

**PERSPECTIVA DE LOS PROCESOS DE IMPUTACIÓN PENAL POR
PERJUICIOS CAUSADOS A PARTICULARES POR DAÑOS AMBIENTALES
CONSECUENCIA DE LA EXPLOTACIÓN MINERA LEGAL E ILEGAL*.**

Autores:

*Carlos Fernando Asprilla Ibarguen***

*Sandy Caicedo Gómez†****

Director:

Dr. Edgar Augusto Arana Montoya

Resumen

La historia reciente de Colombia ha mostrado que la actividad productiva y económica de la minería se remonta a la época precolombina y que se ha desplegado hasta el presente, de igual forma los antecedentes normativos y teóricos demuestran que el desarrollo de esta actividad debe ser regulada por el Estado como dueño del subsuelo, pese a este control de legalidad que se ejerce mediante la normativa vigente, que exige el trámite y obtención de contratos de

* Desarrollo teórico de reflexión académica en el marco del programa de Especializaciones en Derecho Procesal, Probatorio y Oralidad de la Universidad Libre, Pereira, Colombia.

* Carlos Fernando Asprilla Ibarguen. Abogado de la Facultad de Derecho, Universidad Libre de Colombia, Especialista en Derecho Tributario Universidad Externado. Cursante en el programa de Especializaciones en Derecho Procesal, Probatorio y Oralidad, Universidad Libre, Pereira, Colombia Correo electrónico: cafais@hotmail.com

† Sandy Caicedo Gómez. Abogada de la Facultad de Derecho, Universidad Libre de Colombia, cursante en el programa de Especializaciones en Derecho Procesal, Probatorio y Oralidad, Universidad Libre, Pereira, Colombia. Correo electrónico: scaicedo0317@gmail.com

concesión y licencias ambientales, se han presentado desde sus inicios problemas de aplicación y cumplimiento para la salvaguardia de este principio de licitud y la conservación del medio ambiente en las zonas donde se desarrolla, generando grandes lesiones a los sistemas ecológicos y como consecuencia de estos daños antijurídicos a los particulares de forma individual y colectiva tanto en su salud como en su patrimonio. Es así como el producto académico se centra en profundizar en la perspectiva de los procesos de imputación penal por perjuicios causados a particulares por daños ambientales consecuencia de la explotación minera legal e ilegal en Colombia, encontrándose dentro de sus resultados finales que el Estado es responsable por los daños ocasionados al medio ambiente y en los casos en que se presentan daños antijurídicos en ejercicio de la actividad minera legal a un particular como consecuencia del daño generado al medio ambiente, procede la interposición de una demanda de reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa con la finalidad de que el operador judicial condene al Estado a realizar la reparación de los perjuicios que fueron causados.

Palabras Clave: Ambientales, antijurídico, daños, explotación, imputación, minería.

Abstract

The recent history of Colombia has shown that the productive and economic activity of mining dates back to pre-Columbian times and has been deployed to the present, in the same way the normative and theoretical antecedents show that the development of this activity must be regulated by the State as owner of the subsoil, despite this control of legality that is exercised by means of current regulations, which require the processing and obtaining of concession

contracts and environmental licenses, there have been since its inception problems of application and compliance for the safeguarding of This principle of legality and the conservation of the environment in the areas where it is developed, generating great damage to ecological systems and as a consequence of these unlawful damages to individuals individually and collectively, both in their health and in their assets. This is how the academic product focuses on deepening the perspective of criminal imputation processes for damages caused to individuals for environmental damages as a result of legal and illegal mining in Colombia, finding within its final results that the State is responsible for the damages caused to the environment and in the cases in which unlawful damages are presented in the exercise of the legal mining activity to an individual as a consequence of the damage generated to the environment, it is appropriate to file a claim for direct reparation before the contentious-administrative jurisdiction with the purpose of which the judicial operator condemns the State to carry out the reparation of the damages that were caused.

Keywords: Environmental, unlawful, damage, exploitation, imputation, mining.

Metodología

El trabajo de desarrollo teórico y reflexión académico se centra en profundizar en la perspectiva de los procesos de imputación penal por perjuicios causados a particulares por daños ambientales consecuencia de la explotación minera legal e ilegal en Colombia, para el desarrollo del trabajo y obtención de los resultados, se realizó mediante la aplicación de una metodología basada en la investigación cualitativa de tipo descriptivo, de revisión documental, estadística y normativa orientadas a indagar-aparte de lo antes mencionado- el análisis

semántico de conceptos como minería y minería ilegal, así como también, la observación hermenéutica de las disposiciones que han sido expedidas en el ordenamiento jurídico colombiano con el objeto de regular de forma clara y expresa la exploración técnica y la explotación racional de los recursos mineros para llegar a los procesos de imputación de perjuicios causados a particulares por daños ambientales consecuencia de la explotación minera legal e ilegal.

1. Introducción

Los antecedentes históricos datan que, en Colombia la explotación minera data desde los tiempos indígenas con la extracción de oro, plata y piedras preciosas para la orfebrería y la sal para el consumo humano y el comercio denominado como trueque; más adelante en el tiempo de la colonización española se produjo la explotación minera mediante la esclavitud de indígenas locales y negros traídos de África. Ya después de la declaración de independencia de Colombia de España, para las décadas finales del siglo diecinueve y comienzos del siglo veinte, comenzaron a ingresar al país compañías extranjeras con permiso del gobierno nacional para explotar los recursos mineros.

