

El Estado colombiano y la responsabilidad patrimonial por el medio ambiente: estudio de caso de la minería en Zaragoza, Colombia

Lizandro Alfonso Cabrera-Suarez*

Resumen

El presente artículo analiza, a partir de la teoría jurídica de la responsabilidad, el daño antijurídico y la reparación en el proceso de explotación minera aurífera ilegal vivido por el corregimiento de Zaragoza, Buenaventura, Valle del Cauca, Colombia. De manera particular, analiza la responsabilidad atribuible a la administración pública en sus diferentes niveles. El artículo aborda las dos principales corrientes teóricas de la responsabilidad (la objetiva y la subjetiva), reconociendo el tránsito legislativo y jurisprudencial que se hace de una responsabilidad centrada en el elemento culpa-subjetiva a una responsabilidad que se orienta en el factor daño, en la consecuencia-objetiva, la cual es incorporada con rango constitucional por la constituyente de 1991. La Constitución Política de 1991, en su artículo 90, establece la Responsabilidad Patrimonial del Estado sin la exigencia del elemento culpa, de donde es posible colegir que la responsabilidad por daños ambientales es objetiva, pues no exige el elemento culpa para su predicación. Al ser la explotación minera ilegal, se estaría ante un daño ilícito, daño no amparado por la ley, el cual se ocasionó al medio ambiente y como tal la investigación analizará el tipo de daño. De esta manera, se busca establecer si se está frente al daño puro o al daño consecutivo, por el uso de los recursos naturales renovables o no renovables en forma indebida, no regulada, no permitida, sin los permisos, autorizaciones o licencias respectivas.

Palabras clave: ambiente, daño, minería ilegal, reparación, responsabilidad.

THE COLOMBIAN STATE AND FINANCIAL LIABILITY FOR THE ENVIRONMENT: A CASE STUDY OF MINING IN ZARAGOZA, COLOMBIA

Abstract

This article, based on the legal theory of liability, analyzes unlawful damage and reparation in the proceedings involving illegal gold-mining exploitation in the township of Zaragoza, Buenaventura, Valle del Cauca, Colombia. It specifically analyzes liability attributable to the public administration at its different levels. The article looks at the two main theoretical currents of liability (objective and subjective), recognizing the legislative and jurisprudential evolution from a concept of liability centered on the subjective fault element, towards a concept of liability based on the damage factor, on the objective consequence, which was incorporated at the constitutional level by the 1991 Constituent Assembly. In article 90, this Constitution establishes the Financial Liability of the State, without requiring the elements of a fault, from which it may be inferred that liability for environmental damages is objective because there is no element of fault necessary for its predication. Because the mining exploitation is illegal, there has been a crime committed along with environmental damage not protected under the law and so the research will analyze the type of damage caused. The aim is best to determine whether the case involves pure damage or consecutive damage, due to improper, unregulated and prohibited use of renewable or nonrenewable natural resources without the respective permits, authorizations or licenses.

Keywords: environment, damage, illegal mining, reparation, liability.

* Magíster en Derecho. Profesor investigador junior y Coordinador de Investigaciones, Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia, Cali, Colombia.
Correo electrónico:
lizandro.cabreras@ucc.edu.co

Recibido: 9 de septiembre del 2014

Aprobado: 31 de octubre del 2014

Cómo citar este artículo:

Lizandro Alfonso Cabrea-Suárez. *El Estado colombiano y la responsabilidad patrimonial por el medio ambiente estudio de caso: la minería en Zaragoza, Colombia*. DICI 20. Diciembre 2014. Pág. 61. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v16i20.835>



O ESTADO COLOMBIANO E A RESPONSABILIDADEE PATRIMONIAL PELO MEIO AMBIENTE:
ESTÚDIO DE CASO DA MINERAÇÃO EM ZARAGOZA, COLOMBIA

Resumo

O presente artigo analisa a partir da teoria jurídica da responsabilidade, o dano antijurídico e a reparação no processo de exploração mineira aurífera ilegal vivido pelo município de Zaragoza, Buenaventura, Valle del Cauca, Colombia. De maneira específica analisa a responsabilidade atribuível à administração pública em seus diferentes níveis. O artigo trata as duas principais correntes teóricas da responsabilidade (a objetiva e a subjetiva), reconhecendo o trânsito legislativo e jurisprudencial que se faz de uma responsabilidade centrada no elemento culpa-subjetiva, a uma responsabilidade que se norteia no fator dano, na consequência-objetiva, que é adicionada com carácter constitucional pela constituinte de 1991. A Constituição Política de 1991, em seu artigo 90 estabelece a Responsabilidade Patrimonial do Estado, sem a exigência do elemento culpa, de onde é possível deduzir que a responsabilidade por danos ambientais é objetiva, porque não exige o elemento culpa para sua predicação. Sendo a exploração mineira ilegal, estar-se-ia perante um dano ilícito, dano não amparado pela lei, que foi ocasionado ao meio ambiente e como tal a investigação analisará o tipo de dano de dano. Dessa forma procura-se estabelecer se estamos frente ao dano puro ou ao dano consecutivo, pelo uso dos recursos naturais renováveis ou não renováveis de forma indevida, não regulamentada, sem as permissões, autorizações ou licencias respectivas.

Palavras-chave: ambiente, dano, mineração ilegal, reparação, responsabilidade.

I. INTRODUCCIÓN¹

Las políticas de amparo y defensa ante la problemática del daño ambiental ocasionado a los recursos naturales en áreas protegidas, y la violación del derecho al goce de un medio ambiente sano,² han sido inadecuadas e ineficientes desde la órbita gubernamental (administrativa, legislativa y judicial), por el grado de direccionamiento de la inversión social al gasto, con una tendencia creciente desde la última década del siglo xx en las transferencias territoriales, en los intereses de la deuda externa y en la inversión para la guerra (seguridad democrática).

El objetivo central de la investigación es analizar la responsabilidad patrimonial de la administración pública a lo largo de los dos últimos años, con énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales³ (daño al medio ambiente por la explotación aurífera ilegal), ocasionada en el ecosistema del corregimiento de Zaragoza, ubicado en el municipio de Buenaventura, departamento del Valle del Cauca.

Se busca también determinar los desaciertos y la responsabilidad patrimonial por la inobservancia de las medidas de protección y coercitivas encaminadas a la conservación del ambiente en el mencionado

Consejo Comunitario⁴ de la Comunidad Negra del corregimiento de Zaragoza.⁵ Se estudia este caso por cuanto contribuye a una mejor y más completa comprensión de la situación y manejo del derecho a disfrutar de un medio ambiente sano, así como posibilita verificar la efectividad en la protección de los recursos naturales que conforman el ecosistema desde la cosmovisión del Estado y de la comunidad global, a fin de lograr el resarcimiento, la mitigación y la recuperación de las áreas naturales devastadas por la actividad del hombre (legal o ilegal).⁶ Es conducente por todo lo que deviene en la obligación de conocer los factores de riesgo presentes y futuros, además de hallar soluciones inmediatas que se deben dar para la efectiva mitigación del daño, recuperar la zona y la calidad de vida de la población humana nativa o raizal.⁷

La metodología aplicada se determinó a partir del análisis —en forma cronológica— de los episodios acaecidos en el corregimiento de Zaragoza,⁸ así como

1. Artículo resultado de la investigación “El derecho a un ambiente sano”, adscrita a la línea de investigación Nuevas tendencias del Derecho, registrada en Colciencias.

2. Constitución Política de Colombia. Julio 7 de 1991. (Colombia). [*De ahora en adelante* Const. Polít. Col.]. Art. 79. Pág. 80.

3. *Id.* Pág. 79.

4. Véase Const. Polít. Col., *supra*, nota 2. Artículo transitorio 55; Ley 70 de 1993. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Agosto 27 de 1993. DO N.º 41.013.

