

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ACTIVIDAD EMPRESARIAL Y AFECTACIÓN AL AMBIENTE: ENTRE LA LAXITUD DEL VACÍO
Y EL RIGORISMO DE LA IMPUTACIÓN A ULTRANZA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA.

Javier Moreno Monsalve

Tesis para optar al título de

ABOGADO

Director

DR. DAVID ARCE ROJAS

BOGOTÁ

2010

Agradecimientos especiales.

-A Jesucristo, mi señor y mi Dios, a quien agradezco por sobre todas las cosas.

-A mi ilustrísima madre Rosita Monsalve Muñoz por su apoyo incondicional en todas las facetas de mi vida.

- A mi ilustrísimo padre, Javier Moreno Silva. Contratista privado y experto en HSEQ¹, quien ha creído en mí y apoyado con su intachable ejemplo como padre y profesional, cuyos consejos y gran experticia en temas ambientales, han posibilitado además, llevar a buen término el presente trabajo investigativo.

- A mis queridos hermanos Tatiana y Didier por acompañarme con camaradería y lealtad a lo largo de mi vida.

-Al Doctor David Arce Rojas por dirigir la presente tesis, así como por su valiosísimo apoyo en punto de la formulación de las ideas y su recta sustentación jurídica.

- Al Doctor Roberto Borda Ridao por su amistad y por concederme el privilegio de trabajar en el vasto mundo del derecho económico colombiano.

-Al Doctor Carlos Botero Borda, por sus consejos, por su amistad y por guiarme con su inmensa experticia y profundos conocimientos en derecho ambiental y de petróleos en punto de la elaboración y perfeccionamiento de este trabajo investigativo.

-Al Doctor José Ignacio Lombana Sierra, por su amistad, por brindarme la oportunidad de adentrarme en el deslumbrante y fascinante ejercicio del derecho penal y por enseñarme el valioso conocimiento de cómo litigar recta y eficazmente.

- Al Doctor Jaime Pinto Serrano. Director del Área de Asuntos Ambientales de ECOPETROL S.A, por sus valiosos consejos y observaciones jurídicas en el desarrollo del presente documento.

-A la excelsa facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, por la valiosa y muy completa formación académica y humana que me han brindado a través de mis años de estudio.

¹ Sistemas de gestión empresarial en salud, seguridad, ambiente y calidad (Health Security Environment and quality).

Resumen

En virtud de los problemas que para la industria se han derivado merced a la indefinición jurídica que acusa la responsabilidad civil² por daños al ambiente en la definición de qué es daño ambiental, en el presente escrito se harán sendos comentarios tanto sobre las luces que da la doctrina, así como el derecho comparado y patrios haciéndose énfasis en las normas que contiene el estatuto sancionador ambiental actual, ley 1333 de 2009, para así concluir con observaciones y propuestas sobre el particular.

Palabras clave

Ambiente, daño ambiental, responsabilidad por daños ambientales, derecho ambiental

² Cfr. Monsalve José Dolores, Tratado Sobre la Extinción de las Obligaciones Civiles, Imprenta Nacional, Bogotá, 1914.

ÍNDICE

I *Introducción.*

II *Precisiones jurídico- conceptuales. Análisis de la ley 1333 de 2009.*

III *Derecho comparado.*

IV *Andamiaje jurídico patrio.*

V *Conclusiones: Recomendaciones y propuestas.*

VI *Bibliografía.*

I Introducción.

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización” (Itálicas no originales)

“Todas las personas tiene derecho a gozar de un ambiente sano.” (Itálicas no originales)

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con (...) el ambiente (...) Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.
(Itálicas no originales)

Al rompe pareciera que los artículos 2341 del Código Civil y los artículos 79 y 88 de la Constitución Política de 1991 arriba citados constituyen la última palabra que la fluida dinámica de los negocios exige y necesita hoy día de cara a la definición de los cimientos que sustentan la institución de la responsabilidad derivada de daños al ambiente.

Sin embargo, la realidad percibida desde la perspectiva de los casos controvertidos demuestran claramente lo contrario³ debido quizá a una posible indeterminación

³ Casos como la reciente decisión de CORPONOR de sancionar a ECOPETROL por el derrame de hidrocarburos ocurrido sobre el río Pamplonita en el año 2007. Fuente: http://rse.larepublica.com.co/archivos/MACRO/2009-03-18/sancionan-a-ecopetrol-por-derrame-de-petroleo-en-2007_69421.php

jurídica en torno a la definición concreta del daño ambiental en términos de su individualidad versus el infinito plexo fáctico que supone cualquier afectación al ambiente emanada de las actividades humanas.⁴

Visto de otro modo, la discusión es susceptible de apreciarse desde los siguientes cuestionamientos: ¿Podría decirse que en Colombia el empresario ha de ser declarado responsable por cualquier variación que genere sobre el ambiente a raíz del despliegue de su actividad? ¿Podría afirmarse por el contrario, que sólo un tipo especial o cualificado de alteración o afectación del ambiente permite el ejercicio de imputación jurídica del resultado dañoso? Acaso el problema radica en un vacío legal? O tal vez pueda atajarse la cuestión tras un análisis de la antijuridicidad de la conducta?

Afincada entre la libertad de empresa⁵ y el derecho a un ambiente sano⁶, la discusión jurídica que en el presente escrito se pretende poner sobre la palestra, habrá de comprender diversos elementos tanto normativos como doctrinales y jurisprudenciales que permitan al lector aproximarse a una conclusión sobre si en nuestro país existe o no un concepto de daño ambiental que en materia de responsabilidad permita acercar la necesidad de seguridad jurídica sentida por el empresario y el imperativo constitucional de defensa del ambiente.

Para tal fin, propongo el siguiente orden de exposición de los temas: A manera de ubicación conceptual haré referencia a ciertos conceptos que permitan delimitar el

⁴ El planteamiento según el cual hace falta más concreción en los supuestos configurativos de responsabilidad por daño al medio ambiente ya ha sido esbozado tenuemente por la doctrina. Ad ex. cito a Calle Vásquez Rosángela, Procedimiento Administrativo Sancionatorio en Materia Ambiental, en Londoño Toro Beatriz, Gloria Amparo Rodríguez y Herrera Carrascal Giovanni J. (editores académicos), Perspectivas del derecho Ambiental en Colombia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006. Pp 297 y ss.

⁵ Art. 333 Constitución Política de 1991, en adelante CP

⁶ Art. 79 CP

problema jurídico que se ha advertido en precedencia, sobre la base de ideas doctrinales fundamentalmente. En un segundo momento se expondrá brevemente una percepción de la regulación foránea sobre el tema de la responsabilidad derivada de daños causados al ambiente. Finalmente, se propondrá un análisis de los elementos jurídico-positivos y jurisprudenciales existentes hoy en Colombia en la materia en comentario.

Finalmente, constarán sendas conclusiones en el tema planteado, sin perjuicio de un breve aparte privilegiado en que se comente la nueva ley sancionatoria en materia ambiental, que en mi sentir constituye un referente de gran importancia dentro del universo jurídico relacionado con la responsabilidad derivada de afectaciones al ambiente, sin perjuicio de las falencias que en su momento se pondrán de presente.

II Precisiones jurídico- conceptuales. Análisis de la ley 1333 de 2009.

En términos estrictamente generales suele hablarse de responsabilidad fundamentada en la existencia de los elementos clásicos de la misma, a saber: daño, nexo causal y factor de imputación⁷. Con todo, tanto en la normatividad como en la jurisprudencia y en la doctrina se han hecho significativas distinciones entre los distintos campos en que puede configurarse una imputación fáctica y jurídica de un resultado, o sea, la atribución de unos hechos a una persona.

Así, se habla hoy en día de responsabilidad penal, de responsabilidad civil, de responsabilidad fiscal, de responsabilidad disciplinaria y de responsabilidad administrativa a manera de ejemplificación. Todas ellas tienen en común la estructuración del ejercicio de imputación fáctica y jurídica de unos hechos, a partir de los tres pilares anotados.

En este orden de ideas, cabe hablar de la cuestión de qué tipo de responsabilidad será objeto de estudio en el presente trabajo⁸; pues bien, en materia ambiental y concretamente en punto de la causación de un daño al ambiente, pueden suscitarse muchos tipos de responsabilidad así por ejemplo, pueden materializarse los siguientes:

⁷ No obstante, algunos sectores de la doctrina hablan de más elementos integrantes de la institución jurídica de la responsabilidad. Así ad ex, Lavilla Rubira comenta que la responsabilidad civil derivada de daños al medio ambiente requiere para su configuración de los siguientes elementos:

-Una acción u omisión

-generación de un daño cierto y verificable

-Existir nexo causal entre la acción u omisión y el daño.

-presencia de culpa o negligencia, sin perjuicio de que los tribunales españoles hayan venido adoptando una postura objetiva en el sentido de que se invierte la carga de la prueba en contra de quien contamina. Cfr. Lavilla Rubira Juan José y Menéndez Arias María José, *Todo Sobre el Medio Ambiente*, Editorial Praxis, S.A., España, 1996, pp 585-586

⁸ Cfr. Santos Ballesteros Jorge, *Instituciones de Responsabilidad Civil*, Pontificia Universidad Javeriana, tomo 3, Primera Reimpresión, Marzo 2006, Bogotá, 2006.

2.1.- Responsabilidad penal: Se configura en los supuestos en que se incurre en los tipos penales dispuestos en el Código como protectores del bien jurídico ambiente. Así, notemos que el código Penal en su título XI comprende los llamados delitos contra los recursos naturales y ambiente. Más concretamente, se pueden encontrar entre los art. 328 y 338 estos delitos (entre otros):

2.1.2.- Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables.

2.1.2.- Violación de fronteras para la explotación de recursos naturales.

2.1.3.- Contaminación ambiental

2.1.4.- Caza ilegal

2.1.5.- Pesca ilegal.

Ahora bien, en materia de responsabilidad penal, se incurre en responsabilidad cuando se satisface íntegramente el supuesto de hecho del tipo penal (principio de tipicidad, art. 10 Código Penal), con la particularidad de que al ser estos delitos tipos penales en blanco, el supuesto de hecho se realiza según se regule la materia ambiental. Ad ex, tomemos el tenor literal del art. 328 que dice “el que con incumplimiento de la normatividad existente (...)”; Nótese cómo el tipo penal lleva a que la descripción del mismo, para ser cabalmente entendida, tenga que enriquecerse con lo que sobre el particular se haya regulado por fuera del derecho penal.

2.2.- Responsabilidad civil⁹: Se configura en los eventos en que un particular ve menoscabados sus derechos patrimoniales, sea bajo la modalidad contractual o

⁹ Cfr. Manuel Guillermo Sarmiento García, El régimen de responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Externado Revista Jurídica, Volumen 8, Número 1, Diciembre 1995, pp 97-102

extracontractual, merced a la causación de un daño que desmejora el ambiente. Un breve ejemplo puede servir: Una empresa dedicada a la interconexión eléctrica extiende redes eléctricas a través de una finca propiedad de una persona natural. En el proceso, por el paso de maquinaria a la finca por ejemplo, se arrasa con el pastizal y el ganado deja de tener fuente de alimento. Nótese pues que en este caso se trata de la afectación de uno o más patrimonios determinados. Igualmente, se trata de una responsabilidad por la causación de un perjuicio cuantificable, en el entendido que sólo se genera responsabilidad civil por los daños que se causen, siempre que el perjuicio sea cuantificable.

2.3.- Responsabilidad derivada del desconocimiento del derecho a un ambiente sano. Se trata de una responsabilidad que cuenta con caracteres propios desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991 (sin perjuicio de que otrora hubieren existido acciones similares a actuales acciones populares)¹⁰ en el sentido de que para su cabal declaración, entre otras cosas:

2.3.1.- Se tiene por afectado, no un patrimonio en específico, sino un bien jurídico y más exactamente un concepto de amplísimo espectro: El ambiente como derecho colectivo¹¹. Supone lo dicho una característica adicional de este tipo de responsabilidad, a saber:

2.3.2.- La tasación del perjuicio es inexacta y difícil de precisar en cada caso. La razón es múltiple en la inteligencia de que por un lado, sin que haya una persona natural que

¹⁰ Cfr. Santos Ballesteros Jorge. Obra citada.

¹¹ Al respecto véase: Corte Constitucional de Colombia, sentencias T 067 de 1993 MP Angarita Barón Ciro y Morón Díaz Fabio; SU 442 de 1997 MP Herrera Vergara Hernando y T 514 de 2007 MP Araújo Rentería Jaime. Cfr. Sands Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2003, pp 912-924. Ruiz-Rico Ruiz Gerardo, *El Derecho Constitucional al Medio Ambiente. Dimensión Jurisdiccional*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2000, pp 121-124.

en su propio haber se vea perjudicada, no es fácilmente determinable la pérdida en términos estrictamente monetarios. Por otro lado, porque en la causación de daños ambientales generalmente confluyen multitudes de causas¹² que para culmen, tienden a manifestarse con el paso de considerables lapsos. Finalmente, puede decirse que la tasación del perjuicio presenta estas dificultades por los índices de recuperación del hábitat o entorno afectado por la actividad humana.

2.3.3.- Tiene acción particular para hacerse valer: La *acción popular*, instrumento jurídico regulado en el art. 88 de la Constitución y en la ley 472 de 1998.¹³

2.3.4.- Generalmente se consagran alrededor del mundo bajo el esquema de responsabilidad objetiva. El objetivo, sin perjuicio de otros, es simple: Facilitar la internalización de los costos que involucra la reparación o compensación por daños al ambiente. Al respecto Palao Moreno y Cabanilas Sánchez comentan que los daños al ambiente generan por regla general responsabilidad objetiva en su entorno europeo, de suerte que verificado el daño, no hace falta acreditar culpa para imputar el resultado antijurídico, de suerte que se puede atajar la responsabilidad sólo demostrándose rompimiento del nexo causal.¹⁴

2.3.5.- Usualmente, la antijuridicidad se define en función del sobrepaso de límites cuantitativos que en punto tocante a niveles de emisión por ejemplo, se imponen a los particulares e igualmente, a través de la consagración de limitaciones por la vía de las

¹² Cfr. Huidobro Fernando, La Responsabilidad por Daños al Medioambiente y su Personificación en la Figura de los Administradores de la Sociedad, en: - Varios Autores. Estudios Sobre la Responsabilidad Civil Medioambiental y su Aseguramiento, Editorial Española de Seguros, S.L., Sagasta, 1997.

¹³ Cfr. Rodas Monsalve Julio César, Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1995, Pp 83 a 100

¹⁴ Cfr. Palao Moreno Guillermo, La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente (Aspectos Internacionales), Editorial Tirant Lo Blanch, Universitat de Valencia, Valencia, 1998, pp126-127, quien cita a su vez a Cabanilas Sánchez A., La reparación de los Daños al Medio Ambiente, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp 151-154

licencias ambientales¹⁵. Lamentablemente, la imposición normativa de límites de esta índole no siempre es factible por la complejidad de variables que a veces intervienen en la alteración del ambiente, luego no siempre se dispone de reglas claras sobre el particular, luego la definición de la misma generalmente queda a merced del fallador.