Para el sistema jurídico colombiano la actividad de trámite y obtención de licencias ambientales y contratos de concesión para explotación minera se constituye como el principio de legalidad y debido proceso de esta actividad, sin embargo, también resulta evidente que muchas veces se deja en un segundo plano el análisis de los posibles riesgos de impacto ambiental en el hábitat en el cual se despliega esa actividad, lo que conlleva a daños

colaterales que van más allá de lo ambiental y puede llegar incluso, al atropello de derechos que son estipulados como fundamentales en la Constitución política de 1991.

En analogía a lo antes mencionado, es preciso mencionar que cuando se realiza una actividad sin la observancia ni cumplimiento de las leyes y sin ningún tipo de licencia ambiental, se está frente a lo que se denomina como minería ilegal, lo cual, en resumen, significa quien desarrolla la actividad minera bajo el principio de la ilegalidad, no está sometido a un título minero que autorice al ciudadano para realizar la exploración y explotación de los recursos minerales, la cual se desarrolla en muchas ocasiones en territorios que se han declarado por la legislación colombiana como zonas de protección y desarrollo de recursos naturales renovables ambientales.

Ejemplo de estas zonas explotadas de forma ilegal y con gran impacto ambiental y a los derechos de las personas que habitaban su entorno se presentó en Colombia en Río Dagua en el municipio de Zaragoza departamento del Valle del Cauca, impactado por erosión y socavado por la extracción ilegal del oro, también se encuentra el caso del Río San Juan en el departamento del Chocó, donde se presentó una ausencia total de planeación de acciones de control, de rastreo y monitoreo de las entidades gubernamentales para evitar el daño en sus ecosistemas y áreas ecológicas que lo comprenden.

Entendiendo lo anterior, es preciso considerar que la República de Colombia se erige como un Estado Social de Derecho y dentro de sus deberes y obligaciones estipuladas en los artículos 2 y 79 de la Constitución Política de 1991, el primero sobre deberes del estado y el

segundo sobre el derecho al medio ambiente sano, su integridad, su protección y conservación, que a la vez, se desglosa en el fundamento según el cual, el estado colombiano tiene la obligación de prevenir daños ambientales, fomentar la educación ambiental, atenuar los daños a los ecosistemas cuando estos se han ocasionado, así como también el deber indemnizatorio o de reparación de daños a las áreas ecológicas tal y como lo estipula el artículo 90 de la Carta Magna en cuanto a responsabilidad del estado se refiere.

Consecuente con el anterior corolario, cuando se presentan daños ambientales como consecuencia de la actividad minera, sea esta legal o ilegal, el estado se encuentra en la obligación de gestionar y aplicar las medidas necesarias y pertinentes, para recuperar el medio ambiente objeto de afectación en el caso de ser posible, y de no poderse hacer por la gravedad del daño a los ecosistemas, deberá emplazar la compensación o resarcimiento pleno en su condición de máximo órgano que garantiza los principios y derechos de la Constitución Política, dentro de los cuales, también se encuentra el deber que tiene de garantizar la defensa del medio ambiente sano.

En la misma línea de los derechos que deben ampararse en el Estado Social de Derecho que promueve Colombia en la Carta Magna al presentarse un daño ambiental también debe considerarse si paralelo a este daño a las áreas ecológicas, se produjo un daño de tipo antijurídico a un ciudadano o aun colectivo de personas, ante esta circunstancia el particular, la familia o colectivo afectado, debe concurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa con el propósito de exigir al ejecutor judicial que se le resarza material o moralmente por los daños antijurídicos de que fueron víctimas.

El artículo académico en desarrollo, que tiene como propósito general el de profundizar en la perspectiva de los procesos de imputación penal por perjuicios causados a particulares por daños ambientales consecuencia de la explotación minera legal e ilegal, deriva importancia jurídica y social, por cuanto presenta novedad al buscar exponer la realidad de la minería ilegal en Colombia y las formas institucionales de reacción contra ella desde una perspectiva procesal y penal, de igual forma, resulta de alta trascendencia desarrollar un tema como este, a partir del enfoque hermenéutico, doctrinal y jurisprudencial y desde un contexto poco conocido como es la criminalidad medio-ambiental, que en la actualidad también ha sido tocado por el derecho internacional del Estatuto de Roma como “Ecocidio”.

Sumado a lo anterior, en la realidad colombiana, se presenta como un conjunto de problemas jurídico-penales que son objeto de análisis, reflexión y discusión en el desarrollo del texto académico, la definición concreta para definir el bien jurídico protegido, el desvalor de acción y resultado, las leyes penales en blanco, la relación de causalidad, y otros más, pero sobre todo, en su desarrollo académico reflexivo, se pretende analizar y dar respuesta desde la retórica del legislador al interrogante general *¿Existe en la legislación colombiana una posible inclinación por proteger de forma más amplia los concretos objetos materiales como los yacimientos mineros, las aguas, la contaminación con químicos y el material de arrastre por encima de los derechos de las personas al medio ambiente y los posibles daños que se les ocasiona como consecuencia de estos perjuicios?* Con el objeto de dar respuesta a esta cuestión formulada, el presente texto, se desarrolla desde la perspectiva de los procesos de

imputación de perjuicios causados a particulares por daños ambientales consecuencia de la explotación minera legal e ilegal.

