

TESIS DE GRADO PRESENTADA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE
COMO CONSECUENCIA DE LA MINERÍA ILEGAL**

Jorge Mauricio Burgos Noreña
José Daniel Porras Nicholls

Asesor
Camilo Arango Duque

Universidad EAFIT -Escuela de Derecho
Programa de Derecho
Medellín, Colombia
2016

Dedicatoria

ii

A nuestras familias que hicieron todo esto posible y que nos han respaldado siempre en el camino a hacer nuestros sueños realidad...

Agradecimientos

iii

A nuestros amigos por acompañarnos y mantenernos unidos en estos más de quince años de amistad, risas y buenos momentos que nos quedarán por siempre. A nuestros profesores que inculcaron el gusto y el amor por el Derecho, llevándonos a encontrar felicidad en lo que hacemos y a proyectarnos en su ejercicio por el resto de nuestras vidas. A Camilo Arango, por sus enseñanzas, entrega y colaboración en este proyecto haciéndolo posible.

En Colombia, la minería ilegal se ha convertido en las últimas décadas en una de las problemáticas ambientales, sociales y económicas de mayor importancia en la agenda estatal. Dentro de las consecuencias directas del ejercicio de esta actividad está la vulneración de toda clase de derechos, individuales y colectivos, cuya protección por parte del Estado se pone en entredicho, surgiendo la necesidad de realizar un análisis normativo y práctico que defina qué es lo que pasa con dichas afectaciones y qué derechos tienen sus sujetos pasivos en cuanto a una efectiva reparación.

Reconocer al Estado como patrimonialmente responsable de los daños, puros o consecutivos, que se causen al medio ambiente en el ejercicio de la minería ilegal, representa una verdadera posibilidad de resarcimiento para quienes han visto vulnerados sus derechos por el ejercicio indiscriminado de esta actividad, garantizando con ello los presupuestos básicos del Estado Social de Derecho y de la tutela efectiva de derechos individuales y colectivos propios de la Constitución Política de 1991.

Abstract

In the last few decades, the Illegal mining in Colombia has become one of the most important environmental, social and economic problematic in terms of governmental agency. Within the direct consequences of the applicability of this activity exists the vulnerability of each type of rights, either individual or collective, as a result the government protection is called into question. Therefore, arises the necessity of a normative and practical analysis, which can define what happens with those affections and which rights has the passive subject when demanding the effective compensation.

Recognizing the state as the economically responsible for the pure or consecutive^v damages caused to the environment during the exercise of the illegal mining, represents a real possibility of compensation for those whom rights have been violated by the indiscriminate exercise of this activity. Thus, granting the basic principles of the welfare state and the effective guardianship of the individuals and collective rights established on the Colombian Constitution of 1991.

Tabla de Contenido

Introducción	9
1. Desarrollo histórico.....	18
1.1. Responsabilidad del Estado	19
1.2. Derecho al medio ambiente como derecho de tercera generación y su tutela internacional y constitucional	28
1.3. Minería ilegal	32
2. Medio ambiente y minería ilegal	39
2.1. Medio ambiente como derecho de tercera generación.....	41
2.2. Daño ambiental antijurídico.....	45
2.3. Causalidad entre minería ilegal y daños al medio ambiente.....	50
2.3.1.Estado como actor fundamental en materia minera	53
2.3.2.Concepto de minería ilegal	55
2.3.3.Daños al medio ambiente a causa de la minería ilegal	61
3. Responsabilidad del Estado	66
3.1. Elementos constitutivos de la responsabilidad estatal	68
3.1.1.Daño antijurídico	68
3.1.2.Incumplimiento de las obligaciones del Estado a partir de una acción u omisión	70
3.1.3.Relación de causalidad material entre la acción u omisión del Estado y el daño antijurídico causado.....	71

3.2. Títulos de imputación	73	vii
3.2.1. Falla del servicio	73	
3.2.2. Riesgo excepcional	75	
3.2.3 Daño especial	78	
3.3. Causales de exoneración	79	
3.3.1. Rompimiento del nexo de causalidad por medio de la causa extraña.....	80	
3.3.1.1. <i>La fuerza mayor</i>	81	
3.3.1.2. <i>Hecho de un tercero</i>	82	
3.3.1.3. <i>Hecho exclusivo de la víctima</i>	82	
3.4. Jurisprudencia en materia de responsabilidad estatal y medio ambiente.....	84	
4. ¿Es el Estado responsable por aquellos daños ambientales causados por la minería ilegal frente a su acción u omisión?	88	
5. Conclusiones	100	
6. Referencias bibliográficas	106	

Lista de tablas

Tabla 1. Clasificación modalidades de la minería 57

Tabla 2. Otras definiciones del Código de Minas -Ley 685 de 2001 59

Tabla 3. Impactos ambientales de la minería ilegal 64

Introducción

La minería o la explotación de recursos minerales ha sido, a lo largo del proceso evolutivo del hombre, una de las actividades hito que ha marcado el desarrollo y avance de las civilizaciones. Para remontarse a su origen habría que irse “casi hasta el principio de la Edad de Piedra, hace 2,5 millones de años o más, cuando los minerales eran la principal fuente de materiales para la fabricación de herramientas”¹. Poco a poco, a través de los años, esta actividad fue ganando protagonismo hasta llegar a convertirse en la base de las diferentes industrias y en el primer paso para la satisfacción de las necesidades humanas en sus diferentes ámbitos, a partir de la proporción de materias primas e insumos encaminados al mejoramiento constante de las condiciones de vida de las personas².

A fin de aterrizar un poco más el concepto de minería podríamos recurrir a diferentes definiciones. Por ejemplo, de manera simple la RAE define esta actividad como el arte de laborear las minas; por su parte, la Agencia Nacional de Minería, principal autoridad en materia minera en Colombia, la define en su glosario minero como “Ciencia, técnicas y actividades que tienen que ver con el descubrimiento y la explotación de yacimientos minerales. Estrictamente hablando, el término se relaciona con los trabajos subterráneos encaminados al arranque y al tratamiento de una mena o la roca asociada”. Pero aún persiste

¹ Ministerio de Minas y Energía, Glosario Técnico Minero. Decreto presidencial No. 2191 del 4 de agosto del año 2003.

² Jeremy Richards, profesor del Departamento de Ciencias de la Tierra y Atmosféricas de la Universidad de Alberta, Canadá, afirmó: “Cuando se considera la sustentabilidad de la industria minera, la opción de prohibir la minería no es una consideración real, considerando que los bienes materiales de la sociedad moderna están fabricados en su mayor parte por productos minerales; en ese sentido, la extensión lógica de ese argumento sería que debemos regresar a la Edad de Piedra.”

la duda. ¿Qué es una mina y que es un mineral? El Código de Minas en su artículo 10 establece que la primera se entenderá como “el yacimiento, formación o criadero de minerales o de materias fósiles, útiles y aprovechables económicamente, ya se encuentre en el suelo o el subsuelo”. El concepto de mineral se entiende en la misma norma como “la sustancia cristalina, por lo general inorgánica, con características físicas y químicas propias, debido a un agrupamiento atómico específico”.