2.3.6.- Finalmente, puede decirse que tiene un procedimiento propio así como una jurisdicción específica, todo lo cual se encuentra regulado, fundamentalmente en la Constitución Política de 1991, art. 88 y la ley 1333 de 2009. Como esta última regula in extenso el procedimiento sancionatorio en materia ambiental, en las líneas que siguen se consignará un análisis de la misma en aparte privilegiado como sigue.

2.4.1.- **Comentarios sobre la ley sancionatoria en materia ambiental 1333 de 2009**¹⁶.

Sobre la misma cabe hacer las siguientes consideraciones:

2.4.1.1.- En punto de la historia de la expedición de la ley bajo análisis, puede acotarse lo siguiente:

2.4.1.1.1.- La *summa ratio* que motivó la expedición de la ley 1333 de 2009 no es otra que el establecimiento de un procedimiento SANCIONATORIO que diera cabal aplicabilidad al debido proceso regulado en la Constitución de 1991, art. 29.¹⁷

¹⁵ Sobre las licencias ambientales, valga acotar que sobre la base del estudio de impacto ambiental e incluso, del estudio ambiental de alternativas, se derivan precisos linderos técnicos sobre los cuales la autoridad ambiental autoriza el desarrollo de una actividad económica, de suerte que si se sobrepasan los estrictos condicionamientos y límites que se reseñan en la licencia ambiental, se genera responsabilidad. En las siguientes páginas verá el lector qué tipo de responsabilidad se deriva, bien del sobrepaso de los límites dados en las licencias ambientales (A la sazón, las actividades económicas con mayor impacto ambiental), bien en desarrollo de una actividad productiva que no precise licencia ambiental. Sobre el particular, véase: Ley 99 de 1993.

¹⁶ Íntegramente permeados por los cuestionamientos que se elevan en: Carrizosa María Lucía, la ley 1333 de 2009, avance o retroceso ambiental?, http://www.portafolio.com.co/opinion/blogs/post.php?id_blog=3826213&id_post=450019045

¹⁷ Congreso de la República, Ponencia para primer debate, PROYECTO DE LEY 092 DE 2006 SENADO. GACETA DEL CONGRESO 485 del 26/10/2006, Acta de Plenaria 16 del 18 de noviembre de 2008, Senado.

2.4.1.1.2.- Igualmente, en la exposición de motivos se establece que al procedimiento sancionatorio ambiental se le han de aplicar íntegramente las normas contenidas en el Código de lo Contencioso Administrativo.

2.4.1.1.3.- Son fundamentalmente 3 las motivaciones de la expedición de la ley 1333, a saber:

2.4.1.1.3.1.-El desarrollo de los postulados constitucionales relativos al ambiente.

2.4.1.1.3.2.-La ausencia de un procedimiento sancionatorio holístico y expresamente diseñado para la imposición de sanciones por daños cometidos contra el ambiente.

2.4.1.1.3.3.-El desarrollo de la función de policía administrativa dada a las autoridades ambientales.

2.4.1.1.4.- Aún con anterioridad a la ley 99 de 1993, la inexistencia de un procedimiento sancionatorio específico para el tema ambiental no existía en Colombia, de suerte que aplicaban procedimientos individuales por cada recurso Natural así:

Decreto 1541 de 1978 en materia de aguas no marítimas, Decreto 1608 de 1978 en materia de fauna silvestre, decreto 1681 de 1978 en lo concerniente con los recursos hidrobiológicos, Decreto 02 de 1982 en cuanto a emisiones atmosféricas, Decreto 1594 de 1984 en materia de aguas y residuos líquidos¹⁸

2.4.1.1.5.- Otras razones que motivaron el proyecto de ley son también:

2.4.1.1.5.1.- La radicación de competencias en materia de procedimiento para imposición de sanciones por comisión de daños contra el ambiente en cabeza del

¹⁸ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS GACETA DEL CONGRESO 300 del 22/08/2006

ministerio de salud y otras instituciones del ramo, las cuales no son las únicas existentes en Colombia que tengan que ver con la temática ambiental.

2.4.1.1.5.2.- No existía disposiciones especiales que hablaran del supuesto en que tuviera que disponerse por incautación, de material fáunico por ejemplo.

2.4.1.1.5.3.- No existían criterios para la imposición de sanciones en función de la gravedad de la infracción.

2.4.1.1.6.- Se destaca como aparte de interés, que el legislador tuvo en cuenta los siguientes criterios a la hora de regular el tema de las medidas preventivas y de las sanciones por daños contra el ambiente así:

2.4.1.1.6.1.- Identificación de las conductas sancionables en una norma previa (tipicidad)

2.4.1.1.6.2.- Identificación previa de las medidas preventivas y de las sanciones para el infractor de las normas ambientales (artículo 85 Ley 99 de 1993)

2.4.1.1.6.3.- Autoridad competente para su imposición (autoridades ambientales)

2.4.1.1.6.4.- Sujetos sancionables (infractores de las normas ambientales)

2.4.1.1.6.5.- Procedimiento aplicable (actualmente en el Decreto 1594 de 1984)

2.4.1.1.6.6.- Garantías a los investigados (derecho de defensa, presunción de inocencia, aportar y controvertir pruebas) (artículo 29 C. P., Decreto 1594 de 1984, C.C.A.).”

2.4.1.2.- En punto de las objeciones que el gobierno elevó con referencia al proyecto de ley que hoy se refleja en la ley 1333 de 2009¹⁹, puede decirse lo siguiente:

2.4.1.2.1.- Una objeción de fondo propuesta por el Gobierno al proyecto de ley fue que existía vicio de inconstitucionalidad en tanto y en cuanto en su sentir se violaba el derecho al debido proceso por existir presunción de culpa en contra del infractor en el marco de un proceso de cuño sancionatorio.

2.4.1.2.2.- En respuesta, el Congreso estima que no existe inconstitucionalidad alguna, por cuanto la presunción de culpa que presenta la norma es de naturaleza lega, es decir, se admite prueba en contrario, luego no se hace nugatorio el ejercicio del derecho de defensa; simplemente éste se hace más exigente.

2.4.1.2.3.- A su vez, sostiene el congreso que además, la constitucionalidad de la presunción de culpa radica en que al paso que como se apuntó, se hace más exigente el ejercicio del derecho de defensa, igualmente la disposición apunta a la defensa de intereses jurídicos de la mayor importancia como lo es el ambiente.

2.4.1.2.4.- Igualmente, se apoya el Congreso en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a fin de afirmar que concretamente, en derecho administrativo sancionador se ha reconocido que no existe inconstitucionalidad alguna en el establecimiento de presunciones de culpa. Ad ex, cita la sentencia C 506 de 2002.

2.4.1.2.5.- En suma, el Congreso pone de presente que según la Corte Constitucional, es perfectamente constitucional la implementación de presunciones legales en derecho administrativo sancionatorio, siempre que se respeten estas 3 condiciones así:

¹⁹ OBJECIONES PRESIDENCIALES AL PROYECTO DE LEY 092 DE 2006 SENADO, 238 DE 2008 CÁMARA.

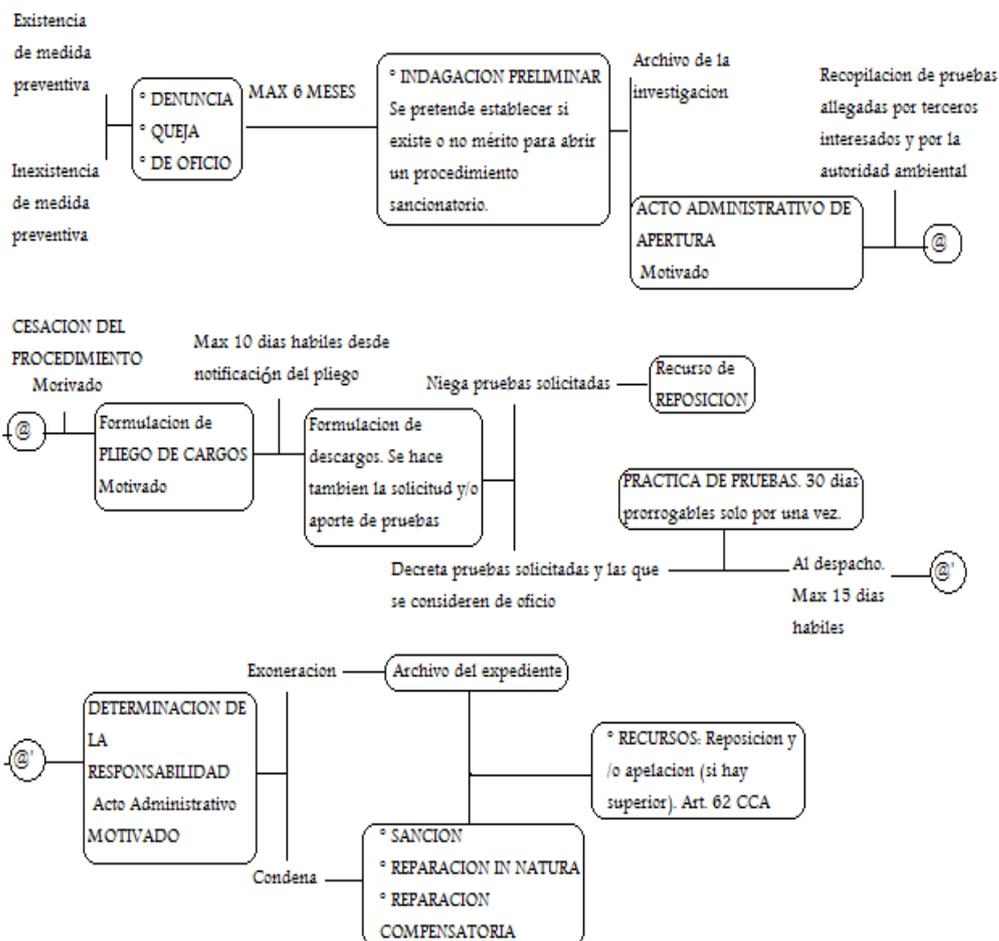
2.4.1.2.5.1.- Que la presunción de culpa sea razonable

2.4.1.2.5.2.- Que la presunción esté encaminada hacia un fin legítimo

2.4.1.2.5.3.- Que la disposición guarde proporcionalidad en función del fin perseguido con la misma.

2.4.2.- Su procedimiento: Sobre el mismo, puede decirse que en líneas generales apunta hacia la garantía del debido proceso (tal como se advirtió anteriormente). Consta concretamente de pasos procesales muy sencillos en que se realza la importancia del debate probatorio. A continuación se sirve un esquema del mismo así:

**LEY 1333 DE 2009. PROCEDIMIENTO
SANCIONATORIO. TÍTULO IV, ARTICULOS 17 Y SS**



2.4.3.-En su art 1 párrafo se erige el sistema colombiano de responsabilidad por daños al ambiente sobre la base de la presunción de culpa en la causación de afectaciones al ambiente, de suerte que la misma se presume e igualmente, se genera para el agente contaminante la carga probatoria de diligencia.

2.4.4.- Se apunta que la disposición adolece del problema consistente en equiparar la culpa y el dolo. Concretamente, la falla no es otra que en estricta técnica jurídica la culpa puede ser entendida como un término genérico que engloba a su vez los factores

de imputación dolo y culpa individualmente considerados (culpa puede ser entendida como impericia o negligencia para efectos de imputación, al paso que el dolo, como bien lo tiene definido la regulación del C.C. consiste *grosso modo* en la intención manifiesta de causar daño a personas o bienes de otras personas) todo lo cual imposibilita el despliegue de una recta ponderación de factores por parte de la autoridad ambiental a la hora de imponer la sanción que corresponda; dicho de otro modo, si no hay criterios claros para distinguir la intensidad de la culpa con que se comete un daño ambiental, tampoco es claro el criterio que permite imponer una sanción más o menos gravosa que otra, máxime cuando la norma se presta para contradicciones en el sentido de que si bien no se distingue entre dolo y culpa, en su art. 7 se reseñan sendos criterios de agravación de la responsabilidad.

2.4.5- El art. 5 habla de los supuestos en que se afianza la responsabilidad. Al respecto la norma dice que la infracción ambiental se construye sobre los mismos supuestos que se requieren en materia civil para que se configure la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, al reseñarse aquellos supuestos, la norma incurre en una omisión de la mayor importancia, pues habla de daño, hecho generador con dolo o culpa y nexo causal, pero no se habla de la antijuridicidad del mismo, siendo este último concepto también un pilar fundante de la responsabilidad. Dicho de otro modo, no cualquier daño genera responsabilidad; sólo aquel que se presente en la práctica como la trasgresión de un deber jurídico que adicionalmente genera un perjuicio.

2.4.6.-Con todo, el art. 7 trae un criterio interesante desde la perspectiva de la necesidad de determinación de cuándo se puede hablar de un daño grave. Al respecto, la norma dice que la gravedad de un daño se mira o determina es en función de la

función de la especie vulnerada, de sus características particulares y del grado de amenaza a que esté expuesto.

2.4.7.- Finalmente, hay que hacer manifiesta la circunstancia de que la ley bajo análisis comporta un yerro altamente relevante consistente en que en nuestro criterio, de manera errónea aunque constitucional según proveído vertido en sentencia C 595 de 2010, alude implícitamente a un sistema de responsabilidad objetiva así:

2.4.8.- De manera errónea por los siguientes argumentos:

2.4.9.- En los art. 1 y 5 literalmente menciona que se presumirá la culpa o el dolo, pudiéndose desvirtuar en punto del ejercicio de imputación jurídica del resultado dañoso lo cual permitiría pensar en un sistema de presunciones de culpa²⁰. No obstante, en el art. 8 que contiene las causales eximentes de responsabilidad, sólo se dice que se tendrán por tales la fuerza mayor, el caso fortuito y el “hecho de un tercero, sabotaje o acto terrorista”, con lo cual se genera el efecto práctico (toda vez que es norma posterior a las anteriormente citadas) de que la imputación de responsabilidad no tiene en cuenta la culpa con que obra el sujeto presuntamente responsable, es decir, se invita a la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva en el sentido de que los efectos antedichos son idénticos a los generados a partir de aquel esquema de imputación jurídica.

