

352.35
511d
V.391

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con estudios de maestría en Derecho Administrativo y en Sociología Política en la Universidad de París II, exmagistrado y expresidente del Consejo de Estado de Colombia y profesor de posgrado en varias universidades de Colombia y del exterior. Conferencista y autor de múltiples ensayos sobre diversos campos del derecho administrativo. Actualmente es profesor de Responsabilidad del Estado en la Pontificia Universidad Javeriana en Bogotá, y dirige la firma de asesoría y consultoría Saavedra Becerra Abogados S.A.S.

npv

DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

TOMO III

15.0.012

BLAS



CAPÍTULO XIV

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS AMBIENTALES

El desarrollo industrial y tecnológico ha marcado su influencia en materia ambiental, así como en muchos otros campos. Ello hace que el derecho a su vez deba acomodarse a la exigencia que día a día impone ese desarrollo en otros campos, incluido el ambiental.

La tensión entre el desarrollo económico de las naciones y la prosperidad y protección del medio ambiente es de las discusiones más importantes de nuestra época. Ambos extremos parecen jugar papeles antagónicos, completamente opuestos y sin ningún punto intermedio aparente, situación que en principio dificulta el debate y no lleva a ninguna conclusión provechosa. En sí misma, la preocupación creciente por el deterioro y la protección del ambiente se remonta a los años 60 del siglo pasado¹.

Con ella se ha generado una conciencia ambiental y conceptos como el de desarrollo sostenible² se presentan como fundamentales en la búsqueda de una armonía entre la producción económica y el cuidado del medio ambiente. Dentro de esa nueva ideología, la generación de daños ambientales es una de

¹ Rachel LOUISE CARSON (27 de mayo de 1907 - 14 de abril de 1964) fue una bióloga marina y conservacionista estadounidense que, contribuyó a la puesta en marcha de la moderna conciencia ambiental. A finales de los años 1950, Carson centró su atención en la conservación, especialmente en los problemas que consideraba causados por el uso de pesticidas sintéticos. El resultado fue el libro *Primavera Silenciosa* (1962), el cual llevó a un nivel sin precedentes la preocupación sobre el medio ambiente en la conciencia colectiva de la sociedad americana. *Primavera Silenciosa* también se encontró con la feroz oposición de empresas químicas, impulsó un cambio en la política nacional sobre pesticidas, lo que llevó a una prohibición a nivel nacional del DDT y otros pesticidas, e inspiró un movimiento ambiental de base que llevó a la creación de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos.

² Ley 99 de 1993: "Artículo 3. Del concepto de Desarrollo Sostenible. Se entiende por desarrollo sostenible el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de 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".

las mayores preocupaciones, pues no es suficiente con buscar evitar que el ambiente se deteriore, sino establecer sanciones y determinar responsabilidades entre quienes contribuyen al deterioro del medio ambiente.

En la Constitución de 1991 la preocupación ecológica recibió consideración protagónica. El medio ambiente favorable se entendió como derecho colectivo, de acuerdo con los artículos 79 y 80 de la Carta; esta connotación la ha resaltado la Corte Constitucional de la siguiente manera:

4.7. En su reconocimiento general como derecho, la Constitución clasifica el medio ambiente dentro del grupo de los llamados derechos colectivos (C.P. art 79), los cuales son objeto de protección judicial directa por vía de las acciones populares (C.P. art. 88). La ubicación del medio ambiente en esa categoría de derechos, lo ha dicho la Corte, resulta particularmente importante, “ya que los derechos colectivos y del ambiente no solo se le deben a toda la humanidad, en cuanto son protegidos por el interés universal, y por ello están encuadrados dentro de los llamados derechos humanos de ‘tercera generación’, sino que se le deben incluso a las generaciones que están por nacer”, toda vez que “[l]a humanidad del futuro tiene derecho a que se le conserve, el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho³.

El medio ambiente como derecho colectivo proporciona al tema de la responsabilidad ambiental una serie de elementos importantes en cuanto al daño dentro de este esquema de responsabilidad, su reparación y las formas de reclamarla.

La responsabilidad ambiental, entonces, se circunscribe a la reparación de los daños ambientales; cosa distinta es que la conducta generadora del daño ambiental pueda encuadrarse en modalidades diferentes de responsabilidad, penal, civil o administrativa, y dentro de esta última también se destaca aquella en la incurre la Administración cuando el agente es dañoso. FERNÁNDEZ DE GAITA SÁNCHEZ lo resumía de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, en palabras aplicables al colombiano:

[...] En primer lugar puede derivar de la realización de una conducta delictiva, tipificada como tal en el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE del 24), que incluye los delitos contra los recursos naturales y del medio ambiente, los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna, y otros sobre riesgo catastrófico, energía nuclear e incendios forestales.

³ Corte Constitucional., sentencia C-632 del 24 de agosto de 2011., M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Además, de la comisión de los delitos, puede derivar responsabilidad civil por el daño ambiental causado. En segundo lugar, la responsabilidad ambiental puede ser civil, exigible de acuerdo con normas jurídico-privadas (principalmente el Código Civil y la Ley de Energía Nuclear de 1964) y ante la jurisdicción correspondiente. Finalmente, la responsabilidad ambiental exigible de acuerdo con las normas de Derecho Administrativo (...). En la Legislación Administrativa podemos distinguir varios supuestos de exigencia de responsabilidad ambiental: (...) En primer lugar, la responsabilidad derivada de las infracciones administrativas previstas, generalmente, en leyes sectoriales, y que, normalmente se traduce en la imposición por parte de la Administración competente de una sanción administrativa. Sanción que puede ir acompañada de la exigencia, por parte de la misma Administración, de la reparación de los caños causados (...). Un segundo supuesto es el relativo a la responsabilidad patrimonial exigible por la Administración a los administrados que causen daños al medio ambiente y no necesariamente estará relacionada con una infracción administrativa (...). Y, finalmente, la responsabilidad patrimonial exigible a la Administración por los daños que la misma pueda ocasionar al medio ambiente, en la realización de sus funciones o el funcionamiento de los servicios públicos...⁴.

De modo que, de lo que se trata de dilucidar es la responsabilidad del Estado cuando con sus actuaciones u omisiones participa en la generación de daño ambiental y cómo es que este particular daño le puede ser imputado.

En el ordenamiento interno, Colombia, a raíz de la Declaración de Estocolmo de 1972, expide la Ley 23 de 1973, norma que entre otras disposiciones consagra en su artículo 16 una cláusula de responsabilidad del Estado en materia ambiental, a cuyo tenor se lee:

Artículo 16. 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 o por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado⁵.

La citada ley, además, le otorgó al presidente de la República facultades extraordinarias a través de las cuales se expidió el Decreto 2811 de 1974 –Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente–. Posteriormente, se expidió la Ley 99 de 1993 se expidió un año

⁴ FERNÁNDEZ DE GAITA SÁNCHEZ, Dionisio. “La responsabilidad por daños al medio ambiente”. Boletín del Colegio de Abogados de Madrid núm 24, 2003. p. 219; en: *Manual de Responsabilidad Pública*. Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Madrid-España, 2004. p. 531.

⁵ Texto por lo demás defectuoso en términos jurídicos.

después de la Declaración de Río de Janeiro, en la que se reorganizó todo el sector administrativo del ambiente y se dio origen no solo al Ministerio del Medio Ambiente sino al Sistema Nacional Ambiental.

Constitucionalmente, como ya se expresó, los principios ambientalistas se hicieron presentes en los artículos 8, 49, 58, 79, 80, 90, 95, 333 y 334 de la Carta. En el artículo 80⁶ se incluye una cláusula de responsabilidad por los daños ambientales⁷.

En cuanto a las normas internacionales, en la sentencia del 2 de noviembre de 2016 el Consejo de Estado resume las que han entrado a formar parte integral del régimen jurídico de la responsabilidad por daños ambientales:

De otro lado, debe indicarse que además de lo expuesto en la Constitución de 1991, Colombia ratificó varios convenios vinculantes en los que se establece la responsabilidad del Estado de conservar y proteger los recursos naturales.