Ahora bien, Colombia por su indiscutible riqueza mineral, derivada de la variedad de suelos que ofrece como consecuencia de su ubicación en la esfera terrestre, se convierte en un ícono llamativo para quienes se encuentran inmersos en el desarrollo de esta actividad. La explotación de minerales metálicos y no metálicos, indispensables para el desarrollo de las diferentes industrias que mueven la economía del país³, requiere una regulación normativa que garantice el correcto ejercicio de la actividad y el cumplimiento de los fines del Estado propuestos en la Constitución Política de 1991. Al ser considerada una actividad de interés general para la Nación⁴, la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) ha sido durante los últimos

³ La Asociación del Sector de la Minería a Gran Escala (SMGE) se pronunció sobre el panorama actual de este sector y recordó que la actividad representa 2,1% del Producto Interno Bruto (PIB). Entre otros datos, la organización destacó que durante el año pasado esta locomotora que va a ritmo lento aportó “18,8% del total de las exportaciones, 17% de la IED (Inversión Extranjera Directa) y 18,7% del total de regalías”. Además del comercio externo y los aportes fiscales, la actividad ha estimulado la cadena de producción y servicios necesarios para el sector. “Cada año las empresas mineras compran a proveedores nacionales (en transporte, metalurgia, maquinaria y equipos, uniformes, alimentación, entre otros), cerca de \$5,2 billones que benefician a las empresas y familias colombianas. Según estadísticas de la Agencia Nacional de Minería (ANM) el sector genera 350 mil empleos”. (El Universal. 2014)

⁴ El artículo 13 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) establece en relación con la utilidad pública: “En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo”.

años la principal norma reguladora del sector, en la que a pesar de su especialidad temática plantea también artículos destinados exclusivamente a la protección ambiental en el marco de la actividad minera⁵.

Resulta evidente que el hecho de que una actividad tenga un contacto tan directo con el medio ambiente al fundamentarse en la intervención del ecosistema para la extracción del mineral, tema sensible hoy por hoy, implica un debate social en el que aparecen toda clase de posiciones, algunas a favor y otras en contra del desarrollo de la minería, a veces con argumentos más fuertes que otros, pero al fin y al cabo con la fuerza suficiente para hacer de este uno de los temas que mayor controversia generan en el país.

Sin embargo, dentro de la gran cantidad de intereses presentes en la industria minera actual, algunos realmente influyentes, hay uno que merece toda la atención para efectos del desarrollo del presente escrito y en el cual radican gran parte de las críticas a la actividad: el desarrollo sostenible y la preservación y conservación del medio ambiente.

Si se parte de la base de que es necesaria la explotación de recursos minerales para la satisfacción de las actuales necesidades humanas y del desarrollo de las industrias que de ellos dependen, resulta un verdadero desafío equilibrar ambos valores de modo que sea posible adelantar paralelamente una explotación efectiva de los recursos que impulse la

⁵ Artículos como el relativo a la necesidad de contar con licencia ambiental para las etapas de exploración, construcción y montaje, explotación y cierre y abandono en el ejercicio de la actividad minera (Artículo 205 de la Ley 685 de 2001); así como aquel relacionado con las zonas de exclusión minera por su inminente importancia ambiental (Artículo 34 de la Ley 685 de 2001).

economía del país y entregue insumos a la industria, y una efectiva conservación del medio ambiente que garantice a las futuras generaciones el goce y disfrute de la riqueza natural y de la biodiversidad. Este desarrollo paralelo debería ser, de alguna manera, un paso importante en la conservación del planeta y en el proceso de mitigación de las consecuencias negativas derivadas del mal uso que el hombre ha hecho de él por sus afanes económicos o por su simple inconsciencia.

Es necesario insistir en que la minería, en su contacto directo con variadas realidades nacionales y entornos de las diferentes comunidades en que interviene, ha dado lugar a una lluvia de opiniones positivas y negativas que la enaltecen o satanizan de forma polarizada y en toda escala posible. Por lo general, los argumentos en contra se encaminan a los efectos negativos que ella produce a partir de la explotación irracional de los recursos; muchos de estos argumentos relacionan la minería con la destrucción del medio ambiente. No obstante, como se ha reiterado, pensar en la posibilidad de eliminar la actividad minera, fuente primaria de recursos y materias primas indispensables para el desarrollo de las industrias y la satisfacción de las necesidades humanas, resulta difícil desde un análisis fáctico.

Relacionar minería y destrucción ambiental sería limitar todo un sistema, actividad o entorno a una sola de las variables que en él intervienen. Sería limitar la totalidad de una industria a aquellos que saliéndose del pacto social y de las normas creadas para el desarrollo de la actividad buscan el lucro de manera irresponsable e irracional, abandonando los principios propios de la actividad.

Es decir, que algunas de las consecuencias más nocivas que resultan en el desarrollo de la actividad son resultado directo de quienes desarrollan la actividad al margen de la ley. Ellos, categorizados en el concepto de mineros ilegales, muy comunes y con una fuerza considerable en la realidad reciente de nuestro país, se han convertido en un foco grande de preocupación, tanto para la sociedad civil como para las diferentes ramas del poder público colombiano, en razón del altísimo costo ambiental que el ejercicio desaforado de su actividad ha generado en las diferentes regiones mineras de Colombia, sin ahondar en el hecho de que muchos actores del conflicto armado han visto en la actividad minera una gran fuente de lucro.

No obstante, no se puede negar que la actividad minera en sí misma es una generadora de impactos ambientales y que no es exclusiva la relación entre daño ambiental y minería ilegal. En tanto, ocurren también graves afectaciones ambientales dentro del marco de los títulos mineros en particular y la legalidad en general. La diferencia radica en que el seguimiento y control que debe desarrollar el Estado frente a los mineros legales facilita la fiscalización de su actividad y, por otra parte, es una realidad fáctica la gran proliferación de explotaciones ilegales.⁶

⁶ Las dimensiones de ilegalidad en Colombia son alarmantes. Los datos del Censo Minero realizado por el Ministerio de Minas y Energía entre 2010 y 2011 indicaron que de 14.357 unidades productivas mineras encuestadas el 63% no posee título minero, el 65% no paga regalías, el 66.5% no lleva contabilidad ni métodos de inventario, el 72% no implementa acciones de seguridad, higiene ni salud ocupacional y el 75.7% no cuenta con autorización o permiso ambiental. Así mismo, la Defensoría del Pueblo en el año 2010 indicó que “se estima en 3.600 el número de explotaciones que operaban en el país de manera ilegal, de las cuales el 61% corresponde a materiales de la construcción, el 28% al oro, el 8% al carbón y el 3% a otros minerales.

Así las cosas, el impacto ambiental que genera la actividad minera en los diferentes ecosistemas y recursos como el agua, el aire, los suelos, la fauna y la vegetación, entre otros, son consecuencia directa de su intervención. En este orden de ideas, a fin de garantizar la protección del medio ambiente como bien jurídico colectivo, es deber del Estado planear estrategias que permitan garantizar que dichos impactos no se convertirán en daños ambientales irreversibles. Para ello se han creado una serie de directrices ambientales fundamentadas en el control y limitación de la actividad extractiva, de modo que cobije a todos aquellos que se encuentren ejerciéndola⁷.