2.4.10.- En sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 24 de agosto de 2009 con ponencia del Magistrado William Namén Vargas se han hecho importantes precisiones conceptuales cuya valía yace en que constituyen en conjunto una modificación de toda la jurisprudencia precedente en materia de responsabilidad

²⁰ Santos Ballesteros Jorge, Obra citada, Pp 33-43.

objetiva proveniente de la misma corporación, con el *plus* de que se hace también mención en su *obiter dictum* a la jurisprudencia sentada por el Contencioso-administrativo, de suerte que no es inocuo ni infecundo para el análisis de la ley que ocupa nuestra atención hacer breve alusión de la misma así:

En la aludida providencia el caso que se decide se originó en un accidente de tránsito ocurrido en la carretera que comunica a Santa Marta con Medellín entre dos automotores, siendo uno de los argumentos que sostiene el recurso que se incoó en su momento la tesis según la cual el fallador de segunda instancia erró en el sentido de aplicar el sistema de responsabilidad correspondiente al régimen de actividades peligrosas , cuando debió aplicar el régimen de culpa probada en sentir de los casacionistas, toda vez que hubo concurrencia dual en la causación del daño según los referidos hechos.

Ya en los considerandos, la Corte:

2.4.10.1- Reitera una vez más que tanto la jurisprudencia como la doctrina alrededor del mundo, acotan a su turno que la configuración de la responsabilidad como obligación²¹ de reparar un daño, exige la precisión concreta del daño, de la acción u omisión que lo causa y el nexo causal, a fin de que se haga evidente o a lo sumo posible, el ejercicio de imputación jurídica. Es precisamente en este último punto donde se presentan diferentes sistemas (ad. Ex. Culpa probada, culpa presunta, teoría del riesgo, etc.) Que se presenta la discusión sometida a examen.

²¹ Cfr. Monsalve José Dolores, Tratado Sobre la Extinción de las Obligaciones Civiles, Imprenta Nacional, Bogotá, 1914.

2.4.10.2.- Por primera vez en su historia, admite la hipótesis según la cual en el ordenamiento jurídico Colombiano sí existe responsabilidad civil objetiva, es decir una modalidad de imputación jurídica de la obligación de reparar daños causados a raíz del despliegue de actividades peligrosas donde la apreciación de la culpabilidad del sujeto activo de la conducta resulta COMPLETAMENTE irrelevante, de suerte que en su favor sólo podrá alegar una causa extraña (caso fortuito o fuerza mayor, hecho de la víctima y hecho de un tercero).

2.4.10.3.- Advierte que si bien la Carta de 1991 alude a la responsabilidad objetiva en su art. 29 en el sentido de proscribirla, ello se enmarca sólo dentro de los ámbitos penal , disciplinario y sancionatorio en general, de forma que como bien lo dice su art. 88, “la ley(...) definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”, caso éste por lo demás, el de los daños cometidos contra el ambiente (Cfr. Ley 23 de 1973, Declaración de Río, Art. 16), se resalta, dentro del ámbito de la responsabilidad Civil.

Así pues, y a manera de síntesis de los anteriores considerandos, la Corte se expresa en punto de la correcta dimensión de la responsabilidad civil objetiva así:

“9. La Sala, por tanto, en su labor de unificación, respecto de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, reiterando en lo pertinente la jurisprudencia expuesta desde las sentencias de 14 de marzo de 1938 y de 31 de agosto de 1954, con las precisiones y complementaciones antedichas, puntualiza su doctrina y concluye, en síntesis:

a) Es una responsabilidad cuyos elementos estructurales se reducen al ejercicio de una actividad peligrosa, el daño y la relación causal entre este y aquella.

b) Es una responsabilidad objetiva en la que no opera presunción alguna de responsabilidad, de culpa, de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás. La noción de culpa está totalmente excluida de su estructura nocional, no es menester para su constitución, tampoco su ausencia probada la impide ni basta para exonerarse.

Se trata del reconocimiento de la existencia de actos ejecutados, sin torcida, oculta o dañina intención, aún sin culpa, pero que por la actividad peligrosa o riesgosa y, en virtud de esta, hacen responsable al agente y conducen a la obligación de resarcir al ofendido; en ella “[n]o se requiere la prueba de la culpa para que surja la obligación de resarcir, no porque la culpa se presuma sino porque no es esencial para fundar la responsabilidad, y por ello basta la demostración del daño y el vínculo de causalidad” (Sent, ago. 31/54, LXXVII I, 425 y siguientes).

c) La responsabilidad recae en quien desarrolla una actividad que pueda estimarse como generadora de riesgos o peligros para la comunidad, en cuanto con la misma se incrementan aquellos a los que normalmente las personas se encuentran expuestas y, por ende, será responsable quien la ejerza, de hecho o de derecho, o esté bajo su dirección, manejo o control.

d) En este sistema, por lo general, exonera solo el elemento extraño, esto es, la fuerza mayor o el caso fortuito, la intervención de la víctima o de un tercero, cuando actúa

como causa única y exclusiva o, mejor la causa extraña impide la imputación causal del daño a la conducta del supuesto autor.

e) En las actividades peligrosas concurrentes, el régimen jurídico aplicable es el consagrado en el artículo 2356 del Código Civil y, en su caso, las normas jurídicas que existan sobre la actividad concreta.”

Visto lo anterior, puede afirmarse con la seguridad del apoyo de la jurisprudencia que la responsabilidad objetiva supone la irrelevancia de la culpa a la hora de imputar jurídicamente un resultado dañoso, razón por la cual no importa si se actúa o no con diligencia, la exoneración sólo opera con la demostración de una causa extraña; ahora bien, la ley 1333 de 2009 que se viene revisando consagra en la praxis el efecto de exoneración sólo con base en la demostración de una causa extraña, es decir, consagra de facto la responsabilidad objetiva, pero incurre en el error de preservar en su articulado la relevancia de la culpa, concretamente en los art. 1 y 5 en los que se dice que hay presunción de culpa, susceptible de ser desvirtuada. Así pues el error puede formularse, en obsequio a la sencillez, de la siguiente manera: ¿Qué efecto práctico puede tener la alusión a la posibilidad de demostrar ausencia de dolo o culpa si con independencia de ello la autoridad ambiental puede condenar por la causación de un daño al ambiente?

2.4.11.- De manera constitucional (aunque discutible desde la academia como se verá), por cuanto en Sentencia de la Honorable Corte Constitucional C 595 de 2010 se declara la exequibilidad de los artículos 1 y 5 de la ley 1333 de 2010 a la sazón contentivos de la figura jurídica de presunción de culpabilidad en el marco del proceso sancionatorio

ambiental, que en sentir de la demanda constituía una violación de derechos fundamentales tales como el derecho al debido proceso.

Las antedichas normas rezan en su literalidad:

Art. 1° “(...) Parágrafo. En materia ambiental, se presume la culpa o el dolo del infractor, lo cual dará lugar a las medidas preventivas. El infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales.”

Art. 5° “Parágrafo. En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla”.

La Corte declara la constitucionalidad de la presunción de culpabilidad (en ambas normas demandadas), sobre la base de los siguientes argumentos:

° Lo que las normas demandadas consagran no es otra cosa que una inversión de la carga de la prueba que admite prueba en contrario. No consagran responsabilidad objetiva en tanto que, se insiste, la presunción de culpabilidad puede ser desvirtuada por todos los medios probatorios legales.

° En tanto que el derecho administrativo sancionador tiene caracteres propios respecto del derecho penal, su aplicación puede comportar mayor laxitud en punto de la operatividad de los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia.

° La consagración de la presunción de culpabilidad en contra del infractor ambiental constituye un legítimo desarrollo de la libertad de configuración del legislador y apunta

a la consecución de un bien constitucionalmente deseable, cual es la efectividad de bienes jurídicos tales como la conservación de un medio ambiente sano.

No obstante lo decidido, estimamos pertinente enervar en el plano académico los ya citados argumentos de la Corte, poniendo de presente la circunstancia de que en la sentencia que concita nuestro interés, la H. Corte no analizó en profundidad²² las causales de exclusión de responsabilidad de que trata el artículo 8 de la ley 1333 de 2009²³, lo cual hubiere llevado a considerar que efectivamente los artículos 1 y 5 y 8 invitan a presumir la culpa del infractor sin que ésta pueda ser desvirtuada mediante la prueba de causales distintas a la fuerza mayor, el caso fortuito o hecho de un tercero. Es decir, se pretermite la posibilidad de probar la diligencia (Artículo 8).

En vista de que ello no se hizo, nos permitimos elevar el siguiente cuestionamiento: si el sistema de responsabilidad de la ley 1333 consagra una presunción de culpa (Artículos 1 y 5) de la que no puede librarse el infractor probando diligencia sino causas extrañas a la voluntad (Artículo 8), puede hablarse de responsabilidad subjetiva?. Estimamos que en manera alguna. Dicho de otro modo, en la praxis jurídica la articulación de tales normas arroja un sistema de responsabilidad objetivo que permea TODO el procedimiento sancionatorio ambiental en absoluto desmedro de los

²² La razón no es otra que en sus considerandos, la Corte no declaró la unidad normativa entre las normas demandadas y el artículo 8 de la ley 1333 de 2009.

²³ Art. 8: "Eximentes de Responsabilidad. Son eximentes de responsabilidad:

1. Los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, de conformidad con la definición de los mismos contenida en la Ley 95 de 1890.
2. El hecho de un tercero, sabotaje o acto terrorista."

derechos fundamentales de los presentes y futuros investigados. Sobre este último particular, nos permitimos hacer los siguientes comentarios:

2.4.11.1.- La H. Corte Constitucional ha destacado en copiosa jurisprudencia la inconstitucionalidad de la consagración del sistema de responsabilidad objetivo en el contexto del ejercicio del poder sancionador del Estado. A continuación citaremos senda jurisprudencia en este sentido, no con el ánimo de exhaustividad, sino de ilustración:

En sentencia C 597 de 1996 MP Alejandro Martínez Caballero se sostiene enfáticamente que “La Corte coincide con el actor en que en Colombia, conforme al principio de dignidad humana y de culpabilidad acogidos por la Carta (C.P., arts 1º y 29), está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora.”.

En sentencia T 145 de 1993 MP Eduardo Cifuentes Muñoz se manifiesta que “En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva -nulla poena sine culpa-, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del *non bis in idem* y de la analogía *in malam partem*, entre otras.”

Asimismo, en sentencia C 181 de 2002 MP Marco Gerardo Monroy Cabra se toca el tema del *ius puniendi* a cargo de la administración pública en los siguientes términos:

“es fácil deducir que en materia penal, al igual que en el campo del derecho disciplinario, la sanción imponible por la comisión de una conducta reprochable sólo tiene lugar en presencia de acciones dolosas o culposas.

Ciertamente, la proscripción de la responsabilidad objetiva que acoge el régimen jurídico colombiano impone la restricción de sancionar la conducta por el sólo hecho de la ocurrencia del resultado y exige, en cambio, verificar la finalidad dolosa o culposa en la ejecución de la acción que se investiga.”

Finalmente, en sentencia C 616 de 2002 MP Manuel José Cepeda Espinosa se reconoce que “En razón a su condición de actividad punitiva del Estado, la imposición de sanciones administrativas se encuentra sujeta al artículo 29 de la Constitución que consagra el derecho al debido proceso. De esta manera “los principios del derecho penal —como forma paradigmática de control de la potestad punitiva— se aplican, con ciertos matices, a toda las formas de actividad sancionadora del Estado”²⁴. Entre otras sentencias, cita la T 145 de 1993 MP Eduardo Cifuentes Muñoz, en que se deja claro que “La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de

²⁴ Es decir, se reconoce que todas las garantías propias del derecho penal, obviamente con más o menos laxitud, se aplican en el derecho sancionatorio de la administración pública. Al respecto esta sentencia reitera el concepto que sobre el particular traen las sentencias de la Corte Constitucional C-599 de 1992, C-390 de 1993, C-259 de 1995, C-244 de 1996 entre otras.

su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías —quedando a salvo su núcleo esencial— en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido”

2.4.11.2.- La Constitución Política en 1991 expresamente se pronuncia sobre el tema de la responsabilidad en materia ambiental en su art. 88 en el sentido de restringir la aplicabilidad de la responsabilidad objetiva al ámbito de la RESPONSABILIDAD CIVIL, que dicho sea de paso, dista en demasía de la responsabilidad derivada de la vulneración del derecho a un medio ambiente sano según se tuvo ocasión de analizar²⁵.

Si la responsabilidad objetiva es constitucionalmente inadmisibles de cara al ejercicio del poder sancionador del Estado y por otro lado, se restringe al universo de la responsabilidad civil por disposición expresa de la Carta Política, el régimen que sobre el particular trae la ley 1333 de 2009 en sus artículos 1, 5 y 8 indefectiblemente deviene objetivo y por ende inconstitucional en la inteligencia de que cohonesta en la praxis la imposibilidad de desvirtuar la culpa por la vía de la demostración de diligencia y por lo mismo, hace nugatorios los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia, ambos integrantes del la garantía constitucional al debido proceso.²⁶

²⁵ Al respecto véase in el capítulo II del presente escrito denominado “Precisiones jurídico-conceptuales. Análisis de la ley 1333 de 2009”.

²⁶ Constitución Política de 1991 art 29 y ss.

No bastando el análisis plasmado enantes, consideremos las repercusiones que tendría la aplicación del régimen que en la hora de ahora cuenta con la fuerza de la cosa juzgada constitucional²⁷:

Caso hipotético:

Una empresa que realiza actividades de transporte de hidrocarburos vía oleoductos sigue todas las normas técnicas de calidad y procedimientos para comprar por fuera de Colombia los oleoductos. Unos cuantos meses luego de su instalación en un área rural, se presentan fugas que son mitigadas oportunamente por la empresa, y cuyo remanente se absorbe por el terreno sin darse impactos ambientales irreversibles. La licencia ambiental autoriza la movilización de cierto volumen de hidrocarburo y la instalación del oleoducto en una zona específica en virtud del estudio ambiental de alternativas. No obstante, no se contempla la hipótesis de derrame dado sin culpa.

Nótese que ante el caso hipotético propuesto la licencia ambiental (que por lo demás es la norma que directamente ha de aplicarse a este caso) no da solución en punto de la responsabilidad, en la medida que no califica objetivamente (con mediciones o parámetros cuantificables y cualificables) qué cantidad de derrame constituye un DAÑO ambiental, ni autoriza un vertimiento cualquiera del hidrocarburo transportado. Para culmen la normatividad de aplicación subsidiaria, a la sazón la ley 1333 de 2009, daría por objetivamente culpable a la empresa, aún a pesar de la total ausencia de culpa por cuanto la prueba de la diligencia no se permite de acuerdo a lo prescrito en

²⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C 595 de 2010.

su artículo 8. En suma, se habría dado lugar a la vulneración de los derechos de esa empresa al debido proceso, a la presunción de inocencia y a la defensa inclusive.

Son casos como el ofrecido a guisa de ejemplo, en donde no está definido ni es sencilla la definición de qué es daño ambiental (que se reitera, es aquello que da origen a la multa en procesos por violación del derecho a un ambiente sano) en donde resulta de la mayor importancia rescatar (al menos en el plano académico) la importancia del derecho al debido proceso y al derecho de defensa a través de la proscripción de la RESPONSABILIDAD OBJETIVA en el marco del proceso sancionatorio.