Así por ejemplo, el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica suscrito el 5 de junio de 1992 en Río de Janeiro, adoptado mediante la Ley 165 de 1994 y declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-519 de 1994, se dispuso en los artículos 6, 8 y 10 que los Estados tenían la responsabilidad de conservar su diversidad biológica y para ello, i) debían integrar la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales; ii) promover la protección de ecosistemas y hábitat naturales y el mantenimiento de poblaciones visibles de especies en entornos naturales; y iii) adoptar medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica.

Por su parte, la Convención Marco de la naciones Unidas sobre el Cambio Climático, suscrito en Nueva York el 9 de mayo de 1992, ratificada por la Ley 164 de 1994 y revisada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-073 de 1995, consagra en su artículo 3 el principio de precaución, como aquel mediante el cual los Estados deben tomar las medidas para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos, incluso cuando exista una amenaza de daño grave o irreversible, aspecto este que se encuentra también incluido en las Leyes 99 de 1993 y 1523 de 2012⁸.

⁶ Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

⁷ C. de E. SCA. Secc. tercera. Sentencia del 2 de noviembre de 2016. Exp: 41.467. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

⁸ C. de E., SCA. Secc. tercera. Sentencia del 2 de noviembre de 2016. Exp: 41.467., C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

1. EL DAÑO AMBIENTAL

La responsabilidad ambiental exige, en primer lugar, la ocurrencia de un daño. Sin embargo, precisamente en esta materia, por tratarse de un bien colectivo de propiedad común en cabeza de todos, el daño tiene una serie de características y connotaciones importantes que influyen en las modalidades de su reparación.

El objeto principal de la responsabilidad es restablecer a la víctima al estado original, como si el daño no hubiera ocurrido. Pero en materia ambiental los daños al ecosistema pueden ser irreversibles. Los instrumentos tradicionales de la responsabilidad civil y estatal muestran inmediatamente sus carencias. Lo primero que se comprueba es la dificultad de obrar frente el daño ecológico. La segunda tiene que ver con la causalidad. Y luego, el pago de una suma de dinero como reparación tampoco aparece claro. Hay que partir del punto de vista de la víctima: cómo aprecia ella el daño, a quién se le debe imputar y cuál es su valor. Los problemas surgen de las dudas sobre la apreciación real de las responsabilidades y la insatisfacción sobre las formas existentes de reparación.

La contaminación causa a veces daños cuya verificación es clara y objetiva: playa arruinada por una marea negra, suelo sucio por desechos tirados por descuido... allí hay un daño cierto y verificable. Pero a veces la realidad es más compleja: el daño no aparece de manera tan evidente y no se revela sino tras un cierto lapso en meses o en años. Por ejemplo, no es sino en el momento de los análisis cuando se encuentran trazas de un contaminante presente en toda la cadena alimentaria. El factor tiempo toma aquí una dimensión diferente a la de los problemas habituales de la responsabilidad. El debate se coloca entonces en el plano probatorio: el daño, se supone, pero es difícil ser categórico. Porque si el derecho de la responsabilidad admite la reparación del perjuicio futuro, éste no debe ser puramente eventual, por lo que queda ligado al estado actual de los conocimientos científicos. Además, aunque puede consistir en destrucciones o degradaciones puntuales, el daño se manifiesta sobre todo por la ruptura de ciertos equilibrios y la afectación de procesos ecológicos, ecosistemas, especies y no solo individuos.

Legalmente no existe una definición del daño ambiental; la construcción de esa noción se ha debido a la doctrina y a la jurisprudencia. Sin embargo, como

lo recuerda HENAO PÉREZ⁹, en el ordenamiento jurídico nacional aparece una noción somera del daño ambiental, no como definición autónoma, sino como presupuesto para la aplicación de las tasas retributivas y compensatorias de que trata la Ley 99 de 1993. Efectivamente, en el artículo 42 de dicha norma, inciso tercero, al referirse a los elementos de las tasas, se dice:

Artículo 42. Tasas retributivas y compensatorias. [...] Para la definición de los costos y beneficios de que trata el inciso 2º. Del artículo 338 de la Constitución Nacional, sobre cuya base hayan de calcularse las tasas retributivas y compensatorias a las que se refiere el presente artículo, creadas de conformidad con lo dispuesto por el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Decreto 2811 de 1973, se aplicará el sistema establecido por el conjunto de las siguientes reglas: (...) c) El cálculo de la depreciación incluirá la evaluación económica de los daños sociales y ambientales causados por la respectiva actividad. Se entiende por daños sociales, entre otros, los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante. Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes [...]. (Subrayado fuera del texto original).

La jurisprudencia ha compartido ese criterio y coincide en que es el artículo 42 de la Ley 99 de 1993. A manera de ejemplo, en sentencia del 4 de febrero de 2016 la Sección Primera del Consejo de Estado afirmaba:

Siguiendo lo previsto por el párr. 3 del artículo 42 de la ley 99 de 1993, este Juez Constitucional entiende por daño ambiental aquél que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o al renovabilidad de sus recursos y componentes¹⁰.

Pero ciertamente la concepción del daño ambiental no se agota en esa escasa definición legal del ordenamiento jurídico nacional; la doctrina y la jurisprudencia han ahondado en el estudio del concepto estableciendo dos categorías dentro del mismo. De un lado está el *daño ambiental puro*, entendido como el que se causa en el medio ambiente como derecho colectivo, y del otro, el *daño ambiental consecutivo o impuro*, que es la repercusión que el primero tiene en intereses y bienes particulares.

⁹ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. "Responsabilidad del Estado Colombiano por Daño Ambiental", en: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Universidad Externado de Colombia, 2000.

¹⁰ C. de E. SCA. Secc. primera. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Exp: 85001-23-33-000-2012-00268-01(AP). C.P: Guillermo Vargas Ayala.

1.1. EL DAÑO AMBIENTAL PURO

En opinión de HENAO PÉREZ, el concepto del daño ambiental puro concuerda con la definición genérica sobre daño ambiental que trae el artículo 42 de la Ley 99 de 1993. Citando la doctrina francesa, el autor en cita señala:

La definición [artículo 42 de la Ley 99 de 1993] en término legales con el propósito ya indicado coincide con el llamado daño ambiental puro, en el entiendo de que, 'aquello que ha caracterizado regularmente las afrentas al medio ambiente es que no afecta especialmente una u otra persona determinada, sino exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las 'cosas comunes' que en ocasiones hemos designado como 'bienes ambientales' tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Se trata entonces de aquello que se ha convenido en llamar 'perjuicios ecológicos puros'¹¹.

Esta concepción también es compartida por la jurisprudencia, en Sentencia del 20 de febrero de 2014 el Consejo de Estado se ocupaba de los daños producidos por la fumigación con glifosato de unos cultivos de amapola y definía el daño ambiental puro:

12.2. Así las cosas, el daño ambiental puro es cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, aire, flora), causados por cualquier actividad u omisión, que supera los niveles permitidos y la capacidad de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano [...]¹².

De las definiciones consagradas, y siguiendo con el estudio de HENAO PÉREZ, el daño ambiental puro se distingue por su condición colectiva y global, en otras palabras, por la imposibilidad que tienen los particulares, individualmente considerados, de sufrir un daño ambiental puro, pues el medio ambiente como bien jurídico no se encuentra en el patrimonio individual sino en el comunal. Es decir que, el daño ambiental puro es aquel que hace procedente la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, es aquel que vulnera o amenaza al medio ambiente como derecho colectivo, como bien jurídico en cabeza de la sociedad¹³.