5. Ubicado en la Cuenca Hidrográfica del Río Dagua, Valle del Cauca, Colombia.

6. Mejor denominado como impacto ambiental. “Por impacto ambiental se entiende el efecto que produce una determinada acción humana sobre el medio ambiente en sus distintos aspectos”. Véase Impacto ambiental. Disponible en <http://www.canarina.com/impacto-ambiental.htm>

7. Const. Polít. Col., *supra*, nota 2. Art. 90. Pág. 84.

8. El Corregimiento de Zaragoza está ubicado en el Municipio de Buenaventura, departamento del Valle del Cauca, República de Colombia.

de la normatividad, la jurisprudencia, los tratados y los convenios internacionales consultados, recopilados y estudiados, los cuales fijan posiciones en materia de la protección, defensa y conservación de las zonas naturales afectadas por la mano del hombre, con el fin de que se garanticen los pulmones naturales dados por la tierra a la humanidad. Se explica su naturaleza, la jerarquía constitucional, el mecanismo de protección, la evolución jurisprudencial vinculante para la entidad administrativa obligada a proteger el medio ambiente y a los particulares.

El trabajo propone evidenciar el denominador común de las debilidades estatales que permiten a los particulares destruir el medio ambiente sin la imposición de las sanciones administrativas y jurídicas inmediatas. Cabe agregar otros factores generadores del arrasamiento de las zonas naturales protegidas que conforman el ecosistema, tales como los actores del conflicto interno colombiano que altera el orden público nacional, y las bandas delincuenciales del narcotráfico, propiciadores del deterioro del tejido social.

La investigación pretende responder entre otras, las siguientes preguntas: ¿cuáles fueron los episodios más relevantes ocasionados en la afectación del medio ambiente y al tejido social del corregimiento de Zaragoza? ¿Qué acciones inmediatas deben ejercer las autoridades ambientales del Estado colombiano contra los particulares responsables de la afectación del medio ambiente a causa de la explotación aurífera ilegal, en la aludida zona y cómo mitigar el detrimento? ¿Se ha cumplido la decisión de la acción de cumplimiento?

II. ENTORNO SOCIOPOLÍTICO Y DEMOGRÁFICO

Buenaventura es catalogado como uno de los municipios en mayor riesgo por fenómenos naturales, y por la manera como sus habitantes han ocupado el territorio.⁹ La zona urbana presenta riesgos inminentes, y en la zona rural, localidades como Juanchaco, Cisneros, La Plata y un sector de Puerto Merizalde, deben ser reubicadas junto con otros pequeños centros poblados.¹⁰ La característica principal de la conformación urbana es

9. Observatorio Sismológico del Suroccidente (osso), Universidad del Valle y Fundación La Minga. EVALUACIÓN DE AMENAZAS NATURALES Y BASES PARA LA MITIGACIÓN DE RIESGOS EN EL ÁREA URBANA DE BUENAVENTURA. Universidad del Valle. (2000). Pág. 8.

10. *Id.*, Pág. 1

a través de invasiones, sistema que carece de planificación y hace que las soluciones sociales vayan con retraso frente a los fenómenos de ocupación del suelo. Esto ocasiona un deterioro de los ecosistemas y la vegetación, así como la localización de gran parte de la población en zonas inapropiadas, lo cual incrementa los costos de adecuación y abastecimiento.

Existe, asimismo, una débil gestión ambiental local.¹¹ La administración municipal cuenta con una mínima infraestructura y equipo, no adecuada ni compatible con un municipio de las características tanto potenciales como de situaciones por resolver de la ciudad. No hay una integración entre instituciones, ni entre el sector comunitario y privado. Faltan controles efectivos ambientales y de ocupación del suelo y del espacio público. La desaparición de los manglares y zonas de protección de quebradas y esteros es una constante, reemplazados por vivienda, muelles privados, etc. La contaminación del aire por partículas y ruidos sobre la única vía de acceso a la ciudad y al puerto, lugar donde la administración municipal no controla los productos que allí se transportan.¹² Según el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio, existe una baja cobertura y calidad en la prestación de los servicios públicos. Los indicadores de cobertura y calidad tanto urbanos como rurales son de los más críticos y distan cada vez más de condiciones óptimas para una ciudad competitiva. No existe un aprovechamiento del potencial cultural como factor de desarrollo, incidiendo ello en:

- Decrecientes niveles de convivencia ciudadana
- Pérdida creciente de valores éticos y morales
- Carencia de identidad colectiva y debilidades para la construcción de un proyecto colectivo

El municipio de Buenaventura está dividido en su zona rural en diecinueve corregimientos, y su cabecera municipal en doce comunas. En su zona rural, existen 268 veredas y 388 asentamientos de diversos tamaños. Los servicios sociales básicos no cubren las

11. Abelardo Jiménez, Adalberto Ruiz, Nancy López, Gustavo Adolfo Calle, et al. RESULTADO Y ANÁLISIS MUNICIPAL: BUENAVENTURA. Centro de Investigaciones Multidisciplinarias para el Desarrollo. (2011). Disponible en <http://www.valledelcauca.gov.co/salud/descargar.php?id=6710>

12. Alcaldía Distrital Buenaventura. PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL MUNICIPIO DE BUENAVENTURA, 2008-2011. Disponible en <http://www.buenaventura.gov.co/index.php?tipo=seccion&seleccion=16:nuestros-planos>

necesidades de la población, siendo el mayor problema la carencia de alcantarillado, causa de múltiples efectos ambientales sobre los ríos y quebradas, lo cual redundará en la salud pública. La sobrepoblación es un conflicto territorial, ambiental y sociopolítico, que se suma a la reclamación de tierras por efectos de la Ley 70 de 1993. A pesar de su posición geoestratégica, no se potencia en beneficio de la población local:

Hay una alta concentración de la inversión financiera en la zona urbana, con detrimento de la población rural. Creciente tendencia de relación directa nacional e internacional de las comunidades negras e indígenas, con una débil participación de la administración municipal.” Igualmente “La economía local es dependiente de otras regiones, no se han generado cadenas productivas propias, ni se aprovecha el ser un puerto de servicios regionales e internacionales para desarrollar actividades industriales y manufactureras complementarias.¹³

Es el efecto del desplazamiento forzado de población urbana y rural en el área de influencia de Buenaventura. Ello visto desde la perspectiva de la ubicación geográfica privilegiada de la que goza Buenaventura sobre el océano Pacífico, que la convierte en un puerto de gran importancia comercial para el país —moviliza el 60% de la carga relacionada con importación y exportación—. Por esta razón, a su vez, es terreno fértil para el contrabando, el tráfico de droga y el comercio ilegal de armas para los grupos al margen de la ley. Lo anterior sumado al fenómeno del paramilitarismo y su confrontación con la guerrilla por el territorio, contribuye a la generación de un clima de violencia en Buenaventura que convierte a sus habitantes en población vulnerable, por lo cual se producen desplazamientos de diferentes tipos: masivos, individuales, intraveredales e intraurbanos.¹⁴ Este último aspecto sin duda alguna influirá en las acciones que se debieron tomar para controlar la explotación minera aurífera ilegal.

III. LA EXPLOTACIÓN MINERA ILEGAL EN ZARAGOZA

En el amplio espectro de problemas de índole social, necesidades básicas insatisfechas, desempleo, pobreza, conflicto armado y desplazamiento que domina la zona, se le adiciona la intempestiva, desordenada y anárquica explotación minera ilegal en el corregimiento de Zaragoza, comprendido en la jurisdicción política del municipio de Buenaventura. Debido a la actividad minera ilegal que se inicia a lo largo de más o menos 20 kilómetros en la cuenca del río Dagua, se gesta una economía ficticia que beneficia a muy pocos y degrada las condiciones de vida mínimas de buena parte de la población raizal. Además, se está terminando con el equilibrio ambiental, social, educativo, económico y hasta institucional de la región. Se desvió y contaminó el río Dagua, se están afectando las cuencas de sus afluentes que se encuentran en una reserva natural y se está produciendo un impacto negativo ambiental en la bahía de Buenaventura. Se hace necesario que las autoridades, de una vez por todas, intervengan en esta problemática para erradicar la extracción ilegal de oro en esta región, actividad causante de esta situación.

IV. RESPONSABILIDAD, AMBIENTE, DAÑO ANTIJURÍDICO Y DESARROLLOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

A. La responsabilidad

En el desarrollo del presente trabajo, se hace necesario abordar cuál ha sido la evolución del concepto de responsabilidad, bien por vía de la legislación, bien por la jurisprudencia y doctrina y, finalmente, en la Carta Política colombiana.