Por fuera de ese manto jurídico se encuentran quienes sin control alguno desempeñan de manera indiscriminada la actividad minera y producen impactos ambientales que exceden aquellos propios de la actividad, daños ambientales antijurídicos de manera masiva que hoy superan más de 95.000 hectáreas arrasadas (Torres Martínez, 2015) . Para los efectos del posterior análisis, y a fin de desarrollar este concepto de “*daño ambiental*”, resulta pertinente distinguir entre el “daño ambiental puro” y “daño ambiental consecutivo”, conceptos que permitirán reconocer las diferentes consecuencias que estos producen al bien jurídico colectivo, esto es, al medio ambiente.

Para Viney G. et al (1998), el daño ambiental puro corresponde a:

... aquellas afrentas al medio ambiente que no afecta especialmente a una u otra persona determinada, sino exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las cosas comunes que en ocasiones hemos designado como bienes

⁷ Mediante la Ley 99 de 1993 y sus Decretos reglamentarios se logró unificar en una misma línea normativa los procedimientos, control y formulación de políticas ambientales a nivel nacional.

ambientales tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Se trata entonces de aquello que se ha convenido llamar como perjuicios ecológicos puros (p.55).

El daño ambiental consecutivo, por su parte, se concentra en las repercusiones de una afrenta al medio ambiente pero respecto de una persona determinada. “Dicho concepto se concentra ya en las repercusiones que la contaminación o el deterioro ecológico generan en la persona o bienes apropiables e intercambiables de los particulares” (Henao, 2000).

Es esta una de las características del Derecho Ambiental en el sentido de permitir una dualidad de consecuencias jurídicas bajo el entendido de que el daño ambiental se causa siempre a la colectividad, pero sus repercusiones, en ocasiones, pueden recaer sobre bienes individuales.

En efecto, está facultada para el ejercicio de su derecho tanto la persona afectada en su individualidad para pedir una indemnización propia (daño ambiental consecutivo), como la persona que ha de accionar en nombre de una colectividad para pedir una indemnización de la cual no se puede apropiar, pero de la cual sí puede gozar, que es realmente la que constituye la reparación del daño ambiental en su estado puro. (Henao, 2000)

En lo que respecta a la protección del medio ambiente, resulta pertinente recalcar que su proceso de desarrollo tanto constitucional, legal como jurisprudencial ha sido relativamente corto en términos cronológicos; sin embargo, con el pasar de los años ha adquirido cada vez más importancia hasta convertirse en punto focal de las políticas estatales. El paso que la Constitución Política de 1991 dio en esta materia, cuando por primera vez se contempló en

esa jerarquía normativa el derecho que tienen las personas de gozar de un ambiente sano y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación ambiental, resultó fundamental a fin de ubicar al Estado como actor principal en la política de protección ambiental, especialmente en materia minera.

Como consecuencia de los preceptos constitucionales resulta importante entonces analizar si frente a la protección del medio ambiente el Estado colombiano asume responsabilidades en cuanto a los daños que se pudiesen causar al mismo. En este sentido, el artículo 90 de la misma Constitución Política ha establecido que:

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

Con base en lo anterior, el presente escrito pretende realizar un análisis detallado que permita determinar si el Estado colombiano es responsable frente a los daños ambientales, tanto puros como consecutivos, derivados de la minería ilegal que se presenta en diferentes regiones del país.

A partir de un breve recuento histórico en materia de responsabilidad del Estado, medio ambiente como derecho de tercera generación y minería ilegal, se construirán los fundamentos para un posterior recorrido jurídico por lo que es, actualmente, la

responsabilidad estatal y sus títulos de imputación, el medio ambiente como derecho de tercera generación y la minería ilegal con sus consecuencias sobre el medio ambiente, de tal manera que sea posible profundizar en el conocimiento sobre la responsabilidad estatal ambiental en general, y en particular sobre la pregunta ¿Es el Estado responsable por aquellos daños ambientales causados por su acción u omisión frente al fenómeno de la minería ilegal en nuestro país?

1. Desarrollo histórico

Abordar históricamente el Derecho y las prácticas sociales que de él derivan constituye para quien lo estudia un instrumento de interpretación crítica y racional. La historia representa una forma de conocer el pasado, no de una manera meramente narrativa, sino más bien desde una perspectiva analítica que permita abordar sucesos o fenómenos pasados para que sean proyectados en el presente, a partir de la interpretación de los contextos en que ellos sucedieron.

A fin de obtener luces que ayuden a comprender la posible relación entre la responsabilidad del Estado y los daños al medio ambiente causados por la minería ilegal, se realizará un breve recuento histórico que brinde herramientas de análisis sobre los conceptos jurídicos y prácticos acá analizados. En ese sentido, el presente capítulo pretende ilustrar rápidamente el origen de los planteamientos teóricos y las prácticas que dieron origen a la discusión que aborda este escrito, y el nexo que desde un enfoque jurídico se le puede dar a ambos aspectos.

Para lograr el anterior cometido es necesario abordar de manera general la historia de la responsabilidad del Estado, fundamentada en los hechos que lo llevaron a responder después de años de hegemonía del principio de la irresponsabilidad absoluta, el surgimiento de las diferentes modalidades de responsabilidad a partir de casos determinantes que, por su relevancia jurídica e histórica, permiten entender el sentido y la importancia que dicha materia representa en la protección de derechos individuales y colectivos.

Posteriormente es indispensable recordar cuál ha sido el proceso histórico de creación y protección de los derechos de tercera generación a nivel mundial y nacional, enfocados en el medio ambiente y el deber de su tutela efectiva en razón de los preceptos

constitucionales y legales. Adicionalmente, es pertinente analizar la minería ilegal como actividad invasiva, en pro de determinar cuál ha sido su proceso de implementación y cómo se ha ido expandiendo hasta convertirse en el problema jurídico-ambiental que hoy representa en Colombia.

1.1. Responsabilidad del Estado

Se podría llegar a pensar que la responsabilidad estatal ha existido siempre; sin embargo, en realidad la responsabilidad del Estado es relativamente reciente. Como regla general, el principio que se destacó durante siglos fue el contrario: el principio de irresponsabilidad del Estado. El postulado “*The King can do not wrong*” (el rey no se equivoca), un principio común en los estados monárquicos, fue formulado por los ingleses y se hizo común en toda Europa antes de las revoluciones de corte liberal.

Con respecto a esta primera etapa, el expresidente del Consejo de Estado, Diego Younes Moreno, en su obra “Curso elemental de Derecho Administrativo” cita a León Deguit, quien afirma que:

(...) en esta primera etapa es evidente que tomadas en sí las nociones de responsabilidad y de soberanía estas son antinómicas, porque si el Estado se considera soberano no puede admitirse que sea responsable, y si se afirma que es responsable no puede admitirse que sea soberano. O la soberanía es nada o ella es, como se ha dicho, ese rasgo de voluntad que no se determina por sí misma; es decir, que no puede estar limitada por un elemento extraño ni sometida a obligaciones, sino en la medida consentida. De ahí resulta que una persona soberana no puede ser responsable de sus actos, esto es, sometida a una obligación que no se imponga. (subraya propia)

Puede sonar increíble, pero la fuerza de este principio no disminuyó ni siquiera con la llegada de los Estados modernos, ni aun con la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789, en el marco de la Revolución Francesa. Si bien en ella se proclamó el derecho a la propiedad como un derecho inviolable, los demás derechos no formaron parte de esa estructura protegida, de modo que si se causaba algún daño a estos no se generaba responsabilidad estatal.