¹¹ HENAO PÉREZ. *Op. cit.*

¹² C. de E. SCA. Secc. tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Exp: 29.028. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

¹³ HENAO PÉREZ. *Op. Cit.*: "Sobre la base de la concepción anterior, en donde el daño ambiental puro se distingue por 'afectar el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus

Lo anterior pone en evidencia que, el plano estrictamente jurídico la responsabilidad en materia ecológica presenta problemas, empezando por las definiciones. Se habla ya sea de medio ambiente, ya sea de naturaleza, a pesar de que entre ellos no existe correlación: “Ambiente y naturaleza no son exactamente sinónimos, pues el primero le agrega y le reduce a la vez, a la noción de naturaleza”. Definido en relación con el hombre (“lo que rodea a los seres humanos”)¹⁴, él engloba elementos que no tienen nada de natural, en particular el espacio urbano¹⁵. A la inversa, la naturaleza plantea problemas que no le interesan estrictamente al ambiente, especialmente el de la conservación de las especies. Algunas de ellas, por el hecho de sus efectivos actuales muy débiles, tienen una influencia casi nula sobre el medio¹⁶. Por otra parte, evocar a las “víctimas ecológicas” supone que se haya causado un daño, ¿pero a quién? el daño al ambiente presenta así una especificidad: por un lado, designa el daño causado a las personas o a las cosas por el medio en el que ellas viven; por el otro, el daño causado al medio natural, independientemente de los intereses corporales o materiales lesionados. A la dualidad de la noción de daño corresponde la dualidad de las víctimas: bien sea un sujeto de derecho, por ejemplo, el propietario cuyo fundo es contaminado por la fábrica vecina, o también la naturaleza que sufre atentados, aunque ningún interés humano haya sido tocado directamente, —degradación de la fauna, de la flora, del aire, el agua—, es decir, lo que se llama el daño ecológico puro¹⁷.

Estas consideraciones sugieren que el mecanismo idóneo para la reclamación de este tipo de daño es la acción popular, de acuerdo con el texto de la Constitución:

12.3. Los daños ambientales puros que se producen sobre los intereses colectivos son perjuicios especiales, que se concretan en el menoscabo de un

recursos y componentes’, así como por ser ‘supraindividual’, nos alejamos entonces de la esfera estrictamente individual, en el sentido de bienes apropiables, como elemento definitorio del daño al medio ambiente. Es aquí donde nuevamente el derecho ambiental permite predicar que la afrenta al patrimonio no es individual en su sentido clásico, sino en su sentido socializado”.

¹⁴ Ambiente: *environnement* en francés y *environment* en inglés traducen más directamente “entorno”.

¹⁵ TAVARD, Jérôme. *La victime et l’évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*. París: Ed. Mare & matin, Droit public, 2013. p. 750.

¹⁶ UNTERMAIER, J. *Droit de l’homme à l’environnement et libertés publiques. Droit individuel et droit collectif. Droit pour l’individu ou obligation pour l’État?*, RJE 1.978, p. 329. Citado por TAVARD, Jérôme. *La victime et l’évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle...* Op. cit. p. 751.

¹⁷ PRIEUR distingue entre los daños de polución sufridos por patrimonios identificables, y los perjuicios ecológicos propiamente dichos “sufridos por el medio natural en sus elementos inapropiados e inapropiables que afectan el equilibrio ecológico en tanto que patrimonio colectivo”. PRIEUR, Michel. *Droit de l’Environnement*, 7ª ed. París: Dalloz, 2016. p. 922.

bien jurídico inmaterial, unitario y autónomo como es el ambiente; así, las condiciones de la declaratoria de responsabilidad no son las mismas que se contemplan clásicamente para el instituto de la responsabilidad civil, sino que por ser un perjuicio colectivo: i) las connotaciones del daño ambiental puro conducen a una transformación del concepto clásico de derecho subjetivo, puesto que no es menester probar la afectación de un interés particular y concreto, ser la ‘persona interesada’, sino que, por tratarse de un derecho colectivo ‘cualquier persona’ puede ser titular de este derecho subjetivo supraindividual; ii) el presupuesto de carácter cierto del daño puede no estar presente y el juez contencioso podrá en sede de acción popular evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración de aquellos o la restitución del statu quo anti. Así las cosas, en materia de daño ambientales puros, el riesgo desplaza la noción de certidumbre de los ‘daños consecutivos’, pues es irrelevante la exigencia de la lesión efectiva y necesita simplemente la presencia de una señal objetivamente razonada de amenaza, peligro o riesgo del derecho colectivo al ambiente¹⁸.

La reparación en dinero del daño ambiental puro no es una de sus características importantes. Dada la connotación colectiva, e igualmente la necesidad de protección y salvaguarda del medio ambiente para toda la sociedad, la reparación en dinero del daño ambiental puro no es idónea frente a este tipo de daños. Es evidente que, si se busca la reparación de la afectación que concretamente se le causa a un bien jurídico colectivo como el medio ambiente, de nada sirve que se entregue dinero, ya que con ello no se está reparando efectivamente el daño causado.

En consecuencia, determinar cómo la responsabilidad estatal repara los daños ecológicos obliga de entrada a considerar a todas las víctimas, incluso las que no tienen la calidad de sujetos de derecho. Se trata de una necesidad, so pena de dejar por fuera todo un conjunto de afectados; y ello permite aquí ilustrar que, en la medida en que le es difícil e incluso imposible hacerse cargo de los perjuicios ecológicos puros, el derecho positivo es insuficiente. En un sentido más general, los problemas resultan de la conjunción de dos fenómenos: por una parte, las reglas clásicas de la responsabilidad revelan su carácter inadecuado cuando se trata de daños ambientales, y además, las construcciones utilizadas por la jurisprudencia refuerzan en ciertos aspectos las dificultades de lograr una reparación.

Lo que implica entonces que, necesariamente, deberá buscarse alguna forma de compensación en especie para los daños ambientales puros; sin embargo, en

¹⁸ C. de E. SCA. Secc. tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Exp. 29.028. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

muchas ocasiones resulta difícil cumplir con la exigencia reparatoria y dejar el medio ambiente en el mismo estado anterior a la perpetración del daño.

En materia ambiental, además, existen incertidumbres científicas sobre lo que es dañino o no; estamos todavía muy mal equipados para apreciar las facultades de absorción de la naturaleza y de su capacidad de regenerarse. Además, las contaminaciones no aparecen sino tras un largo tiempo y tienen varias fuentes; por ende, la dificultad de aprehender las verdaderas responsabilidades que son a veces compartidas. Las víctimas no tienen un tratamiento ideal por dos razones: la primera se debe al daño ambiental mismo que presenta particularidades importantes en relación con lo que se puede observar en otros campos, la segunda depende de consideraciones jurídicas, pero no solamente: la reparación está limitada porque se teme que las consecuencias en términos económicos y sociales sean demasiado grandes.

En palabras de HENAO PÉREZ:

Sin embargo, por tratarse de bienes colectivos que componen el medio ambiente, y por lo que no hay patrimonio individual que puede apropiarlos, no es de extrañar que, 'privilegiar la reparación en especie por sobre la indemnización dineraria, constituye otra de las evoluciones del moderno derecho de daños, de particular trascendencia en materia de protección del medio ambiente. La reposición de las cosas al estado anterior en aquellos casos en que sea total o parcialmente factible, recomponer el 'hábitat' o el equilibrio de los valores ecológicos (p. ej: repoblar un río en caso de depredación, etc.) es la solución prevalente de la ciencia jurídica'.

Es natural una tal posición en el derecho del medio ambiente, porque se parte de que el daño se produce a un derecho colectivo y difuso que no puede ser apropiado por un patrimonio individual. La reparación por equivalencia dineraria no tiene sentido alguno en la reparación del daño al medio ambiente, porque con él no se está reparando el objeto dañado sino otorgando un subrogado pecuniario que no podrá acrecentar el bien ambiental [...].

Si la indemnización dineraria equivalencial no puede resarcir el daño ambiental, se debe entonces, como se ha dicho, privilegiar la reparación in natura, que supone hacer las tareas necesarias para que el bien lesionado vuelva a cumplir la función social anterior al hecho dañino o, por lo menos, a que la cumpla de la manera mas parecida posible [...].

Ahora bien, en el evento en el cual sea imposible restaurar el bien ambiental dañado, se debe propender a que la indemnización favorezca otro bien ambiental de similar naturaleza. Esta posición se sustenta en el hecho de que el ecosistema es interactuado y, por tanto, si bien es cierto no se restaura el bien lesionado sí se restaura el sistema que se verá beneficiado en su conjunto¹⁹.