1. Responsabilidad patrimonial

En primer término, en conformidad con el planteamiento del ex Ministro de Justicia (2012) y ex Constituyente (1991) Juan Carlos Esquerra Portocarrero, la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado no surge de manera espontánea, sino que es el cierre de un proceso previo, producto del pronunciamiento de jueces y expertos, sin ya tener

13. Jiménez et al., *supra*, nota 11.

14. Global IDP Database. PROFILE OF INTERNAL DISPLACEMENT: COLOMBIA. Global IDP Database. (2005).

que recurrir a normas prestadas del Código Civil. Ello de por sí implica que el Estado, en su función básica-fundamental de brindar protección a derechos de los ciudadanos tales como la vida, honra y bienes, debe indisolublemente considerar aparejado el régimen de responsabilidad que se genera cuando se produzca daño antijurídico como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas.¹⁵ Esta posible acción u omisión por parte del Estado, puede derivar en daño antijurídico,¹⁶ producto de la conducta dolosa o culposa de cualquiera de sus agentes administrativos.¹⁷

2. Responsabilidad subjetiva y objetiva

En cuanto se hace referencia a la responsabilidad en materia civil,¹⁸ es necesario adentrarse en las dos principales teorías sobre las que se fundamenta el debate de la culpa o dolo del agente que ocasiona el daño: la responsabilidad subjetiva y la objetiva.

3. Responsabilidad subjetiva

Esta teoría sustenta que el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la conducta del autor del daño, es decir, que para determinar si se está en presencia de responsabilidad no basta con que se presente

un daño, sino que es necesario que ese daño haya devenido del actuar doloso o culposo del autor del daño. Ello implica lograr identificar que existió por parte del autor intención, bien en beneficio propio o de terceros, de las consecuencias derivadas de su actuar u omisión. Es así como para establecer la responsabilidad extracontractual basada en la teoría subjetiva o teoría clásica de la culpa, es necesario que se presenten tres elementos, a saber: el daño, el actuar doloso o culposo del actor y la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto generador del daño.¹⁹ Así, una vez constatada la presencia de estos tres elementos, se está en presencia de una responsabilidad, la cual genera el deber de indemnizar los perjuicios por parte del agente generador del daño —quien fue el que actuó con culpa o dolo— a la víctima.

Los mayores defensores de esta teoría fueron los hermanos Mazeaud, quienes sostenían que “la culpa debe ser mantenida como requisito y fundamento de la responsabilidad civil. Tal es el principio: no hay responsabilidad civil sin una culpa”.²⁰ Dichos autores criticaron fuertemente a los defensores de aquellas teorías que desechaban el análisis del elemento culpa en la determinación de la responsabilidad, al decir que establecer una responsabilidad automática es despojar a la responsabilidad de toda moral y de toda justicia. La justicia y la moral suponen una diferenciación entre el acto culpable y el acto inocente, un examen de la conducta del agente. Resolver que un acto inocente compromete la responsabilidad de su autor puede justificarse rara vez sobre el terreno de la utilidad social, y jamás sobre el de la moral.²¹

15. Juan Carlos Esguerra. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (2002). Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/34.pdf>

16. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-333/96. (M. P. Alejandro Martínez Caballero; agosto 1 de 1996): “El actual mandato constitucional es no sólo imperativo —ya que ordena al Estado responder— sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual), así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual”.

17. La forma de conducta (dolosa o culposa) es presupuesto de los juicios de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad; no existiendo conducta, carece de todo sentido indagar por una pretendida tipicidad, ilicitud sustancial o culpabilidad. Véase Hernando Barreto Ardila. *Dolo, culpa y preterintención: ¿formas de culpabilidad?* COLOMBIA DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA 60. 1996. Págs. 13-22.

18. En particular, la teoría de la responsabilidad civil busca dar respuesta a una necesidad social convertida en interés jurídicamente relevante, cual es tutelar la situación de la persona afectada por un daño, proporcionando una respuesta al menoscabo, mediante su reparación. Véase Catalina Irisarri. EL DAÑO ANTIJURÍDICO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO. Trabajo de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. (2000).

19. Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-430/00. (M. P. Antonio Barrera Carbonell; abril 12 de 2000): “A pesar de que se ha considerado por algunos doctrinantes que la nueva concepción de la responsabilidad del Estado tiene como fundamento un criterio objetivo, no puede afirmarse tajantemente que el Constituyente se haya decidido exclusivamente por la consagración de una responsabilidad objetiva, pues el art. 90 dentro de ciertas condiciones y circunstancias también admite la responsabilidad subjetiva fundada en el concepto de culpa. Y ello es el resultado de que si bien el daño se predica del Estado, es necesario tener en cuenta que se puede generar a partir de la acción u omisión de sus servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito”.

20. Henry Mazeaud, Léon Mazeaud y Jean Mazeaud. LECCIONES DE DERECHO CIVIL. Ediciones Jurídicas Europa-América. (1976).

21. *Id.*

4. Responsabilidad objetiva

Al abordar el tema en cuestión, el profesor de la Universidad Autónoma de México (UNAM) Jaime Murillo Morales²² plantea que, en materia administrativa, se hará necesario considerar los siguientes aspectos sobre los cuales de soportará la teoría objetiva, en cuanto sirven para justificar la responsabilidad patrimonial que le asiste al Estado, siendo las siguientes:

- a) *Responsabilidad objetiva*: con base en esta teoría, no es necesario demostrar la culpa o negligencia del autor, porque es suficiente la existencia comprobada del acto ilegal.
- b) *Riesgo profesional*: se inspira en el derecho del trabajo. Así como el patrón debe indemnizar por los daños de sus trabajadores, el Estado debe cubrir los riesgos que implican el funcionamiento de los servicios públicos y el de las demás funciones.
- c) *Culpa o negligencia*: la administración debe responder de la falta de diligencia que propiciaron los daños o perjuicios por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, la cual aparece en la designación de sus agentes para brindar el servicio público correspondiente, o en la falta del deber de vigilancia de estos en el desempeño de las actividades, para las cuales fueron contratados.
- d) *Culpa del servicio público*: se funda en el funcionamiento irregular de los servicios públicos, los cuales está obligado el Estado a atender debidamente, de manera que el servicio defectuoso o desorganizado engendra daños a los administrados que deben ser reparados.
- e) *Estado de derecho y sus postulados*: pertenece a esos principios o postulados que forman un complejo y que tienden a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados, del cual surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público.²³

Se manifiesta en el desarrollo de cada uno de los apartes anteriores la postura de que, contrario a lo que sucede con la teoría clásica de la culpa (muy propia de la responsabilidad subjetiva), los expositores de la teoría de la responsabilidad objetiva-estricta o sin culpa (o teoría del riesgo como también se le conoce), asumen según un criterio uniforme en cuanto que el

fundamento de la responsabilidad se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo. Lo fundamental es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho o la acción ejercida y el daño. No se hace menester analizar si quien realizó la acción lo hizo de una forma dolosa o negligente.

Alessandri, en su obra, es explícito en cuanto que la característica principal de la responsabilidad objetiva —ya que esta para nada considera la conducta del sujeto de su grado de culpabilidad—, está representada exclusiva y únicamente por el daño producido.²⁴ Para entender la razón por la cual algunos autores desecharon como fundamento de la responsabilidad la teoría clásica de la culpa y en su lugar acogieron la nueva teoría del riesgo, es necesario comprender las circunstancias sociales y culturales de la época en que esta teoría fue expresada. Esta teoría fue propuesta a mediados del siglo XIX, periodo en que se presentaba un gran desarrollo científico e industrial. Es la conocida época de la Revolución industrial, en la cual se manifiesta un gran auge del maquinismo, ya que las máquinas empezaron a intervenir en toda la esfera social trayendo consigo grandes beneficios, pero también un gran incremento de accidentes que producían a su vez una serie de daños y perjuicios, los cuales era necesario indemnizar.²⁵

Sin embargo, dado que la mayoría de las veces los accidentes los causaban máquinas cuyo funcionamiento era complicado y sus diseños aún más, resultaba muy difícil, casi imposible, para la víctima entrar a demostrar la culpa o el dolo con el que se produjo un determinado daño. Como consecuencia de lo anterior, en muchas ocasiones, la víctima de un daño generado por una máquina quedaba sin recibir la debida indemnización a que tenía derecho, lo cual evidentemente atentaba contra la equidad y la justicia social. Estas fueron las razones que impulsaron a varios autores, especialmente a Josserand,²⁶ a proponer la teoría de la responsabilidad objetiva, en la cual se liberaba a la víctima de entrar a demostrar la culpa o dolo con que fue producido el daño, para así lograr la indemnización de los perjuicios. En lo que respecta a la teoría de la responsabilidad objetiva, son varios los argumentos que la

22. Jaime Murillo. Licenciado en derecho por la Universidad La Salle Morelia. REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL. (1997). Pág. 228.

