatoria y medidas preventivas del artículo 4º y a la diferencia entre la sanción (artículo 40 ibídem) y el cumplimiento de las medidas de compensación y restauración

²¹ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1999. *Sentencia C-035 de 1999 [Demanda pública de inconstitucionalidad contra Ley 99 de 1993 artículo 56]*. Bogotá D. C.: CCC.

²² Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2012. *Sentencia C-746 de 2012 [Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 9 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993]*. Bogotá D.C.: CCC.

²³ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2012. *Sentencia T-693 de 2012 [caso Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca vs Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible]*. Bogotá D. C.: CCC.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1999. *Sentencia C-035 de 1999 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 56 de la Ley 99 de 1993 SINA]*. Bogotá D.C.: CCC.

de 'daño' o el 'impacto' cuando la autoridad ambiental competente estime necesario (artículo 31 ibídem)²⁵.

En la Sentencia C-703 de 2010, la CCC se refiere otros elementos de a la interpretación de la Ley 1333 de 2009 en materia de procedimiento sancionatorio ambiental, y se refiere de manera directa a las medidas que deben adoptar las autoridades ambientales al respecto:

"La afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente constituyen el punto de partida de la formulación de los principios que guían el derecho ambiental y que persiguen, como propósito último, dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante esas situaciones que comprometen gravemente el ambiente y también los derechos con él relacionados.

*Tratándose de daños o de riesgos se afirma que en algunos casos es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas y cuando tal hipótesis se presenta opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente"*²⁶.

Ahora, la CCC en Sentencia C- 632 de 2011 aunque no define lo que debe entenderse por daño ambiental, si establece quienes son los sujetos pasivos o 'víctimas' del mismo, incluyendo observando el valor intrínseco del ambiente como sujeto de derechos que requiere protección autónoma. Igualmente, señala las medidas de compensación, reconociendo que no existe una enumeración taxativa pero que estas se circunscribe a los límites valoración técnica del daño o impacto negativo, incluyendo el proceso de restitución y restauración ecológica, la magnitud del daño sufrido por los ecosistemas y el alcance de la medida definida, todo lo cual debe estar encaminado a establecer una *restitutio in natura* del daño al activo natural afectado, por medio de medidas necesarias para volver al estado anterior las cosas cuando sea posible²⁷. Concluye la CCC en la precitada sentencia que las subreglas constitucionales que deben ser tenidas en cuenta al momento concretar las medidas compensatorias ambientales, deberán:

"(i) están dirigidas, única y exclusivamente, a restaurar in natura el medio ambiente afectado, buscando que éste retorne a la situación en que se encontraba antes del daño

²⁵ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2010. *Sentencia C-401 de 2010* [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 de la Ley 1333 de 2009]. Bogotá D.C.: CCC.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2010. *Sentencia C-703 de 2010* [Demanda de inconstitucionalidad parcial contra la Ley 1333 de 2009]. Bogotá D. C.: CCC.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2011. *Sentencia C-632 de 2011* [Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 31 y 40 (parcial) de la Ley 1333 de 2009 por la cual se establece el Procedimiento Sancionatorio Ambiental]. Bogotá D.C.: CCC.

ambiental, o a lograr su recuperación sustancial; (ii) las mismas se encuentran a cargo de organismos técnicos de naturaleza administrativa, y solo resultan imponibles si se demuestra la existencia de la infracción ambiental y del daño ocasionado al medio ambiente o a los recursos naturales; (iii) en razón a su carácter estrictamente técnico, no están definidas previamente en la ley y su determinación depende del tipo de daño que se haya causado al medio ambiente; (iv) cualquiera sea la medida compensatoria a adoptar, la misma debe guardar estricta proporcionalidad con el daño ambiental, pudiendo, en todo caso, ser objeto de los respectivos controles administrativo y judicial; finalmente, (v) tales medidas no tienen naturaleza sancionatoria, pues el fin que persiguen es esencialmente reparatorio".

Para la CCC, como se puede observar en las Sentencias C-320 de 1998, T-294 de 2004 y T-851 de 2010, el daño ambiental además es visto como un componente que afecta el derecho al ambiente sano y la correspondiente incidencia en la vida de los seres vivos. En principio refiere indistintamente a daño ecológico y ambiental, como una obligación del Estado para buscar la prevención del daño a través del manejo de los factores de deterioro y exigiendo a su vez la reparación de los daños causados conforme a lo establecido en el artículo 80 de la Constitución Política, sea o no el resultado de la realización de una actividad lícita (conducta antijurídica).

