



La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

#### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra  
hacer obras derivadas

#### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

# LA MINERÍA Y EL DAÑO AMBIENTAL EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COLOMBIANO

Katherine Paola Aragón Castiblanco<sup>1,2</sup>

## Resumen

El presente artículo aborda el tema de la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que son generados a los particulares por el ejercicio de la actividad minera legal e ilegal en Colombia. En especial, afronta las dificultades que se presentan contemporáneamente desde la perspectiva del Derecho Administrativo y desde la jurisprudencia del Consejo de Estado para establecer el título de imputación que es considerado como aplicable para solicitar la reparación de los daños antijurídicos causados a las personas con ocasión de los daños causados al medio ambiente por la minería. Propone la necesidad de que todos los casos en donde se verifique la existencia de un daño antijurídico como consecuencia de un daño ambiental se adopte en la jurisprudencia del Consejo de Estado medidas que permitan no solo la reparación del daño, además que busquen la rehabilitación del medio ambiente que fue afectado, cuando ello fuere posible, de lo contrario se propone la compensación o indemnización plena como una garantía al medio ambiente sano consagrado en el plexo superior colombiano.

**Palabras clave:** Responsabilidad del Estado; Imputación jurídica; Falla en el servicio; Daño Antijurídico; Minería ilegal; Medio ambiente.

---

<sup>1</sup> El presente artículo ha sido realizado por la autora con la finalidad de cumplir con los lineamientos establecidos el Doctor Jorge Enrique León Molina – director trabajo de grado – y por el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia para optar por el título de Abogada.

<sup>2</sup> Estudiante de décimo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código de estudiante 2108566, con cédula de ciudadanía número 1.030.577.699. Teléfono: 30464554289. E mail: kparagon66@ucatolica.edu.co, Bogotá D.C. Colombia.

# **MINING AND ENVIRONMENTAL DAMAGE IN RELATION TO THE PATRIMONIAL RESPONSIBILITY OF THE COLOMBIAN STATE**

## **Abstract**

This article addresses the issue of State responsibility for the Anti Legal damages that are generated to individuals by the exercise of legal and illegal mining activity in Colombia. In particular, it faces the difficulties that arise at the same time from the perspective of the administrative law and from the jurisprudence of the Council of State to establish the title of imputation which is considered to be appropriate to request the Reparation of the anti legal damages caused to individuals in the occasion of the damage caused to the environment by the mining. It proposes the need for all cases in which the existence of an anti-legal damage to be verified as a result of environmental damage is adopted in the jurisprudence of the Council of State measures that allow not only the reparation of the damage, in addition to seek the Rehabilitation of the environment that was affected, where possible, otherwise it is proposed compensation or full compensation as a guarantee to the healthy environment consecrated in the Colombian superior plexus.

**Keywords:** State responsibility; Legal imputation; Service failure; Antilegal damage; illegal mining; Environment.

## Sumario

Introducción	5
1. El derecho a explorar y explotar el subsuelo colombiano y la minería ilegal en Colombia	9
1.1 La minería analizada desde la perspectiva semántica	9
1.2 El principio de legalidad y su relación con la clasificación del concepto de minería	11
1.3 La minería legal e ilegal analizada desde el paradigma doctrinal y hermenéutico	15
2. Responsabilidad del Estado colombiano y el daño antijurídico en relación con la minería legal e ilegal.	20
2.1 Consideraciones respecto del Régimen de Responsabilidad del Estado colombiano	20
3. Proceso de imputación de daños antijurídicos causados a particulares por daños ambientales	26
Conclusiones	33
REFERENCIAS	35

## **Introducción**

En el contexto colombiano especialmente a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX se emprendió el comienzo de una era en la cual considerables empresas y sociedades mineras – generalmente extranjeras – se radicaron en el territorio nacional con la expresa finalidad de realizar trabajos de explotación, excavación y perforación minería en el subsuelo colombiano.

Dichas empresas – dentro de las cuales se encuentran Cerrejón, Cerro Matoso, Drummond, Mineros S. A. y AngloGold Ashanti – han estado en conjunto por más de cincuenta años en el país realizando actividades mineras pues, la Agencia Nacional de Minería ha proferido en ejercicio de sus funciones y de forma paulatina los respectivos títulos de explotación o exploración que faculta a las mencionadas multinacionales para realizar dicha actividad económica.

No obstante, a pesar de que la obtención de las licencias ambientales se constituye en el sistema jurídico colombiano como una actividad enmarcada por el principio de legalidad y el debido proceso, es claro que en algunas ocasiones el análisis de los riesgos se ha dejado de lado causando un grave impacto ambiental sobre el entorno sobre el cual se desarrolla la actividad minera, lo cual, genera de forma simultánea no solo un daño de tipo ambiental, sino la trasgresión en muchas ocasiones de los derechos fundamentales de las personas que fueron consagrados por el constituyente originario en el texto constitucional en el año de 1991.

Paralelo a lo anteriormente señalado, se encuentra la minería ilegal en donde básicamente se ejecuta una actividad contraria a las leyes y normas que han sido expedidas por el órgano legislativo en materia minera, es decir, en ese caso no media un título minero que faculte al particular para realizar la exploración y explotación. En este punto es necesario señalar que en muchos casos la minería ilegal se ha materializado en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, para ello solo basta recordar el caso del Río Dagua ubicado en Zaragoza Valle del Cauca – el cual fue gravemente erosionado y

socavado con el proceso de extracción de oro – o el caso del Río San Juan en el departamento del Chocó que por la falta de planeación de actividades de control, de seguimiento y monitoreo de las entidades gubernamentales actualmente es considerado como uno de los afluentes que más daños ha sufrido en su ecosistema y en las áreas ecológicas que lo comprenden.

Ahora bien, de una lectura sistemática de la Constitución Política de 1991 se desprende la idea de que el Estado colombiano posee la obligación de prevenir daños ambientales, de fomentar la educación ambiental, de mitigar los daños si estos ya se han generado y, adicionalmente posee el deber de indemnizar o reparar los daños ambientales lo cual encuentra fundamento en el principio general de responsabilidad del Estado consagrado en el artículo noventa superior.

En ese orden de ideas, la generación de un daño de tipo ambiental por la realización de actividades mineras – legales o ilegales – obliga al Estado colombiano como máxima organización garante de los postulados y derechos contenidos en el plexo superior a tomar las medidas que considere como necesarias e indispensables para rehabilitar el medio ambiente afectado cuando ello fuere posible, de no ser así es imperativo que proceda a efectuar su compensación o indemnización plena. Es decir, es el Estado el que posee la obligación de garantizar la defensa del medio ambiente sano – pues es un objetivo constituido como principio dentro de la actual estructura del Estado social de derecho – no obstante, si el daño ambiental generó de forma paralela un daño antijurídico a un particular le corresponde a este o a su familia acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para solicitar al operador judicial que se le repare material o moralmente por los daños que fueron causados.

Por lo anteriormente señalado el problema que pretende resolver el presente artículo está encaminado fundamentalmente a determinar desde la perspectiva del derecho administrativo y, por medio de un análisis sistemático, hermenéutico y jurisprudencial:

¿Cuál es el título de imputación procedente para solicitar al juez Contencioso Administrativo colombiano la reparación de los daños antijurídicos causados a particulares con ocasión de los daños causados al medio ambiente por la actividad minera?