23. Jesús Orozco. *Comentario al artículo 113*. Coord. Miguel Carbonell, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA Y CONCORDADA. Porrúa y UNAM. (2000). Pág. 216.

24. Arturo Alessandri. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL. Imprenta Universal. (1981).

25. Irisarri, *supra*, nota 18.

26. Louis Josserand, jurista francés y destacado investigador en materia de derecho civil. Nació en Lyon en 1868.

fundamentan. Ordoquí y Olivera las exponen de forma concreta de la siguiente manera:

Teoría del interés activo. Para los mencionados autores, esta consiste en que quien desenvuelve en su propio interés una actividad cualquiera debe sufrir las consecuencias provenientes de ella.

Teoría de la prevención. Según la cual, quien con visión segura calcula las posibilidades de un buen o mal éxito pesando fría y exactamente los diferentes factores, incluso la posibilidad de accidentes, debe necesariamente garantizar su decisión.

Teoría del interés preponderante. De acuerdo con esta teoría, por razones de equidad, debe necesariamente tenerse en cuenta al fijar la obligación de reparar el interés económico dañado por las partes; es decir, que cuanto mayor es el poder económico del agente, mayor es la responsabilidad que a su cargo se impone.

Teoría del acto peligroso. Conforme a esta, siempre que en la producción de un daño ha intervenido una cosa peligrosa, debe necesariamente obligarse a reparar a quien de ella se sirve, por la culpa que implica haber provocado un peligro.

Teoría del riesgo provecho. Llamada también teoría del riesgo profesional. Según esta teoría, desde el momento en que alguno crea ciertas condiciones de trabajo y hace trabajar a otras personas en su provecho, o extrae beneficio para ella de las actividades que desempeñan, en caso de que estas personas se dañen o sufran algún accidente aquella debe indemnizar los daños ocasionados.

Teoría del riesgo creado. Esta teoría plantea la obligación a reparar los hechos dañosos producidos por una actividad que tiene lugar en nuestro interés y bajo nuestro control.²⁷

Los mencionados tratadistas manifiestan que sea cual fuere el argumento que se adopte, estos no dejan de ser “conceptualismos”, ya que:

La verdadera y única razón de ser del régimen de la responsabilidad, se encuentra en la necesidad de asegurar a la víctima una reparación por el perjuicio sufrido; solución que en muchos casos la teoría de la culpa es incapaz de proveer, sea por la imposibilidad de determinar el agente material del daño, sea porque su conducta ilícito-culposa no puede ser probada, o porque, salvados estos últimos escollos, el sujeto responsable resulta insolvente.²⁸

27. Gustavo Ordoquí y Ricardo Olivera. *Derecho Extracontractual. COMPENDIO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.* Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández. (1974). Pág. 47.

28. *Id.*

Los hermanos Mazeaud mencionan en su obra las teorías que fueron acogidas por los defensores de la responsabilidad objetiva y las titulan como “los criterios de reemplazo propuestos por los negadores de la culpa”. Para ellos, los criterios son los siguientes.

B. La teoría del riesgo-beneficio

Conforme a la cual no se exige responsabilidad, sino en los casos en que el autor del acto inocente haya creado una *explotación* de la que se beneficie económicamente y que hace que corran un riesgo otras personas. A modo de conclusión, podría decirse que responsabilidad objetiva es aquella que prescinde de toda valoración subjetiva al momento de establecer la responsabilidad, es decir, no analiza el comportamiento del sujeto causante del daño, sino que simplemente se vale del daño y de la relación de causalidad entre este y la acción u omisión para determinar si hay responsabilidad o no, sin importar que el hecho dañoso se haya producido como resultado de un hecho culposo o doloso.

C. La función pública

En desarrollo de la vigilancia de la función pública, que le es inherente al Estado, en especial la relacionada con la *conducta* de los servidores públicos, el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, artículo 13, dispone respecto de la culpabilidad: “En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”. Con lo anterior se enfatiza que la relación causal entre el cumplimiento del deber funcional del servidor público y la actividad de la que es responsable, requiere demostrar que fue con su acción u omisión que se generó el daño.

V. MEDIO AMBIENTE, DESARROLLO SOSTENIBLE Y DAÑO ANTIJURÍDICO

A. Medio ambiente

El concepto de medio ambiente se define como el sustento y hogar de todos los seres vivos que habitan el ecosistema global, conocido como la biósfera.

El medio ambiente está constituido por elementos abióticos (el medio y sus influencias) y bióticos (organismos vivos). En la primera categoría se encuentra la atmósfe-

ra, capa de gas que protege a la Tierra de las radiaciones ultravioletas emitidas por el Sol. Circula alrededor del planeta manteniendo estable la temperatura de este.²⁹

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO):

El medio ambiente es el producto de la interacción dinámica de todos los elementos, objetos y seres vivos presentes en un lugar. Todos los organismos viven en medio de otros organismos vivos, objetos inanimados y elementos, sometidos a diversas influencias y acontecimientos. Este conjunto constituye su medio ambiente. Plantas y animales dependen de los componentes y características del medio para crecer y reproducirse. A lo largo de su evolución, muchas especies han desarrollado una tolerancia para resistir ciertas limitaciones. Esta tolerancia o adaptación es un proceso que les permite vivir sometidas a condiciones ambientales que pueden no ser adecuadas para otras especies.³⁰

El agua también es un componente abiótico del medio ambiente. Ocupa siete de cada diez partes de la Tierra; el 97% se encuentra en los océanos, un 2% está congelado y el 1% es agua dulce de ríos, lagos, aguas subterráneas y humedad. El suelo es un delgado manto que cubre la superficie terrestre y de su geografía depende la vida de los organismos que habitan en ella, tanto plantas como animales. Durante millones de años, el suelo ha estado sujeto a constantes cambios producto del movimiento tectónico de placas y la evolución del clima. En el cuaternario, específicamente en el pleistoceno, el clima sufrió grandes cambios, osciló entre frío y templado, lo que trajo consigo una adaptación de la flora y fauna del medio.

Históricamente, la aparición del fuego modificó y eliminó la vegetación natural, así como erosionó el suelo, perjudicando a una gran cantidad de animales. Con la revolución agrícola también se modificó la flora natural del ambiente, pues se requería de un espacio para llevar a cabo los cultivos. Pero fue la Revolución industrial la que trajo consigo una gran coyuntura para nuestro hábitat, la cual hasta el día de hoy sigue vigente. Las emisiones de dióxido de carbono que atentan contra la atmósfera, la utilización de hidrocarburos clorados en

los pesticidas que son muy resistentes a la degradación biológica y se adhieren a los tejidos de las plantas y contaminan notablemente el agua. Otro aspecto contaminante ha sido la radiación nuclear, que contribuye a la generación de la lluvia radiactiva, además existe la posibilidad de que se produzcan accidentes nucleares como el de Chernóbil en Ucrania en 1986.³¹

La contaminación de componentes abióticos³² del medio ambiente ha sido cada vez más alarmante para los seres humanos. El abastecimiento de agua se ha vuelto muy complejo y aún no se toma conciencia de que sin agua no hay vida.

B. Desarrollo sostenible

Al confluir en toda explotación mineral los componentes ambiente, economía (rentabilidad) y comunidad (sociedad), resulta pertinente abordarlo (por cuanto deberá ser evaluado y reparado el daño ocasionado a la comunidad y el ambiente), como resultado de la actividad económica ilegal que se dio en Zaragoza. El artículo 3 de la Ley 99 de 1993 lo define así:

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

El anterior concepto considera el aspecto social por la relación entre el bienestar social con el medio ambiente y la bonanza económica. El triple resultado es un conjunto de indicadores de desempeño de una organización en las tres áreas.