Expuesto en otras palabras y sin intención desconocer lo ya decidido en la ya multicitada sentencia C 595 de 2010 (se insiste una vez más), consideramos que el derecho de defensa en un proceso punitivo ha de englobar y admitir en su ejercicio un plexo hipotético mucho más amplio que la fuerza mayor, el caso fortuito y los ataques terroristas, aún en aquellos eventos en que la afectación del ambiente se suscite en el marco de una licencia ambiental otorgada ex ante²⁸, toda vez que ni estas últimas agotan las múltiples variables que intervienen en la generación de una afectación ambiental²⁹ debido a que resulta ontológicamente imposible sentar normativamente todas las hipótesis fácticas que pudieren suceder³⁰ y que en la praxis la ley 1333 de

²⁸ Máxime (se reitera), si se tiene en mente que las actividades autorizadas por la vía de licencias ambientales son aquellas que suponen un mayor impacto ambiental. Este aserto al rompe surge de una lectura de la ley 99 de 1993 título VIII, art. 49 -ss y de las normas que la complementan.

²⁹ Societé Générale de Surveillance (SGS), Auditoría interna en normas ISO 14001:2004, 9001:2008 y OHSAS 18001:2007. HSEQ. Apuntes de clase. Decreto 1753 de 1994, Art. 24 numeral 6

³⁰ Cfr. Hart Herbert Lionel Adolphus, El Concepto de Derecho, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1998.

2009 auspicia evidentemente, un esquema de responsabilidad eminentemente objetivo.

En suma, la normatividad actual en materia ambiental no comporta ni garantías de defensa idóneas para el empresario ni mucho menos parámetros precisos que englobando a su vez la variable subjetiva de la conducta³¹, permitan al operador jurídico establecer si un caso de afectación del ambiente constituye o no un supuesto de **responsabilidad subjetiva** por comisión de un DAÑO ambiental³²;

Dicho esto, vale la pena centrar aún más la controversia sobre las siguientes premisas:

1.- Tanto la ley como el mecanismo de las licencias ambientales³³, son instrumentos jurídicos que, dada la evidente ausencia en la normatividad de criterios generales y técnicos uniformemente aplicables a cualquier hipótesis, no comportan criterios ex ante claros y precisos que permitan determinar cuándo ha de hablarse de responsabilidad por la generación de una afectación del ambiente, responsabilidad ésta que se da por la causación de un DAÑO ambiental propiamente dicho (no de cualquier alteración del ambiente, se insiste), es decir, una afectación particularmente

³¹ Es decir, el factor culpa. Cfr. Roxin Claus, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Civitas, Madrid 1997.

³² Lo que de suyo implica la mediación de culpa, así como un criterio de gravedad, teóricamente hablando.

³³ In extenso regulado en el decreto 2820 de 2010.

grave que se acompaña (teóricamente³⁴), de algún grado de culpa por parte del sujeto activo de la conducta dañosa.

2.- El quid del presente trabajo investigativo, a saber, la determinación de si en nuestro país existen criterios unívocos que permitan elucidar cuándo puede hablarse de DAÑO AMBIENTAL, no se enmarca en cualquier tipo de proceso en que el centro del debate jurídico sea la causación de un daño ambiental. Para esto, es preciso dar un nuevo vistazo a los regímenes expuestos enantes, es decir, veamos en qué régimen de responsabilidad se revela la disquisición en torno a la posible inseguridad jurídica derivada de una posible indefinición de lo que en la regulación significa daño ambiental, es decir aquella alteración del ambiente que genera responsabilidad.

Consideremos como primera hipótesis el campo de la responsabilidad penal; sobre el particular simplemente cabe decir que de conformidad con el principio de tipicidad (Art. 10 Código Penal) no se presenta problema respecto de qué ha de entenderse por daño ambiental, porque la misma regulación en el art. 332 prescribe que se tendrá por contaminación la acción de alterar el ambiente de forma que se “ponga en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos”.

Un segundo supuesto digno de análisis es entonces la responsabilidad civil. En esta institución Santos Ballesteros acierta al comentar que en este tipo de responsabilidad no se suscita problema alguno en esencia respecto de una probable indefinición de

³⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C 595 de 2010. Decimos “teóricamente” en tanto que en dicha sentencia no se hace pronunciamiento alguno acerca de las causales contenidas en el art. 8 de la ley 1333 de 2009, de ahí que el tema quede librado al criterio jurídico de las autoridades ambientales y de quienes acometan la defensa de los infractores en el futuro. En apartes precedentes se elevaron sendos comentarios acerca de la posibilidad de que la ley 1333, aún en contra de lo dicho por la H. Corte Constitucional, consagre un sistema de responsabilidad objetivo.

qué tipo de daño genera responsabilidad, por cuanto, indistintamente de cualquier nivel de intensidad o de tipo de contaminación, si se genera una emisión que genere un DETRIMENTO cuantificable en el patrimonio, cabrá responsabilidad para el actor, siendo la medida de la responsabilidad, la misma de la reparación, es decir, la proporción en que el patrimonio de la persona hay sido lesionado.³⁵

Finalmente, llegamos al último terreno de responsabilidad. Aquel derivado del dicho de los art. 79 y 88 de la Constitución Colombiana de 1991. Sin ambages puedo afirmar que es éste el ámbito de responsabilidad en que se registra tensión en términos de cuándo se incurre en responsabilidad por alteración del ambiente. La razón no se halla sino precisamente en el caldo de cultivo de un régimen de responsabilidad en el que la definición de daño en sí, así como de su antijuridicidad y de su medición son altamente dudosas donde si bien pueden plantearse en gracia de discusión casos ayunos de complejidad como por ejemplo un supuesto en que no habría responsabilidad por arrojar un papel en la acera, se suceden en la praxis casos en que la gestión empresarial de compañías que por el tamaño de sus operaciones o por el renglón económico a que se dedican, dan lugar a la causación de impactos ambientales de considerables proporciones, los cuales en ocasiones pueden no comportar afectaciones permanentes o muy agresivas en el medio natural, por ejemplo, gracias a la acción de las tasas de recuperación de los nichos naturales y que no necesariamente están amparados por una licencia ambiental (de haberla)³⁶.

³⁵ Cfr. Santos Ballesteros, Obra citada.

³⁶ Al respecto remito al lector al análisis precedente en punto del derecho de defensa y concretamente, al ejemplo hipotético citado. Igualmente, a la lectura del caso fallado por CORPONOR contra Ecopetrol S.A. en 2007.

En retoma franca de lo dicho en inmediata precedencia, me permito plantear la *summa ratio Juridicae* del presente trabajo, a saber, el siguiente **problema jurídico**³⁷ así: **¿En materia de responsabilidad por daño al ambiente entendido como un derecho colectivo, sobre la base de derecho positivo y jurisprudencial se viola el derecho colectivo a un ambiente sano y por ende se incurre en responsabilidad por la causación de un tipo especial de alteración medioambiental?**

En respuesta a este interrogante propongo en primer lugar dar un vistazo a las soluciones -o cuasi-soluciones- que a esta pregunta se han dado en legislaciones foráneas, tanto de vertiente anglosajona como romano-germánica. Igualmente, propongo posteriormente un análisis de los elementos actualmente existentes en derecho positivo y jurisprudencial patrios.

³⁷ El problema jurídico es el planteamiento o cuestionamiento que funciona de base conceptual al juez para decidir un caso sometido a su consideración. Cfr. López Medina Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces Obligatoriedad del Precedente Constitucional, Análisis de Sentencias y Líneas Jurisprudenciales y Teoría del Derecho Judicial*, Editorial Legis S.A., Universidad de los Andes, 2006, segunda edición, Bogotá 2009.

III Derecho comparado. Sobre el particular veamos sin ánimo de agotar la materia, algunas de las más connotadas regulaciones que en materia ambiental campean en el mundo occidental sobre la base de la siguiente metodología: Se anota la norma concreta y el país. Acto seguido, se anotan algunos comentarios pertinentes.

3.1.- ECUADOR: ley 08 de 1992. Comentarios:

3.1.1.- En principio podría decirse con fundamento en el art. 43 y 44 de esta ley que podría haber una diferenciación entre la afectación o alteración del ambiente que sí genera responsabilidad y aquella que no la genera, toda vez que se habla de daños generados sobre la base o supuesto de una alteración previa del ambiente.

Asimismo, esta hipótesis interpretativa se refuerza con la vista del tenor literal de la definición que la ley en comento trae sobre contaminación, la cual reza así: "Es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos.", es decir, una alteración considerablemente grave en términos de su capacidad de menoscabo de los índices de renovación y recuperación del propio ambiente. En suma, es perfectamente posible afirmar que aunque incipiente (por carencia de criterios precisos sobre el particular), existe una diferenciación entre lo que constituye una alteración del ambiente que sí genera responsabilidad para su actor y aquella que no la genera.

3.2.- MÉXICO. Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988.

Comentarios:

3.2.1.- En el art. 15 de esta ley se hace alusión a la idea de que cualquier afectación al ambiente genera responsabilidad por cualquier costo derivado de cualquier afectación al ambiente. Se transcribe el tenor literal del principio cuarto del art. 15 así:

“Quien realice obras o actividades que afecten o puedan afectar el ambiente, está obligado a prevenir, minimizar o reparar los daños que cause, así como a asumir los costos que dicha afectación implique. Asimismo, debe incentivarse a quien proteja el ambiente y aproveche de manera sustentable los recursos naturales”.

3.2.2.- De nuevo, se hace patente la conclusión enantes reseñada a razón del dicho literal contenido en el art. 170 en que se dice grosso modo que la secretaría de ambiente mexicana podrá aplicar sendas medidas de seguridad tales como la clausura temporal de la fuente contaminante o el aseguramiento precautelatorio de materiales y residuos peligrosos en casos de inminente riesgo de deterioro del ambiente inclusive.

3.2.3.- No obstante la ley Mexicana referirse de forma laxa a casi cualquier afectación al ambiente para efectos de la imputación del antijurídico, puede notarse cómo en el art. 173 se establece un somero criterio de diferenciación entre el daño ambiental y la mera afectación a los recursos naturales cuando habla en el primer criterio a tenerse en cuenta para la imposición de sanciones, la gravedad de las mismas.

En efecto, la norma dice:

“Para la imposición de las sanciones por infracciones a esta Ley, se tomará en cuenta:

I. La gravedad de la infracción, considerando principalmente los siguientes criterios: los daños que se hubieran producido o puedan producirse en la salud pública; la generación de desequilibrios ecológicos; la afectación de recursos naturales o de la biodiversidad y, en su caso, los niveles en que se hubieran rebasado los límites establecidos en la norma oficial mexicana aplicable;”

3.2.4.- En suma, con base en un intento de interpretación sistemático, puedo afirmar que en la regulación mexicana bajo estudio se considera que, salvo que medie un margen objetivo de medición a partir del cual se defina concretamente por qué nivel de afectación al ambiente se responde, la regla general es que cualquier afectación al ambiente genera responsabilidad, sin perjuicio de que se modulen los efectos de la sanción a imponer por la secretaría de ambiente mexicana de que se trate según los criterios de gravedad de la afectación por ejemplo.

3.3.- ARGENTINA: Ley 25.675 del 2002. Comentarios³⁸:

3.3.1.- Sienta un principio general de responsabilidad consistente en que el autor de un detrimento del ambiente se considera responsable por dicho hecho sin que se haga reparo alguno en términos de una exigencia especial de daño (intensidad, grado o criterio similar). La norma literalmente reza así:

³⁸ Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la República Argentina, 1ª, La Plata (C.A.Civ.Com.), Sentencia Número J400368 del 28 de marzo de 2006. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Sentencia Número J400049 del 13 de julio de 2004.

“El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.”

3.3.2.- No obstante lo dicho en precedencia, se anota que en los art. 27 y ss se vislumbra una ligera pero perceptible tendencia hacia la delimitación del tipo de afectación que genera responsabilidad; así, en el mencionado artículo se dice que el daño ambiental es “toda alteración relevante”. Asimismo, nótese que el art. 28 habla de generación de un supuesto de responsabilidad siempre que haya “daño ambiental”.

3.3.2.- Esta legislación comporta una gran ventaja: De forma literal señala que los regímenes de responsabilidad por daños al ambiente son ontológicamente diferentes en tratándose de responsabilidad civil, penal y administrativa. Es decir, los supuestos dogmáticos y estrictamente positivos de cada régimen de responsabilidad han de ser analizados en un caso concreto de forma separada. Esta consideración por lo demás, reviste la mayor importancia en nuestro ordenamiento como en su oportunidad se vio.

3.4. - CANADÁ, Canadian Environmental Protection Act, 1999. Comentarios:

3.4.1.- En la sección No 1 se define como contaminación la presencia en un hábitat, de alguna substancia que directa o indirectamente perjudique la salud, la seguridad o el bienestar de las personas, que interfiera con el goce normal de la propiedad, o que perjudique la salud de los animales o que cause daños a la flora o que degrade o altere el ambiente. Se trata de una definición construida a partir de la definición de contaminación del aire que tiene esta regulación.

3.4.2.- Ahora bien, en el numeral 22 de a parte dos de esta normatividad se hace alusión a que para que un particular pueda pedir ante la jurisdicción la reparación de daños cometidos contra el ambiente tiene que tratarse de un caso en que se haya dado un daño significativo en contra del ambiente. Es decir, en Canadá se aplica un criterio de intensidad en punto de la determinación del tipo de afectación al ambiente que es objeto de reparación por la vía de la imputación de responsabilidad.

3.4.3.-Adicionalmente, dentro del acápite que regula la *Environmental Protection Action*, se especifica además que la acción permite la reparación de perjuicios ciertos que se puedan probar por parte del interesado. Dicho de otro modo, se excluye por la vía probatoria la posibilidad de reclamación por afectaciones que en sí no constituyen un daño reparable.

3.4.4.- Puntualmente, la contaminación con sustancias tóxicas se define como el empleo de sustancias que una vez que entran al ambiente de que se trate, tienen o pueden tener efectos perjudiciales sobre el ambiente, bien sea a corto o a largo plazo, o constituyen o pueden constituir un peligro para el ambiente de que se trate, bien con relación a la vida vegetal, animal o incluso humana. (rule 64 ad ex.).

3.4.5.- No sobra poner de presente que el tipo de responsabilidad que se estipula en Canadá para la sanción de daños contra el ambiente es eminentemente objetivo. Ejemplo de ello es el aparte que regula la responsabilidad civil de quien contamina y el aparte 99 en que se habla de medidas correctivas en caso de vertimientos al ambiente de sustancias tóxicas³⁹.

³⁹ Otro ejemplo dado en la regulación viene constituido por el capítulo llamado “*Offences and Punishment*”-De las faltas y las sanciones- (rule 272 and beyond)

3.4.6.- Un punto importante en punto de la aplicación práctica de esta regulación es que son los jueces quienes definen puntualmente cuándo puede hablarse de un daño al ambiente y por lo mismo, de responsabilidad. El supuesto de responsabilidad estriba en la violación de la norma ambiental, pero la imposición de la sanción depende del criterio de intensidad enantes enunciado –se reitera-. Esto se fundamenta en los apartes (rules) 287 y siguientes.