Para poder determinar el título de imputación que ha sido considerado como procedente por el Consejo de Estado para solicitar la reparación patrimonial al Estado en el caso de daños antijurídicos causados a los particulares con ocasión de la actividad minera, se realizará en primer lugar un examen desde la perspectiva semántica de la unidad lingüística denominada minería, con lo cual será procedente examinar su clasificación o categorización en legal e ilegal en donde se analizará por un lado la doctrina que ha sido proferida por aquellos autores que en el ámbito jurídico han sido considerados como trascendentales en el estudio de la explotación, excavación, perforación del subsuelo y por otro lado el concepto de los principios, específicamente el de legalidad.

En este punto además se examinará sistemáticamente el conjunto de normas, postulados y disposiciones que han sido expedidas en el sistema jurídico colombiano respecto de la exploración técnica y la explotación racional de los recursos mineros de propiedad estatal y privada, que operan en conjunto como un compuesto de garantías que buscan materializar de forma real y efectiva el postulado de desarrollo sostenible y el fortalecimiento económico y social del país.

En segundo lugar, se estudiará el Régimen de Responsabilidad del Estado evento en el cual será indispensable comenzar efectuando un análisis de tipo u orden filosófico en donde se tendrá como premisa que el postulado de justicia restaurativa y correctiva es el fundamento metafísico de la responsabilidad estatal. Luego se examinarán los diversos aportes doctrinales que han sido producidos por los autores respecto del concepto de responsabilidad del Estado y se ahondará por medio del método de investigación hermenéutica en el conjunto de normas que cimientan la cláusula que consagra de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado que se encuentra estipulada de forma expresa en el artículo novena de la Constitución Política de 1991. Con ello, se buscará determinar los elementos que contemporáneamente han sido considerados por la doctrina y por altas cortes como la

Corte Constitucional y el Consejo de Estado como indispensables para realizar el juicio de responsabilidad en el sistema jurídico colombiano.

Con la expresa finalidad de resolver o mejor, de responder el problema de investigación planteado la parte final de la investigación presentará al lector un análisis de los títulos de imputación que han sido establecidos por la jurisprudencia en el Régimen de Responsabilidad del Estado colombiano como elementos de obligatoria observancia en tratándose de la atribución y solicitud de reparación de los daños antijurídicos que han sido generados como consecuencia del daño ambiental causado por la actividad minera, para esto se tienen en cuenta diversos fallos que en conjunto constituyen la línea jurisprudencial al respecto, los cuales permiten determinar con claridad el título de imputación aplicable en el caso central de análisis.



## **1. El derecho a explorar y explotar el subsuelo colombiano y la minería ilegal en Colombia**

Como se señaló en la parte introductoria del presente artículo, esta parte primigenia de la investigación busca presentar al lector por un lado, un análisis semántico de conceptos como minería y minería ilegal, para lo cual será indispensable e imperativo estudiar la doctrina que ha sido proferida por diversos autores que a lo largo de los años han establecido las pautas para comprender a fondo el estudio de la explotación, excavación y perforación del subsuelo. Realizado el análisis de las mencionadas unidades lingüísticas se realizará un análisis hermenéutico de las disposiciones que han sido expedidas en el sistema jurídico colombiano con la finalidad de regular de forma clara y expresa la exploración técnica y la explotación racional de los recursos mineros.

### **1.1 La minería analizada desde la perspectiva semántica**

Para comenzar es necesario partir de la premisa de que la minería desde la perspectiva cosmopolita – y específicamente en América Latina – se constituye como una actividad que ha operado a lo largo de la historia como una forma de sustento de personas que se encuentran en condiciones de pobreza o desempleo que encuentran en la extracción de los minerales su medio de ingreso económico.

Desde el paradigma semántico la minería ha sido definida por la Real Academia Española de la Lengua como una actividad que ha sido catalogada como un arte de labrar las minas. Aranibar & Boas la definen como “toda actividad extractiva que se desarrolla sobre yacimientos minerales o que por la limitada significación económica de la explotación, pueda ser considerada como tal” (Ana Aranibar, 2003, p. 51).

Por su parte el Ministerio de Minas y Energía colombiano – bajo la coordinación de INGEOMINAS y con la participación de las otras entidades adscritas y vinculadas – lideró la creación y elaboración de un documento que integra la terminología relacionada con la actividad minera en el

territorio colombiano y que, finalmente fue adecuado a los requerimientos nacionales y estándares y normas internacionales.

En dicho documento se señala a grandes rasgos que la minería es una actividad que se relaciona de forma inexorable con el descubrimiento y con la explotación de yacimientos ubicados en el suelo y subsuelo, es decir, es una acción que implica la realización de labores y operaciones de tipo subterráneo, además se explica que en la práctica el término incluye:

Las operaciones a cielo abierto, canteras, dragado aluvial y operaciones combinadas que incluyen el tratamiento y la transformación bajo tierra o en superficie. La minería es una de las actividades más antiguas de la humanidad, consiste en la obtención selectiva de minerales y otros materiales a partir de la corteza terrestre (Ministerio de Minas y Energía, 2003, p. 108)

En otras palabras, la minería hace referencia desde la perspectiva semántica a la extracción física de materiales de la corteza terrestre, con la finalidad de obtener minerales o combustibles.

Ahora bien, en el contexto colombiano el análisis de la minería se remonta a la época de la República en donde la actividad de extracción de minerales y de combustibles no se encontraba regulada ni organizada de manera formal, es decir, no se organizó ni se formalizó por medio de la expedición de normas que tuvieran como fin teleológico el establecimiento de fines, objetivos, parámetros y límites que determinan el ejercicio de la mencionada actividad.

Por lo tanto, el estudio del concepto de la unidad lingüística denominada minería desde el paradigma histórico no solo se analizó teniendo en cuenta la explicación del conjunto de actividades que la determinan, además, se estudió partiendo o mejor, teniendo como sustento o fundamento el principio de legalidad que operó en este caso como un elemento determinante en el establecimiento de la minería como legal e ilegal, al respecto Arjona explica en el documento titulado “*El Boom Minero en Colombia: ¿Boom de la Minería Ilegal y la Minería Anti técnica?* que:

La falta de regulación por parte del Estado así como la ineficiencia de los mecanismos y organismos de control hicieron lo posible para que la industria minera en Colombia tuviese un desarrollo desordenado e irregular, casi hasta la primera mitad del siglo XX (Arjona, 2010, p. 2)

No obstante, antes de examinar a fondo los conceptos de minería legal e ilegal es imperativo realizar un breve análisis de la teoría jurídica que ha sido desarrollada por ilustres juristas y doctrinantes respecto del concepto de los principios, específicamente del que ha sido denominado como principio de legalidad, pues como se mencionó es el que sustenta la categorización de la minería en legal e ilegal.