Ahora, en cuanto a la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado de Colombia (CEC), se puede identificar una aproximación al concepto del daño desde el caso Fundación Biodiversidad vs DAGMA (2000), concebido como acción proveniente de los humanos que ataca o impacta los elementos ambientales en el entendido de producir un daño social por afectación de los 'intereses difusos' y que también puede ser el producto de una defectuosa evaluación de la autoridad ambiental al evaluar los proyectos por acción u omisión (criterio reiterado en la Sentencia de Acción Popular, caso Fundepúblico vs IDU) (2009) ^{28 29}

No obstante, el Consejo de Estado quien a su vez retoma la Sentencia de la CSJ en el caso Ampeatum vs Mesta Shipping Company y otros (2011), refiere a la definición del 'daño ambiental puro' afectación a los bienes "naturales" y el "ambiente" por su contenido colectivo y 'consecutivo o impuro' cuando se trata de otros elementos afectación en la salud o patrimonio de los humanos desarrollados básicamente por la doctrina, en el cual se resalta la necesidad de rehabilitar, 'remediar' o 'rehabilitar' el daño ambiental (causados en este caso a los cuerpos de agua), es decir que se establece una obligación para tratar de volver las cosas a su estado anterior (por ejemplo, en la Sentencia de Acción de Grupo del Consejo de Estado, caso Hernández Santacruz y otros vs Ministerio de Ambiente y Ecopetrol) (2000)³⁰. En suma, el daño ambiental puro son todos los

²⁸ Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2000. Sentencia Acción Popular del 13 de abril de 2000 [caso Fundación Biodiversidad vs DAGMA, Rad. Exp. AP-031]. Bogotá D. C.: CEC.

²⁹ Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2009. Sentencia Acción Popular [caso Fundación para la Defensa del Interés Público versus Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá, Rad. Exp. 11001-03-26-000-2007-00042-00(34178)]. Bogotá D. C.: CEC.

³⁰ Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2004. Sentencia Acción de Grupo caso Hernández Santacruz vs Ministerio de Ambiente y Ecopetrol [Rad. Exp. AG. 52001-23-31-000-2002-00226-01 (mayo 13 de 2004)]. Bogotá D. C.: CEC.

perjuicios que se causan directamente al ambiente, con independencia de los derechos subjetivos de las personas que se vean afectadas³¹. Mientras el 'daño ambiental impuro', se presenta cuando pese a existir una afectación de carácter colectivo, se generan de igual manera, perjuicios de índole particular, "daños individuales que son la consecuencia o el reflejo de la lesión ambiental [...] cuyo derecho no es de corte subjetivo-colectivo, sino subjetivo-individual"^{32 33}.

En una concepción más amplia del daño ambiental puede verse por ejemplo, en la Sentencia de Acción Popular del Consejo de Estado, caso Colina vs Ministerio de Ambiente y otros (2007), desde la órbita de la prevención en la cual, el daño se tiene como aquel que impide percibir los beneficios que ofrecen los bienes naturales y ambientales, en consecuencia la reparación da derecho a reclamar la respectiva indemnización, la cual incluye, de una parte, "*los costos contraídos o que se vayan a contraer por concepto de las medidas razonables de restauración del medio ambiente contaminado*" y, de otra parte, los gastos incurridos en la toma de medidas preventivas, siempre y cuando haya una amenaza grave e inminente de daños por contaminación³⁴.

Otro aspecto importante de la jurisprudencia administrativa, se encuentra por ejemplo en el caso de la Sentencia del CEC del 1º de abril de 2011 en la cual se prescribe la solución de los costos contraídos para atender las medidas restaurativas del "medio ambiente contaminado" y los gastos por las medidas preventivas que sería las medidas inmediatas para contrarrestar los efectos del daño ambiental para lo cual una de las finalidades de la función administrativa radica en perseguir la compensación del daño ambiental y social, con arreglo a la ley³⁵.

Por otra parte, en relación a la teoría general del daño, el CEC ha desarrollado en la Sentencia del caso Buitrago Quinteros y otros vs Distrito Capital de Bogotá (2012), cierta argumentación para interpretar el artículo 90 constitucional en el cual se determina que "*el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*". Desde esta perspectiva se incluye no solamente el daño patrimonial sino también el daño moral, y el daño fisiológico relacionado por afectación a la vida de relación en el que se incluye la

³¹ Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2013. *Sentencia Acción Popular del 26 de noviembre de 2013 [Caso Maldonado y otros vs FIIC]*. Bogotá D. C.: CEC.

³² Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2014. *Sentencia Acción de Reparación Directa del 20 de febrero de 2014 [Caso Medina vs Ministerio de Defensa y otros, Rad. Exp. 41-001-23-31-000-2000-02956-01 (29028)]*. Bogotá D. C.: CEC.

³³ Geneviève, V. y Patrice, J. 1998. *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*. París: L.G.D.J. 1998. El CEC, remite a la diferenciación conceptual de daño ambiental puro y daño ambiental impuro, realizada en este trabajo.

³⁴ Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2007. *Sentencia Acción Popular del 22 de febrero de 2007 [caso Miguel Colina vs Ministerio de Ambiente et al., Rad. Exp. AP. 52001-23-31-000-2004-00092-01]*. Bogotá D. C.: CEC. Esta perspectiva del daño, puede circunscribirse en una visión más utilitarista, es decir la importancia sobre los beneficios percibidos de los servicios que ofrecen los ecosistemas, mas no por el valor intrínseco que poseen los mismos.

³⁵ Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2011. *Sentencia del 1º de marzo de 2011 [Acción de nulidad contra los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1631 de 2006]*. Bogotá D. C.: CEC.

afectación a salud e integridad de las personas por alteraciones a las condiciones de existencia³⁶.