Los términos desarrollo sostenible, desarrollo perdurable y desarrollo sustentable se aplican al desarrollo socioeconómico, y su definición se formalizó por primera vez en el documento conocido como Informe Brundtland,³³ fruto de los trabajos de la Comisión

29. Beto Coaquira. QUÉ ES EL MEDIO AMBIENTE. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos94/que-es-medio-ambiente/que-es-medio-ambiente.shtml>

30. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). EL MEDIO AMBIENTE. Disponible en <http://www.fao.org/docrep/006/W1309S/w1309s09.htm#TopOfPage>

31. El accidente de Chernóbil, Ucrania, aconteció el 26 de abril de 1986. Ha sido el accidente nuclear más grave de la historia, siendo el único que ha alcanzado la categoría de nivel 7 (el más alto) en la escala INES.

32. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), la palabra *abiótico* nombra lo opuesto a lo biótico y permite referirse a lo que no forma parte o no es producto de los seres vivos.

33. Véase Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD). NUESTRO FUTURO COMÚN. Organización de las Naciones Unidas. (1987). Aquí se conceptúa como sostenible el modelo de desarrollo que atiende a las necesidades del presente sin comprometer

Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas, creada en la Asamblea de las Naciones Unidas, en 1983.³⁴ Dicha definición se asumió en el Principio 3.º de la Declaración de Río.³⁵ Es a partir de este informe cuando se acotó el término inglés *sustainable development*, y de ahí mismo nació la confusión entre si existe o no diferencia alguna entre los términos desarrollo sostenible y desarrollo sustentable. A partir de la década de 1970, los científicos empezaron a darse cuenta de que muchas de sus acciones producían un gran impacto en la naturaleza, por lo que algunos especialistas señalaron la evidente pérdida de la biodiversidad y elaboraron teorías para explicar la vulnerabilidad de los sistemas naturales.³⁶

C. Principios en materia ambiental

A continuación, los principios que se aplican en materia ambiental.

1. Principio de prevención

El principio de prevención es uno de los grandes principios estructurales del derecho internacional público; es la toma de consciencia de que no basta con reparar (modelo curativo) sino que se impone prevenir (modelo preventivo). Es evitar que el daño pueda llegar a producirse, para lo cual se deben adoptar medidas preventivas, es decir, se impone una acción de prevención.

la posibilidad de que las futuras generaciones atiendan a sus propias necesidades.

34. La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo fue constituida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984, en cuanto organismo independiente encargado de: a) reexaminar las cuestiones críticas relacionadas con el medio ambiente y el desarrollo y formular unas propuestas de acción innovadoras, concretas y realistas para afrontarlas; b) reforzar la cooperación internacional sobre el medio ambiente y el desarrollo, y evaluar y proponer nuevas formas de cooperación que puedan romper con las modalidades existentes e influir así en las políticas y acontecimientos en la dirección del cambio necesario; c) incrementar el nivel de comprensión y compromiso respecto de la acción por parte de los individuos, las organizaciones voluntarias, el mundo de los negocios, las instituciones y los Gobiernos.

35. Organización de las Naciones Unidas. DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. Junio de 1992. [De aquí en adelante ONU]. Principio 3: “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. Esta declaración fue adoptada por los Gobiernos participantes en la Cumbre de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 14 de junio de 1992.

36. Véase Roberto Boullón. *Espacio turístico y ambiente sustentable*. APORTES Y TRANSFERENCIAS 2.

Sobre la distinción y articulación jurídicas de los principios de prevención y de precaución, la diferencia se encuentra en función del conocimiento científico del riesgo. La Corte Constitucional, en Sentencia de julio 27 de 2010, anota:

La prevención se basa en dos ideas-fuerza: el riesgo de daño ambiental podemos conocerlo anticipadamente y podemos adoptar medidas para neutralizarlo. Por el contrario, la precaución, en su formulación más radical, se basa en las siguientes ideas: el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos materialmente conocer los efectos a medio y largo plazo de una acción. La posibilidad de anticipación es limitada e imperfecta al estar basada en nuestro grado o estadio de conocimientos científicos, los cuales son limitados e imperfectos. En consecuencia, no es posible adoptar anticipadamente medidas para neutralizar los riesgos de daños, porque éstos no pueden ser conocidos en su exactitud.³⁷

Se considera que este es el sentido del principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el que se establece:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.³⁸

2. Principio de precaución

Es la facultad que tiene la autoridad ambiental para tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar un peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta. Debe hacerlo de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la normatividad vigente, en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho.³⁹

37. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-595/10. (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; julio 27 de 2010). Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-595-10.htm>

38. ONU, *supra*, nota 35.

39. Véase Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente. Diciembre 22 de 1993. DO N.º 41.146. Art. 1.º. Principios generales en materia de la política ambiental.

Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente⁴⁰ (ahora Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) constatar que se cumplan los siguientes elementos:⁴¹

- a. Que exista peligro de daño;
- b. Que este sea grave e irreversible;
- c. Que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta;
- d. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente, y
- e. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.

La aplicación del principio de precaución para la preservación del medio ambiente abarca también a los agentes del sector privado, por no estar excluidos de las disposiciones legales, es decir, no recae sólo en cabeza del Estado, dado que lo que está en juego es la protección ambiental de las generaciones presentes y la supervivencia de las futuras. Por ello, el compromiso de proteger el medio ambiente es responsabilidad de todas las personas y los ciudadanos e involucra a los Estados, trasciende los intereses nacionales y tiene importancia universal. El artículo 95 de la Constitución colombiana, en los deberes de la persona y del ciudadano, incluye la protección de los recursos naturales.⁴²

El principio de precaución es uno de los pilares básicos del derecho internacional ambiental y establece que ante el peligro o presunción de un posible daño ambiental grave o irreversible, la falta de certeza científica no se utilizará como pretexto para la realización

de medidas eficaces a fin de impedir dicho daño, aun cuando ello implique la suspensión total de las presuntas actividades riesgosas.

Su aplicación responde a la obligación de respetar los compromisos internacionales adquiridos por los Estados en materia ambiental, pero, sobre todo, a la necesidad de detener la degradación del medio ambiente que en la actualidad afecta a todo el planeta de manera alarmante. El principio de precaución se encuentra contenido en diversos instrumentos internacionales de protección al medio ambiente.

3. Principio de Solidaridad

El ambiente es de todos, les pertenece a todos los Estados y a todos los seres que habitan el planeta. Es un patrimonio común y su conservación igualmente les corresponde a todos.

El artículo 95 superior señala varios deberes constitucionales entre los que se encuentran respetar los derechos ajenos, no abusar de los derechos propios, obrar conforme al principio de solidaridad, respetar y apoyar a las autoridades democráticas, defender y difundir los derechos humanos, participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, procurar el logro y el mantenimiento de la paz —este deber también es consagrado en el artículo 22—, colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, proteger los recursos culturales y naturales del país, y velar por la conservación de un ambiente sano, así como contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado.

El principio de solidaridad exige entender la responsabilidad en materia ambiental no sólo en relación con las generaciones presentes, sino también en relación con las futuras, y no sólo en relación con los ciudadanos de un Estado, sino además en un contexto global.

Este principio se adopta constitucionalmente en el modelo de desarrollo sostenible (artículo 80), según el cual las demandas del desarrollo económico deben conjugarse con la protección del ambiente, tanto para las generaciones presentes como para las futuras, lo que significa que las actividades económicas actuales no deben “sobrepasar la capacidad de carga de los ecosistemas que sirven de base biológica y material a la actividad productiva”.⁴³

40. Véase *Id.*, artículo 5, el cual establece las funciones del Ministerio del Medio Ambiente.

41. Ley 1444 de 2011. Por la cual se escinden unos ministerios. Mayo 4 de 2011. Disponible en http://wsp.presidencia.gov.co/Especiales/2011/Documents/20110613_leyFacultades.pdf. Artículo 12. “Reorganización del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Reorganícese el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial el cual se denominará Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y continuará cumpliendo los objetivos y funciones señalados en las normas vigentes, salvo en lo concerniente a la escisión de que trata el artículo 11 de la presente ley. *Parágrafo.* Serán funciones del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en todo caso, las asignadas al Ministerio de Ambiente en la Ley 99 de 1993 y en la Ley 388 de 1997, en lo relativo a sus competencias”.

42. Const. Polít. Col., *supra*, nota 2. Art. 95: “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: [...] 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano”.

43. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-220/11. (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; marzo 29 de 2011). Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-220-11.htm>

4. Principio de rigor subsidiario⁴⁴

El rigor subsidiario corresponde a un principio normativo establecido para regular la forma en que opera el ejercicio de las competencias ambientales por parte de las entidades regionales.⁴⁵ En el campo ecológico, las licencias o permisos para determinadas actividades pueden hacerse más rigurosas, pero no más flexibles por parte de las autoridades competentes de los niveles territoriales inferiores, en la medida en que las circunstancias locales pueden justificar una normatividad más exigente.

Así, en la dinámica que implica el ritmo normal de las competencias de los diferentes entes del orden nacional y local,⁴⁶ el Congreso establece una legislación básica nacional que evite el deterioro del patrimonio ecológico municipal y proteja el derecho al medio ambiente en ese ámbito local, ya que la garantía de ese derecho de la persona no puede quedar sujeta al albur de que la autoridad indígena o el concejo municipal o distrital expidan o no la correspondiente regulación, de tal forma que la competencia de los municipios y las autoridades indígenas en relación con el patrimonio ecológico local no es entonces exclusiva, sino concurrente con la normatividad básica nacional que el Congreso expida sobre la materia.

No existe entonces una contradicción de competencias, sino una concurrencia de los diferentes órganos del Estado que participan en la regulación y en la especial protección a la ecología y al ambiente en todas sus dimensiones. Adicionalmente, esta concurrencia tiene una legítima justificación, como que su fundamento deviene de la necesidad de prevenir posibles afectaciones del medio ambiente, en cuya calificación se tendrán en consideración los siguientes dos bienes jurídico-constitucionales: a) la pluralidad de concepciones del ser humano en relación con su ambiente, y b) la diversidad y especialidad de los ecosistemas regionales.⁴⁷

44. Véase Ley 99 de 1993, *supra*, nota 39. Art. 63.

45. Véase Resolución 415 de 2007. Por la cual se resuelve sobre la vigencia de una norma de aplicación del principio normativo general de rigor subsidiario. Marzo 9 de 2007.

46. Const. Polít. Col., *supra*, nota 2. Artículo 288: “La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales”.

47. Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-894 DE 2003. (M. P. Rodrigo Escobar Gil; octubre 7 de 2003).

5. Principio de sostenibilidad ambiental

Está basado en varios conceptos: la ciencia de la sostenibilidad⁴⁸ y la ciencia ambiental⁴⁹ forman las bases de la estructura analítica y filosófica, mientras que los datos se coleccionan por medio de medidas de sostenibilidad. Después se usan estos datos para formular planes de políticas de sostenibilidad. El artículo 194 de la Ley 685 de 2001 (Código Minero) define la sostenibilidad así:

SOSTENIBILIDAD. El deber de manejar adecuadamente los recursos naturales renovables y la integridad y disfrute del ambiente, es compatible y concurrente con la necesidad de fomentar y desarrollar racionalmente el aprovechamiento de los recursos mineros como componentes básicos de la economía nacional y el bienestar social. Este principio deberá inspirar la adopción y aplicación de las normas, medidas y decisiones que regulan la interacción de los dos campos de actividad, igualmente definidos por la ley como de utilidad pública e interés social.

La puesta en práctica del desarrollo sostenible tiene como fundamento ciertos valores y principios éticos. La Carta de la Tierra⁵⁰ presenta una articulación comprensiva e integral de los valores y principios relacionados con la sostenibilidad. Este documento, el cual es una declaración de la ética global para un mundo sostenible, fue desarrollado a partir de un proceso altamente participativo global, por un periodo de 10 años, iniciado en la Cumbre de Río de 1992,⁵¹ y el cual culminó en el año 2000. La legitimidad de la Carta de la Tierra proviene precisamente del proceso participativo que fue creado, dado que miles de personas y organizaciones de todo el mundo brindaron su aporte para encontrar esos valores

48. Véase Walter Salas, Leonardo Ríos y Javier Álvarez. *La ciencia emergente de la sustentabilidad: de la práctica científica hacia la constitución de una ciencia*. INTERCIENCIA 9. Septiembre de 2011. Pág. 699.

49. Según la definición de Wikipedia: “Las ciencias ambientales son una disciplina científica cuyo principal objetivo es buscar y conocer las relaciones que mantiene el ser humano consigo mismo y con la naturaleza. Implica un área de estudio multidisciplinar que abarca distintos elementos. Incluye el estudio de problemas ambientales y la propuesta de modelos para el desarrollo sostenible”.

50. La Carta de la Tierra (*The Earth Charter*) es una declaración internacional de principios y propuestas de corte progresista. Contiene un planteamiento global de los retos del planeta, así como propuestas de cambios y de objetivos compartidos que pueden ayudar a resolverlos.

51. Los compromisos específicos adoptados por la Conferencia de Río incluyen dos convenciones: una sobre cambios climáticos y otra sobre la biodiversidad. También una declaración sobre florestas. La conferencia aprobó, igualmente, documentos con objetivos más amplios y de naturaleza más política.

y principios compartidos que pueden ayudar a las sociedades a ser más sostenibles. Actualmente, existe una creciente red de individuos y organizaciones que utilizan este documento como instrumento educativo y de incidencia política.

6. Principio “el que contamina paga”

El principio “quien contamine paga” fue introducido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁵² en recomendaciones adoptadas en 1972, 1974 y 1989; el Tratado ASEAN de 1985,⁵³ sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales; el Convenio sobre los APELS de 1991, y el Convenio sobre el curso de aguas fronterizas de 1992;⁵⁴ el Convenio sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación marina por hidrocarburos de 1990,⁵⁵ la toma en cuenta en su Preámbulo como principio general del derecho ambiental internacional.⁵⁶

Según Manuel Leyva Estupiñán, “se trata de un Principio de Internacionalización de los costos que conlleva el saneamiento de los efectos negativos sobre la contaminación del Medio Ambiente, que debe ser soportado por quien está en el origen de aquella”.⁵⁷

En el derecho comunitario europeo, se entiende como quien contamina a todo aquel que directa o

indirectamente causa un daño al medio ambiente, o quien crea las condiciones que puedan conducir a este daño y por tal circunstancia debe pagar por él.

El principio “quien contamina paga” contribuye a la protección del medio ambiente en cuanto a reparar el daño ambiental a nivel de la persona que lo causa. Igualmente, en el plano internacional entre los sujetos del derecho internacional público, encuentra armonía plena, principalmente en los Estados. Existen casos en los que se ha logrado exigir y que paguen distintos Estados por daños al medio ambiente. Tiene como objetivos: atribuir la responsabilidad a quien causa un daño en el medioambiente, es decir, a la persona sea física o jurídica, privada o pública, cuya actividad haya causado daños al medio ambiente (esto es, el contaminador), o quien haya supuesto una amenaza inminente; y el de inducir a los *operadores* a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños medioambientales.

VI. IMPUTACIÓN O ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

Conforme a los relatos ofrecidos por los dos miembros de la comunidad del Alto y Medio Dagua, con la condición especial de pertenecer al Consejo Comunitario, es evidente el drama ocasionado por la extracción ilegal de oro. La extracción por minería a cielo abierto fue realizada a través de “retroexcavadoras y dragas”, máquinas que son utilizadas para dragar el oro que se encuentra debajo del nivel del agua y así sacarlo hasta la superficie, desconociendo cualquier llamado de alerta, avasallando con cuanto se pusiera por delante.

La obtención de dicho mineral pasa del modelo de explotación artesanal-barequeo a un modelo de alta escala, pero sin las consideraciones ambientales y técnicas que al respecto se requieren, tales como es el someter las riberas del río a un descapote extremo, en el cual no se considera ningún tipo de medidas. Las retroexcavadoras levantan los suelos y despejan el área arrasando con la vegetación riparia⁵⁸ para luego ser depositados en las orillas de los cauces; junto con estos materiales orgánicos, se disponen los materiales

52. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es una organización de cooperación internacional, compuesta por 34 Estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales.

53. Asociación de Naciones del Sureste Asiático (ASEAN) fue fundada en Bangkok, en agosto de 1967, por los representantes de Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia, a la que se incorporó Brunei, tras obtener su independencia en 1984, y posteriormente Vietnam (1995), Laos, Myanmar —antigua Birmania— (1997) y Camboya (1999). Los principales objetivos de la ASEAN, establecidos en la Declaración de Bangkok (1967), eran acelerar el crecimiento económico, el progreso social y el desarrollo cultural; de igual forma, fomentar la paz y la estabilidad regionales.