2. El concepto de minería a partir de su perspectiva semántica y teórica

La minería se ha constituido a lo largo de la historia como una actividad que consiste en la extracción de minerales y de cuyo trabajo derivan su sustento miles de hombres y mujeres de estratos menos favorecidos, esta sería la perspectiva cosmopolita que se le puede dar a la minería,

Desde una perspectiva semántica se tiene que la minería es la extracción de materiales de la corteza terrestre para la obtención de minerales o combustibles, en palabras de Ana Aranibar, (2003, p. 5), la Real Academia de la Lengua española, hace referencia a este concepto desde el paradigma de la semántica catalogándola como el “arte de labrar las minas”; por su parte Aranibar (2003), dice que su definición más cercana es “toda actividad extractiva que se desarrolla sobre yacimientos minerales o que por la limitada significación económica de la explotación, pueda ser considerada como tal” (en Aragón, 2020, p. 10).

Desde los entes gubernamentales de Colombia, INGEOMINAS, entidad vinculada al Ministerio de Minas y Energía (2003), en documento publicado, detalla terminología referente a la minería como actividad en los departamento del país acorde con la legislación nacional y los estándares internacionales y se encuentra la siguiente definición: “es una acción que implica la realización de labores y operaciones de tipo subterráneo, y en la práctica el término incluye también las operaciones a cielo abierto, las canteras, el dragado y el tratamiento y

transformación de la corteza terrestre tanto bajo tierra como de forma superficial para la obtención de minerales y otros materiales combustibles de una forma selectiva”.

Ahora bien, con respecto a los principios de legalidad e ilegalidad eferentes a la actividad de la minería, desde la percepción doctrinal y teórica, se encuentra que de forma general, los principios se han conceptualizado desde diferentes prismas, es así que para algunos tratadistas los principios son patrones que fundamentan las normas jurídicas que constituyen los sistemas jurídicos, para otros los principios son mandatos con valor normativo y vinculante pero que no son estructuralmente reglas o normas, y para algunos son mandatos que sirven para hacer más óptimos los modelos escalonados de las normas.

Sea de una u otra forma que se tomen, los principios en el caso de la actividad minera se deben observar desde las teorías como la expuesta por Robert Alexy a partir de la perspectiva de la Teoría Jurídica y para quien los principios han sido considerados como aquellos que se establecen como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes y termina diciendo, que por consiguiente son mandatos de optimización” (Alexy, 1993, p. 86).

A su vez, Ronald Dworkin (2012) jurista de gran influencia doctrinal y teórica en Colombia ha argumentado que los principios son “estándares que deben ser observados como una exigibilidad de la justicia, la equidad u otra forma de la moralidad y no porque se encuentren en favor de cierta condición social, económica o política o social que se piense codiciada” (p. 74). Para el doctrinante, esto quiere decir que, aunque los principios no posean estructura básica que los asemeje a una regla o norma, si se encuentran comprendidos dentro del rango de supuestos de hechos y bajo derivación jurídica, y por tal motivo los operadores

jurídicos deben aplicarlos de forma alternativa ya que, en palabras del mismo autor, “los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido” (Dworkin, 2012, p. 75)

Después de establecer el acercamiento al concepto de minería desde la perspectiva semántica, teórica y doctrinal, corresponde ahora relacionar este concepto con el principio de legalidad pues, que como se ha podido evidenciar se clasifica de acuerdo con la doctrina y las teorías de la filosofía del derecho en legal e ilegal, así como también por entidades del gobierno colombiano como el Ministerio de Minas y Energía. En cuanto a legalidad dice Morin (2007, p. 107) que esta se presenta desde una perspectiva lógica como “concatenación de hechos o tesis de facticidad”, es decir, que se fundamenta en cierta clase de hechos, acciones u negligencias que llegan a permitirse o prohibirse expresamente de acuerdo el régimen jurídico y sus normas.

Resulta importante resaltar con respecto al principio de legalidad y su relación con la minería y los daños ambientales y antijurídicos que pueden ocasionar, que éste tiene una limitante en lo que respecta al debido proceso para las decisiones judiciales al instaurar el deber de obligatorio cumplimiento para el obrador judicial, considerando que se encuentra sometido al imperio de la ley, en ese sentido “las decisiones judiciales deben estar fundadas en normas jurídicas del Estado y además “los jueces deben resolver todos los casos que se le sometan a juzgamiento dentro del límite de su competencia, mediante decisiones fundadas en normas jurídicas del sistema” (Alchourrón, 2010, p. 158).