¹⁹ HENAO PÉREZ. *Op. cit.*

1.2. EL DAÑO AMBIENTAL CONSECUTIVO

Este tipo de daño representa un paso más adelante del daño ambiental puro y se refiere a aquellos daños consecuencia de este, que se reflejan en la esfera privada e individual de una persona determinada, afectando su patrimonio concretamente. Ello quiere decir que una misma actividad dañosa del medio ambiente tiene la virtualidad para generar, de un lado, un daño puro y éste a su vez puede repercutir en la esfera privada de las personas, causando así un perjuicio individual que también debe ser reparado.

Esta definición de daño ambiental puro como afrenta a los bienes ambientales, está indudablemente relacionada con otro concepto que bien podríamos denominar daño ambiental consecutivo, bajo el cual se estudian las repercusiones de una afrenta al medio ambiente, pero respecto de una persona determinada, es decir, las repercusiones que la contaminación o el deterioro ecológico generan en la persona o bienes apropiables e intercambiables de los particulares.

El daño ambiental consecutivo constituye el perjuicio típico en su concepción clásica de aminoración de un patrimonio individualmente considerado. Es la consecuencia que ha tenido una conducta dañosa del ambiente, en este caso proveniente de la Administración, en los bienes particulares de los administrados. Ya no se trata del medio ambiente como derecho colectivo, en cabeza de todos los ciudadanos, sino de la consecuencia que ese daño tiene en los bienes y derechos particulares. En ese sentido, el daño ambiental consecutivo se asemeja al daño por rebote o *dommage par ricochet*, pues es claro que la víctima directa o el patrimonio directamente afectado es el de la colectividad, pero por diferentes circunstancias se puede generar una consecuencia en un patrimonio privado²⁰.

²⁰ C. de E., SCA. Secc. tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Exp: 29.028. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.: "En cuanto a los daños individuales, consecuencia de la lesión ambiental. Si bien la afectación ambiental genera un perjuicio de naturaleza colectiva o 'daño ecológico puro', también puede generar perjuicios de naturaleza particular, daño individuales que son la consecuencia o el reflejo de la lesión ambiental, conocidos por la doctrina como 'daño ambiental impuro'; se trata de un perjuicio consecuencia, conexo, reflejo, indirecto o consecutivo, cuyo derecho no es de corte subjetivo-colectivo, sino subjetivo-individual. De modo que la afectación ambiental, no solo genera perjuicios de carácter colectivo cuyos damnificados muchas veces están por establecerse o determinarse, sino también individuales y concretos sobre un particular".

La sentencia del 14 de septiembre de 2015 proporciona un ejemplo a partir del cual queda en claro la diferencia que existe entre el daño puro y el daño consecutivo:

A manera de precisión previa, la Sala encuentra pertinente—de manera muy general y esquemática—distinguir, como lo ha hecho la doctrina más calificada y la reciente jurisprudencia, entre los daños producidos en el medio ambiente y los daños consecutivos de éste; es decir, una cosa es el daño ambiental que una determinada actividad pueda producir, cuyo objeto será el derecho colectivo a un ambiente sano, considerado en su dimensión colectiva y otra, bien distinta, es que ese daño se refleje de manera concreta en el patrimonio jurídico de una persona. Para tomar el ejemplo del sub lite, una cosa es el daño que pudo producir en el derecho colectivo a un ambiente sano el hecho mismo del derrame de crudo reconocido como tal, además, por la Corte Constitucional en sentencia T-574 de 1996 y por esta Corporación en sede de acción popular, y otra, muy distinta, es el perjuicio que dicha situación le pueda generar de manera concreta al patrimonio de determinadas personas²¹.

Como se trata entonces de un bien personal y de un patrimonio individual, las consideraciones hechas en cuanto al daño puro no serán aplicables; el daño ambiental consecutivo se ceñirá a las mismas exigencias de todo daño para que sea resarcido, deberá ser cierto, directo y cuantificable, junto con las otras condiciones necesarias que debe reunir. Su reparación, de igual forma, debe ser integral, bien sea en especie o en dinero. Es claro que al tratarse de bienes subjetivos inmersos en un patrimonio individual, pueden presentarse las diferentes tipologías de daños, ya sean patrimoniales o extrapatrimoniales.

Cuestión importante a tener en cuenta es la concurrencia de la reparación entre el daño ambiental puro y el consecutivo; al ser dos daños diferentes, son dos las reparaciones a las que debe verse obligado el agente dañoso, aunque nada obsta para que en una situación determinada pueda ser una sola, caso en el cual con la reparación de uno de los daños se repara a su vez el otro. Pero no debe perderse de vista que el objeto de las reparaciones es diferente siempre, y mientras la reparación del daño ambiental puro busca la reintegración del derecho al medio ambiente, el consecutivo o impuro persigue la recomposición del patrimonio que ha sido transgredido.

Que la indemnización dada al propietario sea o no suficiente para indemnizar el daño ambiental puro, es otra discusión. En efecto, puede ocurrir que a pesar de que se indemnizó al propietario por el terreno quemado, y se

²¹ C. de E. SCA. Secc. tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2015. Exp. 32. 618. C.P: Hernán Andrade Rincón (E).

volvió a restablecer el mismo, se produjeron otros daños al ecosistema que quedan sin reparar, y que sería objeto de otra indemnización. Aún más, puede ocurrir que a pesar de que el propietario individual no quiera iniciar acción para restablecer su terreno, se pueda reparar el medio ambiente mediante una acción popular. Es decir, prevalece la posibilidad de proteger el derecho colectivo en la hipótesis en comento, esto es, cuando quien tiene una disposición directa sobre tal derecho no tengo interés de buscar reparación²².

Ahora bien, dado que no se trata propiamente de un bien colectivo sino de las repercusiones que un daño puede traer a un bien colectivo como el medio ambiente sobre bienes particulares, resulta claro que la acción popular no es la que procede para este tipo de reclamaciones. La víctima del daño deberá hacer uso de la reparación directa y dentro de ella demostrar o acreditar todos los elementos que se necesitan para declarar la responsabilidad de la Administración. Así lo dejaba en claro el Consejo de Estado en una reciente sentencia donde se discutían los daños ocasionados por la aspersión área de glifosato a una granja piscícola:

No obstante, es indispensable distinguir entre el daño causado al medio ambiente como derecho colectivo y aquel de carácter particular y concreto que puede sufrir una persona, natural o jurídica, como consecuencia de la lesión ambiental, pues, se recuerda, solo este último es susceptible de ser indemnizado por la vía de la acción de reparación directa o de la acción de grupo desarrollada en la Ley 472 de 1998. Por ello, al demandante en acción de reparación directa—o de grupo—no le basta con acreditar la producción de un daño ambiental, sino que debe demostrar el perjuicio individual que se derivó de aquel, presupuesto fundamental para que prospere su pretensión pues, como se sabe, el daño es el primer elemento necesario para que se estructure la responsabilidad²³.

Y en sentencia del 20 de febrero de 2014 concluía respecto de las vías procesales para reclamar ambos tipos de daños ambientales:

Por tal razón, cuando se trata de un daño ambiental puro sin pretensiones indemnizatorias, que pone en cuestión los derechos colectivos, la acción popular es la vía procesal idónea para su protección, mientras que en los relativos a las repercusiones de las lesiones ambientales, la acción de grupo y la ordinaria de reparación directa (medio de control de conformidad con el art. 140 de la Ley 1437 de 2011) son los mecanismos procesales idóneos

²² HENAO PÉREZ. *Op. cit.*

²³ C. de E. SCA. Secc. tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp: 36.357. C.P: Danilo Rojas Betancourth.

*para que un individuo o sujeto colectivo los ejercite en aras de instaurar sus pretensiones de indemnización*²⁴.

2. LA CADUCIDAD DE RECLAMACIÓN POR DAÑOS AMBIENTALES

La clasificación de los daños ambientales en puros y consecutivos también tiene incidencia en los términos de caducidad del medio procesal para la reclamación de su reparación integral. Ello debido a que, como se esbozó anteriormente, los daños puros se reclaman generalmente a través de la acción popular, acción de rango constitucional que busca la protección de un derecho colectivo; mientras que los daños consecutivos se reclaman a través de la reparación directa o de la acción de grupo, esta última cuando ha quedado afectado un cierto número de personas, en un sentido similar a las *class actions* del derecho anglosajón.