No obstante, este principio de irresponsabilidad del Estado llegó a su fin de forma progresiva en distintos países europeos, algunos por vía legislativa y en otros por vía jurisprudencial. Uno de esos casos de especial interés para nuestro estudio es el caso francés, de gran influencia, en tanto la jurisprudencia colombiana ha seguido muy de cerca los planteamientos de la jurisprudencia francesa en relación con el derecho administrativo en general y la responsabilidad del Estado en particular.

En Francia existía una célebre distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, como lo evidencia García de Enterría (2000):

Esta distinción aparece ya en las primeras decisiones del Consejo de Estado francés creado por Napoleón, y a ella se atribuyen los siguientes efectos: los actos de autoridad, es decir, aquellos actos en los que el Estado actúa como poder público no pueden ser enjuiciados por los Tribunales ordinarios, sino, solamente, por un orden especial de Tribunales, los contencioso-administrativos, emplazados en el propio complejo orgánico de la Administración; en cambio, los actos de gestión, esto es, los que el Estado adopta sin alarde alguno de poder, como un simple particular, sí podrán ser residenciados ante los tribunales ordinarios. (p.367).

No fue sino hasta el año 1873, con el denominado fallo Blanco⁸, que se modificó esta distinción. El fallo básicamente resolvió un conflicto de competencias. En este por primera vez se afirma, aunque con grandes cautelas, (como bien lo dicen García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández) el principio general de responsabilidad patrimonial de la administración sobre bases autónomas.

Se dijo que la responsabilidad de la administración no puede regirse por las normas del Código Civil, pero que no es tampoco absoluta ni general, tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad, existe la exigencia de conciliar los derechos del Estado y los derechos privados. (Saavedra, 2003 p.82).

Estas reservas en realidad significaron que en la práctica se le entregó al Consejo de Estado la competencia para conocer los procesos de responsabilidad del Estado, excluyendo así a los tribunales ordinarios. Desde ese momento el principio de responsabilidad se instala en Francia y comienza a desarrollarse, y se derrumba entonces el principio de irresponsabilidad del Estado (Enterría, 2000).

A partir de ese momento (año 1873) se inicia de manera acelerada el desarrollo del Instituto de la Responsabilidad Estatal, en Francia. En primer lugar se desarrolla el concepto de la falla en el servicio, la que según el Consejo de Estado es el fundamento general de la administración. En este sentido, no es necesario identificar a un funcionario que haya obrado con culpa, que haya fallado a su deber de diligencia, para que exista la falla del servicio; basta

⁸ Una niña de apellido Blanco fue arrollada por una vagoneta de una empresa tabacalera que era pública, y su padre demanda al Estado ante los jueces ordinarios para que entre ellos declaren la responsabilidad. No obstante ellos y el juez se declaran incompetentes, por lo cual el asunto pasa a los juzgados administrativos quienes se declaran incompetentes; entonces, el tribunal de conflictos es quien define la jurisdicción, resuelve que la responsabilidad del Estado no puede regirse mediante las normas del Código Civil, sino que tiene que contar con sus normas autónomas.

que el servicio haya fallado, las preguntas ¿por qué falló?, ¿quién era la persona natural que estaba detrás de esa falla? son irrelevantes, lo que importa es probar que hubo ineficacia en la prestación del servicio.

En Francia se desarrollan además otras ideas importantes como el régimen de riesgo, el cual surgió en el ámbito laboral, en el caso de la explosión de la caldera del remolcador⁹, esta teoría se extiende en general a todas las actividades peligrosas. De todo este origen bebe también la jurisprudencia administrativa y comienza a reconocerse en Francia la responsabilidad del Estado en virtud del riesgo.

El riesgo se plantea por el Consejo de Estado francés en 1949 como fundamento de la responsabilidad. Se señala entonces que el Estado cuando presta sus servicios o cumple sus funciones, realiza actividades o utiliza instrumentos que crean un riesgo para los administrados debe responder por la materialización de ese riesgo dado a través de un daño excepcional, anormal y previsible.

En Colombia, la historia de la responsabilidad del Estado tiene una evolución diferente. Esta se divide en dos grandes etapas, la primera de ellas va del siglo XIX hasta la expedición de la Constitución de 1991 y la segunda empieza con la Constitución de 1991 hacia adelante. La primera etapa, a su vez, se divide en dos momentos, la responsabilidad del Estado declarada por la Corte Suprema de Justicia y la segunda declarada por el Consejo de Estado.

⁹ Corte de Casación Francesa 18 de junio 1896, caso *Teffaine*. El operador de la caldera de un remolcador se ve afectado por la explosión de esta y demanda al empleador. En ese caso el empleador manifiesta que él no tuvo la culpa pero los jueces fallan en su contra pues, aunque no es el culpable, la caldera es una cosa peligrosa de la cual él saca provecho; luego si el riesgo se realiza el empleador debe responder por el daño que venga de la realización de ese riesgo.

Así lo expresa Henao (2010) en su texto “Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia” al hablar de la anterior división:

En efecto, la Corte Suprema de Justicia tuvo la competencia general sobre la materia hasta el año 1964, ya que desde el siglo XIX fue llamada a dirimir los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación (art. 151 numeral 3 de la CP de 1886¹⁰). Desde 1964, en virtud del decreto-ley 528, el Consejo de Estado adquiere la competencia general para conocer de las controversias de responsabilidad contra los entes públicos (p.108).

Es en la denominada Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia donde se encuentra el primer antecedente en la jurisprudencia en el que se haya declarado la responsabilidad del Estado; este lo constituye una sentencia del 7 de diciembre de 1864¹¹. Este fallo y otros que le sobrevienen le permiten al autor Juan Carlos Henao establecer en su texto que la Corte en este entonces decretaba la responsabilidad del Estado con base en leyes y decretos que obligaban a responder por los perjuicios que ocasionaran los ejércitos republicanos durante las guerras civiles de dicho siglo (Henao 1999). La Ley 60 del año 1878, por ejemplo, se refería a la obligación de reparar este tipo de perjuicios derivados de acciones militares. (Arenas Mendoza, 2009, p.136).

En el siglo XX la Corte Suprema de Justicia comienza a declarar la responsabilidad del Estado en casos distintos con fundamento en las normas del Código Civil aplicadas por

¹⁰ “Artículo 151. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: (...) 3. Los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación”.

¹¹ Corte Suprema Federal, Bogotá, 7 de diciembre de 1864, en Diario Oficial, año II, núm. 213, Bogotá, martes 3 de enero de 1865, p.12. en donde se declara la responsabilidad del tesoro nacional por la pérdida de la casa del señor José María Núñez, en Santa Marta. Al señor Núñez el Ejército Federal le había ocupado su casa para instalar un parque de artillería que le produjo un incendio que causó su destrucción. En este caso concreto se le pagó al señor Núñez el valor de su casa.

analogía, de modo que se aplican así los artículos 2341¹², 2347¹³ y 2349¹⁴ del Código Civil. En este orden de ideas, el Estado se hacía responsable por la elección de sus agentes o cuando no se ejercía un adecuado control sobre sus actuaciones, razón por la cual se recibieron duras críticas. En sentencia del 21 de agosto de 1939 se revisa este concepto y se establece que no se podían aplicar estos artículos de la responsabilidad indirecta, porque la responsabilidad del Estado debía ser siempre directa.