2.1. La minería desde la clasificación doctrinal y legislativa colombiana

Como se ha venido sosteniendo, en los sistemas jurídicos, la legalidad como principio representa gran trascendencia para su estabilidad al permitir, negar o prohibir ciertas acciones y el régimen colombiano no es ajeno a esta premisa, ya que el principio en mención se eleva al rango de los principios fundantes del Estado Social de Derecho que lo rige a, y en lo que respecta a la actividad de la minería se determina por parte del cuerpo legislativo como legal o ilegal en relación a si cumple o no con las normas vigentes en cuanto a licencias ambientales, cumplimiento de estándares para la exploración, explotación y mitigación de riesgos y de daños antijurídicos a los particulares, es decir que como lo establece el Ministerio de Minas y Energía, (2003, p. 108), la legalidad o ilegalidad depende de si su actividad se encuentra o no “avalada por un título minero, reconocido como el acto administrativo escrito mediante el cual se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo minero que son propiedad del Estado”

El Código de Minas de Colombia (Ley 685 de 2001) estipula en el artículo 14 que “únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional” (Congreso de Colombia, 2001). Sin este requisito, cualquier tipo de exploración o explotación de los recursos minerales será clasificado como ilegal en consideración a que el permiso de concesión minera se constituye como “el único instrumento legal por medio del cual el Estado, puede otorgar la titularidad minera a los particulares (...) y como menciona Marín (2001, p. 180), este contrato de concesión se establece un acto jurídico, en el cual se manifiesta la voluntad plasmada en un hecho, y destinada a producir efectos jurídicos”.

En lo que respecta a lo antes mencionado, resulta oportuno mencionar que la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con el contrato de concesión y ha precisado que este, posee algunos elementos que deben de ser tenidos en cuenta necesariamente en el proceso de planeación, celebración y ejecución contractual, al considerar que este tipo de acuerdos son:

Los que se celebran entre un grupo de personas o asociación y entidades estatales; tienen como fin actividades tales como la prestación, operación, funcionamiento, explotación, organización, gestión o construcción; estas actividades se refieren a un servicio público, a una obra o bien destinados al servicio público; la responsabilidad de estas actividades recae en el concesionario; la vigilancia y control de estas actividades corresponde a la entidad pública contratante y en este caso es el Estado. (Corte Constitucional, 2016)

Lo cual quiere decir, que los daños ambientales y los daños antijurídicos a particulares que resultan de la explotación minera en Colombia son responsabilidad del Estado y en repetición al agente que contrata la explotación de los recursos minerales en relación a los impactos dañosos que produzca por acción, por omisión o negligencia ya que existe un nexo de relación entre la codificación de la minería en Colombia con la conservación del medio ambiente como derecho colectivo y con la preservación de los derechos que han sido catalogados como inherentes a todas las personas y que son constitucionalmente protegidos en la Carta Magna de 1991, en la que considero como un pilar fundamental la protección del medio ambiente, y como expresa Marín, (2001, p. 180) en especial cuando se realizan labores de exploración o explotación minera que puede llegar a afectarlo gravemente.

Lo anterior encuentra su sustento en el artículo 332 de la Constitución Política de Colombia de 1991 al determinar que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes. De igual forma, el artículo 334 de la Carta Magna resalta el hecho de que el Estado tiene la facultad legal de intervenir en los procesos de explotación de los recursos naturales; y el artículo 360 faculta al legislador para determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Por lo tanto, se puede entender que el órgano legislativo ha regularizado la explotación de los recursos que son obtenidos por medio de la minería buscando que el principio de planeación se materializara en dichas prácticas sea asegurado con el estricto cumplimiento de la Ley 685 de 2001 o Código de Minas en lo que respecta con la exigencia del título minero para declarar y probar el derecho a explorar y explotar las minas de propiedad estatal y, la obligatoriedad en la celebración de un contrato de concesión, el cual como expresa Aragón (2020, p. 19) debe ser desarrollado en estricto acatamiento de los requisitos de capacidad e idoneidad del oferente y, a las leyes especiales que protegen el patrimonio histórico, arqueológico o cultural de la Nación, fundamentos que regulan el derecho a explorar y explotar el suelo y subsuelo colombiano y que además, delimitan el ejercicio de la minería en Colombia.

2.2. El daño antijurídico en relación con la legalidad e ilegalidad de la minería en Colombia

En el acápite anterior se mencionó que el derecho a explorar y explotar el subsuelo se encuentra constitucionalmente regulado en Colombia en los artículos 332 y 360 superiores, y

que la legalidad de la actividad minera depende de contar con el título de concesión minero y su correspondiente licencia ambiental de acuerdo con el Código Minero vigente en su artículo 14 (Ley 685 de 2001).

Sin embargo, debe resaltarse que, todo derecho tiene un límite y es que este no puede estar por encima del bienestar general, y en lo que respecta con la actividad minera dentro de su legalidad debe estar ceñida a criterios exigibles de su ejercicio para que no altere el orden jurídico vigente en Colombia y dentro de este se encuentra el medio ambiente y los derechos que a las personas le son inherentes, por lo tanto cuando se desarrolla la actividad minera, y de esto resultan daños a los ecosistemas o entornos ecológicos, a una persona o colectivo ya sean detrimentos materiales o inmateriales, el estado debe reparar integralmente esos daños.

Es aquí cuando toma protagonismo el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que reza que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños que le sean atribuibles por acción u omisión de las autoridades públicas. Así se tiene, que los ejes como el daño antijurídico y la imputación son fundamentales para que exista la responsabilidad estatal (Hinestroza, 2016, p. 165), régimen en el cual se encuentran plasmados los requisitos y elementos que deben existir para el juicio de responsabilidad atribuible al Estado y para que se pueda dar la reparación a esos daños antijurídicos.