En este punto también es importante resaltar que los daños ambientales, además de ser puros o consecutivos, pueden ser permanentes o continuados, dependiendo de sus efectos o la prolongación en el tiempo. Esta distinción es indispensable para efectos de computar el término de caducidad de las acciones procesales para la reclamación de los daños ambientales. NOGUEIRA LÓPEZ conceptúa al respecto de esta tipología:

*[...] Son daños permanentes aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Serán daños continuados los que en base en una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad. A esta distinción se anuda un diez a quo para la prescripción de la acción diverso ya que mientras que en los daños permanentes sería el de producción del daño, en los daños continuados no empieza a computarse hasta que cesan los efectos lesivos*²⁵.

Las acciones populares, según el artículo 11 de la Ley 472 de 1998, pueden interponerse en cualquier tiempo mientras subsista la amenaza o vulneración al derecho colectivo, en este caso el medio ambiente. En Sentencia C-215 de 1999 la Corte se refirió al término de cinco años antes existente, así:

La acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, sin límite de tiempo alguno.

²⁴ C. de E. SCA. Secc. tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Exp: 29.028. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

²⁵ NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. *Responsabilidad por daños ambientales*. Compilado en: *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Tomo II. España: Ed. Tirant Lo Blanch., 2009. 1036-1037

*No obstante, encuentra la Corte, que la excepción que en la misma disposición se prevé cuando la acción se dirige a 'volver las cosas a su estado anterior', en cuanto establece un plazo de cinco (5) años para instaurarla, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos. Carece entonces de fundamento razonable y por los mismo violatorio de derechos y principios constitucionales, el que a pesar de que exista la probabilidad de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad presente o futura, se cierre la oportunidad para cualquiera de los sujetos afectados de actuar en su defensa, al establecer un término de caducidad cuando se demanda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, mientras ello fuere físicamente posible*²⁶.

De modo que cuando se trate de daños ambientales puros, lo importante es dilucidar si existe o no la vulneración o amenaza al medio ambiente para poder determinar la procedencia de la acción constitucional. Al tratarse de un bien colectivo, incluso si el daño es permanente –en la clasificación de NOGUEIRA LÓPEZ– y el acto es dañoso, el mismo se ha agotado en un solo instante; lo que se mide para determinar la procedencia de la acción popular es que exista o no afectación sin que tenga trascendencia el momento en que ella ocurrió. Así, un acto que solo ocurre una vez y vulnera el medio ambiente para siempre, igual puede ser sujeto de discusión en sede de acción popular, pues lo que interesa es que haya afectación al derecho colectivo y no el tiempo que ha pasado desde que sucedió el hecho que dio origen a esa afectación.

Situación diferente se presenta cuando se analiza la caducidad de los medios para reclamar el daño consecutivo, puesto que es claro que no se está tratando de un derecho colectivo sino individual. Por esa razón, en este tipo de daño es importante el momento en el que ocurrió la conducta que le dio lugar, y por consiguiente si el mismo es permanente o continuado, pues a partir de allí se contará el término de caducidad.

Cuando eran múltiples los intereses particulares afectados y era procedente la acción de grupo, el artículo 47 de la Ley 472 de 1998 disponía originalmente de un término de 2 años desde que se causó el daño o cesó la acción causante de éste, sin perjuicio de la caducidad de las acciones individuales a las que los miembros del grupo tenían derecho²⁷. La expedición del C.P.A.C.A también

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-215 del 14 de abril 1999. M.P: Martha Victoria Sáchica de Mocaleano (E).

²⁷ Al respecto: Corte Constitucional. Sentencia C-215 del 14 de abril 1999., M.P: Martha Victoria Sáchica de Mocaleano (E): *"En el caso de la caducidad para la instauración de la acción de*

reguló lo relativo a la caducidad de la acción de grupo en el artículo 164, norma que el Consejo de Estado consideró que había modificado la Ley 472 de 1998, y que resultaría entonces aplicable a las acciones de grupo²⁸. Al tenor del artículo 164, numeral 2, literal h) del C.P.A.C.A. se lee:

Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

[...]

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

[...]

h) Cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados a un grupo, la demanda deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño. Sin embargo, si el daño causado al grupo proviene de un acto administrativo y se pretende la nulidad del mismo, la demanda con tal solicitud deberá presentar dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

Ahora bien, cuando el damnificado decide buscar la reparación individualmente, lo ha de hacer por vía de la reparación directa, caso en el cual le serán aplicables las normas en materia de caducidad de dicha vía procesal, es decir, lo dispuesto en el literal i) del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A. Al respecto, recordando un auto de 2014, la sentencia del 13 de febrero de 2015 hacía unas anotaciones respecto de la caducidad de la reparación directa cuando se reclaman daños ambientales:

De acuerdo con el auto de 10 de diciembre de 2014 cuando 'Cuando se trata de la responsabilidad por daños ambientales y ecológicos debe precisarse:

grupo, se está frente a circunstancias diferentes a las que se protegen mediante la acción popular, toda vez que es evidente que se refiere a derechos de distinta entidad, pues se trata de derechos subjetivos que si bien pertenecen a un conjunto de personas, aquellos pueden ser también objeto de acciones individuales para el resarcimiento que corresponda a cada una de ellas. La garantía constitucional se reduce entonces, a la alternativa de acudir a un mecanismo ágil de defensa en un lapso prudencial, sin que con ello se elimine la posibilidad para los miembros de ese grupo, de ejercer posteriormente y dentro de los términos ordinarios de caducidad, las acciones individuales que correspondan. Por consiguiente, la fijación de un término de caducidad para ejercer la acción de grupo encuentra pleno sustento en la defensa de la seguridad jurídica, el interés general y la eficacia de la administración de justicia y en el deber consagrado en el artículo 95-7 de la Constitución de colaborar con el buen funcionamiento de la misma”.

²⁸ Véase: C. de E. SCA. Secc. tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Exp: 2013-00298-01 (AG). C.P. Enrique Gil Botero.

1) la contaminación como fenómeno es el supuesto fáctico del que se hace desprender la concreción dañosa en derechos, bienes e intereses jurídicos; 2) la contaminación en sí misma no es asimilable al daño ambiental y ecológico, ya que se comprende que en la sociedad moderna a toda actividad le es inherente e intrínseca la producción de uno o varios fenómenos de contaminación, ya que son estos objeto de autorización administrativa y técnica en el ordenamiento jurídico; 3) la contaminación desencadena un daño ambiental cuando produce un deterioro, detrimento, afectación o aminoración en la esfera persona o patrimonial de un sujeto o sujetos determinables; 4) se produce dicho daño ambiental cuando los derechos, bienes e intereses resultan cercenados o negados absolutamente (destrucción de un predio o de un bien mueble como consecuencia de una contaminación hídrica o atmosférica), o limitados indebidamente (v.gr., se obliga a una destinación natural y productiva diferente al uso del suelo de un predio, o las limitaciones a sus propiedades para poder seguir desarrollando una actividad productiva o agrícola en el mismo volumen o proporción), o cuando se condiciona el ejercicio (v.gr., cuando sujeta el uso y goce de un predio a una descontaminación o a un proceso de recuperación ambiental antes de retomar o seguir su uso natural y ordinario); 5) cuando se trata de la realización o ejecución de obras públicas o la construcción de infraestructuras el daño ambiental puede concretarse en la afectación del uso normal de los bienes patrimoniales, o en la vulneración de un bien ambiental, de los recursos naturales, del ecosistema, de la biodiversidad o de la naturaleza; 6) de un mismo fenómeno de contaminación, o de la concurrencia de varios de ellos se pueden producir tanto daños ambientales, como daños ecológicos, esto es, aquellos que afectan a bien (es) ambiental (es), recurso (s) natural (es), ecosistema (s), biodiversidad o la naturaleza; 7) la concreción de los daños ambientales y ecológicos puede ser histórica, instantánea, permanente, sucesiva o continuada, diferida’.

[...]