En medio de esta evolución se produce el 30 de junio de 1941 un fallo que adopta por primera vez la tesis de la falla del servicio, entonces se comienza a hacer segregación en la medida en que una cosa es la culpa y otra es la falla. Se recoge el concepto del francés Paul Duez que plantea que el Estado debe reparar el daño causado por la prestación inadecuada de los servicios públicos con secundaria consideración de la falta de sus agentes. Este concepto permite distinguir entre falla y culpa, en la medida en que en el marco de la falla la consideración de la culpa o falta de los agentes es secundaria.

Finalmente, la evolución de la responsabilidad del Estado declarada por la Corte Suprema de Justicia termina con la sentencia del 30 de junio de 1962¹⁵, en la que se reitera el planteamiento del año 1939 y se dice que la responsabilidad de las entidades jurídicas es siempre directa sin excepción (privadas y públicas), porque no se puede decir de ellas lo que se dice de las personas naturales en el sentido de que elijan o vigilen a alguien; las entidades en realidad no tienen empleados bajo su dependencia o cuidado porque son personas ficticias. Así las cosas, tratándose de personas jurídicas de derecho público, la noción de culpa se

¹² Regula la responsabilidad directa de los particulares, es decir la responsabilidad por el hecho propio.

¹³ Regulan la responsabilidad por el hecho ajeno, una responsabilidad indirecta.

¹⁴ Regulan la responsabilidad por el hecho ajeno, una responsabilidad indirecta.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, 30 de junio de 1962, MP. José J. Gómez R.

reemplaza por la noción de falla del servicio. Siempre a partir de aquí se ha considerado que la responsabilidad del Estado y de las personas jurídicas en general es directa.

En síntesis, de esta época se puede decir que de manera general el fundamento para la responsabilidad del Estado fueron las normas del Código Civil. Luego en un segundo momento tienen lugar los fallos a partir de 1964 por el Consejo de Estado; sin embargo, antes de esta fecha existía una responsabilidad declarada por el Consejo de Estado con base en esas competencias específicas. Así, hay dos fallos de mucha relevancia que son el del 2 de noviembre y el del 30 de septiembre del año 1960, en cuyas providencias se enuncia la separación conceptual de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad de los particulares, y se dice que se debe rechazar de manera enfática la aplicación de las normas del Código Civil para fundamentar la responsabilidad del Estado, porque existen normas suficientes en la Constitución Política de 1886 y en el Código Contencioso Administrativo de la época para fundar autónomamente la responsabilidad del Estado.

Así las cosas, en esta temporada (1964-1991) el artículo 16 de la Constitución de 1886¹⁶ adquirió gran relevancia y llega a ser el eje normativo a partir del cual se construye todo el desarrollo de la responsabilidad por parte de la jurisprudencia. De este surge el primer concepto de falla en el servicio, en una sentencia del Consejo de Estado del 28 de abril de 1967, con ponencia del magistrado Carlos Portocarrero Mutis, en la que se declara que el primer deber del Estado es la realización del bien común y para ello dispone de los servicios públicos, utilizando así la expresión del francés Paul Duez: “si como consecuencia de un mal

¹⁶ Artículo 16. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

funcionamiento, de su no funcionamiento, de un tardío funcionamiento de los servicios públicos se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable”.¹⁷

Ya en el año 1973 con el caso de Efraín González, el Consejo de Estado elabora el concepto del daño especial en una sentencia del 23 de mayo¹⁸. En este caso militares destruyen parcialmente una casa con el fin de darle captura al señor González, así aplican daño especial diciendo: “el Estado ha obrado lícitamente en cumplimiento de una orden de captura y en ese obrar lícito le ha causado un daño a la señora Vitalia Duarte, por lo cual se le debe pagar el valor de los perjuicios”.

Después, con la sentencia del 2 de febrero del 1984¹⁹ del entonces consejero Eduardo Suescún, se aplica por primera vez la teoría del *riesgo excepcional*, afirmando que cuando el Estado en desarrollo de una obra o servicio utiliza recursos o medios que ponen a los particulares o sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional dada su gravedad, si el riesgo se realiza y ocasiona un daño hay lugar a la responsabilidad de la administración, a pesar de que su conducta sea lícita y a pesar de que no hay *falla del servicio*. Esta teoría inicia con la referida sentencia, y de ese planteamiento general se deduce claramente que se debió aplicar a todos los casos en donde el Estado realizara un actividad peligrosa, pero en realidad solo se aplicó desde esa época hasta 1992 respecto de una actividad peligrosa: la conducción de energía eléctrica.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, M.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.

¹⁸ Sentencia del 23 de mayo de 1973: Efraín González era un miembro de las guerrillas de esa época que era buscado en una casa al sur de Bogotá donde estaba escondido. Los militares van con la orden de captura a la casa de la señora Vitalia Duarte viuda de Pinilla y el bandido, luego de una lucha de cinco horas en donde la casa de la señora Duarte quedó destruida, es capturado.

¹⁹ Sentencia del 2 de febrero de 1984: en el caso se cayeron unas líneas primarias de energía sobre el potrero del demandante y murieron varios semovientes de su propiedad y otros quedaron heridos.

En 1989 se produce la sentencia el 20 de febrero en donde, a pesar de que es un caso de conducción de energía eléctrica, se hace un planteamiento teórico según el cual en algunos casos hay que presumir la falla del servicio. Este es el régimen de *falla presunta*, pues en muchas ocasiones resultaba casi imposible para un particular demostrar de manera inequívoca el mal funcionamiento, el retardo o la falta en la prestación de los servicios públicos en cabeza del Estado; por esta razón y para hacer efectivo el principio de reparación de los daños el actor solo debía demostrar la ocurrencia de un perjuicio y el nexo causal con el hecho dañoso para presumir la configuración de una falla en el servicio.

Con la expedición de la constitución de 1991 se llega a la segunda etapa, pues antes, con la Constitución de 1886, no existía un principio general de responsabilidad del Estado, en el sentido de que no había norma que dijera, como dice hoy el artículo 90 de la Constitución de 1991: “el Estado responde siempre que cause un daño antijurídico imputable a la acción u omisión de las autoridades públicas”. Igualmente esta época se divide en cuatro. Una primera etapa desde 1991 hasta el año 1992 donde la responsabilidad del Estado se tornó objetiva, porque al revisar el artículo 90 no se calificó esa acción u omisión, no se dijo que debía ser constitutiva de falla. Se dijo que la responsabilidad se volvió siempre objetiva y no había necesidad de probar falla nunca, siempre que el Estado causa un daño será responsable. (Henaó, 1999, p.122)

En una segunda etapa, ya a partir del año 1992, el Consejo de Estado estableció que en algunos eventos debía exigirse la prueba de la falla. En esta etapa, según el fallo del 30 de julio de 1992²⁰, se dice que cuando se trata del incumplimiento de una obligación a cargo del Estado normalmente también habrá que probar la falla. En la sentencia del 2 de marzo de

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, MP. Dr. Carlos Betancourt Jaramillo.