2. Desarrollos dogmáticos frente al daño ambiental

A continuación se presenta una perspectiva del daño desde el punto de vista teórico, diferenciando claramente las posiciones que se plantean desde la responsabilidad civil y las posiciones garantistas desde de responsabilidad ambiental. Aquí es necesario comenzar con una serie de cuestiones previas a la conceptualización jurídica del daño ambiental, en primer lugar, que el daño está íntimamente ligado con las acciones o conductas desplegadas por agentes, sujetos o individuos, identificadas en la contaminación y los impactos ambientales sobre los cuales debe analizarse su grado de interacción; en segundo lugar, que la ausencia de medidas de preventivas, restaurativas, restitutivas *in natura* y compensatorias del daño ambiental, conllevan a la generación de 'pasivos ambientales'; y en tercer lugar, que a pesar de observar elementos de la responsabilidad civil extracontractual en el procedimiento sancionatorio ambiental, realmente lo que se busca a la luz de la normatividad ambiental, los principios ambientales, las disposiciones constitucionales y los avances jurisprudenciales, es el reconocimiento del concepto de daño ambiental y responsabilidad ambiental, diferentes de los esquemas puros de responsabilidad civil.

Al respecto, diferentes teóricos han advertido que la finalidad del derecho ambiental es precisamente garantizar a través de los instrumentos jurídicos la protección del ambiente como un derecho, bien e interés de carácter colectivo, que no puede efectuarse a través de las perspectivas civilistas o privatistas que se encuentran en una lógica distinta. Para aclarar esto, se menciona la definición jurídica de 'contaminación' establecida en la Ley 23 de 1973 y en el Decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables) (CNRNR), como "la alteración del ambiente con sustancia o formas de energía puesta en él, por actividad humana y de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares". Conforme a esto, se concluye que la 'contaminación' está en un nivel inferior y por lo tanto, puede definirse como la situación fáctica o factor causante de deterioro y del daño ambiental, que si bien no es exclusiva se suma a otras acciones para conformar el conjunto de efectos o impactos ambientales negativos que dan origen a la generación del daño ambiental³⁷.

En cuanto al daño ambiental, desde el punto de vista dogmático, se ha identificado como la afectación, disminución o aminoración sobre el valor del bien natural y ambiental,

³⁶ Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2012. Sentencia del 1º de noviembre de 2012 [caso Buitrago Quinteros y otros vs Distrito Capital de Bogotá, Rad. Exps. 25000232600019990002 04 y 2000-00003-04]. Bogotá D. C. CEC.

³⁷ Briceño, A. M. 2009. Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental. En: Briceño, A. M et al. (comp.) *Daño ambiental*. II. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

desde lo cual se produce un desconocimiento de los derechos e intereses ambientales colectivos. Según Hinestrosa (1964) "daño es la lesión del derecho ajeno consistente en el quebrantamiento económico percibido, en la manera patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que el padecimiento moral que la acongoja"³⁸. En los desarrollos de Bustamante Alsina (1972) daño significa "el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)" (p. 143)³⁹. De acuerdo con Tamayo (1998) el "daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extra patrimonial" (p. 5)⁴⁰. Y para Henao (2009) "el daño es la lesión –incluso la minoración no necesariamente económica– de un interés lícito, por su pérdida definitiva o por la amenaza en su goce pacífico" (p. 195)⁴¹.

Un elemento que se reitera, es que el daño puede estar ocasionado tanto en actividades ilegales o antijurídicas como de actividades amparadas legalmente, con lo cual también se incluyen los casos de abuso o desconocimiento de la autorización por parte de la autoridad ambiental como las concesiones, permisos o licencias ambientales otorgadas⁴². Sobre este punto todavía existen vacíos sobre los ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia, es decir, sobre los daños ambientales que son autorizados legalmente pero que son objeto de medidas de control, manejo ambiental y seguimiento por parte de las autoridades ambientales a través de las autorizaciones en los actos administrativos, con lo cual, el problema de daño ambiental se remitiría a los hechos en que los titulares de la autorización desconoce las medidas allí impuestas. En consecuencia, se observa claramente el tema del daño ambiental, se enmarca dentro de las instancias de las autorizaciones ambientales como la licencia ambiental, pero también desde las medidas de carácter sancionatorio.

Conforme a todo lo anterior, se observa el deber del Estado tomar las medidas encaminadas a prevenir o evitar la generación del daño ambiental, y de igual manera garantizar los mecanismos para su compensación, indemnización y reparación integral. Es necesario advertir que la generación de un daño ambiental además, puede extenderse más allá de las fronteras nacionales, por lo cual se exige a los Estados tomar todas las medidas de manera diligente para tratar de evitarlo, y de lo contrario, tomar medidas para su restitución a las condiciones anteriores cuando no se trate de daños irreversibles⁴³.

³⁸ Hinestrosa, F. *Derecho civil: Obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

³⁹ Bustamante Alsina, J. 1972 *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot [4ta ed., 1983].

⁴⁰ Tamayo, J. 1998. *De la Responsabilidad civil. IV. De los perjuicios y su indemnización*. Bogotá D. C.: Temis [2da ed., 1999].