### **1.2 El principio de legalidad y su relación con la clasificación del concepto de minería**

Los principios han sido definidos y analizados desde diferentes posturas, por un lado se ha considerado que son estándares que fundamentan las normas jurídicas que constituyen los sistemas jurídicos, por otro lado se ha dicho que son mandatos que poseen valor vinculante o valor normativo pero que no poseen la estructura básica de las reglas o normas, y simultáneamente se ha afirmado que son mandatos que permiten la optimización de las normas que constituyen los modelos escalonados normativos.

Teniendo en cuenta que la estructura que explica el fundamento de los principios se articula desde tres modelos o teorías, a continuación se hará un breve recuento y explicación de cada una, para luego ahondar en el concepto del principio de legalidad.

En primer lugar, Guastini considerado como uno de los más destacados exponentes de la llamada Escuela Genovesa – dedicada sobre todo a exponer una sólida teoría analítica del derecho – explicó en su obra titulada *Principios de derecho y discrecionalidad judicial* que los principios son aquellos que influyen directamente en la interpretación de las demás disposiciones que conforman el sistema normativo, es decir, de las que no son principios, por lo cual desde esta perspectiva los principios son aquellos que limitan la interpretación literal que es realizada por los operadores judiciales son competentes para conocer un caso determinado. Para complementar lo anteriormente señalado el mencionado autor afirma que:

Sobre esto es importante resaltar que la denominada interpretación adecuadora hace referencia a la adecuación de un significado de una disposición conforme a los postulados bien de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta la Constitución como los principios generales del derecho. (Guastini, 1999, p. 47)

Por su parte, Robert Alexy – jurista alemán y catedrático de Derecho Público de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel – ha analizado de forma paulatina en algunas de sus obras el concepto de los principios, una de dicha obras es la titulada *El concepto y la validez del derecho* en la cual el autor se centra en la realización de un análisis de tipo diferencial entre las reglas y los principios, en donde explica que el punto decisivo para la distinción entre dichos conceptos es que:

Los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos (...) En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas (Alexy, 1997, p. 162)

Esto significa que pueden los principios a diferencia de las reglas, son aquellos que pueden ser satisfechos en grados diferentes, por lo tanto la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos.

En otra de sus obras el mencionado autor señala que desde la perspectiva de la Teoría Jurídica los principios han sido considerados como aquellos que se constituyen como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (...) por lo tanto son mandatos de optimización (Alexy, 1993, p. 86).

De ello resulta importante señalar que los principios son estándares que señalan lo que debe ser por medio de su formulación deóntica y que como parte fundante de los sistemas normativos poseen un inexorable valor vinculante o mejor, un valor de tipo u orden normativo, en donde, “los particulares y las autoridades pueden solicitar su cumplimiento, para así lograr su plena garantía” (Enterriá, 1981, p. 16).

En tercer lugar, Ronald Dworkin - considerado uno de los iusfilósofos y juristas más influyentes de nuestro tiempo, sin duda el que mayor influencia teórica y doctrinaria ha ejercido en Colombia – ha sido enfático al señalar que los principios son “estándares que han de ser observados, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1984, p. 74).

Al respecto es necesario señalar que en este caso el citado autor comprende los principios como estándares que no son aplicados por los operadores jurídicos de forma disyuntiva, pues son aquellos que enuncian una razón que discurre en una sola dirección pero no exige una decisión particular, por lo tanto no poseen la estructura básica de las reglas la cual se encuentra comprendida por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica.

En ese sentido, resulta imperativo tener en cuenta en primer lugar que en el caso de los principios “los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido” (Dworkin, 1984, p. 76) y en segundo lugar que son “estándares que han de ser observados por ser una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1977, p. 72), por lo tanto se constituyen como estándares que determinan la dimensión ética y moral del ordenamiento jurídico.

Finalmente, León explica en su obra titulada *Tensión entre derechos y principios. Consideraciones a la interpretación judicial de la moral en la praxis del derecho* que “los principios como criterios jurídicos inherentes al sistema son aplicables al sistema jurídico en la medida en que se presenten casos difíciles, en los que una simple regla de subsunción no es posible” (2014, p. 18), es decir, los principios desde esta perspectiva son considerados como criterios que consagran prescripciones jurídicas generales que facultan al operador judicial para fallar en el sentido que determine como correcto teniendo en cuenta los criterios morales del sistema, lo cual se relaciona necesariamente con el ejercicio de la discrecionalidad.

De ello resulta necesario afirmar que el concepto de minería posee una estrecha relación con el concepto de los principios, especialmente con el principio de legalidad pues, ha sido clasificada en legal e ilegal no solo por los doctrinantes y especialistas en Teoría y Filosofía del Derecho, además ha sido catalogada de esta manera por las altas cortes y por algunas entidades como el Ministerio de Minas y Energía, en tratándose del contexto colombiano.

En cuanto al principio de legalidad se ha explicado desde una perspectiva lógica que es un postulado que se correlaciona con el positivismo legal, en donde se presenta una “concatenación de hechos o tesis de facticidad” (Morin, 2007, p. 107), es decir, es un postulado que tiene como fundamento el establecimiento de determinados hechos, acciones u omisiones como prohibidos o permitidos de forma expresa en las normas que conforman el sistema jurídico.

Lo anterior posee un singular nexos con dos aspectos, por un lado se encuentra la idea de que “la narrativa positiva de la legalización pretende la posesión lógica de la verdad, ya que al darse los hechos, se produce la ilegalidad” (Sánchez, 2013, p. 119) y, por otro lado se encuentra el hecho de que el postulado de legalización analizado desde el paradigma de la estructura del ordenamiento jurídico se constituye en “un deber incuestionable y necesario, pero su justificación narrativa no tiene esas características, ya que dentro de la teoría legal se introduce la interpretación mediante juicios que buscan el mejor ajuste o solución legal” (Dworkin, 1977, p. 98).

De ello es dable señalar que la legalidad como estándar o como mandato optimizador es un postulado que opera en los sistemas jurídicos como un elemento que busca fundamentalmente describir hechos y actores, por medio del establecimiento de una actividad o de algún tipo de hecho o acción en una norma como legal o ilegal, lo cual genera no solo un alto espectro de seguridad jurídica, además, genera un límite en el ejercicio de los derechos de las personas y en la actividad judicial.

Al respecto León ha explicado que el principio de legalidad es un límite en el proceso de producción de las decisiones judiciales en tanto establece un deber de obligatorio cumplimiento para el

operador judicial, ya que lo somete al imperio de la ley, en ese sentido “las decisiones judiciales deben estar fundadas en normas jurídicas del Estado (2017, p. 117) y además es preciso tener en cuenta que “los jueces deben resolver todos los casos que se le sometan a juzgamiento dentro del límite de su competencia, mediante decisiones fundadas en normas jurídicas del sistema” (Alchourrón, 2010, p. 158).

Precisado el concepto del principio de legalidad, es necesario continuar con el desarrollo del presente artículo, ahora ahondando en la clasificación que la doctrina y el órgano legislativo colombiano le ha otorgado a la minería.

### **1.3 La minería legal e ilegal analizada desde el paradigma doctrinal y hermenéutico**

Como se señaló, la legalidad es un principio de vital importancia en la dinamicidad y estabilidad de los sistemas jurídicos, que han sido entendidos como un “sistema deductivo de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay por lo menos una norma que prohíbe, permite u obliga cierta acción” (Alchourron & Bulygin, 1991, p. 165).