1993²¹ se indica que pese a la tendencia de volver todo un régimen objetivo del artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado sigue siendo subjetiva y que los títulos de imputación objetiva son de uso excepcional.

En una tercera época, a mediados de los noventa, se encuentran sentencias en donde el Consejo no menciona el artículo 90 de la Constitución y se aplican los regímenes tal como se venían aplicando antes, como lo afirma el profesor Juan Carlos Henao, “a pesar de que existiera un perjuicio y este fuera imputable al Estado” (Henao 1999 p.142). Un ejemplo de ello es la sentencia del 11 de mayo de 1995²² donde se rechazó la declaratoria de responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en el atentado terrorista al avión de Avianca, pues debido a la situación de orden público grave que vivía el país no se podía exigir la protección de agentes del orden en todos los lugares con obligación de resultados. Ya a finales de los noventa se encuentra un replanteamiento que puede observarse en las sentencias de 1998 en adelante, en donde el Consejo hace interpretaciones del artículo 90, de la imputación y de la antijuridicidad del daño.

1.2. Derecho al medio ambiente como derecho de tercera generación y su tutela internacional y constitucional

En 1948, con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y sus protocolos, estos son incorporados al Derecho Internacional, adquiriendo el carácter de vinculantes para todos aquellos Estados que se acojan a la declaración. Esta declaración está

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de marzo de 1993, MP. Dr. Carlos Betancourt Jaramillo, expediente N°7429.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de marzo de 1995, MP. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente N°10176

encaminada a la protección, promoción y difusión de los derechos humanos y a la protección de individuos o grupos en caso de violaciones a sus derechos fundamentales; su objeto de protección surgió en un momento de coyuntura mundial resultado de los conflictos internacionales, de una economía golpeada por la postguerra y del pensamiento liberal propio de la segunda mitad del siglo XX. Así se constituyó como su principal objetivo la protección de derechos civiles y políticos, y se vieron complementados por los denominados derechos económicos, sociales y culturales.

Con posterioridad a estos dos tipos de derechos surge una nueva generación que por sus características específicas no es apta de agruparse en las dos anteriores; esta categoría corresponde a los llamados derechos de tercera generación que hacen referencia a aquellos derechos colectivos encaminados a la protección de la colectividad y no de la persona individualmente considerada.

Estos nuevos derechos, que por su naturaleza fueron también denominados como derechos difusos o colectivos, tienen importancia con independencia de las personas individuales. Son muchas las circunstancias que dieron nacimiento a esta nueva categoría de derechos, pero por lo general ellas están enfocadas en los daños causados en las diferentes dimensiones de la vida social de las personas por el crecimiento desaforado que inicia con la Revolución Industrial, y se consolida en los siglos XIX y XX en el plano político, económico y social.

La inclusión del derecho al medio ambiente dentro de esta nueva categoría de derechos fue el resultado de un cambio de mentalidad propio de finales del siglo XX, según el cual se reconoció que el crecimiento tiene límites y que la ola de consumismo irracional no podía ser indefinida.

La Conferencia Internacional sobre el Medio Ambiente de Estocolmo, celebrada en 1972, representa un hito en materia de protección ambiental a nivel mundial. Esta conferencia tuvo como resultado el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) que se constituyó como la autoridad líder en materia ambiental a nivel mundial, encargada de actuar como catalizador, defensor, educador y facilitador para promover el uso racional de los recursos y el desarrollo sostenible del medio ambiente global. Junto con ese programa se crearon una serie de principios sobre Medio Ambiente, los cuales acompañados de un grupo de instrumentos, programas y organismos propenden por el control y vigilancia alrededor del mundo en esta materia.

El proceso continúa con incontables tratados, documentos y eventos a nivel mundial, enrutados siempre a ocuparse de las diferentes problemáticas ambientales. En este punto resulta importante hablar del informe Brundtland de 1987, también conocido como “Nuestro futuro en común”. Se trata de un informe realizado en la primera reunión de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, en el cual se plantea la posibilidad de obtener un crecimiento económico basado en políticas de sostenibilidad y expansión de la base de recursos ambientales, proponiendo estrategias para tratar los problemas relacionados con el medio ambiente, utilizando así por primera vez el término de desarrollo sostenible, entendiéndolo como la responsabilidad que tiene la humanidad de satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias.

Hay un momento que por los efectos fácticos que generó requiere ser abordado: la Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro en 1992 y reconocida como el momento de más alta consciencia pública sobre temas ambientales en la historia. La Declaración de Río, el Tratado sobre la Biodiversidad, la Convención sobre el Cambio Climático y la Agenda

XXI, son algunos de los documentos que allí se produjeron y que implicaron la vía jurídica de protección de los recursos y del desarrollo sostenible encaminado a la subsistencia humana.

Posterior a Río se realiza la cumbre de Johannesburgo de 2002 denominada Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, cuyo objetivo era impulsar los asuntos adoptados en Río de Janeiro y abordar los temas allí sugeridos mediante la Agenda XXI.

Después de estos tres momentos relevantes en materia de protección al medio ambiente a nivel mundial, los esfuerzos se enfocaron en adoptar medidas particulares en cada país que se tradujeran en un sistema integral de protección al medio ambiente y a los recursos naturales renovables y no renovables. En Colombia el punto de partida de este proceso de protección ambiental es la expedición del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente (CNRNR) en 1974, que se constituyó como una muestra de consciencia y preocupación del Estado por los asuntos ambientales.

No obstante los diferentes avances que en materia de regulación ambiental se han hecho en el país, el momento que marcó en Colombia un punto fuerte en esta materia fue la expedición de la Constitución Política de 1991.²³ La consagración expresa del concepto de desarrollo sostenible representa la imposición de deberes y responsabilidades de protección de los recursos naturales en cabeza del Estado y de los particulares, lo que implica la limitación de otros derechos relacionados con desarrollo económico, desarrollo industrial, propiedad privada y planeación.

²³ Uno de los puntos más importantes que introdujo la nueva carta política tiene que ver con la gran cantidad de disposiciones de contenido ambiental que se consagraron, llevando a establecer lo que para la jurisprudencia se conoce como “la Constitución ecológica” título que se le otorga porque modificó la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza.

Con posterioridad a la Constitución Política de 1991 son dos normas las que por su importancia específica frente al tema a ser tratado merecen ser citadas. Por un lado la Ley 99 de 1993, por medio la cual se crea el Ministerio de Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y la protección del medio ambiente y de los recursos naturales y se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA). De otro lado, en 2009 se promulga la Ley 1333 de 2009 a través de la cual se crea el procedimiento sancionatorio ambiental aplicable a personas jurídicas y naturales.

1.3. Minería ilegal

Remontarse a los orígenes de la minería ilegal en Colombia implica partir del supuesto de que la ilegalidad surge una vez instaurada la legalidad, es decir que la ilegalidad es una categoría que solo tiene sentido contrastada con la ley, de tal manera que se debe hacer un recorrido por el proceso de legalización de la actividad minera en el país. En ese sentido resulta necesario dar vuelta hacia la época colonial del siglo XVI, donde la llegada de los españoles implicó el despojo de la riqueza de las comunidades indígenas nativas de estas tierras. Una vez asentados en tierras americanas, los colonos españoles procedieron al ejercicio de la actividad minera de manera particular con base en los conocimientos indígenas de las tierras y la aplicación de la legislación minera española vigentes en dicho país desde la Edad Media. Para ese entonces la actividad minera era el resultado de la ejecución de métodos rudimentarios concentrados en las tres cordilleras, lugares en que por su abundancia de minerales metálicos facilitaban la explotación de los recursos.