Por lo tanto, si se trata ‘de daños ambientales sobre los que el demandante solo pudo tener aprehensibilidad, discernimiento y conocimiento de las alteraciones, efectos nocivos o molestias en un momento en el que no es posible, probable, o determinable afirmar la certeza de su ocurrencia, acaecimiento o conocimiento, en virtud de la seguridad jurídica, de la tutela judicial efectiva y de la prudencia, la consideración de la caducidad no puede solucionarse con la simple examinación de la finalización de la (s) obra (s) pública (s), sino que debe procurar considerarse que los daños afirmados en la demanda al ser sucesivos o continuados, o que pueden desencadenar sus efectos propiamente antijurídicos de manera diferida en el tiempo, exigen admitir la demanda para que del acervo probatorio que se recaude y valore pueda con suficientes y adecuados medios determinar al resolver el fondo del asunto si procede declarar o no la caducidad del medio de control de la reparación directa’.

²⁹ C. de E., SCA. Secc. tercera. Sentencia del 13 de febrero de 2015. Exp: 31.187., C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamba: Véase: C. de E., SCA. Secc. tercera. Subsección C., auto del 10 de diciembre de 2014. Exp: 46.107.

Las consideraciones de la jurisprudencia responden a una dificultad latente en cuanto a los daños ambientales, por cuanto el medio ambiente y los ecosistemas presentan una organización y una interacción compleja, lo cual lleva a que muchas veces sea difícil determinar el origen y la fecha exacta de ocurrencia de un determinado daño; más aún cuando son cuestiones que requieren de un alto nivel de experticia en las ciencias ambientales. Es por ello que debe otorgársele el beneficio de la duda al demandante que demuestre que no ha podido determinar con certeza el momento en que ha ocurrido el acto dañoso.

Ciertamente, la complejidad del medio ambiente también presenta una dificultad a la hora de esclarecer si se está frente a un daño permanente o un daño continuado, que a su vez determinará el momento desde el que se cuenta la caducidad. Esta dificultad es reconocida por NOGUEIRA LÓPEZ en las siguientes palabras:

Probablemente el elemento que puede incorporar más incertidumbre en la fijación del plazo de prescripción es la determinación de si existe una evolución o cambio en los efectos lesivos que nos indique que estamos ante daños continuados, ya que los daños permanentes también pueden tener un resultado lesivo permanente, pero con la característica de que este daño es por así decirlo, estático, no experimenta cambios.

En materia ambiental, existen muchos ámbitos en los que existe un componente de incertidumbre científica que puede dificultar zanjar si un daño tendrá efectos lesivos futuros o si la evaluación de sus efectos puede acotarse en el momento de su producción (ej. Organismos modificados genéticamente; productos químicos; radiaciones...)³⁰.

Las consideraciones anteriores deben tenerse en cuenta para la determinación sobre la procedencia o no de la reclamación del daño ambiental, lo cual genera más dificultades cuando se trata de la reparación del daño ambiental consecutivo, y no así en el daño ambiental puro, por la relación tan estrecha que se tiene con el medio ambiente como bien colectivo.

3. LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

El Estado puede afectar el medio ambiente, por un lado, porque en ejercicio de sus actividades lo contamine o perjudique directamente³¹, y de otro, en

³⁰ NOGUEIRA LÓPEZ. *Op. cit.* p. 1037.

³¹ Por ejemplo, una entidad pública hospitalaria que arroje los desechos al cauce de algún río.

tanto omita ejercer su control policivo sobre las actividades contaminantes y de deterioro de los particulares.

En sentencia del 27 de marzo de 2014 el Consejo de Estado recalca:

Tratándose de la responsabilidad que le asiste al Estado, habría que distinguir la generada por ocasionar un daño ambiental por contaminación, es decir, por vertir o emitir sustancias sólidas, líquida o gaseosas, de la que le cabe por omitir sus obligaciones positivas en materia de policía ambiental, ello es, cuando la vulneración es generada por un particular y no se toman medidas o las adoptadas resultaron insuficientes, pues se terminó afectando al medio ambiente y por contera intereses individuales. Sin embargo, esta labor, como lo ha destacado la jurisprudencia, no es una tarea sencilla, toda vez que el medio ambiente y el entorno de las actividades humanas que lo alteran, comportan, entre otros, la valoración de múltiples variables, para el efecto los derecho e intereses individuales, generales y colectivos que se ponen en juego e inclusive en tensión, las características de las actividades contaminantes, su regulación, su intensidad y margen de tolerancia, entre otras, con necesario proyección en la afirmación de los elementos del juicio de responsabilidad, la valoración de los medios de prueba y las medidas de reparación³².

Posición que comparte la doctrina española al señalar:

El sujeto activo de la referida relación es siempre una Administración Pública, que irroga daños mediata o inmediatamente. Actúa de forma inmediata cuando el daño ambiental es ocasionado ora por personas integradas en su organización, ora por quienes están contractualmente vinculados a ella. En cambio, opera de forma mediata cuando el daño es causado por un tercero ajeno a las administraciones públicas, como consecuencia de una previa situación de inactividad administrativa o, en su caso, por la omisión de la diligencia que le es exigible en sus funciones de policía administrativa³³.

En materia de responsabilidad ambiental se ha desarrollado un principio general que se manifiesta en la expresión “*el que contamina paga*” como la consolidación de una responsabilidad objetiva en materia del medio ambiente, de manera que el Estado deberá responder siempre que se dé un daño ambiental que le sea imputable sin otra consideración³⁴.

³² C. de E. SCA. Secc. Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Exp: 27.687. C.P: Olga Mérida Valle de la Hoz.

³³ Manual de Responsabilidad Pública. Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Madrid, España, 2004. p. 532.

³⁴ HENAO PÉREZ. *Op. cit.* “No obstante, no se puede apresuradamente predicar que el principio ‘el que contamina paga’ supone que el Estado sea responsable por toda contaminación ocurrida en el

El artículo 88 de la Constitución Política consagra una disposición según la cual, tratándose de derechos colectivos, como lo es el medio ambiente, le corresponde al legislador señalar y definir los casos en que habrá responsabilidad civil objetiva³⁵. Sin embargo, hasta ahora no existe en el ordenamiento tal disposición, ni siquiera en la Ley 472 de 1998³⁶.

Esta omisión hace entonces que, como solución al problema de la responsabilidad del Estado por daños ambientales puros, deba remitirse a la cláusula general de responsabilidad del artículo 90 de la Constitución.

Dentro de los regímenes cobijados por el artículo 90 de la Constitución³⁷, en materia de daños al medio ambiente al Estado le podría resultar aplicable la imputación a título de falta de servicio, cuando el daño ambiental se produce por su conducta negligente o alejada de los estándares del servicio, o por riesgo si la contaminación se da como producto del desarrollo de una actividad peligrosa. En el *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental* de la Comisión Europea se sostiene:

El Libro Blanco llega a la conclusión de que la opción más adecuada consiste en la adopción de una directiva marco comunitaria que contemple, por un lado, la responsabilidad objetiva por los daños derivados de actividades peligrosas reguladas por la legislación comunitaria (que cubra, con circunstancias eximente y atenuantes, tanto los daños tradicionales como los daños causados al medio ambiente) y que también regule, por otro, la responsabilidad basada en la culpa en los casos de daños a la biodiversidad derivados de actividades no peligrosas³⁸.

Tampoco constituye un mandato de responsabilidad objetiva para el Estado el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, pues esa norma lo que hace es establecer una cláusula general que lo obliga a responder por los daños ambientales

territorio nacional. El mencionado principio, en nuestro entender, no supone un régimen objetivo de responsabilidad en el campo del medio ambiente y, por el contrario, se observará que el mismo tiene, al igual que en el conjunto de la responsabilidad civil, una naturaleza mixta”.

³⁵ “Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad (públicos), la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

³⁶ Lo que plantearía un posible caso de responsabilidad del legislador.

³⁷ Según lo dispuesto en la sentencia Corte Const. C-333 de 1.996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁸ Comisión Europea. Dirección General del Medio Ambiente. *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental COM 2000 66 final (presentado por la Comisión)*, 9 de febrero de 2000. p. 8

causados a los intereses particulares, al daño ambiental consecutivo, pero no al daño al ambiente como bien colectivo³⁹.