En el contexto colombiano se constituyó como uno de los principios fundantes del Estado, por lo cual posee fuerza vinculante normativa en todo el modelo escalonado normativo. Ahora bien, en tratándose de la actividad minera colombiana el principio de legalidad ha tenido especial injerencia pues esta se ha clasificado por la doctrina y por el órgano legislativo en legal e ilegal.

Es necesario señalar que en Colombia la categorización de la minería como ilegal implica necesariamente partir de la premisa argumentativa de que la ilegalidad surge una vez se instaura la legalidad, por tanto, la ilegalidad es una categoría que tiene incidencia en la dinamicidad del sistema tan solo cuando es contrastada con las normas vigentes.

Para entender mejor lo anterior, resulta preciso tener en cuenta que la minería legal ha sido considerada por la doctrina jurídica especializada en la materia como aquella actividad de explotación

y exploración del suelo y del subsuelo que se encuentra “amparada por un título minero, que es el acto administrativo escrito mediante el cual se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo mineros de propiedad nacional, según el Código de Minas” (Ministerio de Minas y Energía, 2003, p. 108).

Por su parte la minería ilegal ha sido definida como aquella que a diferencia de la legal opera o mejor, se desarrolla sin cumplir con los requisitos establecidos de forma previa por el órgano legislativo en las diversas leyes que han determinado los aspectos considerados como indispensables para el ejercicio de la actividad minera en el contexto colombiano. Al respecto el Ministerio de Minas y Energía ha señalado que la minería ilegal es:

La minería desarrollada sin estar inscrita en el Registro Minero Nacional y, por lo tanto, sin título minero. Es la minería desarrollada de manera artesanal e informal, al margen de la ley. También incluye trabajos y obras de exploración sin título minero. Incluye minería amparada por un título minero, pero donde la extracción, o parte de ella, se realiza por fuera del área otorgada en la licencia. (2003, p. 108)

Dicha clasificación, en el ordenamiento jurídico colombiano se efectuó por medio de la expedición del Código de Minas en el año 2001 en el cual el órgano legislativo colombiano determinó que era necesario implementar en el sistema normativo interno una serie de garantías – entendidas como aquellas “técnicas normativas de tutela de un derechos subjetivos” (Ferrajoli, 2004, p. 84) que permitieran fomentar de forma real y efectiva la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros que son de propiedad del Estado o de los particulares.

En este punto es necesario señalar que la creación de dichas garantías materializadas en las normas que integran en conjunto el mencionado Código además de lo anteriormente señalado, permiten la salvaguarda del principio de legalidad y, de todos aquellos postulados normativos que tienen como objetivo fundamental la regulación y el establecimiento de la explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país.



En dicho plexo normativo se señala de forma expresa en el artículo 14 que “únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional” (Congreso de Colombia, 2001).

De ello es dable inferir que el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo colombiano depende necesariamente de la existencia del denominado título minero, por lo tanto, el título idóneo para realizar el proceso de exploración y explotación minera es el contrato de concesión, el cual ha sido considerado por algunos autores como “el único medio por el cual el Estado, puede otorgar la titularidad minera a los particulares (...) constituye un acto jurídico, una manifestación de la voluntad plasmada en un hecho, y destinada a producir efectos jurídicos” (Marín, 2001, p. 180).

En este punto es necesario señalar que el contrato de concesión es un contrato estatal considerado como un “acto jurídico generador de obligaciones que celebren las entidades públicas, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” (Hitscherich, 2005, p. 10), en donde de acuerdo al Régimen de la Contratación Estatal o Ley 80 de 1993:

Las entidades estatales otorgan a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público (...) por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden (Congreso de Colombia, 1993)

Al respecto la Corte Constitucional ha explicado que el contrato de concesión posee algunos elementos que deben de ser tenidos en cuenta necesariamente en el proceso de planeación, celebración y ejecución contractual. Para explicar mejor lo anteriormente señalado el alto tribunal explicó que estos contratos son:

Aquellos celebrados entre un grupo de personas o asociación y entidades estatales; tienen como fin actividades tales como la prestación, operación, funcionamiento, explotación, organización, gestión o construcción; estas actividades se refieren a un

servicio público, a una obra o bien destinados al servicio público; la responsabilidad de estas actividades recae en el concesionario; la vigilancia y control de estas actividades corresponde a la entidad pública contratante; la contraprestación en estos contratos consiste en derechos, tarifas, tasas, valoración, en un canon periódico, único y porcentual, en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en otra modalidad de contraprestación acordada (Corte Constitucional, 2016)

Ahora bien, llegado a este punto es necesario culminar el desarrollo de esta parte inicial de la investigación analizando la relación que posee la categorización de la minería en Colombia con la preservación del medio ambiente como derecho colectivo y con la preservación de los derechos que han sido catalogados como inherentes a todas las personas.

En Colombia, de acuerdo con un análisis sistemático de la Constitución Política de 1991 se denota que el constituyente originario al realizar el proceso de creación normativa de la norma superior considero como un pilar fundamental la protección del medio ambiente, en especial cuando se realizan labores de exploración o explotación minera que puede llegar a afectarlo gravemente.

En efecto, el artículo 332 de la Constitución Política colombiana establece de forma expresa que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes. Por su parte, el artículo 334 superior exalta el hecho de que el Estado tiene la facultad legal de intervenir en los procesos de explotación de los recursos naturales; y el artículo 360 le otorga al legislador la atribución de determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

De ello es dable inferir que el legislador en ejercicio de sus amplias facultades de configuración normativa, regularizó la explotación de los recursos que son obtenidos por medio de la minería y, además buscó asegurar que el principio de planeación se materializara en dichas prácticas.

En conclusión, la expedición de la Ley 685 de 2001 – conocida también como Código de Minas – en el ordenamiento jurídico colombiano, la consecuente exigencia de un único título minero para declarar y probar el derecho a explorar y explotar las minas de propiedad estatal y, la obligatoriedad en la celebración de un contrato de concesión, el cual se debe realizar dando cumplimiento a los requisitos

de capacidad e idoneidad del oferente y, a las leyes especiales que protegen el patrimonio histórico, arqueológico o cultural de la Nación, son aspectos que sin duda regulan el derecho a explorar y explotar el suelo y subsuelo colombiano que adicionalmente, delimitan el ejercicio de la minería en el contexto colombiano.

## **2. Responsabilidad del Estado colombiano y el daño antijurídico en relación con la minería legal e ilegal.**

Como se señaló en la parte inicial del presente artículo en el contexto colombiano existe por disposición constitucional el derecho a explotar y a explorar el subsuelo colombiano. Dicho derecho ha sido regulado por el órgano legislativo, el cual ha proferido en ejercicio de sus funciones algunas normas y disposiciones con la finalidad de determinar claramente la forma por medio de la cual se puede ejercer dicho derecho, sin contravenir el orden jurídico vigente.