Según el autor Gabriel Poveda Ramos, en su texto *La Minería Colonial y Republicana*, durante tres siglos y algo más la minería del Reino de Granada trabajó de forma simple y primitiva la explotación de los recursos, en unos casos en minas de propiedad de la Corona Española y en otros, minas de particulares quienes debían al Virreinato un 20% de su producido. Este impuesto, denominado “el quinto real”, fue creado por la Corona de Castilla en 1504 con el fin de generar recursos susceptibles de ser enviados a la metrópoli para apoyar las causas de Monarquía. Es entonces que desde que quienes ejerciendo actividades extractivas no pagaban aquella suma que representaba la quinta parte de sus utilidades obtenidas con los minerales extraídos, es posible hablar de minería ilegal. (Poveda 2002)

Fue hasta el periodo comprendido entre 1810 y 1820, a partir de las guerras de independencia y la inminente pero lenta salida de los españoles del territorio, que se empezaron a cerrar las pequeñas minas, subsistiendo solo aquellas en manos de los grandes y acaudalados particulares, especialmente los de la provincia de Antioquia, quienes continuaban enriqueciendo sus arcas con la explotación de minerales sin tener que pagar ya el tributo impuesto por la Corona años atrás. (Poveda 2002)

Fue el 24 de octubre de 1829 cuando el Libertador Simón Bolívar emitió un decreto para la Gran Colombia que se considera como la primera Ley Minera de la República. En ella reafirma la propiedad de la República sobre todas las minas del territorio, las cuales puede conceder “en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan” (Ortiz-Riomalo et al, 2002). En 1832 el nuevo gobierno independentista promulgó la primera norma jurídica encaminada a atacar la minería ilegal subsistente desde la salida de los españoles; dicha norma se refería específicamente a la extracción clandestina en los puertos del Estado de oro en polvo y en barras, que estaba siendo exportado ilegalmente a diferentes países.

El proceso de regulación y formalización de la actividad minera continuó en el periodo de la Confederación. Como se recopila en el texto *Breve recuento de la legislación minera en Colombia (1829 – 2001)*, en 1858 la Constitución Política de la Confederación Granadina estableció que las vertientes o fuentes saladas, las minas de esmeraldas y de sal gema ubicadas o no en tierras baldías pertenecían a la Nación. Después, en 1863, la Constitución de los Estados Unidos de Colombia heredó lo que se había dispuesto en la Carta Magna de la Confederación. Ambas constituciones, de corte federalista, dejaron en manos de los Estados Confederados y luego Soberanos la jurisdicción para legislar las demás minas. (Rottberg et al. 2002

Luego, en 1873, el Código Fiscal impuesto mediante Ley 106 del 13 de junio de 1873 estableció que tanto las minas de minerales metálicos como no metálicos, es decir, minas de metales preciosos, carbón, cobre, hierro, metales no preciosos, azufre y demás, que se descubrieran en tierras baldías u otras que le correspondieran por cualquier título a la Nación, eran también de propiedad de del Estado. Además, dicho código describió tres formas legales de acceso y aprovechamiento de minerales, las cuales eran: la adjudicación, el arrendamiento y la iniciativa privada.

En 1886, bajo la Constitución de la República de Colombia, la Nación recuperó las tierras baldías, minas y salinas que pertenecían a los Estados Soberanos en el periodo de la República de los Estados Unidos de Colombia. Las minas de oro, plata, platino y las piedras preciosas localizadas en el territorio nacional pasaron a ser propiedad de la Nación de conformidad con esta Carta Política. Esta nueva Constitución por primera vez nacionalizó parcialmente la propiedad del subsuelo al establecer que los metales y piedras preciosas que existían en el territorio nacional eran de propiedad de la Nación.

Un año después, dentro de este proceso de regulación de la actividad minera en la nueva República unitaria, se promulgó la Ley 38 de 1887 por medio de la cual se acogió el Código de Minas del extinguido Estado de Antioquia como legislación permanente para toda la República. De acuerdo con esta norma, las minas existentes en el territorio nacional pertenecían: 1) a la Nación, las de esmeraldas y sal gema; 2) a los departamentos, las de oro, plata, platino y cobre; y 3) al dueño del terreno, todas las demás, de cualquier clase que fueran. Adicionalmente, el primer Código de Minas de la República le dio facultad al Estado para ceder la posesión y propiedad de sus minas a todos los nacionales y extranjeros que, conforme a las leyes vigentes, tuvieran capacidad legal para adquirir el dominio de las cosas (L. 38/1887, art. 1).

En 1912 mediante la promulgación del nuevo Código Fiscal (Ley 110 de 1912) se definieron como bienes fiscales del Estado: i) las minas enumeradas en la Constitución de 1886 como bienes de la Nación; ii) las minas de cobre existentes en el territorio nacional; y iii) las minas distintas de las mencionadas en la Carta Magna de 1886, descubiertas o que se descubrieran en terrenos baldíos y en los que con tal carácter hubieran sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1874.

Desde finales del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX surgieron tres formas legales de explotación y aprovechamiento de minerales además de la adjudicación, el arrendamiento y la iniciativa privada (L.60/1967, art. 1): La concesión, el permiso minero y el aporte.

Un fuerte giro se dio en razón de la Ley 20 de 1969. Esta norma dispuso (arts. 1, 3 y 7), por primera vez, que “todas las minas pertenecen a la Nación”, es decir, esta Ley nacionalizó el subsuelo en todo el territorio nacional y abolió la adjudicación que se había heredado de la vieja legislación. Las otras formas de explotación por iniciativa privada como

la ocupación, accesión, tradición y la sucesión quedaron asimismo eliminadas, salvaguardando, eso sí, los derechos adquiridos por terceros en el régimen normativo anterior.

El Decreto 1275 de 1970, conocido como el Estatuto Minero, reglamentó la Ley 20 de 1969. En su artículo tercero estableció: “todas las minas pertenecen a la Nación, cualquiera que sea su clase, naturaleza o localización, o el título, modo y época de adquisición de los terrenos en donde estén ubicadas, ya se encuentren en el suelo o en el subsuelo, o en predios de entidades de derecho público o de particulares colombianos o extranjeros”. Por su parte, el artículo 8 de la Ley 20 de 1969 establece que todas las minas que pertenezcan a la Nación quedan sujetas al sistema de la concesión.

El Código de Minas -Decreto 2655 de 1988-, de acuerdo con la Constitución Política de 1886 y con el Estatuto Minero de 1970, hizo el siguiente planteamiento:

Todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo pertenecen a la Nación en forma inalienable e imprescriptible. En ejercicio de esa propiedad podrá explorarlos y explotarlos directamente, a través de organismos descentralizados, o conferir a los particulares el derecho a hacerlo, o reservarlos temporalmente por razones de interés público.