⁴¹ Henao, J. C. 2009. De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. En: Briceño, A. M et al. (comp.) *Daño ambiental. II*. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

⁴² Uribe-Vargas y Cárdenas op. cit. 2010, sobre el daño ambiental transfronterizo que puede ser originado incluso en actividades amparadas legalmente.

⁴³ *Ibid.*

Ahora bien, cuando se identifica la falta o ausencia de medidas preventivas, restaurativas o compensatorias efectivas, se produce como consecuencia la generación de pasivos y de deudas ambientales en tanto vínculo obligacional. Entonces, dada la relación de todos estos elementos, se puede analizar la interrelación entre 'contaminación', impactos y daños ambientales la cual se determina a del alcance de cada uno de los elementos frente a las medidas preventivas y compensatorias, cuando ya no es posible evitar, corregir, o mitigar el impacto ambiental negativo se desencadena la aparición del daño ambiental (ver Figura 1, esquema explicativo)⁴⁴.

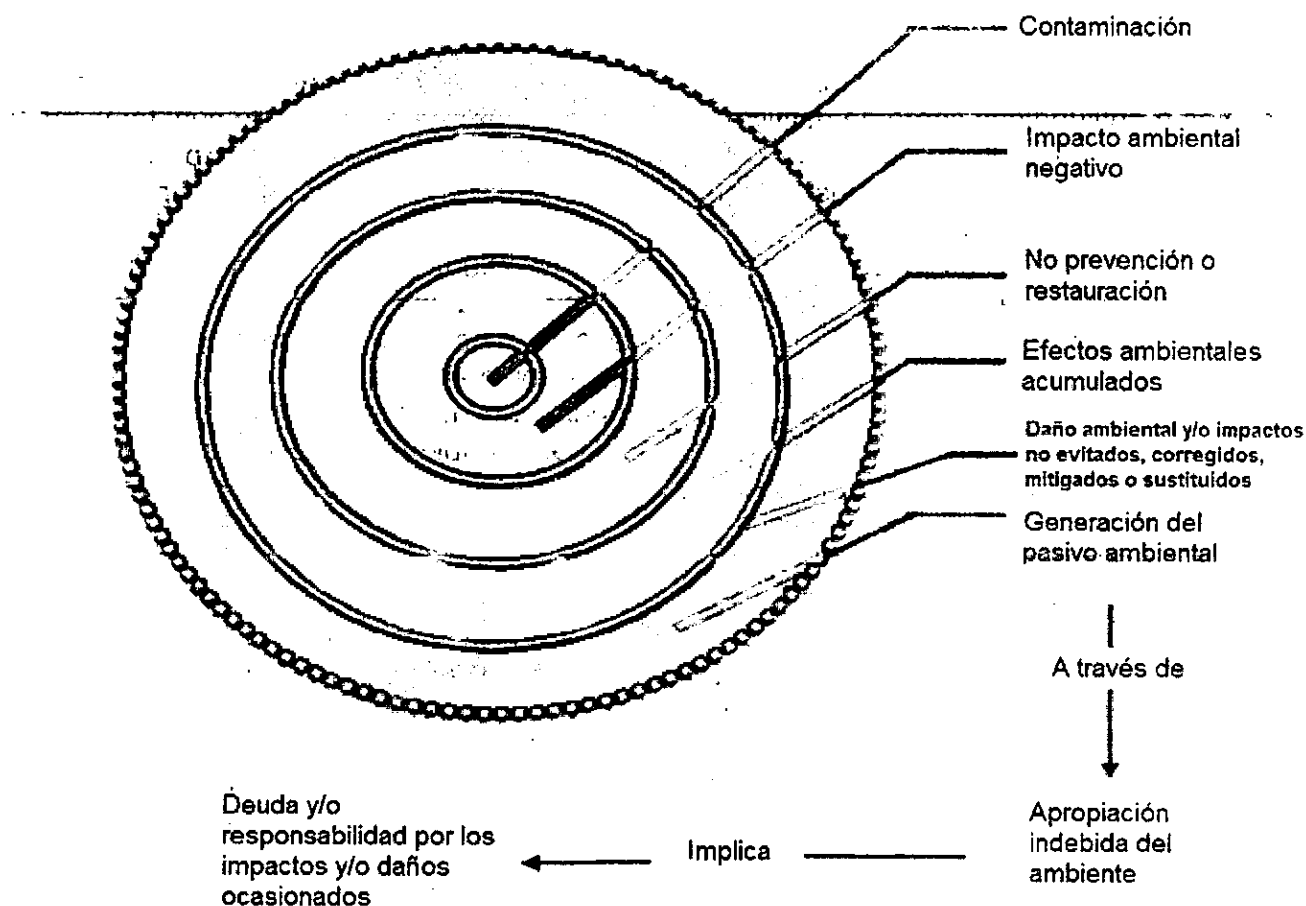


Figura 1. Esquema explicativo sobre la interrelación entre contaminación, impactos ambientales y daño ambiental (Generación del pasivo ambiental)

Fuente: Modificado a partir de Ávila (2014)

⁴⁴ Ávila, T. S. 2014. *Principios, derechos y pasivos ambientales: Un estudio de caso sobre contaminación por residuos peligrosos en Bogotá D.C. (Colombia)*. [Tesis de Maestría]. Bogotá D. C.: Universidad Nacional de Colombia.