En razón de lo anterior, menciona Gil, (1989, p. 105) que un “detrimento, menoscabo, perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona sus bienes espirituales y corporales o patrimoniales” es a lo que se considera como daño antijurídico o evento sufrido por una persona y que esta no tiene el deber jurídico de soportar

la lesión de un derecho, un bien o interés legítimamente protegido por el régimen jurídico, según el cual, requiere para el juicio de responsabilidad la existencia del daño probado en el proceso.

Consecuente con lo mencionado, es preciso hacer referencia a la imputación que como elemento del proceso de responsabilidad estatal consiste en inculpar el daño ocasionado al Estado

Por su parte la imputación significa atribuir el daño o lesión ocasionado al Estado, es decir, es un proceso que como expresa Gil (2013, p. 473), va más allá del nexo de causalidad para convertirse en una entidad material fenoménica. Es por ello, que, en Colombia, de acuerdo con su régimen jurídico, la imputación se ejecuta con fundamento en los supuestos de la conducta del agente estatal que ocasionó el daño, y por el régimen aplicable para el proceso en particular.

Como se puede observar, el artículo 90 constitucional, es claro en determinar los elementos y criterios de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por acción, negligencia u omisión de sus entidades o de sus agentes, con lo cual se demuestra que la garantía de los derechos de las personas opera cuando se imputa un daño antijurídico que el ciudadano no está en deber de soportar y ante el cual, el operador judicial debe mediante el conocimiento de los hechos los hechos que dieron origen a la acción u omisión y el título de imputación aplicable para los casos concretos, establecer mediante debido proceso determinar las características y la cuantía que se está obligado a reparar como consecuencia del daño antijurídico ocasionado.

3. Los procesos de imputación penal por daños ambientales consecuencia de la explotación minera legal e ilegal en Colombia.

La actividad minera en Colombia se desarrolla en muchos de los departamentos de su división política y a la vez presenta un contexto de legalidad e ilegalidad dependiendo de su explotación con un título de concesión minera y licencia ambiental, sin embargo, bajo cualquiera de esos dos estados de legitimidad se presentan daños al medio ambiente en el entorno donde se despliega y estos daños también traen consecuencias colaterales, lesiones y daños antijurídicos a las personas que habitan o laboran en estas minas en el subsuelo o a cielo abierto.

Cuando se presentan estos daños a los ecosistemas y a la integridad física, mental o a los bienes de las personas como consecuencia de la explotación minera legal o ilegal en Colombia, es cuando se acude al régimen de responsabilidad del Estado para imputarle las lesiones ocasionadas y exigir la reparación integral por la acción, omisión o los actos contra el orden jurídico de las entidades públicas, los agentes o funcionarios y también de los particulares en ejercicio de función pública que debieron custodiar la mitigación, prevención o resarcimiento de los daños ambientales que son originados como consecuencia de la actividad minera sin el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales.

Es así que Katherine Aragón C. (2020), al analizar variados fallos emanados por el Consejo de Estado (2003, 2010, 2013) y la Corte Constitucional (2012 y 2016), pudo encontrar que todas estas sentencias acuden a variadas teorías, elementos, requisitos y conceptos a la hora de establecer la responsabilidad del estado por daños ambientales con ocasión de la actividad minera, con lo cual se construye un precedente jurisprudencial dogmático que sale de la tradicional forma de interpretar este tipo de responsabilidad, ya que el daño ambiental y antijurídico a las personas como consecuencia de este requiere un tratamiento específico que

tiene su génesis en el artículo 80 de la Constitución Política de 1991, en el que se especifica la responsabilidad ambiental, en el inciso dos al decir: “Es deber del Estado exigir la reparación de los daños causados al medio ambiente por tanto es dable afirmar que esta disposición constitucional consagra un tipo de responsabilidad estatal diferente que surge o mejor, que tiene origen en el perjuicio ambiental”.

Se puede discernir entonces, que la responsabilidad del Estado por daño ambiental debe ser fundamentada por el deterioro al medio ambiente y al ambiente sano que a la vez tiene como consecuencia colateral el perjuicio de una persona en particular o de una comunidad, argumento que se puede sustentar cuando Rojas (2012), dice “se encuentra razón en deducir que sirve de sustento de una tipología especial, singular y autónoma de responsabilidad cual es la responsabilidad por el daño ambiental” (Pp. 42-43), lo cual demuestra que para estos casos se está frente elemento común de imputación al proceso de responsabilidad y este es , como es el perjuicio indemnizable.

Entendiendo que el daño ambiental y al ambiente sano se encuentra definido por Rodríguez (2002), como “agresión física, química o biológica que produce una contaminación intolerable al sujeto de derecho, impidiendo que pueda usar o disfrutar de los bienes que componen el medio ambiente” (p. 57), situación que también afecta directamente el bienestar y vida sana de las personas y comunidades, en síntesis, el daño ambiental se entiende no solo como la lesión al patrimonio ambiental, sino, también comprende el daño de tipo particular que lesiona derechos subjetivos de las personas. Situación que, en palabras de Bustamante, (1998, p. 45) fundamenta la posibilidad de que se accione el órgano judicial con el propósito que se repare el daño causado o compensación del perjuicio patrimonial o extramatrimonial que le han causado.