Por lo anterior es dable afirmar que en el contexto colombiano existe el derecho constitucional de explorar y explotar el subsuelo por medio de actividades mineras, sin embargo, el ejercicio del derecho se encuentra supeditado a una serie de límites, dentro de los cuales se encuentra el medio ambiente y, los derechos que han sido considerado como inherentes en las personas.

En ese orden de ideas, surge la obligación de reparar, de resarcir, en aquellos eventos en donde al desarrollarse la actividad minera legal o ilegal se causa un daño al medio ambiente o a una persona en su integridad personal o en su patrimonio, pues, por mandato constitucional el Estado en todo caso tiene el deber de resarcir de forma integral los perjuicios que se generen de la ocurrencia de los daños ambientales que son causados por su acción u omisión.

En vista de lo señalado, en esta parte de la investigación se presentará al lector un análisis del Régimen de Responsabilidad del Estado colombiano, un estudio de la Teoría del daño antijurídico y, un examen de tipo relacional de ambos conceptos con el medio ambiente y, con la prevalencia de los derechos catalogados en el sistema normativo interno como fundamentales.

### **2.1 Consideraciones respecto del Régimen de Responsabilidad del Estado colombiano**

Estudiar el Régimen de Responsabilidad del Estado colombiano, es un proceso que se constituye en el presente trabajo investigativo como un factor determinante en la solución del problema de investigación

planteado en la parte introductoria, pues la realización del juicio de responsabilidad contra el Estado por daños ambientales necesariamente exige el análisis previo de los elementos que lo componen.

Es indispensable partir de la idea de que la responsabilidad es un concepto que presenta una “relación entre un acto que produce un resultado dañoso y un sujeto, por virtud de cuya relación se imputan a este los efectos que el acto genera” (Ballesteros, 2007) en otras palabras es aquella que:

Se genera cuando hay una norma que sanciona la conducta que es reprochable por el Estado puesto que perjudica a la sociedad; el sujeto que la realiza es al que se le aplicará la norma, esa obligación es la que genera en el sujeto la responsabilidad de reparar el daño (Kelsen, 1958, p. 75)

Siguiendo dicha línea argumental Gil Botero explica en su obra que “en toda obligación, el obligado es tomado como persona responsable, su *Würde* o dignidad humana nunca desaparece” (2010, p. 14), es decir desde esta perspectiva la responsabilidad es considerada como una institución jurídica que se encuentra fundamentalmente unida a la noción de dignidad humana.

Conviene precisar en este punto que la dignidad humana es un principio que en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido considerado como fundante del Estado y que posee un valor vinculante normativo indiscutible.

Desde el punto de vista del paradigma teórico filosófico Kant ha señalado que “cada ser humano está dotado de dignidad –*Würde* – en virtud de su naturaleza racional” (2007, p. 42), por su parte Roig ha explicado que es “aquello que está por encima de todo precio, y por lo tanto no tiene ningún equivalente, posee dignidad” (1999, p. 29), y finalmente Picazo a preceptuado que es “lo que se debe a la persona por su calidad de tal y, si se quiere, darle un sentido jurídico más idóneo, lo que es adecuado a la naturaleza misma del hombre como ser personal” (2003, p. 28).

Ahora bien, la palabra responsabilidad junto al elemento estatal “consiste en la obligación a cargo del Estado de indemnizar un daño que le es imputable” (Bernal & Fabra, 2013, p.560), tiene sustento en el argumento de que “todo daño obliga a la persona pública, a la que le es imputable, a

repararlo” (Oviedo, 1943, p. 366), y la regla general es que “la responsabilidad venga generada por actuaciones, hechos u omisiones realizadas por la administración pública” (Bascañán, 1997, p. 365).

En el ordenamiento jurídico colombiano la idea de que el Estado repare los daños causados por la acción u omisión de sus agentes y funcionarios es relativamente contemporánea, pues fue en el año de 1991 – año en el cual se expidió la Constitución Política de Colombia – que se determinó de forma clara y expresa dicha obligación a cargo del Estado.

Así las cosas, en el contexto colombiano se encuentran estipulado en el artículo noventa de la Constitución Política que:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 14)

De ello es dable señalar que el constituyente originario – garantista por naturaleza – buscó establecer en el sistema jurídico colombiano un postulado que le diera prevalencia real y efectiva al respeto y salvaguarda de los derechos humanos y fundamentales de las personas que también han sido incorporados al sistema como disposiciones constitucionales. Es decir, la Asamblea Nacional Constituyente realizó un proceso denominado como creación de derecho sobre derecho el cual ha sido ampliamente analizado especialmente por el ilustre jurista italiano Luigi Ferrajoli.

Dicho proceso se reduce a la idea de que la creación de las disposiciones normativas que realizan los órganos competentes para satisfacer las condiciones de estabilidad y de seguridad del sistema, debe tener como sustento siempre aquéllos postulados y estándares que han sido considerados como los cimientos del modelo de Estado y, que han sido denominados por la doctrina como principios.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, es claro que el artículo noventa superior citado previamente se constituye como una regla, que en el proceso de creación de derecho sobre derecho

antes mencionado tuvo como fundamento necesariamente el principio de legalidad, el principio de dignidad humana y el de solidaridad.

En este punto es necesario precisar que las reglas han sido consideradas como aquellas que “prescriben las conductas que se consideran como necesarias para el buen funcionamiento de la vida colectiva” (Dworkin, 1994, p. 97), siguiendo dicha línea argumental Hart ha explicado que son aquellas que “prescriben el comportamiento que es de esperarse por parte de los miembros del grupo en determinadas circunstancias o que facultan o autorizan a estos para llevar a cabo determinadas conductas” (2009, p. 79).

Ahora bien, el artículo noventa de la Constitución además de establecer las reglas que se deben de tener en cuenta para realizar el juicio de responsabilidad estatal, establece los elementos que deben concurrir para que se configure la reparación.

Señala la mencionada disposición que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, de ello es dable inferir que el daño antijurídico causado por la acción u omisión y, la amputación de dicho daño son los ejes fundamentales del régimen.

Al respecto Hinestrosa ha señalado que son elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado un hecho dañoso “imputable la administración un hecho sufrido por el actor que para estos efectos es quién los alegatos nexos causal que vincula estos dicha cosas esencial para concluir que el daño es consecuencia directa del hecho atribuido a la administración” (2016, p. 165).

El hecho sufrido por el actor, en la praxis se traduce en el daño antijurídico el cual ha sido definido como un “detrimento, menoscabo, perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona sus bienes espirituales y corporales o patrimoniales” (Gil, 1989, p. 105).

Es un concepto que parte de la idea de que la persona no tiene el deber jurídico de soportar el daño, en la práctica supone una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentra protegido en el ordenamiento jurídico. Ahora bien en la realización del juicio de responsabilidad posee un papel determinante pues sin daño no existirá de ninguna manera responsabilidad, en ese sentido:

Su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar en el proceso. Si no hubo daño no se puede determinar o no se le pudo evaluar hasta ahí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional relativo a la calificación moral de la conducta del autor resultarán necio e inútil (Hinestrosa, 2016, p. 26)

Por su parte la imputación significa atribuir el daño ocasionado al Estado, es decir, es un proceso que tiene la finalidad de determinar a qué sujeto se le puede endilgar la lesión causada, por tanto “la imputación va más allá de la simple causalidad, puesto que esta última presupone la existencia del daño como una entidad material fenoménica (Gil, 2013, p. 473).