Por su parte, las 'medidas de compensación ambiental' surgen como acciones u obligaciones contraídas u originadas en la generación de daños efectuados sobre el ambiente, aunque diferenciadas en las instancias de autorización ambiental, respecto a los impactos ambientales, y las instancias que se derivan de la potestad sancionatoria del Estado por la comisión de un daño ambiental ocasionado. En esta medida, la falta de prevención y compensación del daño ambiental, implican la aparición de la deuda y del pasivo ambiental, entendido jurídicamente como el vínculo obligacional y elemento de la responsabilidad, en el que se refiere al acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Dentro de la estructura de las obligaciones se identifica la preexistencia de un sujeto activo, sujeto pasivo y un objeto (deuda o prestación), es decir que entre los mismos media un vínculo jurídico creado por la ley o por un acto jurídico, en el cual se imponga el deber de actuar. Entonces se trata de un mandato por el cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra, quien a su turno lo debe procurar⁴⁵.

Es así como en las fuentes de las obligaciones, el daño o menoscabo aparece como la consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual o extracontractual o la falta de cuidado ante situaciones de riesgo, peligro o amenaza de lo cual surge un juicio de 'responsabilidad' o reproche por la acción u omisión que dio lugar a que se materializara aquel, y que se identifica a través del 'nexo causal'. En este sentido, el daño corresponde a uno de esos elementos esenciales alrededor del cual gira todo el derecho frente a la responsabilidad, pues sin daño no se predicaría y es en consecuencia presupuesto básico de la obligación de indemnizar y que se define como "todo hecho modificador de una realidad preexistente que afecta a un sujeto de derecho en su persona, su patrimonio o sus sentimientos"⁴⁶. Sobre las categorías del daño este se subdivide desde el punto de vista dogmático y jurisprudencial en: 1) el daño material que a su vez se compone por el a) daño emergente y b) el lucro cesante; y daño inmaterial compuesto por a) el daño moral, b) el daño extrapatrimonial o daño a la vida de relación y c), el daño a la salud como categoría autónoma de daño inmaterial, diferenciando además entre el daño patrimonial definido como la lesión a un interés económico, y el daño extrapatrimonial entendido como la lesión a un interés no económico⁴⁷.

Ahora bien, en referencia a los elementos doctrinales de la responsabilidad civil que han sido desarrollados jurisprudencialmente, Mesa-Cuadros (2001) aclara el alcance en

⁴⁵ Ospina, G. 1987. *Régimen general de las obligaciones* [8va. ed., 2005]. Bogotá D. C.: Temis. El autor lo refiere al contenido del artículo 1494 del Código Civil Colombiano (CRC, 1887) según el cual: "las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

⁴⁶ Sarmiento-García, M. G. 2009. *Estudios de responsabilidad civil*. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

⁴⁷ Moisés, B. y Misset, L. 2008. Daño extrapatrimonial (o moral) a las personas jurídicas. *Revista Jurídica del Perú*. 87: 303-363. Lima: Thomson Reuters.

Córdoba, N° 4 - 2008 (abril), p. 363 También se habla de daño material de carácter extra-patrimonial, o daño a la persona y el daño material de tipo patrimonial, o daño al patrimonio.

referencia al daño y a la generación del 'pasivo ambiental' en la siguiente manera: i) la conducta o hecho de un sujeto (incumplimiento de la obligación o deber preexistente) que corresponde probar al peticionario o demandante; ii) un daño (perjuicio ocasionado a la víctima en razón a la conducta del sujeto), que requiere que sea cierto; ser directo (nexo de causalidad entre la conducta del sujeto y el daño); actual (previo a la solicitud de indemnización); excepcionalmente el daño futuro puede ser indemnizado, cuando quiera que exista certeza que ocurrirá; iii) nexo causal entre la conducta del sujeto y el daño; y iv) la culpa, como un elemento subjetivo que cualifica la conducta del agente, lo cual doctrinariamente, también se define como aquel error de conducta, en el cual no había incurrido un hombre prudente y diligente⁴⁸.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, surge un gran interrogante en relación el daño ambiental, sobre las limitantes de los conceptos y esquemas de la responsabilidad civil para afrontar el problema de los derechos e interés colectivos involucrados. Una aproximación general indica que el esquema de responsabilidad civil se caracteriza por una 'visión patrimonialista', resguardada en una férrea defensa del derecho de propiedad en un marco filosófico y jurídico que catapulta al individuo propietario como centro de análisis de sociedad, en el cual se descuida la noción de lo colectivo como corporeidad integral que representa los fines, la convivencia y el esfuerzo solidario y garantista generacional, en la competencia humana por la acumulación ilimitada de riqueza y apropiación indebida del ambiente y la naturaleza^{49 50}.