De acuerdo con lo expuesto, resulta entendible que el Estado resulte imputado y en el fallo del proceso sea encontrado responsable por la producción de daños en el medio ambiente y como consecuencia de estos, y de forma directa o indirecta también resulten afectados en su salud o sus bienes, personas y comunidades debido a la acción, omisión u actos contrarios al orden jurídico por parte de entidades públicas o uno de sus agentes, ante lo cual debe resarcir patrimonialmente los daños ocasionados

Al analizar el precedente jurisprudencial de las Altas Cortes en Colombia con respecto a la perspectiva de los procesos de imputación penal por perjuicios causados a particulares por daños ambientales consecuencia de la explotación minera legal e ilegal, se encuentra en primera medida que el Consejo de Estado al analizar acciones la presencia de daños antijurídicos como consecuencia de esta actividad, ha pronunciado que en casos en los cuales la transgresión de derechos de tipo colectivo y la protección del patrimonio público son el eje fundamental, la acción popular es el instrumento más procedente para accionar la responsabilidad. Pero además ha sido clara la Alta Corporación al manifestar que al estudiar la transgresión de derechos fundamentales por la ocurrencia de daños antijurídicos generados a los particulares como consecuencia de la actividad minera legal o ilegal, procede el proceso de responsabilidad patrimonial en contra del Estado. (Subsección B, Rad. 2010-00217, 2015)

En la sentencia en mención, se encuentra que:

De acuerdo con los criterios jurisprudenciales, no cabe la menor duda en cuanto a la procedencia de la acción popular para proteger eficazmente los derechos colectivos, cuando son amenazados o vulnerados en el marco de la actividad contractual del Estado. Y ello debe ser así, porque, como lo reitera la

jurisprudencia, se requiere de la adopción de todas las medidas necesarias para superar los hechos y demás situaciones generadoras de la afectación de los intereses colectivos (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Rad. 2010-00217, 2015)

Es decir que se justifica la activación del aparato judicial para procesos por daños ocasionados al medio ambiente y en consecuencia a las personas en su salud y sus bienes por cuanto como se ha venido mencionando, la actividad minera se encuentra regulada y autorizada por el Estado mediante un título o contrato de concesión minera mediante el cual, este y el particular se ponen de acuerdo en la realización de estudios, trabajos y obras de exploración de minerales que son de titularidad del Estado.

Por lo tanto, es el estado el responsable que para desarrollar este tipo de actividades se tomen las medidas necesarias para prevenir, mitigar o reparar posibles daños al medio ambiente en cumplimiento de la actividad minera, por lo que para este tipo de procesos resulta procedente la acción procedente es la acción popular, normatizada por la Ley 472 de 1998 y no el medio de control de reparación directa. Es así que la Corte Constitucional ha manifestado al respecto:

El medio ambiente en el contexto colombiano ha sido catalogado como un derecho de tipo colectivo que implica un “interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares” (Corte Constitucional, 1999) derecho que ha de ser protegido por medio de la acción popular, sin embargo, si se genera una transgresión de tipo individual también procede la acción de tutela como mecanismo transitorio, el precedente jurisprudencial amplía en tal sentido:

La acción popular resulta adecuada para enfrentar la afectación del derecho colectivo vulnerado, pero ella no es suficiente para amparar el derecho fundamental que ha sido afectado en conexidad con el interés colectivo. En tal evento, la tutela es procedente de manera directa, por cuanto la acción popular no resulta idónea para proteger el derecho fundamental. (Corte Constitucional, 2012)

Las anteriores referencias jurisprudenciales sintetizan que es la acción popular la que procede para proteger de forma eficaz la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en el ámbito de la actividad contractual de la administración pública ejecutada con el objeto de realizar actividades o trabajos de minería en Colombia en los eventos en que se ocasiona un daño de tipo ambiental. “Se impone la procedencia de la acción popular como mecanismo principal de control para garantizar la eficacia de los derechos colectivos, cuando quiera que son puestos bajo peligro de vulneración o son violados por la actividad contractual minera de la administración. (Rad. 2005- 02130, 2013)

Ahora bien, en los casos en que se presentan daños antijurídicos en ejercicio de la actividad minera legal a un particular como consecuencia del daño generado al medio ambiente, procedente la interposición de una demanda de reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa con la finalidad de que el operador judicial condene al Estado a realizar la reparación de los perjuicios que fueron causados. Es así que el Consejo de Estado ha señalado que “a través de la acción popular no se pueden perseguir indemnizaciones individuales. La misma busca prevenir, restituir las cosas a su estado anterior y hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos afectados” (Rad. No. 2002-1204 2006).

Sustento jurisprudencial que encuentra paralelo argumentativo en la Corte Constitucional cuando precisa: Todos los colombianos deben gozar un ambiente sano, y el estado tiene la obligación de velar por su conservación y prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (Corte Constitucional, 2012)

En concordancia con lo antes citado, el medio de control de reparación directa adquiere especial relevancia al analizarse que en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 se encuentra que la acción popular es la procedente para solicitar la reparación de los daños antijurídicos causados a un particular como consecuencia de la actividad minera en el contexto colombiano,

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. (Congreso de Colombia, 2011).