En el ordenamiento jurídico colombiano la imputación se realiza partiendo de dos supuestos, por un lado se encuentra la conducta del agente estatal que causa el daño, y por otro lado se encuentra el régimen aplicable para el caso. Henao & Ospina, (2015) señalan en su obra que en el régimen de responsabilidad del Estado colombiano existen dos regímenes que son aplicables dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso, explican al respecto que existe:

Uno objetivo en donde el daño sufrido por la víctima implica un desequilibrio justificada en las cargas públicas que soportar normalmente las personas por el hecho de vivir en sociedad y otro subjetivo en donde además de la demostración de la existencia de un daño se exige que para su imputación jurídica ese menoscabo haya sido causado por la acción u omisión predicable del Estado de sus agentes y que igualmente la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo (p. 238)

En conclusión, el régimen de responsabilidad del Estado en el contexto jurídico colombiano, establecido en el artículo noventa de la Constitución Política de 1991 en donde se determina que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, es un régimen que opera como una garantía de los derechos de las personas que posee como elementos fundamentales el daño antijurídico y la imputación, en donde es imperativo enunciar al operador judicial los hechos que dieron origen a la



acción u omisión y el título de imputación aplicable para los casos concretos, y que, estructura él debe de reparar el daño antijurídico.

### **3. Proceso de imputación de daños antijurídicos causados a particulares por daños ambientales**

Los daños ambientales han sido considerados a lo largo de la historia como lesiones determinantes que pueden llegar a causar graves efectos de tipo negativo no solo en la población humana, sino que también en el entorno animal y en general en todos los ecosistemas.

Uno de dichos daños ambientales, es el generado por el ejercicio y desarrollo de la actividad minera pues a pesar de que en muchas ocasiones la actividad es desarrollada legalmente, es decir, cumpliendo con los parámetros y requisitos establecidos por el legislador las consecuencias resultan ser catastróficas en el entorno en donde se ejecutan.

A esto se le añade el problema de que este tipo de daño generado por la minería legal e ilegal además de causar grave consecuencias en el ambiente, puede llegar a causar daños antijurídicos en las personas generando de esta manera la lesión o el menoscabo de sus derechos fundamentales.

En este sentido, surge la responsabilidad del Estado colombiano cuando los agentes o funcionarios – incluso particulares en ejercicio de función pública – encargados de velar por la mitigación, prevención o resarcimiento de los daños ambientales que son originados como consecuencia de la actividad minera, omiten actuar o actúan contrariando el orden jurídico desconociendo las normas constitucionales y legales.

Al respecto altas cortes como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han venido generando de forma paulatina múltiples fallos que en conjunto establecen diversas teorías, formas, conceptos y requisitos para configurar la responsabilidad del Estado por daños ambientales, constituyéndose de esta manera una construcción dogmática sumamente importante, pues la generación de daños ambientales por su naturaleza constituye un aspecto que no puede ser analizado de acuerdo a la forma tradicional en que ha sido estudiada la responsabilidad del Estado en Colombia, pues posee rasgos *sui generis* que le otorgan connotaciones propias y específicas.

Para comenzar es necesario partir del precepto constitucional contenido en el artículo 80 de la Carta Política de 1991, el cual se refiere de forma específica a la responsabilidad ambiental, al señalar en su inciso segundo, que es deber del Estado exigir la reparación de los daños causados al medio ambiente por tanto es dable afirmar que esta disposición constitucional consagra un tipo de responsabilidad estatal diferente que surge o mejor, que tiene origen en el perjuicio ambiental.

Al respecto Rojas ha señalado que al aludir a la reparación de los daños causados frente al bien jurídico colectivo del ambiente o el ambiente sano “es razonable inferir que sirve de sustento de una tipología especial, singular y autónoma de responsabilidad cual es la responsabilidad por el daño ambiental (Rojas, 2012, pp. 42-43).

De ello es dable señalar que desde esta óptica, el presupuesto fundamental de esta responsabilidad se encuentra determinado por una afectación al medio ambiente y al ambiente sano, lo cual sin duda termina afectando a algunas partes de la colectividad o, a personas de forma específica. En cualquier caso, “existe el común denominador, como se decía, de una afectación al ambiente que, de una u otra forma, se concreta en un perjuicio indemnizable, detonante de la responsabilidad” (Rojas, 2012, p. 19).

Por lo anterior, es claro que el Estado puede ser declarado responsable por la producción de daños en el medio ambiente cuando la acción u omisión de uno de sus agentes causa un menoscabo ya sea directa o indirectamente en el medio ambiente o en los derechos de las personas.

En este punto es necesario señalar que el daño ambiental ha sido definido como una “agresión física, química o biológica que provoca una contaminación intolerable al sujeto de derecho, impidiendo que pueda usar o disfrutar de los bienes que componen el medio ambiente (Rodríguez, 2002, p. 57) o como “el menoscabo soportado por los elementos de la naturaleza o el medio ambiente (...) un perjuicio al medio ambiente, que afecta en forma directa la calidad de vida de los seres humanos” (Fernández, 2004, p. 2).

Es decir, el daño ambiental es un concepto que se encuentra comprendido no solo por el daño que afecta el patrimonio ambiental, además designa el daño de tipo particular que lesiona derechos subjetivos de las personas, lo cual genera la posibilidad de accionar el aparato judicial con la finalidad de que se repare el daño causado, es decir “legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extramatrimonial que le ha causado (Bustamante, 1998, p. 45).

Precisado lo anterior, es necesario continuar con el desarrollo del presente artículo ahora analizando algunos fallos que han abordado la temática del daño ambiental causado por el ejercicio de actividades mineras legal e ilegalmente, lo cual resulta desde el paradigma practico útil para resolver el problema de investigación planteado.

El Consejo de Estado en su jurisprudencia ha analizado la ocurrencia de daños antijurídicos por la minería, sin embargo, ha diferenciado dos aspectos, por un lado ha analizado la generación de daños de tipo ambiental por la práctica de actividades mineras en donde la transgresión de derechos de tipo colectivo y la protección del patrimonio público es el eje fundamental y en donde la acción procedente es la acción popular; y por otro lado ha estudiado la transgresión derechos fundamentales por la ocurrencia de daños antijurídicos generados a los particulares como consecuencia de la actividad minera legal o ilegal.

Uno de los fallos que mejor explica lo anteriormente señalado es la sentencia emitida en el año 2015 por la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado en donde se señala respecto de generación de daños al medio ambiente por la actividad minera legal que:

La acción popular procede para proteger eficazmente la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en el ámbito de la actividad contractual de la administración pública, sin que resulte válida la pretensión de subordinarla a la existencia de controversias entre las partes pendientes de decisión o al ejercicio de las acciones contractuales. Conforme con esos criterios jurisprudenciales, no cabe la menor duda en cuanto a la procedencia de la acción popular para proteger eficazmente los derechos colectivos, cuando son amenazados o vulnerados en el marco de la actividad contractual del Estado. Y ello debe ser así, porque, como lo reitera la jurisprudencia,

lejos de tratarse de una acción subsidiaria o residual, la popular se orienta a garantizar la prevalencia del orden superior y de los valores supremos, con la adopción de todas las medidas necesarias para superar los hechos y demás situaciones generadores de la afectación de los intereses colectivos (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Rad. 2010-00217, 2015)

En este punto es necesario recordar que la autorización de la actividad minera – como se explicó en los acápite anteriores – se efectúa por medio de la realización de un contrato de concesión en donde el Estado y un particular se ponen de acuerdo en la realización de estudios, trabajos y obras de exploración de minerales que son de titularidad del Estado.