En consecuencia, y siguiendo los desarrollos de Rodas Monsalve (1995) es necesario superar esa 'visión patrimonialista' parcial, divisible y dependiente de los derechos y bienes ambientales, pues en realidad el ambiente comporta características de bien y derecho 'inmaterial, unitario y autónomo', que por sus múltiples repercusiones, no puede reducirse a la responsabilidad entre dos sujetos que se disputan un derecho de carácter individual⁵¹. En los mismos términos expresados por la evolución del derecho y la jurisprudencia comparada sobre el tema del daño ambiental, el autor advierte la necesidad de encontrar una nueva dirección de la responsabilidad fundada en una teoría objetiva bajo la premisa del papel del actor principal constituido por las 'víctimas' para lo cual resulta más adecuado concebir una teoría basada en los riesgos, amenazas y peligros que genera el contaminador con sus acciones u omisiones para la vida de los seres humanos y no humanos y las afectaciones sociales y ecológicas, a fin de evitar los impactos negativos que se producen a manera de "daños anónimos" difíciles de tratar en el esquema de responsabilidad actual (p. 145). Del mismo modo, Mesa-Cuadros (2011) y Ávila (2014) reiteran la necesidad de superar los esquemas de responsabilidad objetiva

⁴⁸ Mesa-Cuadros, G. 2011. Análisis Constitucional y legal para la gestión de pasivos ambientales en el sector de hidrocarburos, artículo. En: Mesa-Cuadros, G. (ed.) *Elementos para una teoría de la justicia ambiental y el Estado Ambiental de Derecho*. 233-250. Bogotá D. C.: Universidad Nacional de Colombia.

⁴⁹ Briceño, A. M. op. cit. 2009.

⁵⁰ Ávila, T. op. cit. 2014.

⁵¹ Rodas-Monsalve, J. C. 1995. *Fundamentos constitucionales del derecho ambiental colombiano*. Bogotá D. C.: Universidad de los Andes. Tercer Mundo Editores [4ta reimpresión, 1999].

en materia ambiental, en la cual baste únicamente con probar los efectos causados por el hecho dañino (por ejemplo, en la persistencia en el tiempo en que se presentan los efectos o en que aparecen y en la magnitud de la afectación, lo cual desdibuja los esquemas de responsabilidad en cuanto resulta difícil individualizar al responsable).

A pesar de la necesidad de este cambio, la Ley 1333 de 2009, claramente ha optado por desarrollar la responsabilidad civil clásica que se subdivide en contractual o extracontractual, teniendo ésta última como la fuente de la gran mayoría de los daños perpetrados al ambiente, donde se aplica la fórmula tradicional que involucra según lo establecido en el artículo 2341 del Código Civil, la demostración de la 'culpa aquiliana' (lo que debió hacer y no se hizo) acción dañosa, el daño y relación de causalidad entre aquella y éste.

Otro elemento importante en la teoría del daño ambiental, se remite a los deberes de prevención, compensación o restitución y resarcimiento e indemnización que deben ser vistas a la luz de la Ley 1333 de 2009. En este sentido, la responsabilidad implica la obligación de reparar el daño tratando de volver al estado anterior de las cosas cuando sea posible, para lo cual debe tomar medidas para 'restituir', 'compensar' y 'satisfacer' el ambiente afectado.

Teniendo en cuenta las discusiones anteriores, claramente la visión civilista-privatista, está más enfocada a la indemnización económica monetaria o patrimonial del daño ambiental, que en la prevención del mismo, debido a que no tiene en cuenta las medidas *ex ante* de prevención, mitigación o corrección sino que se inclina por externalizar las cargas ambientales al resto de la sociedad, asumiendo de manera reducida *ex post* parte de los daños ocasionados con posibles indemnizaciones de carácter monetario⁵². Aquí se vislumbran claramente uno de los mayores problemas en materia ambiental, el de la valoración ambiental económica que responde a elementos mucho más complejos que la visión patrimonialista del esquema de responsabilidad civil⁵³.

Analizando detenidamente el procedimiento sancionatorio ambiental, se diferencian tres dimensiones: 1) la 'sanción' como una consecuencia jurídica que busca el cambio de la conducta encaminada a modificar las actuaciones del responsable por haber infringido el ordenamiento jurídico y que puede contener diferentes obligaciones incluyendo las de carácter pecuniario como las multas a favor del Estado como castigo por haber incurrido en un acto indebido; diferente de 2) las medidas restaurativas y compensatorias que considere la autoridad ambiental dentro del procedimiento sancionatorio; distinto también

⁵² Daly, H. E. y Cobb, J. B. Jr. 1997. *Para el bien común: Reorientando la economía hacia la comunidad, el ambiente y el futuro sostenible*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica. Laffont, J. J. 2008. Externalities. En: Durlauf, S. N. y Blume, L. E. (eds.) *The new palgrave dictionary of economy* [online version]. Recuperado el 30 de junio de 2011 del sitio web de The new palgrave dictionary of economy: <http://www.dictionaryofeconomics.com>. Según estos autores, desde la economía, las 'externalidades' se definen como el comportamiento de un agente que afecta al bienestar de un tercero (de manera positiva o negativa), sin que este último haya elegido esa modificación, y sin que exista un precio o valor de la contraparte que lo compense. Un término asociado es el de 'des-economía'. Referido a las externalidades negativas son aquellas que disminuyen el nivel de bienestar.