3.5.- VENEZUELA. Ley Orgánica del Ambiente. Comentarios:

3.5.1.- Desde el art. 19 de esta ley se regula el tema del daño ambiental. Se hace referencia a un criterio de utilidad y no irreversibilidad para efectos de la determinación de cuándo se produce una afectación que sea susceptible de reparación, es decir un daño en sentido jurídico en punto del tema de la responsabilidad por daños al ambiente.

3.5.2.- En concordancia con lo dicho, en el art. 27 se hace patente la distinción entre mera afectación al ambiente –que en términos estrictamente semánticos se denomina *in casu* como “degradación”- y el daño como tal. Se hace referencia también a la existencia de causales de exculpación.

3.6.- UNIÓN EUROPEA⁴⁰ Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁴¹. Se recuerda al lector que las directivas del Consejo Europeo son plenamente

⁴⁰ Son 27 países miembros hoy en día.
http://europa.eu/abc/european_countries/eu_members/index_es.htm

⁴¹ En concordancia con la ley española LEY 26/2007, de 23 de octubre.

vinculantes para los países miembros. Dicho esto resaltemos algunos puntos importantes:

3.6.1.- El art. 1 relativo a las definiciones hace referencia a cierta intensidad en la afectación para que pueda hablarse de daño antijurídico. Ahora bien, dicha intensidad está regulada de antemano en función del estado básico del hábitat de que se trate.

El tenor literal de la norma dice entonces:

“daño medioambiental”: a) los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I

(...)

2.- “daños”, el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente”

3.6.2.- Un apunte importante en el que la regulación en mi sentir hace énfasis es que Según el dicho del art. 7 de esta directiva, el índice de recuperación natural del ambiente no constituye óbice para dejarse de hablar de daño medioambiental, siempre que se den los supuestos de gravedad reseñados con anterioridad.

3.6.3.- Por regla general, la responsabilidad en la directiva se define como objetiva por disposición legal, sin perjuicio de que excepcionalmente se recurra al factor culpa, tal como ocurre en los supuestos regulados en los art. 3 y 4.

3.6.4.- Es importante destacar que conforme con esta directiva, puede hablarse de mera afectación cuando con posterioridad a la causación de la actividad perjudicial para el ambiente, en breve plazo se alcance un estado tal que se aproxime o supere al “estado básico” del hábitat perjudicado. ANEXO 1. Ahora bien, se admite que incluso puede no hablarse de daño si para efectos de la propia capacidad de regeneración del ambiente sólo se requiere el incremento s de las medidas de protección.

3.7.- Comentario especial sobre ESPAÑA⁴²: Considero que no obstante el hecho que reprodujo íntegramente en su derecho interno la directiva a que se hizo alusión, es preciso comentar un tanto su conceptualización interna del daño ambiental y de la responsabilidad que apareja, en tanto y en cuanto la práctica jurídica de este país, puntualmente en derecho constitucional, es referente obligado para Colombia, dado el enorme influjo que sus instituciones han tenido en nuestra Carta Política⁴³.

Así pues, podemos decir, con apoyo en la opinión de los doctrinantes Lavilla Rubira y Menéndez Arias que en España, la materia de responsabilidad por daños al ambiente

⁴² Ruiz-Rico Ruiz Gerardo, El Derecho Constitucional al Medio Ambiente. Dimensión Jurisdiccional, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2000, pp 99 a 114.

⁴³ Al respecto son muy dicientes EN términos de inferencia de la influencia española en nuestra Carta las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia T 002 de 1992 MP Martínez Caballero Alejandro, C 545 de 2008 MP Pinilla Pinilla Nilson y C 1287 de 2001 MP Monroy Cabra Marco Gerardo.

se regula fundamentalmente a partir del dicho del art. 1902 del Código Civil⁴⁴ y la jurisprudencia, con base fundamental en el dicho del art. 45 de la Constitución que dice “todos tienen el derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. (...) Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación⁴⁵ de reparar el daño causado. ” En el sentido de un derecho fundamental (a diferencia de nuestra Constitución).

Nótese que constitucionalmente se hace referencia a daño, es decir, una afectación concreta, conclusión ésta que se fundamenta además, en el tenor literal de la norma del CC, plenamente aplicable en la materia bajo análisis.⁴⁶

Ahora bien, la jurisprudencia española, según dicho de los autores⁴⁷ con base en esa norma, ha tendido a exigir que se de una afectación sustancial (que no precisa en términos de gravedad; es decir, la antijuridicidad no es completamente clara en este caso, pero al menos se menciona como elemento integrante de la responsabilidad) al ambiente para que se configure la responsabilidad de quien contamina.

Sin perjuicio de lo anterior, con todo,⁴⁸ los autores reconocen que en España e incluso en el marco de la comunidad europea, no existe claridad sobre lo que verdaderamente constituye daño ambiental, habida cuenta de que casi cualquier actividad humana

⁴⁴ Cfr. De Miguel Perales Carlos La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente , en: Varios Autores. Estudios Sobre la Responsabilidad Civil Medioambiental y su Aseguramiento, Editorial Española de Seguros, S.L., Sagasta, 1997, p 28 y ss. Y p 66.

⁴⁵ Cfr. Monsalve José Dolores, Tratado Sobre la Extinción de las Obligaciones Civiles, Imprenta Nacional, Bogotá, 1914.

⁴⁶ Lavilla Rubira Juan José y Menéndez Arias María José, Obra citada. P 586

⁴⁷ Lavilla Rubira Juan José y Menéndez Arias María José, Obra citada. P587

⁴⁸ Lavilla Rubira Juan José y Menéndez Arias María José, Obra citada. P 588

exógena a él mismo genera algún grado de impacto o alteración del ambiente circundante siendo tan sólo una fracción de aquellas las generadoras de detrimentos de considerable magnitud de cara al ambiente. Adicionalmente, se anota que otro problema en punto de la definición del daño ambiental estriba también en que los mismos se dan muchas veces por confluencia de multitud de causas, en lapsos eventualmente largos e incluso, pueden darse a considerables distancias respecto de las fuentes contaminantes.⁴⁹

3.8.- NORUEGA.⁵⁰ Act of 15 June 2001 No.79 *relating to the protection of the environment*. Comentarios:

3.8.1.- En principio la responsabilidad es objetiva. No se requiere intensidad en punto de la configuración de la responsabilidad por daños al ambiente. Con todo, las sanciones o consecuencias jurídicas derivadas de la contravención a las normas medioambientales contenidas en este corpus jurídico comportan distintos grados de intensidad, al punto de que es precisamente cuando se dan daños substanciales con presencia de culpa, se da una responsabilidad en tal alto grado grave, que se aplican sanciones según se especifiquen en reglamentos regionales.

3.8.2.- En conclusión, en Noruega existe una suerte de diferenciación del daño ambiental propiamente (Que es aquel sustancialmente grave y que por lo mismo genera sanciones pecuniarias), de afectaciones de gravedad tal que el mismo

⁴⁹ Lavilla Rubira Juan José y Menéndez Arias María José, Obra citada. P 589

⁵⁰ Se analiza separadamente, por cuanto en la actualidad no es miembro de la UE. http://europa.eu/abc/european_countries/others/index_es.htm

ambiente, a su tasa de recuperación, casos éstos en que la contravención a la norma no genera sanción alguna, pero sí la obligación de adoptar medidas tendientes a acelerar el proceso de recuperación del hábitat de que se trate.

3.9.- CHILE. Ley 19.300 de 1994. Comentarios:

3.9.1.- Su importancia radica en que fue esta regulación uno de los referentes que el legislador tuvo en mente a la hora de confeccionar la ley 1333 de 2009.⁵¹

3.9.2.- Define Daño Ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al ambiente o a uno o más de sus componentes”. Nótese la vaguedad que acusa la citada definición, no obstante aludir a un criterio de intensidad en la misma cuando menciona la palabra “significativo”.

3.9.3.- No obstante la referida generalidad de la definición que se hace de daño ambiental, sí se hace una específica alusión a lo que es una alteración medio-ambiental que por sí misma no constituye un daño ambiental cuando define impacto ambiental como “alteración del ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”.

Así pues, puede decirse con base en esta última definición, que en Chile existe diferencia entre un daño ambiental y una mera afectación o alteración del mismo sobre la base de la antijuridicidad expresada a su turno en un criterio de intensidad, en el entendido que cualquier alteración es un impacto ambiental, pero no cualquier impacto es daño, porque para que aquel se le considere daño propiamente, tiene que

⁵¹ Cfr. OBJECIONES PRESIDENCIALES AL PROYECTO DE LEY 092 DE 2006 SENADO, 238 DE 2008 CÁMARA Acta de Plenaria 16 del 18 de noviembre de 2008, Senado.

revestir antijuridicidad, y ésta en principio aparece en escena cuando la alteración al ambiente es significativa.

3.9.4.- En Chile, según el dictado de los art. 30 y ss, es una prioridad la generación de normas de jerarquía menor que la ley, en que se regulen técnicamente, es decir, sobre la base del establecimiento de parámetros medibles y cuantificables, los estados en que deben estar el aire, el agua y el suelo de cara a los niveles de contaminación tolerables y sancionables.

3.9.5.- En este sistema se establece:

3.9.5.1.- Presunción de la culpa del infractor: Es desvirtuable.

3.9.5.2.- Una acción específica para obtener del infractor la reparación del ambiente dañado y otra para obtención de una indemnización de perjuicios a favor del directamente afectado.

3.9.6.- El procedimiento, a diferencia de la regulación patria, no es administrativo; es judicial. En este caso, es a las municipalidades chilenas a las que primordialmente les corresponde correr traslado de un caso de daño ambiental al juez de que habla el art. 60 de la ley en cuestión, es decir, “el juez de letras en lo civil del lugar en que se origine el hecho que causa el daño, o el del domicilio del afectado a elección de este último” a través de un procedimiento civil sumario en donde juega un papel fundamental la práctica de pruebas. (Art. 69 y ss)

3.9.7.- En materia de sanciones se encuentran dadas las siguientes:

3.9.7.1.- Amonestación

3.9.7.2.- Multas

3.9.7.3.- Clausuras temporales o definitivas.

3.9.8.- Existen medidas preventivas, pero éstas las impone el JUEZ, dando un plazo al infractor de la norma ambiental, para que remedie su accionar, o de lo contrario, impone una sanción como tal. A guisa de ejemplo, se tiene en la normatividad como única medida preventiva la suspensión inmediata de las actividades emisoras.

3.9.9.- Hay criterios atenuantes y agravantes al momento de imponerse la sanción correspondiente. Ad ex. La reincidencia, la capacidad económica del infractor, el nivel de sobrepaso del nivel de contaminación tolerado por la norma y la gravedad de la infracción como tal.

3.9.10.- Finalmente se resalta el término de prescripción dado en la regulación, el cual es de cinco años contados a partir de la manifestación “evidente” del daño.

IV andamiaje jurídico patrio. En este acápite se desplegará el estudio del ordenamiento en dos secciones. Por un lado, se hará somera referencia a las normas jurídico-positivas que abordan el tema de la responsabilidad por daños al ambiente a fin de elucidar si existe o no seguridad jurídica sobre el particular. Liquidado este punto, se pasará a hacer un breve esbozo de las posiciones jurisprudenciales actualmente existentes alrededor de la cuestión.

4.1.- Regulación positiva: En este aparte vale la pena recordar un tanto que las normas rectoras del tema de responsabilidad por causación de alteraciones al ambiente se contienen en primera instancia en los art. 79 y 88 de la Carta Política, que en su orden consagran el derecho a un ambiente sano y las acciones populares que permiten defender el ambiente como interés o derecho colectivo.

Las mismas rezan así:

Art. 79 CP: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. (...)”

Art. 88 CP: “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.”.

De bulto puede notarse cómo el tenor literal de estas normas no define el daño antijurídico, es decir, aquel que da lugar a la imputación; antes bien; se trata de normas con contenido altamente indeterminado⁵².

A su turno, también merece ser resaltada la norma contenida en la ley 23 de 1973 que preceptúa que se tendrá por contaminación una afectación dada en concentraciones o niveles tales que generen una consecuencia pre-fijada en la norma. Si bien la norma termina siendo vaga porque termina refiriéndose al “bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente o afectar los recursos de la nación o de particulares”, es rescatable de la misma la sugerencia de un criterio de intensidad en la percepción y determinación de qué realmente compromete la responsabilidad de quien altera con su actividad el ambiente.⁵³

Descolla también en el espectro jurídico la ley 99 de 1993 que en numerosos artículos señala la necesidad de conceptualizar el daño ambiental con base en criterios cuantitativos, ejemplo de lo cual es su regulación sobre las tasas ambientales, contenida en su título VII. Con Todo, puede observarse que puntualmente esta normatividad no ofrece criterios cuantitativos como tal a fin de poderse determinar desde qué punto se da un daño antijurídico y desde qué punto hay sólo una mera afectación.

Así pues, vale la remisión a normas que concretamente fijan dichos límites. Hay que advertir que lamentablemente no están dados para cualquier tipo de contaminación;

⁵² Cfr. Hart Herbert Lionel Adolphus, *El Concepto de Derecho*, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1998.

⁵³ Cfr. González Villa, Julio Enrique, *Derecho Ambiental Colombiano. Parte Especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006. Pp 344 a 349.

así, se encuentran normas dispersas en el ordenamiento sobre vertimientos en aguas de sustancias tóxicas y sobre emisiones. Ad ex. cito los decretos 1594 de 1984 y 321 de 1999⁵⁴ así como las resoluciones 1074 de 1997⁵⁵, 339 de 1999 y 2604 de 2009⁵⁶. A fin de evitar descripciones densas que poco aportan al esclarecimiento jurídico de lo que se investiga, remito al lector a que observe en estas normas las clasificaciones de las sustancias y la regulación sobre los límites permitidos en los vertimientos que allí se disponen. El punto a resaltar sigue siendo el mismo: No se regulan muchas hipótesis en las referidas normas, luego quedan muchos supuestos de hecho en que normativamente no hay referente exacto que permita la definición de qué es un daño ambiental y qué es una mera afectación o alteración del ambiente que no acarree responsabilidad.

4.2.- Desarrollado el análisis sobre el vacío que efectivamente existe en la regulación positiva, corresponde ahora hacer un breve recorrido por alguna jurisprudencia relevante que facilite una aproximación a la solución del cuestionamiento de si en

⁵⁴ -Se establece un principio de responsabilidad según el cual, no obstante el hecho de que una empresa se dedique a una actividad peligrosa como la explotación, refinación y comercialización de hidrocarburos, la misma no se le considera responsable de los daños que se causen con ocasión de un derrame, sino de la recta atención del mismo, siempre que no haya sido técnicamente responsable del mismo; es decir, no toda afectación del medio ambiente derivada de un daño ambiental debe ser reparada por el empresario que con su actividad da lugar al riesgo.