4. Discusión

Como se ha venido mencionado a lo largo de la presente reflexión académica, la explotación del subsuelo para la extracción de minerales y combustibles o cualquier otro material mediante excavación o a cielo abierto debe ser bajo el permiso del Estado quien es el que otorga los contratos de concesión minera y las licencia ambientales para su exploración y explotación, Por lo tanto, bajo estas condiciones de legalidad, resulta entendible que los daños ambientales y en conexidad los daños antijurídicos a particulares que resultan de esta

actividad productiva en Colombia son responsabilidad del Estado y en repetición al agente que realiza la explotación de los recursos minerales en relación a los impactos dañosos que produzca por acción, por omisión o negligencia ya que existe un nexo de relación entre la codificación de la minería en Colombia con la conservación del medio ambiente como derecho colectivo y con la preservación de los derechos que han sido catalogados como inherentes a todas las personas en la Constitución Política, en la cual se considera la protección del medio ambiente se erige como factor determinante para un ambiente sano a que tenemos derecho todos los colombianos acorde con los artículos 332, 334 y 360 superiores

Pues bien, considerando que precisamente el artículo 334 de la Constitución Política de 1991, reglamenta que el estado colombiano es quien debe intervenir legalmente en los procesos de exploración y explotación de los recursos naturales; y que el artículo 360 faculta al legislador para determinar las condiciones para la explotación de estos recursos naturales no renovables, es importante reafirmar que cuando no se cumple con los requisitos y estándares para desarrollar esta actividad, y de ello se producen daños a los ecosistemas, al hábitat natural y por consecuencia a las personas, el Estado resulta patrimonialmente responsable por estos daños tal y como lo expresa el artículo 90 Constitucional y por ello debe reparar a las personas y comunidades afectadas y restablecer de ser posible el medio ambiente afectado.

Acorde con lo anterior, resulta oportuno mencionar que, además la Ley 23 de 1973 en su artículo 16 se encuentra que el estado colombiano es responsable por acción en aquellos casos en donde se causan afectaciones a las personas como consecuencia de los daños ambientales resultantes de la actividad minera. Además, se puede apreciar en este contexto legislativo:

El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generan contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado. (Congreso de Colombia, 1973)

Se suma, además, que internacionalmente la Declaración de Río (1992) en su principio 13 explica respecto de la reparación de daños antijurídicos causados a las personas por el daño ambiental ocasionado por la actividad minera lo siguiente:

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

Corolario a lo expuesto, y con base en los títulos de imputación que antes se han mencionado, se puede llegar a decir que el título de imputación que procede para solicitar la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad minera legal o ilegal es el de falla en la prestación del servicio en tanto, teniendo en cuenta que la acusación del daño antijurídico se deriva de la violación de una obligación por parte del Estado quien es el que

debe garantizar su cumplimiento en aras de que no resulte afectadas las personas naturales o las comunidades.

Es importante mencionar lo que al respecto menciona Aragón C. (2020) cuando afirma que la presencia de daños antijurídicos a los particulares como resultado de la exploración y explotación minera resulta ser un evento que tiene como eje fundamental el hecho de que el Estado incumple las obligaciones que tiene a su cargo, lo cual se materializa en la omisión en la toma de medidas para conseguir la protección real y efectiva, así como la protección y conservación del medio ambiente, ya que de esta afectación al ambiente sano, resulta como consecuencia directa o indirecta la generación del daño a los particulares de forma individual o colectiva.

En lo que respecta a la responsabilidad penal o civil se encuentra que la persona que debe responder por los perjuicios es el autor material de los mismos, sin embargo, en el caso de la producción de daños antijurídicos a las personas como consecuencia de la actividad minera la situación se torna más especial, ya que en estos casos el Estado no opera como autor directo del daño, sin embargo, es una obligación de este reparar, anticipar y prevenir los daños que con el ejercicio de la actividad minera se causen a comunidades e individuos debido a que es el estado por función de sus entidades o por sus agentes los responsables de que esta actividad se desarrolle bajo el principio de legalidad y obedeciendo toda la normativa y estándares para la protección y salvaguarda del medio ambiente y las comunidades de las áreas circundantes a la actividad minera.

5. Reflexiones y Conclusiones

Después de profundizarse en la perspectiva de los procesos de imputación penal por perjuicios causados a particulares por daños ambientales consecuencia de la explotación minera legal e ilegal en Colombia, puede considerarse como primera conclusión desde los antecedentes teóricos y normativos que la actividad productiva y económica de la minería en Colombia se remonta a la época precolombina y se ha desplegado hasta la fecha actual, sin embargo esta actividad que debe ser regulada por el Estado como dueño del subsuelo, ha presentado desde sus inicios problemas para la salvaguardia de su legalidad y la conservación del medio ambiente en las zonas donde se desarrolla, pese a que la normativa vigente decreta que la actividad de trámite y obtención de licencias ambientales y contratos de concesión para explotación minera debe hacerse directamente con el Estado para ejercer el principio de licitud, y acogerse a los estándares y requisitos para su debida práctica.

Debe resaltarse que el artículo 79 de la Carta Política de Colombia estipula el derecho al medio ambiente sano como de fundamental integral y destacando de obligatorio cumplimiento que el Estado debe tomar medidas para prevenir y mitigar daños ambientales, fomentar la educación ambiental, atenuar las lesiones a los ecosistemas cuando estos se han ocasionado, así como también el deber de indemnizatorio o e reparación de daños a las áreas ecológicas y en conexidad a las personas que han sido afectadas en su salud, en sus bienes o en su patrimonio de acuerdo con lo reglamentado en el artículo 90 superior, que contempla y regula la Responsabilidad del Estado, por los actos de sus dependencias públicas, sus agentes o particulares con funciones o contratos públicos.