54. También denominado Convenio de la CEPE de 1992 sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales.

55. El Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos o Convenio OPRC es un instrumento básico con el que cuentan los Estados para desarrollar sus políticas de lucha contra la contaminación marina. Es un convenio auspiciado por la OMI, dentro del comité de protección del medio marino (CPMM).

56. Mediante la Ley 885 de 2004 (junio 4), Colombia aprobó este Convenio de cooperación y el Protocolo sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra los Sucesos de Contaminación por “Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas, 2000”.

57. Manuel Leyva Estupiñán. QUIEN CONTAMINA PAGA; UN PRINCIPIO DEL DERECHO INTERNACIONAL. (s. f.). Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos37/quien-contamina-paga/quien-contamina-paga.shtml#ixzz3WopqH730>.

58. Este tipo de vegetación puede estar a ambos lados de los ríos, quebradas, lagos y humedales. La palabra *ripario* significa perteneciente al banco de un río.

pétreos provenientes de las excavaciones realizadas para llegar al depósito mineral. Estos materiales producto del descapote y la excavación son mezclados y acumulados a lo largo de las márgenes del río, provocando estrangulamiento en la sección del río y presentando un riesgo de avalanchas al aumentar sus caudales. Los grandes volúmenes de material acopiados se suman a los cráteres que dejan las excavaciones, las cuales cambian el uso del suelo inutilizando la zona e incrementando los riesgos en la cuenca.

El material obtenido se somete a las plantas de beneficio o *entables*, construidos en la mayoría de los casos cerca del río y de las quebradas. En el mismo sitio se localizaron campamentos y casetas para guardar equipos y herramientas, insumos y aposentos de los mineros. Los montajes los constituyen tolvas y clasificadoras que separan el material grueso del fino. Este material pasa por los canalones construidos en metal con fondos de mallas (costales de fique), y trampas donde en algunos entables se agregan sin control cantidades de mercurio para amalgamar principalmente el oro fino. Los residuos de estos canalones van directamente al río. En las fases de amalgamación y separación se producen emisiones de mercurio en forma elemental y de vapor, especialmente en el manejo de la quema abierta. Esta combinación de procesos es de cuidado y puede ser sumamente dañina para el medio ambiente y para la salud humana.

Las consecuencias ambientales han sido notorias. La explotación anti-técnica del oro en este sector se especializa en acelerar la pérdida de cobertura vegetal y de suelos gracias a los cráteres que son abiertos, los cuales, además, aceleran procesos erosivos y la sedimentación del río, resecan la tierra e inhabilitan el suelo al apilar el material sobrante que ya ha sido removido y beneficiado.

Los anteriores elementos reseñados, sumados a la relación entre pobreza, abundancia de recursos naturales y desamparo del Gobierno central, propicia la oportunidad perfecta para el desarrollo de actividades ilícitas que desangran los recursos ambientales, económicos, sociales y culturales de uno de los municipios con mayor pobreza del país.

VII. CONCLUSIONES

Conforme al desarrollo de la presente investigación y en atención a los pronunciamientos válidos, legales

y probados por parte de la comunidad asentada o residente en la zona de explotación minera aurífera ilegal —Consejo Comunitario de Medio y Alto Dagua—, en primera instancia y mediante la instauración de una acción popular, y posteriormente mediante el reconocimiento por parte del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que efectivamente se generaba y se seguía generando daño ambiental en la zona de Zaragoza, es procedente concluir que se ha perpetrado, ocasionado un daño ambiental en una comunidad y una zona de reserva ecológica de grandes proporciones. A partir de las decisiones de las dos instancias judiciales administrativas, es menester colegir que el Estado, en particular la administración pública, es responsable por su actuar omisivo y dilatorio en accionar frente a los distintos agentes generadores del daño ambiental, de la sustracción de valiosos recursos mineros sin amparo legal y bajo la más absoluta impunidad.

Resultado de dicho actuar omisivo de las acciones disciplinarias adelantadas, entre otras, se sanciona disciplinariamente con una multa de un mes de salario, en el mes de mayo de 2012, al alcalde para la fecha de los hechos.

En cuanto a las acciones que se deben emprender prioritariamente, no sólo para mitigar el daño ambiental, sino también para que cese el que aún se sigue generando por la persistencia y permanencia de explotadores ilegales de la minería aurífera, se encomendó a la Institución Universitaria Unidad Central del Valle para que adelante los estudios técnicos necesarios a fin de determinar cuál es, en concreto, el daño que se ha causado, su magnitud y las acciones de mitigación y de recuperación que se deben emprender bajo la coordinación con los demás entes públicos. El Tribunal Administrativo precisó al respecto que se disponía que la parte demandada (integrada solidariamente por los ministerios de Minas y Energía, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; Ingeominas, la Dirección General de la CVC y la Alcaldía Distrital de Buenaventura) estaba obligada a adelantar las actividades necesarias para restablecer la vida, el paisaje y el cauce natural del río Dagua en el plazo inmediato a la recepción del definido estudio ambiental, minero y socioeconómico de la Unidad Central del Valle del Cauca y a sus propias expensas.

En ese sentido, es manifiesto el fallo en atribuirle a la administración pública su responsabilidad frente al daño ambiental que se ha ocasionado por ejercicio de la

explotación minera ilegal, así como la imperiosa necesidad de que un estudio precise las actividades que permitan recuperar la vida, el paisaje y el cauce natural del río Dagua, cauce que fue quebrantado en forma anárquica y peligrosa para extraer la mayor cantidad de recurso aurífero, en tanto se tomaban las acciones que detuvieran la actividad ilegal y nociva por cuenta de los particulares. No hace referencia el fallo a la manera en que se asumirá el pasivo ambiental generado por dicha actividad.

Frente a esta situación, se está —conforme lo plantea Álvaro Guerrero—⁵⁹ ante el *daño puro* como aquel que se genera por la actividad nociva, depredadora del hombre respecto de los recursos naturales o el ambiente, y el *daño consecutivo* como aquel que persiste después de la acción dañina, bien sea del Estado o bien sea de los particulares. Sobre este segundo aspecto no hay precisiones por parte de las instancias judiciales administrativas, dado que ese daño residual o consecutivo, consistente en las especies o variedades de peces que desaparecieron o se disminuyeron como opción de pesca por parte de la comunidad, o la riqueza que antaño tenía la zona de ribera del río Vega para el desarrollo de la agricultura, no es de ninguna manera fácil de estimar y por tanto de atender su reparación. Guerrero puntualiza sobre este particular:

El daño siempre se ocasiona directamente al medio ambiente e indirectamente a las personas, es por esto que la persona sólo puede reclamar o accionar a favor del ecosistema debido a su relación con él. En síntesis, el daño ambiental puro es la aminoración de los bienes colectivos que conforman el medio ambiente, y el daño ambiental consecutivo es la repercusión del daño ambiental puro sobre el patrimonio individual de la persona.

Manteniendo la línea u orientación planteada en las dos sentencias producidas en relación con el caso de Zaragoza, no sólo se evidenció el incumplimiento del Estado con presupuestos de orden constitucional —plasmados tanto en el artículo 113 como en el artículo 209—, los cuales de manera coincidente apuntan a que órganos autónomos e independientes, tales como la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y las Corporaciones Autónomas Regionales (la Corporación Autónoma Regional del

Valle del Cauca), deben actuar de manera armónica, coordinada y colaborativa para la realización de los fines del Estado, sino que también se pretendió desconocer esta función primaria al esgrimir justificaciones como la de falta de competencia frente al manifiesto quebrantamiento de derechos colectivos y del ambiente consagrados en la Constitución, en la ley y reglamentaciones respectivas (artículos 79 y 80 del ordenamiento superior).