⁵³ Ávila, T. op. cit. 2014.

de 3) la responsabilidad indemnizatoria y resarcitoria frente a los daños ocasionados a terceros en materia civil (daño ambiental impuro), en el cual se deberá incluir la compensación consiste en el pago por daños financieramente evaluables, debiendo incluir las pérdidas de los beneficios en el grado en que sean establecidos. Lo anterior ha sido aclarado precisamente por la jurisprudencia constitucional de acuerdo a lo cual *"las sanciones y las medidas preventivas en materia ambiental tienen finalidades de prevención, correctivas y compensatorias, pero no resarcitorias o indemnizatorias. De ahí que el fundamento jurídico de la responsabilidad civil es diferente a la administrativa ambiental, no siendo posible equiparar el modelo de culpabilidad exigida"*⁵⁴.

En este sentido, claramente se indica que no es posible asimilar la responsabilidad ambiental con la responsabilidad civil privatista, más cuando ésta última se aparta de la definición de bien común y un derecho colectivo desde una visión patrimonialista pura (ver Tabla 1)⁵⁵.

Tabla 1. Comparación entre teorías de responsabilidad civil y ambiental para el tratamiento de pasivos ambientales

Responsabilidad civil privatista	Responsabilidad ambiental
Reconocimiento de responsabilidad mínima del daño ambiental o incapacidad de reconocimiento del daño	Responsabilidad ampliada, compartida pero diferenciada frente a la contaminación, los pasivos ambientales y las deudas ambientales
Tendencia al desconocimiento sobre el pasivo ambiental ocasionado por modelo privado de rentabilidad mediante generación de externalidades negativas	Reconocimiento del pasivo ambiental acumulable (responsabilidad histórica) por apropiación indebida e injustificada sobre el ambiente
Desconocimiento de los derechos intergeneracionales por la visión a corto plazo	Visión a largo plazo y reconocimiento de los derechos intergeneracionales a través de la <u>prevención de los pasivos ambientales</u>
Visión compensatoria mínima sustentada de manera exclusiva en valores monetarios	Reparación integral sustentada en la pluralidad de valores adicionales a los valores monetarios sobre las víctimas y medidas adicionales de carácter resarcitorio
Aplicación de justicia procedimental mínima según acuerdo entre las partes en el proceso	Posición garantista procedimental frente a los derechos ambientales colectivos
Teoría de responsabilidad subjetiva a través de la comprobación del daño, el hecho y un nexo causal entre los dos elementos anteriores	Necesidad de aplicación de responsabilidad objetiva, sin necesidad de vincular el factor culpabilidad, a través de la presunción entre el hecho generador y el daño ocasionado
Perspectiva de incremento de la deuda ambiental por rentabilidad inmediata	Demanda de la irrupción o terminación de la deuda ecológica y ambiental a través de la reivindicación de la justicia ambiental redistributiva entre sectores de la sociedad

Fuente: Tomado de Ávila (2014)

⁵⁴ CCC, op cit. Sentencia C-595 de 2010.

⁵⁵ Briceño, A. M. op. cit. 2009.

Por tanto, dichas medidas restaurativas y compensatorias pueden estar referidas a medias para integrar la recuperación frente al daño ecológico y social incluyendo medidas diversas para la descontaminación de los ecosistemas, e incluso, el arrepentimiento público expresado por la comisión del daño a fin de recuperar la confianza legítima que ha sido quebrantada de la sociedad frente al Estado. Todas estas medidas se encaminan a la misma dirección de las observaciones sobre los problemas de valoración ambiental, reconociendo que el ambiente excede la visión reduccionista de sustitución entre valores en términos económicos y monetarios, del capital natural y el capital hecho por humanos (*man-made capital*), por la imposibilidad de no poder traducir todo en unidades de dinero o de renta de capital, por lo cual se indica la preocupación esencial encaminada a garantizar la conservación, la sostenibilidad y los valores intrínsecos e immanentes del ambiente y la naturaleza para las presentes y futuras generaciones⁵⁶.

3. Conclusiones

De acuerdo con los elementos expuestos anteriormente, se mencionan las siguientes conclusiones:

- 1) De acuerdo con la jurisprudencia y los desarrollos teóricos, el daño ambiental está definido jurídicamente como la afectación, disminución o aminoración sobre el valor del bien natural y ambiental, que conduce al desconocimiento de los derechos e intereses ambientales colectivos, generado en actividades tanto ilegales o antijurídicas como de actividades amparadas legalmente, dentro de las que se incluyen los casos de abuso o desconocimiento de la autorización por parte de la autoridad ambiental como las concesiones, permisos o licencias ambientales otorgadas.
- 2) En el ordenamiento jurídico interno y en el DAI se observan dos tipos de medidas frente al daño ambiental, la primera es el deber del Estado frente a la planificación el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, a fin de garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, para lo cual se le exige prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados, respondiendo además por los daños ambientales antijurídicos ocasionados en el ejercicio de sus actividades; y la segunda, la responsabilidad de los particulares frente al daño ambiental y el uso inadecuado de los bienes ambientales. Del mismo modo, se le exige al Estado asumir su responsabilidad internacional por daños transfronterizos ocasionados a otros países. Y garantizar a nivel interno los procedimientos

⁵⁶ Martínez-Alier, J. 1995. *Curso básico de economía ecológica*. México D. F.: PNUMA. 2002. *The environmentalism of the poor: A study of ecological conflicts and valuation*. Radstock: EE Publishing. En estos trabajos se hace referencia a la sustituibilidad entre capital natural y capital artificial, así como al proceso de 'monetización de la naturaleza'.