Lo dicho pues, se desprende del tenor literal del segundo inciso del numeral 6 del art. 5 del decreto 321 de 1999 que reza así:

“Los costos y gastos derivados de la atención de derrames a terceros, deberán ser reembolsados por el responsable del derrame”

Igualmente, esta consecuencia se deriva del dicho del art. 8 del mismo artículo que en un uno de sus apartes dice:

“En casos de derrames de hidrocarburos, derivados o sustancias nocivas que puedan afectar cuerpos de agua, el responsable de la instalación, operación, dueño de la sustancia o actividad de donde se originó el derrame, lo será así mismo integralmente de la atención del derrame.(...) y en ningún momento serán responsables por los daños causados por el derrame.” (Concordancia con el decreto 1594, art. 93.)

⁵⁵ Sobre esta normatividad, en general puede decirse que dispone que para que la autoridad ambiental ejecute las medidas preventivas y sancionatorias, sólo se requiere la verificación del sobrepaso del límite que *in casu* se impone a los vertimientos.

⁵⁶ Regula, entre otros aspectos el límite máximo de emisiones permisible para vehículos destinados al servicio público de transporte. Esta normatividad tiene en cuenta lo prescrito en la ley 1333 de 2009.

Colombia existe o no suficiente regulación para definirse dentro de la misma el daño antijurídico que permite el ejercicio de imputación de un daño al ambiente.

Para tal fin, en las líneas que siguen se agruparán sendas sentencias provenientes de las jurisdicciones Constitucional y Contencioso-administrativa en torno a las dos posiciones que pueden oponerse diametralmente en la cuestión que nos ocupa según tiendan hacia uno u otro sesgo⁵⁷ así:

*4.2.1.- Afirmación según la cual en materia de responsabilidad por daño al ambiente entendido como un derecho colectivo, sobre la base de derecho positivo y jurisprudencial **SÍ** se viola el derecho colectivo a un ambiente sano y por ende se incurre en responsabilidad por la causación de cualquier tipo de alteración medioambiental.*

4.2.1.1.- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 2003-00763 de febrero 8 de 2007. CP Mendoza Martelo Gabriel Eduardo. En sentencia lo que se discute es que en desarrollo del tratado de Bárcenas Esguerra Nicaragua quería hacer explotación petrolífera en aguas colombianas, cosa que el actor no comparte y por lo mismo en ejercicio de acción popular demanda a sendas entidades.

Se conceptualiza en el sentido de que para la procedencia de la acción popular no se requiere que exista un daño concreto; procede la protección incluso ante la mera existencia de una afectación actual o potencial.

⁵⁷ Se recurre a la metodología de análisis de precedentes en el sentido de definición de los polos opuestos derivados del problema jurídico, diseñada por el doctor Diego López en: López Medina Diego Eduardo, El Derecho de los Jueces Obligatoriedad del Precedente Constitucional, Análisis de Sentencias y Líneas Jurisprudenciales y Teoría del Derecho Judicial, Editorial Legis S.A., Universidad de los Andes, 2006, segunda edición, Bogotá 2009.

4.2.1.2.- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia AP-33 de mayo 11 de 2000, EXP AP-033 CP Giraldo Gómez María Elena.

En esta providencia se decide un recurso de apelación en contra de un auto que rechaza una acción popular elevada so pretexto de que Ecopetrol en desarrollo de sus actividades en el campo Cicuco (departamento de Bolívar), no atendió los lineamientos que dictó el Ministerio de Ambiente relacionados con dichas actividades.

También en esta providencia se hace referencia al hecho que para la procedencia de la protección que se exige por la vía de las acciones populares no se exige un tipo especialmente cualificado de afectación; se protege el ambiente siempre que no medie una autorización administrativa previa y que además, en el caso concreto no se haya dado un exceso en el ejercicio de la antedicha autorización.

4.2.1.3.- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, sección quinta, sentencia del 10 de julio de 2003 RAD. AP 483 CP Denise Duviau de Puerta. En esta sentencia, el Consejo de Estado analiza un recurso de apelación en que el *factum* se sintetiza en que se ejerció acción popular en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá y el DAMA a fin de que se desmontara la publicidad visual exterior instalada en un paraje de Bogotá y se lograra que se ordenara la abstención (para estas entidades) de autorizar ese tipo de publicidad en la zona.

Se basa la corporación en el art. 79 de la Carta Y en el art. 2 de la ley 472 de 1998 (entre otras normas), para imputar responsabilidad con fundamento en el hecho que todas las personas tienen derecho a un ambiente sano y que para la protección e este derecho, las acciones populares permiten atajar cualquier daño contingente, peligro,

vulneración, amenaza o agravio al mismo, sin distinción de intensidad alguna para la aplicación de esta protección.

4.2.1.4.- Corte Constitucional, Sentencia T-760 de septiembre 25 de 2007, MP Vargas Hernández Clara Inés. Se decide por parte de esta corporación una acción de tutela elevada por una mujer que fue privada de su mascota por una Corporación Autónoma Regional, habiendo visto perjudicados sus derechos a la vida y a la dignidad humana, entre otros.

En el análisis de la norma Constitucional sobre ambiente, la Corte no eleva distinción alguna respecto de la intensidad de la afectación que activa la protección constitucional del ambiente.

4.1.5.- Corte Constitucional, Sentencia C-674 de noviembre 18 de 1998, MP Cifuentes Muñoz Eduardo. En esta oportunidad la Corte somete al cedazo el proyecto de ley 235 de 1996 Senado 154 Cámara “por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y, se dictan otras disposiciones”.

En esta sentencia se llega a una tendencia pro- ambiente en el sentido de que se dice que incluso la aparente juridicidad de la conducta (Estar de acuerdo con una norma o previamente autorizada por el ordenamiento) no puede soslayar el deber del Estado de velar por la protección del ambiente, toda vez que se dice que le compete a éste “no solamente sancionar los comportamientos que infrinjan las normas legales

vigentes, sino también prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y exigir la reparación de los daños causados”.

*4.2.2.- Afirmación según la cual en materia de responsabilidad por daño al ambiente entendido como un derecho colectivo, sobre la base de derecho positivo y jurisprudencial **NO** se viola el derecho colectivo a un ambiente sano y por ende se incurre en responsabilidad sino por la causación de un tipo especialmente grave de alteración medioambiental.*

4.2.2.1.- Juzgado 22 civil del Circuito, 26 de febrero de 2007, Exp. No 96-11645. En esta sentencia se decide demanda interpuesta por la Asociación de pescadores del Llanito y la Junta de Acción Comunal del Llanito contra Ecopetrol por supuestos vertimientos que Ecopetrol hizo en exceso en la ciénaga San Silvestre. Se encuentra probado por el fallador que Ecopetrol no era responsable de las molestias alegadas por los pescadores en la medida en que el foco de contaminación provenía fundamentalmente de vertimientos domésticos. En consecuencia, absuelve a Ecopetrol.

Lo destacable de la providencia para efectos de este análisis es que se hace referencia al hecho de que no se habla de contaminación cuando una afectación al ambiente está situada dentro de los márgenes de detrimento al ambiente que con anterioridad a los hechos se imponen en la regulación ambiental.

4.2.2.2.- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia AP-27 de abril 29 de 2004, CP Ostau de Lafont Pianeta Rafael E.

En esta sentencia se discute la posible responsabilidad del Ministerio del Ambiente por los impactos ambientales generados por la exploración y explotación petrolera en los ecosistemas de esteros en Arauca, puntualmente por la omisión consistente en dejar de haber tomado medidas en contra de estas actividades, habida cuenta de que de tiempo atrás a la comisión de los hechos dañosos del ambiente, se generaron sendas quejas de las comunidades aledañas ante la aludida autoridad. Así, en la demanda se exige que se compela al Ministerio del Ambiente para que en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias declare a ECOPETROL y a Occidental de Colombia responsables del daño ambiental generado en la zona.

En principio, reconoce el CDE que cualquier vulneración sobre un derecho colectivo permite el ejercicio de acciones populares, según el dicho literal del art. 3 de la ley 472 de 1998 que regula precisamente el ejercicio de las acciones populares. Así pues, esta norma faculta al interesado a reclamar ante la administración la protección del ambiente ante cualquier afectación al ambiente.

Se trata pues de una norma más que hace patente la tesis según la cual en Colombia no existe un criterio unívoco o a lo sumo otorgante de cierta seguridad jurídica a favor del empresario, que permita determinar en la praxis la causación de un verdadero daño ambiental que por lo mismo, genere responsabilidad sobre la base de la pre-existencia a l hecho de un criterio más o menos razonable y preciso de antijuridicidad de la conducta.

No obstante ello, en puridad, la corporación encuentra que del acervo probatorio aportado por Occidental de Colombia (OXY) puede inferirse la conclusión de que no obstante estar acreditado dentro del proceso la existencia de serias afectaciones al ambiente, las mismas no constituyen “efectos negativos graves, o que amenacen el ecosistema de la respectiva zona en sus diferentes componentes, pues tales efectos se encuentran dentro de los, parámetros esperados y son contrarrestados con medidas de mitigación adecuadas” Es decir, se define la antijuridicidad del daño en la sentencia a partir de dos criterios:

4.2.2.2.1.- Previsibilidad del impacto ambiental. Se determina en el dictum de la sentencia por medio del análisis del Plan de Manejo Ambiental que sigue Oxy en la zona

4.2.2.2.2.- Medidas que en pro del ambiente el agente contaminador tome a fin de mitigar o contrarrestar las afectaciones que cause al ambiente.

En suma, se decide a favor de la petrolera sobre la base de un criterio de razonabilidad en punto de la determinación de qué afectación al ambiente merece ser considerada antijurídica.

4.2.2.3.- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección segunda, Sub-sección A, sentencia del 20 de febrero de 2001, MP Margarita Hernández de Albarracín, EXP AT 01 0094. En esta providencia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decide una acción de tutela promovida por una particular en contra de la Nación Ministerio de Minas y Energía por expropiar sendos terrenos para luego dedicarlos a explotaciones mineras (Canteras más exactamente), siendo, en su sentir, parte integrante ellas, de la figura de reserva forestal.

Tímidamente se acepta en esta oportunidad que para el ejercicio de acciones populares tiene que alegarse un daño “de aquellos que son causados en ciertos eventos, aun número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad”. Para tal efecto, se cita la sentencia de la Corte Constitucional T 469 de 1999.

4.2.2.4.- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección quinta, Sentencia del 16 de enero de 2003 CP Darío Quiñones Pinilla, RAD No AP 781.

En esta providencia se analiza una acción popular basada en el hecho de que las autoridades ambientales de Medellín por acción y por omisión serían responsables de los daños derivados al ambiente por el Terminal de Buses, particularmente por acumulación de basuras y generación de ruido excesivo en su sentir.

En esta providencia se achaca la responsabilidad por el sobrepaso de los límites normativamente previstos para emisiones contaminantes. De cara a responsabilidad por daños propinados al ambiente desde la perspectiva del interés jurídico genérico (el ambiente), la Corporación no entra a analizar siquiera la gravedad del daño; simplemente verifica el sobrepaso de los niveles de emisión fijados con anterioridad al hecho dañoso. En suma, se reconoce que no cualquier afectación constituye un supuesto susceptible de imputación de responsabilidad.

4.2.2.5.- Corte Constitucional, sentencia C 251 de 2003 MP Cepeda Espinosa Manuel José. En esta oportunidad la Corte aborda el análisis de la ley 141 de 1994 “Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no

renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones”

En esta sentencia se comenta que no toda afectación al ambiente es un daño. La razón estriba en que, en su propio dicho, la explotación de recursos naturales no renovables darse consecuencias negativas en diferentes ámbitos e intensidades.

Se trata en suma, de una sentencia reiterativa de otras sentencias como la C 580 de 1999 y la

C 567 de 1995.

V Conclusiones y propuestas.

Del presente estudio puede extraerse fundamentalmente que:

6.1.- En nuestro país existe evidentemente un vacío jurídico en punto de la definición concreta de lo que significa daño ambiental dentro del universo de las afectaciones o alteraciones que las distintas actividades humanas generan de cara a los múltiples procesos de interacción que caracterizan un ecosistema determinado⁵⁸. Tan es así que como se vio en los apartes correspondientes, ni la legislación propiamente dicha, ni la regulación administrativa ni la jurisprudencia dan luces certeras sobre el particular.

6.2.- La actual ley sancionatoria en materia ambiental constituyó un gran avance de la tendencia que desde aproximadamente treinta años vislumbraba el país⁵⁹ relativa a la protección y racional aprovechamiento de los recursos naturales, máxime si se rememora que anteriormente existía un procedimiento que por su especificidad, no abarcaba de forma expedita e integral la necesidad de dar plena observancia a las garantías del debido proceso y total atención a la necesidad de proteger el ambiente. En el mismo sentido, podemos afirmar que constituyó un gran avance debido a que sin ambages intenta la inversión de la carga de la prueba en contra del empresario contaminador, con lo cual se avanza en el camino de hacer realmente efectivo el

⁵⁸ Cfr. Johansen Bertoglio O, Introducción a la Teoría General de Sistemas, Editorial Limusa, México, 1982. Gordon D y Murphy K., Ecosystems. A Functional Approach. Routledge Introductions to Environment. London, New York, 1998.

⁵⁹ Alfonso Avellaneda, Gestión ambiental como instrumento de aproximación al desarrollo sostenible, Protección y Seguridad No 250, noviembre, diciembre 1996.

derecho constitucional de contar con un ambiente sano e igualmente el principio de que quien contamina, paga⁶⁰.

6.3.- No obstante lo acotado en inmediata precedencia, nuestra actual ley sancionatoria acusa inconstitucionalidad cuando, ad ex, intenta implantar en medio de un sistema procesal SANCIONATORIO la responsabilidad objetiva, no obstante que la literalidad del texto no lo plantea de ese modo. Asimismo, adolece de un serio yerro de técnica jurídica a la hora de intentar definir qué es una AFECTACIÓN antijurídica, o sea, un daño ambiental, el cual yace en la generalidad del postulado en que a ello se refiere, según se tuvo ocasión de estudiar.

6.4.- En derecho comparado existen pocas tentativas en materia de definición clara y concreta de lo que es un daño ambiental; con todo, existen interesantes aproximaciones como lo es el caso de Chile a guisa de ejemplo, en donde la norma hace claros llamados a las distintas autoridades ambientales en el sentido de que se fijen tasas, límites cuantificables y circunstancias medibles que indiquen cuándo una afectación es realmente antijurídica y por lo mismo amerita sanción.