En este orden de ideas, en conformidad con el deber de la administración pública de actuar de manera coordinada y colaborativa, y dada la necesidad de determinar la responsabilidad atribuible a los servidores públicos para la época de los hechos, el Tribunal Administrativo del Valle resolvió así:

Se dispone que con cargo, costos y sostenimiento de la parte demandada, Ministerios de Minas y Energía, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Dirección General de la CVC, Ingeominas y a la Alcaldía Distrital de Buenaventura, se integre el Comité Auditor externo, vigilante y controlador de los planes, proyectos, estudios y obras que se requiera para hacer efectivas todas y cada una de las órdenes aquí impartidas, especialmente en calidad de auditora de los planes, proyectos, estudios y obras que se ordene en los numerales anteriores.

Se considera que la compensación monetaria del daño (pasivo ambiental), conjuntamente con el castigo judicial, es la única fórmula que existe para que los damnificados reciban al menos algo, sobre todo en caso de compensación retroactiva. La compensación monetaria sirve para restablecer los daños producidos por la contaminación, y como una internalización parcial de las externalidades producidas.

Otra razón por la cual vale la pena plantear una compensación monetaria de los daños ambientales es que esta sirve como desincentivo para aquellos que llevan a cabo actividades contaminantes, o como mínimo para que se les obligue a tomar precauciones e introducir innovaciones tecnológicas para reducir el daño. Además, la compensación monetaria, conjuntamente con el proceso o la negociación que la hacen posible, tiene un valor simbólico muy fuerte. Es una reafirmación del derecho de las poblaciones locales sobre su territorio.

59. Ana Carolina Velázquez. GESTIÓN AMBIENTAL Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS URBANOS (MANUSCRITO): PROPUESTA PARA LA ZONA METROPOLITANA DE GUADALAJARA A PARTIR DE LAS EXPERIENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA. Tesis de grado. Universidad Complutense de Madrid. 2006.

VIII. RECOMENDACIONES

La respuesta de las autoridades frente a los diferentes procesos debe ser la generación de políticas ambientales que apunten a brindar los instrumentos necesarios para detener estos procesos y mitigar los impactos. Este procedimiento debería mejorarse en cuanto a establecer medidas más operativas, antes que regulaciones más estrictas, y generadas en un marco de reconocimiento de las realidades económicas imperantes. Igualmente, se hace necesario realizar un examen de los procesos de producción relacionados con los problemas crónicos que se han generado a partir de la sobreexplotación, desidia o incumplimiento de la legislación, o bien por la utilización de tecnologías obsoletas (también a causa de la incapacidad de modernización o por maximizar ganancias en desmedro de la preservación del ambiente).

Es a partir de este proceso que se reconocen entonces los problemas en actividad y las consecuencias sobre la disponibilidad de un ambiente sano para las generaciones futuras, siendo aquí donde se entremezclan los conceptos de la degradación ambiental establecida (pasivo ambiental) y el desarrollo sustentable, los cuales apuntan justamente a minimizar dicho pasivo o al menos a evitar que se incremente. Es trascendental entender que el pasivo ambiental hace referencia a una deuda. Tal como sucede en economía, el pasivo ambiental es una deuda que se tiene por efecto de una determinada degradación en alguno de los componentes del ambiente y que, en algún momento, se debe erogar o utilizar energía para solventar esa deuda. Así como las consecuencias sobre la disponibilidad de un ambiente sano para las generaciones futuras, como un compromiso en el que el desarrollo sustentable apunte a minimizar el pasivo o a evitar que se incremente.

IX. REFERENCIAS

- Abelardo Jiménez, Adalberto Ruiz, Nancy López, Gustavo Adolfo Calle, et al. RESULTADO Y ANÁLISIS MUNICIPAL BUENAVENTURA. (2009). Disponible en: <<http://www.valledelcauca.gov.co/salud/descargar.php?id=6710>>
- Alcaldía Distrital Buenaventura. PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL MUNICIPIO DE BUENAVENTURA, 2008-2011. Disponible en: <http://www.buenaventura.gov.co/index.php?tipo=seccion&seleccion=16:nuestros-planos>
- Ana Carolina Velázquez. GESTIÓN AMBIENTAL Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS URBANOS (MANUSCRITO); PROPUESTA PARA LA ZONA METROPOLITANA DE GUADALAJARA A PARTIR DE LAS EXPERIENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA. Tesis de grado. Universidad Complutense de Madrid. 2006.
- Arturo Alessandri. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL. Imprenta Universal. (1981).
- Beto Coaquira. QUÉ ES EL MEDIO AMBIENTE. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos94/que-es-medio-ambiente/que-es-medio-ambiente.shtml>
- Catalina Irisarri. EL DAÑO ANTIJURÍDICO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO. Trabajo de grado, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. (2000).
- Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo (COMAD). NUESTRO FUTURO COMÚN. Organización de las Naciones Unidas. (1987).
- Constitución Política de Colombia. Julio 7 de 1991. (Colombia).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-333/96. (M. P. Alejandro Martínez Caballero; agosto 1 de 1996).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-430/00. (M. P. Antonio Barrera Carbonell; abril 12 de 2000)
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-894 DE 2003. (M. P. Rodrigo Escobar Gil; octubre 7 de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-595/10. (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; julio 27 de 2010). Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-595-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-220/11. (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; marzo 29 de 2011). Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-220-11.htm>
- Global IDP Database. PROFILE OF INTERNAL DISPLACEMENT: COLOMBIA. Global IDP Database. (2005).
- Gustavo Ordoquí y Ricardo Olivera. *Derecho Extracontractual*. COMPENDIO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández. (1974).
- Henry Mazeaud, Léon Mazeaud y Jean Mazeaud. LECCIONES DE DERECHO CIVIL. Ediciones Jurídicas Europa-América. (1976).
- Hernando Barreto Ardila. *Dolo, culpa y preterintención: ¿formas de culpabilidad?* COLOMBIA DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA 60. 1996. Págs. 13-22.
- Jaime Murillo. Licenciado en derecho por la Universidad La Salle Morelia. REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL. (1997).

- Jesús Orozco. *Comentario al artículo 113*. Coord. Miguel Carbonell, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA Y CONCORDADA. Porrúa y UNAM. (2000).
- Juan Carlos Esguerra. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (2002). Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/34.pdf>. Consulta 14 de Junio 2011.
- Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente. Diciembre 22 de 1993. DO N.º 41.146.
- Ley 685 de 2001. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Agosto 8 de 2001. DO N.º 45.273.
- Ley 734 de 2002. Por la cual se expide el Código Único Disciplinario. Febrero 5 del 2002. DO N.º 44.699.
- Ley 885 de 2004. Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, 1990. Junio 4 de 2004. DO N.º 45.574.
- Ley 1444 de 2011. Por la cual se escinden unos ministerios. Mayo 4 de 2011. Disponible en http://wsp.presidencia.gov.co/Especiales/2011/Documents/20110613_leyFacultades.pdf
- Manuel Leyva Estupiñán. QUIEN CONTAMINA PAGA; UN PRINCIPIO DEL DERECHO INTERNACIONAL. (s. f.). Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos37/quien-contamina-paga/quien-contamina-paga.shtml#ixzz3WopqH730>.
- Observatorio Sismológico del Suroccidente (osso), Universidad del Valle y Fundación La Minga. EVALUACIÓN DE AMENAZAS NATURALES Y BASES PARA LA MITIGACIÓN DE RIESGOS EN EL ÁREA URBANA DE BUENAVENTURA. Universidad del Valle. (2000).
- Organización de las Naciones Unidas. DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. Junio de 1992.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). EL MEDIO AMBIENTE. Disponible en <http://www.fao.org/docrep/006/W1309S/w1309s09.htm#TopOfPage>
- Resolución 415 de 2007. Por la cual se resuelve sobre la vigencia de una norma de aplicación del principio normativo general de rigor subsidiario. Marzo 9 de 2007.
- Roberto Boullón. *Espacio turístico y ambiente sustentable*. APORTES Y TRANSFERENCIAS 2. 2006. Págs. 17-24.
- Rosalena González Ulate. EL NEXO DE CAUSALIDAD EN LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. BREVES REFLEXIONES A PARTIR DE LA CONFRONTACIÓN ENTRE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA. (s. f.). Disponible en: http://www.poder-judicial.go.cr/salaprimera/phocadownload/Temas_jurisprudenciales/Causalidad.pdf
- Walter Salas, Leonardo Ríos y Javier Álvarez. *La ciencia emergente de la sustentabilidad: de la práctica científica hacia la constitución de una ciencia*. INTERCIENCIA 9. Septiembre de 2011.