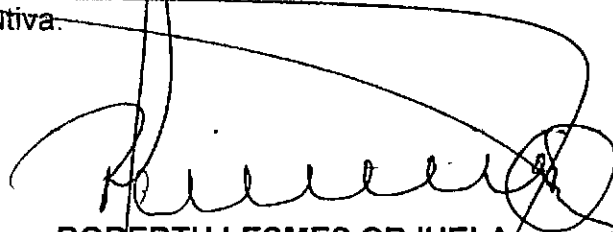
administrativos y judiciales encaminados a reparar el daño, así como desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.

- 3) Dentro de la jurisprudencia comparada, se han identificado notables progresos de la conceptualización del daño ambiental que superan las primeras fases de la responsabilidad civil extracontractual, consideradas insuficientes para abordar el tema desde una perspectiva de valoración y reparación integral del daño que superen la visión puramente patrimonialista y/o monetaria, que configuran posiciones cada vez más inclusivas y garantistas desde planteamientos sobre las problemáticas ambientales desde la perspectiva ecológica asociada a los bienes afectados, pero que cada vez más van integrando aspectos sociales y elementos de protección y reparación más allá de las sanciones e indemnizaciones económicas, lo que en otras palabras implica, una visión integral a los problemas de valoración ambiental del daño. En la jurisprudencia internacional se han incluido elementos sociales que sobrepasan la apreciación del simple daño ecológico, en las medidas de compensación relacionadas con valores y principios sociales fragmentados (por ejemplo, la 'confianza legítima' de la sociedad y las comunidades frente a las medidas del Estado).
- 4) En la jurisprudencia nacional, también se han visto avances en el mismo sentido, que van desde la diferenciación entre el 'daño ambiental puro' definido como todos los perjuicios que se causan directamente al ambiente, con independencia de los derechos subjetivos de las personas que se vean afectadas, y el daño ambiental impuro, entendido como aquel que pese a existir una afectación de carácter colectivo, recae de manera exclusiva sobre perjuicios de índole particular, *"daños individuales que son la consecuencia o el reflejo de la lesión ambiental [...] cuyo derecho no es de corte subjetivo-colectivo, sino subjetivo-individual"*. En la jurisprudencia constitucional se relaciona el daño ambiental tanto al instrumento de manejo y control para prevenir, mitigar y corregir sus efectos, como al procedimiento sancionatorio ambiental. En éste último, se aclara la función sancionatoria y medidas preventivas del artículo 4º de la Ley 1333 de 2009 y a la diferencia entre la sanción (artículo 40 ibídem) y el cumplimiento de las medidas de compensación y restauración de 'daño' o el 'impacto' cuando la autoridad ambiental competente estime necesario (artículo 31 ibídem), frente a lo cual concluye que *"las sanciones y las medidas preventivas en materia ambiental tienen finalidades de prevención, correctivas y compensatorias, pero no resarcitorias o indemnizatorias"*. Además, se hace énfasis desde la interpretación constitucional sobre las medidas de prevención, las cuales están ligadas a los principios ambientales de precaución y prevención, que además tienen gran connotación frente a los daños graves e irreversibles sobre el ambiente. Y sobre las medidas de compensación, la jurisprudencia constitucional manifiesta el deber de establecer una *restitutio in natura* del daño al activo natural afectado, por medio

de medidas necesarias para volver al estado anterior las cosas cuando sea posible.

- 5) Desde el punto de vista de teórico se diferencia entre la contaminación y los demás impactos ambientales como acciones y situaciones fácticas que originan el daño ambiental. Se afirma además que la falta de prevención y compensación del daño ambiental, implican la aparición de la deuda y del pasivo ambiental, entendido jurídicamente como el vínculo obligacional y elemento de la responsabilidad, en el que se refiere al acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.
- 6) Finalmente, se advierte la necesidad de superar la 'visión patrimonialista' parcial, divisible y dependiente de los derechos y bienes ambientales de la perspectiva civilista-privatista, enfocada en la indemnización económica monetaria o patrimonial de cierta parte del daño ambiental, que en la prevención del mismo, bajo la lógica de externalizar los costos ambientales al resto de la sociedad. Frente a esto, como bien lo ha establecido el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y el desarrollo dogmático, se observa la imposibilidad de asimilar la responsabilidad ambiental con la responsabilidad civil privatista, definiendo la primera como una perspectiva de responsabilidad ampliada, con reconocimiento acumulable del pasivo ambiental, desde una visión a largo plazo y reconocimiento de los derechos intergeneracionales, que demanda la reparación integral sustentada en la pluralidad de valores adicionales a los valores patrimoniales y/o monetarios, reconociendo el derecho de las víctimas y medidas adicionales de carácter resarcitorio con garantía plena de los derechos ambientales colectivos y la justicia ambiental distributiva.

Cordialmente,


ROBERT H. LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica -ANLA


Elaboró: Gustavo A. Ortega – Asesor OAJ – ANLA