6.5.- La responsabilidad por daños ambientales constituye un vasto mundo en que no sólo lo jurídico confluye, de suerte que para su cabal entendimiento y desenvolvimiento es menester acudir a la INTERDISCIPLINARIEDAD, toda vez que el eje epistemológico que realmente nos da cuenta de cuándo se está ante una AFECTACIÓN del ambiente de índole grave, leve o nimia no está en una disciplina aislada⁶¹; antes bien está en la suma de muchas áreas del saber debido a que sólo a través de un discurso INTEGRADO entre las diferentes perspectivas que arroja cada ciencia y

⁶⁰ Ver ad ex, art. 1 ley 99 de 1993.

⁶¹ Leff Enrique, La Complejidad Ambiental, Editorial Siglo XXI, México, 2000.

conocimiento, es posible dimensionar los reales alcances que en cada caso concreto tiene el accionar del hombre. Es decir que si no se tiene una clara idea de cómo funciona uno o varios ecosistemas es imposible llegar a una definición de cuándo una alteración de los mismos debe ser sancionable.

En atención a que el diagnóstico arriba descrito genera a la postre **inseguridad jurídica** que a su vez genera des-incentivos en la inversión, fundamentalmente en la puesta en marcha de grandes proyectos necesarios por lo demás para el crecimiento económico de nuestro país, en los que una medida preventiva, una sanción e incluso un proceso sancionatorio globalmente considerado resultan realmente onerosos, la formulación de cualesquiera soluciones debe partir necesariamente del análisis y corrección de todo vicio de inconstitucionalidad, como lo es el extensamente argumentado en su momento, de suerte que la institucionalidad jurídica a la que se vea abocado el empresario aparezca en la práctica como un sistema o entramado coherente y confiable.

Dicho esto, valga advertir que a continuación el lector encontrará sendas propuestas⁶² y salidas que tienen en común la búsqueda de una mayor articulación y eficiencia, tanto en la gestión administrativa del Estado como en la implementación de correctos

⁶² Dado que los grandes proyectos están en la generalidad de los casos amparados por la existencia de una licencia ambiental, las propuestas van encaminadas hacia el tratamiento de dichos proyectos, en el entendido de que si previamente cuentan con una licencia ambiental, es porque generan gran impacto ambiental, de suerte que en los demás proyectos y empresas, las medidas a proponer en principio no tendrían lugar por su nimiedad y escaso impacto ambiental. Lo dicho se sustenta en los criterios que se siguen por parte de la autoridad ambiental para la tramitación de la licencia ambiental. Art. 47 y ss ley 99 de 1993. Cfr. Brown Lester R, Plan B 3.0 Movilizarse para Salvar la Civilización, González Rincón Gilberto, Universidad el Bosque, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Macías Gómez y Uribe Asociados TAIKU, Centro de Estudios para el Desarrollo Sostenible CEID Colombia, Bogotá, 2009., pp 365-388.

incentivos que lleven tanto a sancionar con el mínimo de abuso de la discrecionalidad como a una menor causación de daños ambientales. Veamos las propuestas por separado así:

6.6.- La implementación de una garantía compleja, integrada por un importe a cargo del empresario y otro a cargo de la entidad que conoce del caso, que por regla general sería la que concede la licencia ambiental⁶³, la cual se ha inspirado en la que la contratación estatal prevé como un requisito necesario para la ejecución del contrato estatal, a saber, la constitución de la garantía de que habla el art. 41 de la ley 80 de 1993 modificado por el art. 13 de la ley 1150 de 2007⁶⁴.

Puntualmente se constituiría de este modo:

6.6.1.- Desde la perspectiva del empresario, la garantía vendría a reflejarse en la contratación de un seguro que cubra las siguientes contingencias en un porcentaje específico de las mismas:

6.6.1.1- Costos de oportunidad derivados del tiempo en que una obra se paralice por consecuencia de la tramitación de un proceso ambiental sancionatorio.

6.6.1.2.- Costos derivados de un acto administrativo que condene al pago de una sanción y de una reparación (sea in natura o por el equivalente).

6.6.1.3.- Costos derivados de la injusta aplicación de medidas preventivas.

⁶³ Remito al lector a la segunda propuesta.

⁶⁴ Cfr. Fandiño Gallo Jorge Eliécer, Régimen Jurídico del Contrato Estatal, Editorial Jurídica Leyer, primera edición, Bogotá, 2008, Pp 209 y ss

En punto de su constitución, propongo que la misma se gestione desde el foro que a bien proporciona el trámite de otorgamiento de la licencia ambiental⁶⁵, a fin de que el estudio de las contingencias así como la respuesta a las mismas, sea calculado con mayores variables (que se suscitan en medio del trámite de la licencia, ad. Ex, mediante el estudio de impacto ambiental) e igualmente (tal como pasa en la contratación estatal), esta garantía se vea permeada por el postulado del orden público en el sentido de que no expiren por falta de pago por ejemplo.⁶⁶ Finalmente, consideramos que la contratación del seguro debería constituirse como requisito indispensable para la tramitación y posterior expedición de la licencia, no sólo por la manifiesta utilidad que reviste debido a que garantiza aún más una reparación del ambiente en caso de darse un daño ambiental, sino que también resulta menos oneroso para el empresario costear una sanción y unas consecuencias reparatorias.

6.6.2- Desde la perspectiva de la entidad estatal:

Proponemos la constitución de un fondo que se nutra a través del tiempo con recursos provenientes fundamentalmente de fuentes propias como por ejemplo, las tasas retributivas y compensatorias a que alude el art. 42 de la ley 99 de 1993, el cual tendía a su vez una función dual:

6.6.2.1.- servir como una fuente que asegure la indemnización de perjuicios causados al empresario por la imposición de medidas preventivas excesivas o improcedentes

6.6.2.2.- Servir como una fuente de recursos para la entidad en caso de que al cabo de cierto tiempo el fondo no se destine al pago de indemnizaciones.

⁶⁵ Art. 49 y ss ley 99 de 1993.

⁶⁶ Art. 7 Inciso segundo, ley 1150 de 2007. Fandiño Gallo Jorge Eliécer, Obra Citada, P 210.

Concretamente, la propuesta apunta a que el fondo se constituya con apropiaciones destinadas a cubrir la contingencia anotada arriba por un lapso previamente determinado matemáticamente. Si pasado ese lapso no figuran contingencias que cubrir, estos recursos pueden usarse en un porcentaje de los mismos, al igual que sus rendimientos financieros, en programas que tenga en pie la entidad de que se trate, en una proporción tal que el mismo se siga alimentando a punto de sostenibilidad financiera, con los ingresos mencionados enantes.

6.6.2.3- Utilidad

6.6.2.3.1.- Constituir un incentivo para las entidades en el sentido de proyectar decisiones de imposición de medidas preventivas con el máximo de atención y mesura, toda vez que de ello depende que al cabo de cierto número de ejercicios, la misma pueda disponer de una parte del fondo en los programas que la regulación tenga a bien asignar. Por contraparte, el empresario verá en el funcionamiento de este fondo, un incentivo para invertir, en la inteligencia de que tiene en mente la existencia de un mecanismo que reduce la discrecionalidad de la entidad que eventualmente puede proyectar una decisión en su contra.

6.6.2.3.2.- Permite reducir el nivel de inseguridad jurídica y de costos de operación del empresario derivados del propio proceso administrativo sancionador y más concretamente del caso en que de las resultas del proceso se llegue a la conclusión según la cual una medida preventiva era improcedente o excesiva y por lo mismo, el empresario tenga que solicitar por una acción de reparación directa la indemnización correspondiente con todas las demoras, costos y desgaste que ello implica tanto a la administración pública como al propio afectado.

Finalmente, en este acápite basta decir que el sentido último de su aplicación depende de la determinación de los porcentajes de las contingencias que cada sub-mecanismo debe cumplir dentro de la garantía compleja propuesta, asunto éste que escapa de los alcances enunciativos y creativos que tiene el presente trabajo, razón por la cual remito el interesado a la confección de los estudios de análisis de riesgo y demás que se requieran para su completa dimensión práctica, comprensión y aplicación.

6.7.- Los procesos sancionatorios no deben conocerse a prevención exclusivamente; si existe una licencia ambiental previamente otorgada, debería ser la autoridad que la concedió la misma que conozca del proceso sancionatorio respecto del empresario a quien concedió la licencia, claro está, en respeto del debido proceso y demás garantías jurídicas pertinentes. En los demás casos, sí debería ser a prevención.

6.7.1.- Razones:

6.7.1.1.- Los casos en que el empresario a quien se investiga cuenta con una licencia ambiental, son los casos en que se dan los mayores impactos ambientales y son también los casos en que hay más dinero invertido por parte del empresario. Este factor le da gran relevancia al caso en sí, por lo cual debería ser tramitado el proceso ante una autoridad ambiental que conozca el caso a fondo.

6.7.1.2.- Al tener la autoridad ambiental que dio al investigado la licencia ambiental correspondiente, un conocimiento previo del empresario y su actividad concreta, le es

más fácil la práctica de pruebas y la dimensión cabal de una problemática. Hay por ende ahorros en tiempo y dinero y por contera, menos desgaste administrativo.

6.7.1.3.- Se hace más sencillo ejecutar las sanciones, puntualmente la revocatoria de la licencia ambiental, en la medida en que se requieren menos trámites administrativos para ello.

6.7.1.4.- Si se llegare a implementar el sistema de la garantía de reparación, la gestión integral que implica la misma sería más eficiente, porque por un lado, la misma entidad que juzga ve su discrecionalidad limitada en tanto que si se llega a equivocar, de sus propios ingresos habrá pagado el importe de la indemnización expresado en sus propios ingresos.

En suma, Si bien es necesario proteger el ambiente mediante herramientas jurídicas como la ley sancionatoria 1333 de 2009 y puntualmente a través de la responsabilidad objetiva, no sobra destacar el hecho que nuestro país también precisa de ingente inversión a fin de alcanzar el desarrollo económico, que a su turno constituye óbice para la financiación de programas que desde diferentes sectores y puntos de acción permitan la erradicación de la pobreza y desigualdad social y por ende, el aumento del nivel de vida de la población⁶⁷. Por tal razón, se hace necesario ahondar aún mas en los

⁶⁷ Cfr. Varios Autores, En qué Momento se Jodió Colombia, Editorial Oveja Negra, Milla Batres, 1990.. Cfr. Brown Lester R, Plan B 3.0 Movilizarse para Salvar la Civilización, González Rincón Gilberto, Universidad el Bosque, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Macías Gómez y Uribe

alcances prácticos y concretos que el concepto de desarrollo sostenible tiene en nuestra realidad nacional, para así satisfacer al máximo los intereses del empresario que invierte sus recursos en el país, al paso que se logre garantizar el mínimo posible de afectación del ambiente natural.

Para ello, claro está, es preciso pues, saber a ciencia cierta cuándo debe hablarse de daño ambiental y cuándo de una alteración que no constituye daño ambiental.⁶⁸ Como se advirtió líneas atrás, el derecho aquí está llamado a escuchar las propuestas⁶⁹ que otras ciencias arrojen sobre el particular, para así ofrecer un entramado normativo suficientemente previsible y seguro, tanto para facilitar la misión de las autoridades ambientales en el sentido de su deber de velar por la conservación de los ecosistemas, como para generar suficiente seguridad jurídica para incentivar rectamente, un flujo positivo de inversión hacia el país.

Quiso el destino o quizá sea producto de la elemental lógica económica⁷⁰ la circunstancia de que toda actividad humana, con o sin ánimo de lucro, genere *per se* una alteración del ambiente⁷¹; tal vez sea o no inevitable que todo proyecto productivo guarde en punto de su magnitud, una relación proporcional con la variable del impacto ambiental en la generalidad de los casos⁷². Sea cual sea la opinión que se

Asociados TAIKU, Centro de Estudios para el Desarrollo Sostenible CEID Colombia, Bogotá, 2009, pp 154-177.

⁶⁸ Cfr. Carrizosa María Lucía, Obra citada.

⁶⁹ Cfr. Leff Zimmerman Enrique, *La Complejidad Ambiental*, Editorial Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2000.

⁷⁰ Cfr. Miller Roger le Roy, *Microeconomía Moderna*, traducción Verónica Guerrero Mothelet; dirección Jaime Arvizu Lara, Séptima Edición, Editorial Harla, México, 1995.

⁷¹ Cfr. Leff Zimmerman Enrique, *Racionalidad ambiental. La reapropiación social de la naturaleza*, Editorial Siglo XXI, 2004.

⁷² Esta afirmación se extrae de la lógica subyacente a la regulación dada en la ley 99 de 1993 en el acápite relativo al trámite de las licencias ambientales, donde los criterios que establecen cuándo se requiere la

acoja en uno u otro planteamiento, lo cierto es que Colombia como confluente tanto de una inmensa riqueza natural como de una compleja situación socioeconómica que le ubica como país en vías de desarrollo, tiene ante sí sólo una opción razonable: Avanzar hacia el desarrollo sostenible⁷³, el cual es imposible de alcanzar si en nuestro andamiaje institucional no se cuenta con racionalidad ni certeza jurídica⁷⁴.

tramitación de la misma, aluden directamente a proyectos de gran envergadura. Es verdad de Perogrullo que la generalidad de los grandes proyectos caen en la órbita de aquellos que mayores impactos ambientales producen. Cfr Atuesta Constanza, Derecho Ambiental, Apuntes de Clase, 2008.

⁷³ Cfr. Principio 3, Declaración de Río, 1992. Cfr. Rojas Ruiz Humberto, Hacia el Desarrollo Sostenible en Colombia Problemas y Logros. Síntesis: Anuario Social, Político y Económico de Colombia, 1998. Pp 61 a 68.

⁷⁴ Cfr. Posner Richard, Economic analysis of law, 5th Edition, Aspen Law & Business, New York, 1998. Cfr. Borda Ridao Roberto, Derecho Económico, Apuntes de Clase, 2006.

VI Bibliografía

- ° Atuesta Constanza, Derecho Ambiental, Apuntes de Clase, 2008.
- ° Becker, Gary Stanley, Derecho y Economía una Revisión de la Literatura, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas: Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Impresión del 2002.
- ° Bertalanffy Ludwig von, General system theory foundations, development, applications, Editorial George Braziller, Edición revisada, 2009.
- ° Begon M, Townsend C.R. and Harper J.L., Ecology, Individuals, populations and communities. Blackwell Scientific Publicatios, London, 1996
- ° Borda Ridaio Roberto, Derecho Económico, Apuntes de clase, 1996
- ° Brown Lester R, Plan B 3.0 Movilizarse para Salvar la Civilización, González Rincón Gilberto, Universidad el Bosque, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Macías Gómez y Uribe Asociados TAIKU, Centro de Estudios para el Desarrollo Sostenible CEID Colombia, Bogotá, 2009.
- ° Cabanilas Sánchez A., La reparación de los Daños al Ambiente, Pamplona, Aranzadi, 1996
- ° Congreso de la República de Colombia, Cámara de Representantes, OBJECIONES PRESIDENCIALES AL PROYECTO DE LEY 092 DE 2006 SENADO, 238 DE 2008.
- ° Canadá, Canadian Environmental Protection Act, 1999

° Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la República Argentina, 1ª, La Plata (C.A.Civ.Com.), Sentencia Número J400368 del 28 de marzo de 2006.