En ese sentido, es procedente solicitar al Estado que se tomen las medidas necesarias para prevenir, mitigar o reparar los daños que han sido causados al medio ambiente en cumplimiento del objeto contractual, es decir, en ejercicio de la actividad minera, sin embargo, en este caso la acción procedente es la acción popular – regulada por la Ley 472 de 1998 – y no el medio de control de reparación directa.

En efecto, el medio ambiente en el contexto colombiano ha sido catalogado como un derecho de tipo colectivo que implica un “interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares” (Corte Constitucional, 1999) que debe ser protegido por medio de la acción popular, no obstante si se genera una transgresión de tipo individual también procede la acción de tutela como mecanismo transitorio, así lo ha señalado el alto tribunal en materia constitucional en una de sus sentencias en donde se explicó al respecto que:

La acción popular resulta adecuada para enfrentar la afectación del derecho colectivo vulnerado, pero ella no es suficiente para amparar el derecho fundamental que ha sido afectado en conexidad con el interés colectivo. En tal evento, la tutela es procedente de manera directa, por cuanto la acción popular no resulta idónea para proteger el derecho fundamental. Pero si no existen razones para suponer que la acción popular sea inadecuada, entonces la tutela no es procedente, salvo que el actor recurra a ella como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente resuelve la acción popular en curso y cuando ello resulte indispensable para la protección de un derecho fundamental (Corte Constitucional, 2012)

Por lo anteriormente señalado es dable inferir que la acción popular procede para proteger de forma eficaz la denominada moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en el ámbito de la

actividad contractual de la administración pública ejecutada con el objeto de realizar actividades o trabajos de minería en el contexto nacional cuando se genera un daño de tipo ambiental.

Siguiendo dicha línea argumental el Consejo de Estado señaló que:

Se impone la procedencia de la acción popular como mecanismo principal de control para garantizar la eficacia de los derechos colectivos, cuando quiera que son puestos bajo peligro de vulneración o son violados por la actividad contractual minera de la administración. Casos en los que corresponde al juez popular tomar todas las medidas necesarias para superar los hechos y demás situaciones potencial o efectivamente generadores de la afectación de los intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, a las que sirven entre otras, la declaratoria de nulidad de los contratos viciados de estas irregularidades, la pérdida de todos sus efectos y la imposición de las restituciones mutuas. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 2005- 02130, 2013)

Por lo tanto, la existencia de otros medios de defensa judicial – como las acciones efectuadas ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción en lo contencioso administrativa – se tornan improcedentes cuando se trata de solicitar la salvaguarda del medio ambiente.

Caso contrario ocurre cuando se causa un daño antijurídico en ejercicio de la actividad minera legal a un particular o cuando el daño generado al medio ambiente es la causa generadora del daño al individuo, pues en ese caso resulta procedente la interposición de una demanda de reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa con la finalidad de que el operador judicial condene al Estado a realizar la reparación de los perjuicios que fueron causados.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado que “a través de la acción popular no se pueden perseguir indemnizaciones individuales. La misma busca prevenir, restituir las cosas a su estado anterior y hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos afectados” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. No. 2002-1204 2006), y la Corte Constitucional ha recordado que:

Todos los habitantes del territorio colombiano deben gozar un ambiente sano, al igual que se estipula la obligación de velar por su conservación y prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (Corte Constitucional, 2012)

Es en este punto en donde el medio de control de reparación directa adquiere especial relevancia pues de acuerdo con la Ley 1437 de 2011 dicho medio es el procedente para solicitar la reparación de los daños antijurídicos causados a un particular como consecuencia de la actividad minera en el contexto colombiano, así se estipula en el artículo 140 que:

En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. (Congreso de Colombia, 2011)

Es importante señalar al respecto que en el contexto colombiano el órgano legislativo en ejercicio de sus facultades constitucionales determinó en el artículo 16 de la Ley 23 de 1973 que el Estado es responsable por acción en aquellos casos en donde se generan o causan afectaciones a las personas como consecuencia de los daños de tipo ambiental que se cometieron por la actividad minera. En dicha disposición normativa se señala específicamente que:

El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que 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. (Congreso de Colombia, 1973)

Adicionalmente, es imperativo tener en cuenta al respecto que el Principio 13 de la Declaración de Río emitida en el año de 1992 explicó respecto de la reparación de daños antijurídicos causados a las personas por el daño ambiental generado por la actividad minera que:

Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización de los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, y en zonas situadas fuera de su jurisdicción (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1992)

En ese orden de ideas, a partir de la teoría de los títulos de imputación del Estado explicada en la parte intermedia del presente artículo, se infiere que el título de imputación procedente para solicitar la

reparación de los daños antijurídicos causados es el de falla en las prestación del servicio en tanto, la causación del daño antijurídico se deriva de la violación por parte del Estado de una obligación o deber del cual es el principal garante; afectando a comunidades o personas naturales individualmente consideradas.

En efecto, la generación de daños antijurídicos a los particulares como consecuencia de la actividad minera es un aspecto que tiene como eje fundamental el hecho de que el Estado incumple las obligaciones que tiene a su cargo, lo cual se materializa en la omisión en la toma de medidas que tengan como objetivo lograr la protección real y efectiva, así como la conservación del medio ambiente, pues esta es la causa de la generación del daño al particular.

De acuerdo a lo analizado en el acápite intermedio la responsabilidad del Estado señala que la persona que debe responder por los perjuicios es el autor material de los mismos, no obstante en el caso de la generación de daños a los individuos como consecuencia de la actividad minera se presenta algo particular, pues en dicho evento el Estado no opera como autor directo del daño, sin embargo, es una obligación de este reparar, anticipar y prevenir los daños que con el ejercicio de la actividad minera se causen a comunidades e individuos.