Desde el punto de vista semántico y paradigmático doctrinal y de la jurisprudencia, los daños ambientales son catalogados como menoscabos que afectan el medio ambiente en sus procesos naturales de forma directa o indirecta generando perjuicios a las personas o a sus patrimonios, derivados de aquellos daños ambientales puros. Es por ello que los daños antijurídicos a particulares que resultan de la explotación minera en Colombia son responsabilidad del Estado y en repetición al agente que contrata la explotación de los recursos minerales en relación a los impactos dañosos que produzca por acción, por omisión o negligencia, ya que el medio ambiente sano es un derecho fundamental.

Al profundizar en la perspectiva de los procesos de imputación penal por perjuicios causados a particulares por daños ambientales consecuencia de la explotación minera legal e ilegal, se puede concluir que la acción popular y la reparación directa, son mecanismos que en el sistema jurídico colombiano buscan proteger intereses de tipo colectivo o individual respectivamente, sin embargo, su aplicación varía de acuerdo a los elementos fácticos de cada caso concreto. La obligación que posee el Estado colombiano de responder por los daños que se causen al patrimonio o a los derechos y bienes jurídicos de los individuos posee fundamento en los principios de solidaridad, igualdad ante las cargas públicas, de equidad y de garantía integral del patrimonio de las personas y de su integridad.

Al reconocerse la necesidad de la existencia del daño antijurídico o una lesión derivada de una acción u omisión imputable al Estado producto de la actividad minera se activa la circunstancia de reparación indemnizable, tal y como lo estipula el artículo 90 constitucional, al determinar los elementos y criterios de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por acción, negligencia u omisión de sus entidades o de sus agentes, que se puede imputar un daño antijurídico que el ciudadano no está en deber de soportar y ante el cual, el

operador judicial debe establecer mediante debido proceso d las características y la cuantía que el Estado está obligado a reparar como consecuencia del daño antijurídico ocasionado.

También debe sintetizarse que la responsabilidad del Estado por daños al medio ambiente y por daños causados a las personas por el ejercicio de la minería debe ser imputada por medio del título de imputación denominado falla en el servicio, pues la responsabilidad surge de un hecho que se origina como consecuencia de la violación por parte del Estado de una obligación o deber del cual es el principal garante, obligación que se desprende de un servicio que no se presta o que se hace de una manera inadecuada o tardía.

En los casos en que se presentan daños antijurídicos en ejercicio de la actividad minera legal a un particular como consecuencia del daño generado al medio ambiente, procede la interposición de una demanda de reparación directa ante la jurisdicción contencioso-administrativa con la finalidad de que el operador judicial condene al Estado a realizar la reparación de los perjuicios que fueron causados.

6. Referencias Bibliográficas

Alchourrón, C. (2010). Fundamentos para una teoría general de los deberes. Madrid: Marcial Pons.

Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Alonso Álamo, M. (2008). La aporía del Derecho penal del medio ambiente. En Quintero Olivares, & Morales Prats, Estudios de Derecho Ambiental (pp. 21-40). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Aragón Castiblanco K. P. (2020). La minería y el daño ambiental en relación con la responsabilidad patrimonial del estado colombiano. Centro de Investigaciones. Facultad de derecho. Universidad Católica de Colombia.

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15893/1/Articulo%20de%20Investigacion%20LA%20MINERIA%20Y%20EL%20DA%C3%91O%20AMBIENTAL%2>

Aranibar, R. B. (2003). Pequeña minería y minería artesanal en Iberoamérica: conflictos, ordenamiento, soluciones. Madrid: CYTED-CETEM.

Arjona, A. (2010). "El Boom Minero en Colombia: ¿Boom de la Minería Ilegal y la Minería Anti técnica? En P. G. Nación, Minería Ilegal en Colombia. Informe Preventivo (pág. 2). Bogotá:

Asamblea Nacional Constituyente. (10 de octubre de 1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional (114).

Bustamante, A. (1998). La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Leyer

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

Congreso de Colombia. (2001). Ley 685, "Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones". 8 de septiembre de 20001. Diario Oficial, CXXXVII (44545).

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

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

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

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

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

Corte Constitucional. (18 de mayo de 2016). Sentencia C-259, Magistrado sustanciador: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá.

Corte Constitucional. (18 de mayo de 2016). Sentencia C-259, Magistrado sustanciador: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá.

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

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

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

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

Dworkin, R. (2012). El imperio de la justicia. (C. Ferrari, Trad.) Barcelona: Gedisa.

Gil, E. (2013). La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En C. Bernal, & J. Fabra, La filosofía de la responsabilidad civil (págs. 470-490). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (2016). Responsabilidad extracontractual: Antijuridicidad y Culpa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Marín, J. Z. (2001). Fundamentos para iniciarse en el derecho (8° ed.). Bogotá: ARFO.

Morin, E. (2007). Complejidad restringida y Complejidad generalizada o las complejidades de la Complejidad (Vol. 12). Santiago: Utopía y Praxis Latinoamericana.

República de Colombia. Ministerio de Minas y Energía. (2003). Glosario Técnico Minero. Obtenido de Agencia Nacional Minera: En <https://www.anm.gov.co/sites/DocumentosAnm/glosariominero>

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

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