3.1. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL POR ACCIÓN

Es posible que el Estado, en desarrollo de sus actividades propias, produzca o genere un daño ambiental, sea puro o sea consecutivo. No obstante, ello casi siempre ocurre en virtud de las actividades industriales y comerciales que se realizan a través de entes autónomos o descentralizados sujetos al derecho privado. En tales casos la responsabilidad se determina bajo la competencia de la jurisdicción ordinaria y de conformidad con el régimen de responsabilidad civil extracontractual. En cambio, los daños ambientales generados en ejercicio de actividades administrativas generan responsabilidad estatal de derecho administrativo, lo que es menos factible pero no imposible.

En estos eventos, deberá dilucidarse si el daño ambiental es o no producto de una actividad peligrosa, ya que ello determinará el régimen a aplicar. Así por ejemplo cuando las entidades públicas han causado daños ambientales por la contaminación de las afluentes del río Bogotá, que ocasionaron la disminución del valor comercial de los predios ribereños⁴⁰, o la contaminación auditiva por el paso de aviones que afecta la tranquilidad de los habitantes de un predio además de su valor comercial⁴¹, se ha analizado la conducta del Estado para encontrar demostrada la falla; mientras que en otros eventos, como la manipulación de desechos tóxicos⁴² o la erradicación de cultivos ilícitos con glifosato⁴³, la jurisprudencia se ha inclinado por aplicar el régimen del riesgo excepcional al tratarse de sustancias peligrosas.

Como ya se hizo referencia en esta obra al hablar de la responsabilidad objetiva, hay que hacer mención especial, en el tema ambiental, a las aspersiones

³⁹ “Artículo 16. El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones 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”.

⁴⁰ C. de E., SCA. Secc. tercera. Sentencia del 30 de julio de 2015. Exp: 27.585. C.P: Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴¹ C. de E., SCA. Secc. tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Exp: 27.687. C.P: Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴² C. de E., SCA. Secc. tercera. Sentencia del 18 de julio de 2012. Exp: 18.900. C.P: Olga Mélida Valle de la Hoz.

⁴³ C. de E., SCA. Secc. tercera. Sentencia del 2 de noviembre de 2016. Exp: 41.467. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; C. de E. SCA. Secc. tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp: 36.357., C.P: Danilo Rojas Betancourth; C. de E., SCA. Secc. tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. Exp: 34.797. C.P: Hernán Andrade Rincón.

de glifosato como estrategia para combatir la proliferación de cultivos ilícitos en el territorio nacional; lejos del debate político que se ha generado alrededor de este tema, esta actividad ha ocasionado que el Consejo de Estado desarrolle una nueva concepción referente a la forma de analizar los eventos en que se presenta un daño ambiental. De la mano de la postura de la jurisprudencia, según la cual la falla del servicio debe siempre preferirse a los demás factores de imputación —por cuanto permite hacer una evaluación de la capacidad, el actuar y los niveles del servicio—, el Consejo de Estado ha considerado la utilización de la responsabilidad con culpa, incluso cuando se está frente a la aspersión de glifosato como sustancia peligrosa, y solo cuando no encuentra demostrada la falla, aunque se produzca un daño, acude al régimen de responsabilidad por riesgo para imputar responsabilidad⁴⁴. En sentencia del 2 de mayo de 2016 se resumía lo siguiente:

38. *Pues bien, en asuntos en los que el daño causado deriva de una afección de carácter ambiental y, específicamente, cuando el mismo se produce por la aspersión aérea de glifosato, esta Corporación ha considerado pertinente estudiar la responsabilidad del Estado a partir de distintos título de imputación.*

39. *Así, en algunos eventos, cuando de conformidad con las pruebas obrantes ene el expediente es posible determinar que la entidad demandada incumplió, por acción y omisión, alguno de los deberes de cuidado que le eran exigibles al momento de realizar la aspersión aérea del pesticida, se ha preferido acudir al título de imputación de la falla del servicio, teniendo en cuenta que de este modo se cumple una función de diagnóstico de la actuación de la administración, se contribuye a prevenir el acaecimiento del daño antijurídico y se facilita el eventual ejercicio de la acción de repetición [...].*

41. *Ahora bien, en los eventos en los cuales no se demostró una falla de servicio, pero que, sin embargo, se produjo un daño antijurídico imputable al Estado por cuanta de la aspersión aérea de glifosato, esta Corporación ha señalado que dicha actividad, por su naturaleza, produce riesgos ambientales [...].*

45. *Por ese motivo, a la entidad creadora de la actividad peligrosa le corresponde reparar los daños antijurídicos causados por la configuración del riesgo excepciones que esta entraña, sin que sea necesario acreditar dentro del plenario que incumplió los deberes de cuidado que le eran exigibles⁴⁵.*

Ahora bien, dada la amplitud del concepto de medio ambiente, es posible que existan otras actividades del Estado que se relacionen con daños o

⁴⁴ Véase: C. de E. SCA. Secc. tercera. Sentencia del 8 de febrero de 2012. Exp: 22.744. C.P: Danilo Rojas Betancourth.

⁴⁵ C. de E. SCA. Secc. tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp: 36.357. C.P: Danilo Rojas Betancourth.

afectaciones a este bien jurídico, pero que no se encuadran del todo dentro del régimen de responsabilidad por daños ambientales sino dentro de otros regímenes de la responsabilidad pública. Por ejemplo, la limitación del dominio que el Estado impone en aras de proteger el medio ambiente, creando zonas de reserva ambiental o prohibiendo el desarrollo de ciertas actividades en determinados espacios del territorio, se enmarca dentro de una régimen de responsabilidad, también analizado en esta obra; o, cuando en desarrollo del trabajos públicos, se causan daños a bienes personales, el régimen entonces será aquel aplicable a los daños por trabajos públicos.

3.2. LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN

Se parte de la idea de que se le ha encomendado al Estado la guarda del medio ambiente como bien colectivo, y por ello tiene una serie de competencias policivas que le permiten ejercer control y supervisión para asegurar la integridad del mismo. En este sentido, la finalidad de tales funciones se orienta a prevenir y detener las conductas contaminantes y dañinas, de modo que, en caso de omisión de sus deberes, la Administración incurre en falla o falta del servicio generadora de responsabilidad.

En igual sentido, HENAO PÉREZ considera que en esta hipótesis es aplicable el artículo 90 de la Constitución:

Si se observa, en esta hipótesis en comento entraría a operar en su forma natural y tradicional el artículo 90 de la Constitución Política, esto es bajo los lineamiento que ha dado la jurisprudencia a la aplicación de los diversos regímenes de responsabilidad. Así, por ejemplo, si el Estado incurre en una falla del servicio, por ejemplo, porque a ciencia u paciencia permitió que una actividad ilícita contaminante operara, se le debe condenar⁴⁶.

Así ocurría por ejemplo en un caso en el que se encontró responsable a la Agencia Nacional Minera del municipio de Bucaramanga, junto con una Corporación Autónoma Regional, por la contaminación de un río en el que se realizaba explotación minera con maquinaria pesada. El Consejo de Estado concluyó que cada uno de los demandados había omitido sus deberes en cuanto a la protección del recurso hídrico, por lo que fue confirmada la sentencia de primera instancia⁴⁷.

⁴⁶ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. “Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental”, en: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

⁴⁷ C. de E. SCA., Secc. primera. Sentencia del 3 de noviembre de 2016. Exp: 68001-23-33-000-2012-00311-01(AP). C.P: María Elizabeth García González.

De modo entonces que, cuando se pretende la responsabilidad del Estado por el daño producido, es necesario determinar las funciones que tiene la entidad demandada en relación con la actividad contaminante, y si el ejercicio correcto de las mismas hubiera podido evitar el desarrollo de esa actividad.

Naturalmente, la responsabilidad del Estado por la omisión de sus funciones de control no exime de responsabilidad al contaminante privado por los daños directamente causados en virtud de su hecho propio.

Cuando el Estado omite la exigencia de los requisitos necesarios para otorgar una licencia ambiental y autoriza el desarrollo de un proyecto que genera daño al medio ambiente, habrá responsabilidad por falla de la actividad regulatoria del Estado.

4. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

El llamado principio de precaución⁴⁸ impone la obligación de ser precavidos con las repercusiones que una determinada acción o medida puede tener en el medio ambiente. El principio de precaución, junto con otros como el de prevención, tiene su origen en instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por el país. La Declaración de Río de Janeiro de 1992 estableció el deber de los Estados de tomar medidas orientadas a prevenir el daño ambiental, aunque no se tenga plena certeza de las repercusiones de este. De igual forma, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, expedida en Nueva York en 1992, consagró el principio de precaución como instrumento para mitigar los efectos del cambio climático.

Siguiendo la tendencia internacional, la Ley 99 de 1993, en su artículo 1, numeral 6 incorporó el principio de precaución como de obligatorio cumplimiento en la política ambiental del país, de la siguiente manera:

Artículo 1. Principios generales ambientales. La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

[...]

6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza

⁴⁸ Frente al principio de precaución véase: C. de E., SCA., Secc. primera., sentencia del 1 de noviembre de 2012. Rad: 27001-23-31-000-2011-00179-01(AP). C.P: María Claudia Rojas Lasso.

científica absoluta no deberá utilizarse como razón para proteger la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”.

Esta disposición ha dado lugar a varios pronunciamientos de la Corte Constitucional que habla del *in dubio pro ambiente*, en el sentido de que en caso de duda debe favorecerse lo que resulte más beneficioso para el ambiente⁴⁹. También delimitó el campo de aplicación de las acciones de la Administración cuando las justifica en el principio de precaución⁵⁰.

En Sentencia C-703 de 2010, la Corte Constitucional armonizaba la aplicación de los principios de prevención y de precaución⁵¹ de la siguiente manera:

Los principios que guían el derecho ambiental son los de prevención y precaución, que persiguen, como propósito último, el dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados. Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, 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; en tanto que el principio de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos⁵².

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-339 del 7 de mayo de 2002. M.P: Jaime Araujo Rentería.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-293 del 23 de abril de 2002. M.P: Alfredo Beltrán Sierra: “1. Que exista peligro de daño; 2. Que este sea grave e irreversible; 3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta; 4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente; 5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado”.

⁵¹ Frente a la distinción del principio de precaución y el principio de prevención véase: C. de E., SCA. Secc. primera., sentencia del 15 de diciembre de 2016. Rad: 2088663-88001-23-31-000-2011-00011-01 (AP). C.P: Guillermo Vargas Ayala.; C. de E., SCA. Secc. primera. Auto del 20 de mayo de 2016. Rad: 73001-23-32-000-2011-00611-01 (AP). C.P: Guillermo Vargas Ayala.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-703 del 6 de septiembre de 2010. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Así entendido, el principio de precaución, en conjunto con el de prevención, se erigen en exigencia obligatoria de las actuaciones del Estado en relación con el medio ambiente, cuya inobservancia constituye por sí misma una falta, que aunada a la prueba de los demás elementos de la responsabilidad puede derivar en una condena en su contra⁵³.

Juan Carlos HENAO, citando la doctrina francesa, considera que el incumplimiento del principio de prevención que establece la Ley 99 de 1993 es un elemento que incide en la culpa o falla de la Administración:

Finalmente, el principio de precaución está expresamente consagrado en el numeral 6º del artículo 1º de la Ley 99, con lo cual 'se debe por lo menos admitir que la referencia a la precaución debe tener una incidencia sobre el concepto de culpa... (porque)... el hombre razonable se convierte, poco a poco, no solo en aquel que integra en sus decisiones el riesgo probable sino aquel que piensa a integrar la incertidumbre. En presencia de esta incertidumbre, el hombre razonable deberá tomar lim las precauciones antes de obrar, o abstenerse de actuar sin haber hecho todo aquello que estaba razonable y económicamente posible para levantar el velo de esta duda'⁵⁴⁻⁵⁵.

5. EL NEXO CAUSAL EN EL DAÑO AMBIENTAL

Por último, una de las complicaciones más notorias del daño ambiental es la precisión del nexo causal entre una actividad determinada y las consecuencias nocivas para el medio ambiente.

Esta dificultad se presenta dada la compleja interrelación de los ecosistemas, de los partícipes en el medio ambiente y el amplio espectro de consecuencias posibles que un cambio puede tener en el entorno completo. Ello hace que el ejercicio probatorio del nexo causal entre una actividad y un daño pueda parecer casi imposible, pues a primera vista la relación entre una y otra cosa

⁵³ Véase: C. de E., SCA. Secc. tercera. Sentencia del 29 de abril de 2015., Rad: 2077579-25307-33-31-701-2010-00217-01 (AP). C.P: Stella Conto Díaz del Castillo; C. de E. SCA. Secc. tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Exp: 29.028. C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; C. de E., SCA. Secc. primera. Sentencia del 28 de marzo de 2014. Rad: 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP). C.P: Marco Antonio Velilla Moreno.

⁵⁴ Cita original del texto: G.J. MARTÍN. "La mise en ouvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute", publicado en Cahiers de Droit de l'Enterprise, en la revista La Semaine Juridique, publicado por Editions du Juris-Classeur, Paris, como Suplemente Número 1 a la Semaine Juridique número 15 del 15 de abril de 1999, en donde se publicaron ponencias en el seminario "L'entreprise face au dommage environnemental" p. 3.

⁵⁵ HENAO PÉREZ. *Op. cit.*

puede revelarse imprecisa o indeterminable, máxime cuando el tiempo y la distancia entre la acción y la reacción dañosa puede llegar a ser muy amplia⁵⁶.

A ello se le suma la exigencia de conocimientos técnicos y científicos que permitan afirmar, de la manera más certera posible, la relación o los efectos que una actividad podría tener sobre el entorno. Son pocas las veces en las que al juez se le presentan con facilidad las pruebas suficientes para que pueda verificar por sí mismo si existe relación causal entre el hecho y el daño ambiental. Estas consideraciones no distinguen entre daños puros o daños consecuentes.

El profesor HENAO, afirma al respecto:

De un lado, estima el autor ROUSSEAU que 'actuar rápidamente y acumular los indicios es uno de los aspectos claves del éxito en materia del medio ambiente'. Del otro, recodando que 'los jueces son conscientes de las dificultades que presenta la polución y por tanto son sensibles a análisis creativos', afirma que son dados al razonamiento a contrario, en virtud del cual se llega a la certeza causal gracias a una exclusión de otras causas posibles. Es el caso, por ejemplo, de la muerte de unas abejas por emisiones de flúor en el aire. Cuando las abejas mueren es muy difícil establecer cuál es la causa porque la industria del flúor se encontraba a kilómetro de distancia. Sin embargo, luego de excluir que las abejas estaban enfermas, que hubieran atrapado un gran frío por las heladas, 'se juzga que a falta de otra causa la mortalidad de las abejas solo se podía explicar por la intoxicación del flúor.'. Esta metodología se complementa con el método del 'conjunto de presunciones graves y concordantes' que apuntan a esclarecer el nexo causal. Esta problemática de la causalidad material ambiental supone entonces olvidar que la única prueba viable es la directa y contundente, para permitir nuevas aproximaciones al fenómeno, gracias a las técnicas que se han reseñado⁵⁷.

Siguiendo con el planteamiento anterior, se concuerda que el juez no debe limitarse a buscar una prueba directa de la conexión entre la actividad y el daño ambiental, pues la complejidad de las circunstancias hace que probablemente nunca encuentre dicha prueba; el juez debe valorar en conjunto las pruebas para llegar a una conclusión acerca de la causalidad en función de la vitalidad, la dinámica y la complejidad del medio ambiente.

⁵⁶ HENAO PÉREZ. *Op. cit.*: "En lo que concierne a la dificultad para establecer el nexo de causalidad, en el derecho ambiental el contaminador es raramente identificado en el momento del daño, con lo cual la tarea de aislar la causa del mismo se torna más compleja. Es lo que ocurre por ejemplo en los daños al nivel freático del agua o en los de la contaminación en el aire, en donde las consecuencias de la polución no son inmediatas y por tanto no coinciden con el acto de polución. Entre el acto de polución y sus efectos constatables transcurre un tiempo que en nada facilita la tarea de encontrar las causas del daño".

⁵⁷ HENAO PÉREZ. *Op. cit.*