## Conclusiones

- El medio ambiente como derecho constitucional de tipo colectivo fue establecido en el contexto colombiano como un límite al desarrollo industrial que posee sustento en la premisa de que los recursos naturales son limitados y finitos, por lo tanto es determinante moderar el accionar humano con la finalidad de lograr un desarrollo sostenible que garantice un planeta con recursos a las generaciones futuras.
- Los daños ambientales han sido considerados desde el paradigma doctrinal y jurisprudencial como daños que afectan el medio ambiente en sus procesos naturales de forma directa o indirecta cuando generan perjuicios a las personas o a sus patrimonios, derivados de aquellos daños ambientales puros.
- En el sistema normativo colombiano por disposición constitucional y legal existen una serie de obligaciones que tienen la finalidad de establecer como un actor fundamental en la protección, conservación, planeación y aprovechamiento del medio ambiente al Estado, por ello los daños antijurídicos que se causen a los particulares como consecuencia de la actividad minera son imputables al Estado.
- La acción popular y la reparación directa, son mecanismos que en el sistema jurídico colombiano buscan proteger intereses de tipo colectivo o individual respectivamente, sin embargo su aplicación varía de acuerdo a los elementos fácticos de cada caso concreto.
- La obligación que posee el Estado colombiano de responder por los daños que se causen al patrimonio o a los derechos y bienes jurídicos de los individuos posee fundamento en los principios de solidaridad, igualdad ante las cargas públicas, de equidad y de garantía integral del patrimonio de las personas y de su integridad.
- Es necesario que exista un daño antijurídico o una lesión derivada de una acción u omisión imputable al Estado producto de la actividad minera y una relación de causalidad que permita

vincular el daño causado al incumplimiento de las obligaciones por parte de la Administración, esto a fin de hacer esta circunstancia indemnizable.

- Se desprende de una lectura sistemática de la Carta y del ordenamiento jurídico colombiano que el Estado debe responder patrimonialmente ante la generación de daños antijurídicos causados a las personas como consecuencia de la actividad minera.
- La responsabilidad del Estado por daños al medio ambiente y por daños causados a las personas por el ejercicio de la minería debe ser imputada por medio del título de imputación denominado falla en el servicio, pues la responsabilidad surge de un hecho que se origina como consecuencia de la violación por parte del Estado de una obligación o deber del cual es el principal garante, obligación que se desprende de un servicio que no se presta o que se hace de una manera inadecuada o tardía.

## REFERENCIAS

- Alchourrón, C. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Madrid: Marcial Pons.
- Alchourron, C., & Bulygin, E. (1991). *Sobre la existencia de normas jurídicas*. México: Fontamara.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. (J. M. Seña, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- Ana Aranibar, R. B. (2003). *Pequeña minería y minería artesanal en Iberoamérica: conflictos, ordenamiento, soluciones*. Madrid: CYTED-CETEM.
- Arjona, A. (2010). “El Boom Minero en Colombia: ¿Boom de la Minería Ilegal y la Minería Anti técnica? En P. G. Nación, *Minería Ilegal en Colombia. Informe Preventivo* (pág. 2). Bogotá: El Profesional.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*. Estocolmo.
- Asamblea Nacional Constituyente. (10 de Octubre de 1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional* (114).
- Ballesteros, Á. (2007). *Manual de responsabilidad patrimonial de los entes locales*. Madrid: La Ley.
- Bascuñán, A. S. (1997.). *Tratado de derecho constitucional* (2° ed., Vol. IV). Santiago de Chile: Ediciones Jurídica.
- Bernal, C., & Fabra, J. (2013). *La Filosofía de la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Universidad Externado.
- Bustamante, A. (1998). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer.

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). Ley 80, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *Diario Oficial*, CXXIX (41094).

Congreso de Colombia. (8 de septiembre de 2001). Ley 685, "Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial*, CXXXVII (44545).

Congreso de Colombia. (18 de Enero de 2011). Ley 1437, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial*, CXLV (47956).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (08 de abril de 2003). *Sentencia Rad. No. 2002-1204. C.P: Camilo Arciniegas Andrade*. Bogotá.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (29 de abril de 2015). *Sentencia Rad. No. 2010-00217. Actor: Sergio Hernando Santos Mosquera. Demandado: Municipio De Ricaurte Y Otros*. Bogotá.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2 de diciembre de 2013). *Sentencia Rad. No. AP 76001-23-31-000-2005-02130-01. C.P: Stella Conto Díaz del Castillo*. Bogotá.

Corte Constitucional. (14 de abril de 1999). *Sentencia C - 215. M.P: Martha Victoria Sáchica De Moncaleano*. Bogotá.

Corte Constitucional. (27 de septiembre de 2012). *Sentencia C-748. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá.

Corte Constitucional. (24 de agosto de 2012). *Sentencia T-661. MP Adriana M. Guillén Arango*. Bogotá.

Corte Constitucional. (27 de julio de 2016). *Sentencia C - 389, Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa*. Bogotá.

- Corte Constitucional. (18 de mayo de 2016). *Sentencia C-259, Magistrado sustanciador: Luis Guillermo Guerrero Pérez*. Bogotá.
- Dworkin, R. (1977). *Los Derechos en Serio*. (M. Guastavino, Trad.) Madrid: Ariel Derecho.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia*. (C. Ferrari, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- Enterría, E. G. (1981). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- Fernández, J. (2004). *Los daños causados al medio ambiente*. Valencia: La Ley.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías, La Ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Gil, E. (2010). *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (4ta ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Gil, E. (2013). La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En C. Bernal, & J. Fabra, *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 470-490). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gil, E. (1989). *Responsabilidad Contractual de la Administración Pública*. Bogotá: Temis.
- Guastini, R. (Marzo de 1999). Principios de derecho y discrecionalidad judicial. *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate, Temis* (34), 25-42.
- Hart, H. (2009). *El concepto del derecho*. (G. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hinestrosa, F. (2016). *Responsabilidad extracontractual: Antijuridicidad y Culpa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Hitscherich, J. (2005). *Elementos del contrato estatal*, Colección Estudios de Derecho. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Kant, I. (2007). *Crítica de la razón pura. Dialéctica Trascendental* (1° ed.). Buenos Aires: Cuhue.
- Kelsen, H. (1958). *Teoría General del Derecho y del Estado* (2da ed.). (E. G. Máñez, Trad.) México: Textos Universitarios UNAM.
- León, J. (julio de 2014). Tensión entre derechos y principios. Consideraciones a la interpretación judicial de la moral en la praxis del derecho. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 8(2), 15-34.
- León, J. (2017). Operatividad lógica de los sistemas maestros. En O. A. León, M. Prieto, & Y. Reyes, *Lógica aplicada al razonamiento del derecho* (2da ed., págs. 83-106). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Marín, J. Z. (2001). *Fundamentos para iniciarse en el derecho* (8° ed.). Bogotá: ARFO.
- Ministerio de Minas y Energía. (Agosto de 2003). *Glosario Técnico Minero*. Obtenido de Agencia Nacional Minera: Recuperado de: <https://www.anm.gov.co/sites/DocumentosAnm/glosariominero>
- Morin, E. (2007). *Complejidad restringida y Complejidad generalizada o las complejidades de la Complejidad* (Vol. 12). Santiago: Utopía y Praxis Latinoamericana.
- Oviedo, C. (1943). *Derecho Administrativo. Introducción. Doctrina General. Organización Administrativa* (Vol. I). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Picazo, L. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-civitas.
- Rodríguez, G. (2002). *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Roig, F. (1999). *Problemas de la Eutanasia*. Madrid: Dykinson.

Rojas, S. (2012). *La responsabilidad civil por afectaciones ambientales*. Bogotá: Ibáñez.

Sánchez, S. (2013). *La protección penal del Medio Ambiente: análisis del artículo 338 del Código Penal colombiano (CP) sobre minería ilegal*. Bogotá: Diálogos de Saberes.