° Carrizosa Julio, El desarrollo económico y social. Revista Javeriana, Vol. 142 No. 724, mayo de 2006,

° Carrizosa Julio, Poder, Dinero y ambiente. Síntesis: anuario social, político y económico de Colombia, 1997.

° Congreso de la República de Colombia, Ponencia para primer debate, PROYECTO DE LEY 092 DE 2006 SENADO. GACETA DEL CONGRESO 485 del 26/10/2006

° Corte Constitucional de Colombia, sentencias:

- C 545 de 2008 MP Pinilla Pinilla Nilson

- C 1287 de 2001 MP Monroy Cabra Marco Gerardo

- C 597 de 1996 MP Martínez Caballero Alejandro

- T 067 de 1993 MP Angarita Barón Ciro y Morón Díaz Fabio

- SU 442 de 1997 MP Herrera Vergara Hernando

- T 514 de 2007 MP Araújo Rentería Jaime

- C 327 de 1999 MP Gaviria Díaz Carlos

- C 181 de 2002 MP Monroy Cabra Marco Gerardo

- C 229 de 2003, MP Escobar Gil Rodrigo

- T 880 de 2006 MP Tafur Galvis Álvaro
- C 1047 de 2001 MP Monroy Cabra Marco Gerardo
- C 891 de 2002 MP Araújo Rentería Jaime
- T 145 de 1993 MP Cifuentes Muñoz Eduardo
- C 616 de 2002 MP Manuel José Cepeda Espinosa
- C 245 de 2004 MP Vargas Hernández Clara Inés
- C 320 de 1998 MP Cifuentes Muñoz Eduardo
- C 939 de 2002 MP Montealegre Lynett Eduardo
- C-599 de 1992 MP Morón Díaz Fabio
- C-390 de 1993 MP Arango Mejía Jorge
- C-259 de 1995 MP Córdova Triviño Jaime
- C-244 de 1996 MP Gaviria Díaz Carlos
- C 251 de 2003 MP Cepeda Espinosa Manuel José
- T 002 de 1992 MP Martínez Caballero Alejandro
- T 760 de 2007, MP Vargas Hernández Clara Inés
- C 674 de 1998, MP Cifuentes Muñoz Eduardo
- C 595 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio

° Corte Suprema de Justicia

-Casación Civil, sentencia del 24 de agosto de 2009 MP Namén Vargas William

° Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo:

- Sentencia 2003-00763 de febrero 8 de 2007. CP Mendoza Martelo Gabriel Eduardo

- Sentencia AP-33 de mayo 11 de 2000, EXP AP-033 CP Giraldo Gómez María Elena

- Sección quinta, sentencia del 10 de julio de 2003 RAD. AP 483 CP Denise Duviau de Puerta

- Sección Primera, Sentencia AP-27 de abril 29 de 2004, CP Ostau de Lafont Pianeta Rafael E

- Sección Tercera, Sentencia 14807 de agosto 30 de 2006, CP Hernández Alier.

- sección quinta, Sentencia del 16 de enero de 2003 CP Darío Quiñones Pinilla, RAD No AP 781.

- Sección Tercera, Sentencia 2003-00345 de mayo 25 de 2006, Rad. AP-25000-23-27-000-2003-00345-02, CP Correa Luz Stella.

- Sección Tercera, Sentencia AP-33 de mayo 11 de 2000, Ref.: Exp. AP-033 CP Giraldo María Helena.

- Sección Quinta, Sentencia AP-112 de septiembre 4 de 2003, Rad.: 25 000 23 26 000 2000 00112 01, C.P. Hernández María Nohemí

- Sección Primera, Sentencia AP 181-02 de febrero 4 de 2005, Ref.: Expediente AP-25000-23-27-000-2003-00181-02 de 2005, CP Navarrete Barrero Olga Inés

- Sección Tercera, Sentencia AP-33 de mayo 11 de 2000, Ref.: Exp. AP-033, CP Gómez María Helena

- Sección Quinta, Sentencia AP-112 de septiembre 4 de 2003, Rad.: 25 000 23 26 000 2000 00112 01, sep. 4/2003. C.P. Hernández Pinzón María Nohemí

° Decreto 1594 de 1984

° Decreto 321 de 1999

° Declaración de Río, 1992.

° De Miguel Perales Carlos La Responsabilidad Civil por Daños al Ambiente , en: Varios Autores. Estudios Sobre la Responsabilidad Civil Medioambiental y su Aseguramiento, Editorial Española de Seguros, S.L., Sagasta, 1997

° España, Ley 26, del 23 de octubre de 2006

° ECOPETROL, DIRECCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTEGRAL, Directriz Responsabilidad de Atención y Respuesta en Caso de Derrame o Escape de Hidrocarburos, ECP-DRI-D-001, Mayo de 2005.

° Fandiño Gallo Jorge Eliécer, Régimen Jurídico del Contrato Estatal, Editorial Jurídica Leyer, primera edición, Bogotá, 2008

- ° González Villa, Julio Enrique, Derecho Ambiental Colombiano. Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- ° Hart Herbert Lionel Adolphus, El Concepto de Derecho, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- ° Huidobro Fernando, La Responsabilidad por Daños al Medioambiente y su Personificación en la Figura de los Administradores de la Sociedad, en: .- Varios Autores. Estudios Sobre la Responsabilidad Civil Medioambiental y su Aseguramiento, Editorial Española de Seguros, S.L., Sagasta, 1997
- ° Jácome Lleras Bernardo, Responsabilidad Extracontractual del Estado por Daños Ambientales. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Director, Arce Rojas David, Bogotá, 2003.
- ° Juzgado 22 civil del Circuito, 26 de febrero de 2007, Exp. No 96-11645
- ° Lavilla Rubira Juan José y Menéndez Arias María José, Todo Sobre el Ambiente, Editorial Praxis, S.A., España, 1996.
- ° Ley 23 1973
- ° Ley 1333 de 2009
- ° López Medina Diego Eduardo, El Derecho de los Jueces Obligatoriedad del Precedente Constitucional, Análisis de Sentencias y Líneas Jurisprudenciales y Teoría del Derecho Judicial, Editorial Legis S.A., Universidad de los Andes, 2006, segunda edición, Bogotá 2009

- ° Leff Zimmerman Enrique, Racionalidad ambiental. La reapropiación social de la naturaleza, Editorial Siglo XXI, 2004.
- ° Leff Zimmerman Enrique, Saber ambiental sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder, Editorial Siglo Veintiuno editores: PNUMA, Buenos Aires, 2004.
- ° Leff Zimmerman Enrique, La Complejidad Ambiental, Editorial Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2000.
- ° México, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988.
- ° Miller Roger le Roy, Microeconomía Moderna, traducción Verónica Guerrero Mothelet ; dirección Jaime Arvizu Lara, Séptima Edición, Editorial Harla, México, 1995.
- ° Merton Robert King, Teoría y Estructuras Sociales, Cuarta Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
- ° Monsalve José Dolores, Tratado Sobre la Extinción de las Obligaciones Civiles, Imprenta Nacional, Bogotá, 1914.
- ° Margalef, R. Teoría de los sistemas ecológicos, Editorial Universidad de Barcelona, Segunda Edición, Barcelona, 1993
- ° Norma técnica normas ISO 14001:2004
- ° Norma técnica ISO 9001:2008
- ° Norma Técnica OHSAS 18001:2007
- ° Palao Moreno Guillermo, La Responsabilidad Civil por Daños al Ambiente (Aspectos Internacionales), Editorial Tirant Lo Blanch, Universitat de Valencia, valencia, 1998

- ° República de Colombia, Constitución de 1991.
- ° República Argentina, Ley 25.675 del 2002
- ° República Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Sentencia Número J400049 del 13 de julio de 2004.
- ° República Bolivariana de Venezuela, Ley Orgánica del Ambiente.
- ° República de Ecuador, ley 08 de 1992
- ° Resolución 1074 de 1997
- ° Resolución 339 de 1999
- ° Resolución 2604 de 2009
- ° Ruiz-Rico Ruiz Gerardo, El Derecho Constitucional al Medio Ambiente. Dimensión Jurisdiccional, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2000
- ° Rodas Monsalve Julio César, Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1995
- ° Rojas González Germán Eduardo, Derecho Ambiental Colombiano, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 1979.
- ° Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, Editorial Civitas, Madrid 1997
- ° Sands Philippe, Principles of International Environmental Law, Cambridge University Press, United Kingdom, 2003

- ° Societé Générale de Surveillance (SGS), Auditoría interna en normas ISO 14001:2004, 9001:2008 y OHSAS 18001:2007. HSEQ. Apuntes de clase.
- ° Santos Ballesteros Jorge, Instituciones de Responsabilidad Civil, Pontificia Universidad Javeriana, tomo 3, Primera Reimpresión, Marzo 2006, Bogotá, 2006.
- ° TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sentencia 326 de febrero 27 de 2004, SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B, Rad.: AP-01-326 (acumulado), feb. 27/2004, M.P. Orozco Duque Fabiola
- ° Unión Europea, Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo.
- ° Varios Autores, En qué Momento se Jodió Colombia, Editorial Oveja Negra, Milla Batres, 1990.

REVISTAS

- ° Adler+Jonathan H. and Morriss++Andrew P., Symposium: Common Law Environmental Protection: Introduction. Copyright (c) 2008 Case Western Reserve Law Review, Case Western Reserve University, 58 Case W. Res. 575, Spring, 2008.
- ° Alfonso Avellaneda, Gestión ambiental como instrumento de aproximación al desarrollo sostenible, Protección y Seguridad No 250, noviembre, diciembre 1996.
- ° Calle Vásquez Rosángela, Procedimiento Administrativo Sancionatorio en Materia Ambiental, en Londoño Toro Beatriz, Gloria Amparo Rodríguez y Herrera Carrascal Giovanni J. (editores académicos), Perspectivas del derecho Ambiental en Colombia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

° Echeverry Garzón Juan Carlos, Lessons from Colombian economic development, Documentos CEDE No. 13, abril de 2009.

° Pinzón Jordán Rommy, United States and Colombian Environmental Legal Systems: A comparative view, Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, No 97, diciembre de 1999. pp 127-151

° Posner Richard, Economic analysis of law, 5th Edition, Aspen Law & Business, New York, 1998.

° Rojas Ruiz Humberto, Hacia el Desarrollo Sostenible en Colombia Problemas y Logros, Síntesis : anuario social, político y económico de Colombia,1998. Pp 61 a 68.

° Sarmiento García Manuel Guillermo, El régimen de responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Externado Revista Jurídica, Volumen 8, Número 1, Diciembre 1995, pp 97-102

° Tamayo Gladys, Gestión ambiental y empresa, Cuadernos de Administración, No 18, Junio de 1995.

° Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección segunda, Sub-sección A, sentencia del 20 de febrero de 2001, MP Margarita Hernández de Albarracín, EXP AT 01 0094.

Páginas web

° http://rse.larepublica.com.co/archivos/MACRO/2009-03-18/sancionan-a-ecopetrol-por-derrame-de-petroleo-en-2007_69421.php

° [http://europa.eu/abc/european_countries/eu_members/index es.htm](http://europa.eu/abc/european_countries/eu_members/index_es.htm)

- ° http://europa.eu/abc/european_countries/others/index_es.htm
- ° <http://biotech.bioetica.org/ap31.htm>
- ° http://www.car.gov.co/publicaciones.aspx?cat_id=108
- ° http://www.car.gov.co/publicaciones.aspx?cat_id=107
- ° <http://www.carder.gov.co/>
- ° <http://www.cvc.gov.co/vsm38cvc/>
- ° <http://www.cdmb.gov.co/web/index.php>
- ° De Oro Díaz Amaira, Gestión Ambiental y Sostenibilidad, <http://www.gestiopolis.com/canales5/ger/resadmini.htm#mas-autor>
- ° Williams García Mario, Hacia la Construcción de un Concepto de Daño Ambiental, http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/18/03_hacia_la_construccion_de_un_concepto.html
- ° <http://www.miliarium.com/Paginas/Leyes/Internacional/Ecuador/General/A041-02.asp>
- ° Henao Juan Carlos, Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/abs/henao_responsabilidad_dano_ambiental_abs_es.htm
- ° Lozano Cutanda Blanca, LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AMBIENTALES: LA SITUACIÓN ACTUAL Y EL NUEVO SISTEMA DE “RESPONSABILIDAD DE DERECHO PÚBLICO” QUE INTRODUCE LA DIRECTIVA 2004/35/CE,

<http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/12-13/RESPONSABILIDAD%20AMBIENTAL.htm>

° Bastida Aguilar Abraham, LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL DAÑO AMBIENTAL,

<http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/Articulos/AbrahamBastidaAguilar/derechoambiental/index.asp>

°

http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/recursos/responsabilidad_por_dano_ambiental.htm

° Valls de Rossi Mariana, El daño ambiental en la Corte Suprema Argentina. Reconstrucción. Obligación de contratar un

seguro <http://www.prodiversitas.bioetica.org/des59.htm>

° http://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_ambiental

° Muñoz Valenzuela Macarena, El Sistema de Responsabilidad por Daño Ambiental desde la perspectiva del Principio Quien Contamina Paga.

http://www.derecho.uchile.cl/cda/formulario_jornadas/pdf/PPT/M.Munoz.pdf

° <http://www.ecoportal.net/Contenido/Contenidos/Eco->

[Noticias/ONGs Promueven Boycott vs Cotsco por Dano Ambiental Cultural y Derechos Humanos](http://www.ecoportal.net/Contenido/Contenidos/Eco-Noticias/ONGs_Promueven_Boycott_vs_Cotsco_por_Dano_Ambiental_Cultural_y_Derechos_Humanos)

°

<http://www.colombiaincluyente.org/contenido/contenido.aspx?conID=1051&catID=4>

° <http://www.corpoguavio.gov.co/espanol/images/stories/Resolucion%20602.pdf>

° <http://www.carder.gov.co/documento.php?topics=silves&p=45>

°

<http://www.portafolio.com.co/opinion/columnistas/otroscolumnistas2/columnista.html>

° riropa@gmail.com, Competitividad y Desarrollo Social.

[http://www.portafolio.com.co/opinion/columnistas/otroscolumnistas2/ARTICULO-WEB-NOTA INTERIOR PORTA-4574051.html](http://www.portafolio.com.co/opinion/columnistas/otroscolumnistas2/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-4574051.html)

° Carrizosa María Lucía, la ley 1333 de 2009, avance o retroceso ambiental?,

http://www.portafolio.com.co/opinion/blogs/post.php?id_blog=3826213&id_post=450019045

° <http://inciarco.com/foros/showthread.php?t=1885>