Desde ese momento se inició con la aplicación del actual modelo, según el cual el Estado ostenta el derecho de tercerizar la explotación de recursos minerales, a cambio de una contraprestación, a privados que estén interesados en hacerlo.

Así mismo, el antiguo Código de Minas se refirió en su artículo 11 a la actividad minera ilegal, estableciendo que en el “ejercicio ilegal de actividades mineras está prohibida toda actividad minera de exploración, montaje y explotación sin título registrado y vigente.

Quien contravenga esta norma, incurrirá en las sanciones a que se refiere este Código, el Código Penal y las demás contenidas en disposiciones especiales”.

La Constitución de 1991 continuó con ese proceso de regulación de la actividad minera en que el Estado figura como actor principal de la industria al ser propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos bajo la legislación preexistente (C.P. art. 332). En este sentido la Constitución de 1991, en contraste con la de 1886, comprendió y reconoció el principio de la predominancia del interés general, así como la nacionalización del subsuelo y la propiedad estatal de todos los recursos mineros. Es decir, la Constitución de 1991 recogió las principales reformas que se habían dado en la legislación minera desde mediados de siglo.

Dos años después de la promulgación de la Carta Política de 1991 se procedió a la creación del Ministerio de Medio Ambiente y con él se creó la licencia ambiental. En consecuencia, el estudio de la viabilidad ambiental de los proyectos mineros se inició, por primera vez, de manera formal en cabeza del Gobierno Nacional (L. 99/1993, arts. 49-62).

En el año 2001 se promulgó el actual Código de Minas, Ley 685 de 2001, el cual reafirmó que los minerales de cualquier clase y ubicación, yacientes en el suelo o subsuelo y en cualquier estado físico son de exclusiva propiedad del Estado. Este código garantizó, como el anterior, que la propiedad estatal de los recursos naturales no renovables es inalienable e imprescriptible, por lo que el derecho a explorarlos y explotarlos únicamente se adquiere mediante el otorgamiento de títulos mineros, adquiridos mediante contrato de concesión minera. Esta norma en su capítulo 17, artículos 159 y siguientes se refiere expresamente al ejercicio ilegal de la actividad minera en todas sus fases. Al respecto define:

Exploración y explotación ilícita. La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, constitutivo del delito contemplado en el artículo 244 del Código Penal, se configura

cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad (Código de Minas, Ley 685 de 2001).

En conclusión, el ejercicio de la actividad minera ilegal se ha dado desde el momento en que quien ostenta el poder sobre los recursos se autodenominó como dueño e inició el proceso de regulación de la actividad, estableciendo las facultades de los particulares para su ejercicio. En ese sentido, desde 1504 hasta 2016 es perceptible el ejercicio ilegal de la minería, toda vez que particulares se salen del control del soberano a fin de alcanzar el lucro propio sin retribuir los valores que por dicho concepto deberían hacerse.

2. Medio ambiente y minería ilegal

La minería ilegal es un fenómeno que ha invadido Colombia a lo largo de los años, en razón de la incomparable riqueza mineral con la que cuenta este país a lo largo y ancho de su territorio. Tiempo atrás fue una actividad concentrada en aquellos departamentos ricos en minerales metálicos,²⁴ donde por lo general eran mineros tradicionales o a pequeña escala quienes adelantaban este tipo de minería, ahora denominada por la misma Agencia Nacional de Minería como minería de subsistencia, correspondiente a “aquella desarrollada por personas naturales que dedican su fuerza de trabajo a la extracción de minerales a través de métodos rudimentarios, a fin de generar ingresos para su subsistencia”.

No obstante, el fenómeno de la minería ilegal dista mucho del concepto anterior. Este en los últimos años se ha incrementado por la fiebre del oro, producida como consecuencia del alza en el precio de este mineral²⁵, que a su vez impulsó a las fuerzas criminales del país a que de la mano de dragas y retroexcavadoras convirtieran en cuestión de meses áreas tan grandes como cualquiera de los centros urbanos de las diferentes regiones de Colombia, en desiertos de arenas muertas y aguas repletas de mercurio. Solo por dar un ejemplo, Antioquia cuenta con 35.581 hectáreas con total afectación por efectos de la extracción sin control. (John Torres Martínez, 2015)²⁶

Según la Agencia Nacional de Minería:

²⁴ Antioquia es el mayor productor de oro en Colombia con aproximadamente el 68% de la producción nacional en 2006. Le siguen en importancia Chocó, Bolívar y en menor medida Cauca, Tolima, Santander, Nariño, Valle del Cauca y Risaralda. (Cárdenas 2008)

²⁵ En 2010 por una onza troy de oro dieron en promedio más de US\$1.200, tres veces el precio de un lustro atrás (Ronderos, 2011)

²⁶ El territorio municipal de Medellín asciende a 37.621 hectáreas y está compuesto por 10.210 ha. de suelo urbano (acuerdo 46/2006)

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

En el anterior sentido, y debido a la falta de rigor en la clasificación de los tipos de minerías, la Procuraduría General de la Nación ha hecho fuertes críticas a la falta de claridad de los entes reguladores de la política minera en Colombia. Por ello indica:

Desde lo jurídico, la minería ilegal se nutre para vigorizarse de una evidente anarquía normativa, específicamente de una ambigua y poco clara normatividad minera que cronológicamente ha expedido estatutos incapaces de diferenciar lo ilegal de lo legal y que pareciera verter en un solo molde las actividades a baja escala que se pudieran permitir a pequeños y tradicionales mineros, con las actividades de alto impacto que se desarrollan sin la obtención previa de un título minero (Procuraduría General de la Nación, 2011).

Por su parte y como ejemplo de lo anteriormente expuesto, los efectos devastadores de la minería a gran escala han sido, según el Sistema de Monitoreo Antinarcoóticos de la Policía (Sima) extremadamente fuertes.

En todo el país hay 6.330 puntos donde se saca oro de aluvión. Sus reportes de inteligencia señalan que hay 95.000 hectáreas con total afectación por efectos de la extracción sin control. Chocó (40.780 hectáreas), Antioquia (35.581 hectáreas), Bolívar (8.629) y Córdoba (5.291) tienen los mayores niveles de daño. Eso, sin contar las zonas amenazadas por la búsqueda de oro en socavón, que tiene en jaque varios sistemas de páramo (Martínez 2016).

Es decir, que aun cuando la distinción legal y la construcción adecuada de normas jurídicas es un eje principal de la problemática de la minería ilegal, no es exclusivo. A este se suma la ineficacia estatal para controlar este tipo de explotaciones minerales, que a pesar de medidas radicales ²⁷ desarrolladas por la administración, no logran contener la causación masiva de daños ambientales en las diferentes regiones del país.

A partir de lo antes descrito, no cabe duda de la relevancia que la problemática de la minería ilegal tiene actualmente en Colombia; sus devastadores efectos han convertido la política ambiental y minera en centro de atención, de estudios y opinión que sumados a la obligación estatal de protección de los derechos de tercera generación, consagrados en la constitución de 1991, han puesto en jaque a los entes reguladores, incluidos la administración, el legislador y el poder judicial, en aras de buscar el control de tan desafortunada problemática. Se debe a la ausencia de una suficiente regulación o a la incapacidad del Estado colombiano para aplicar la ya existente.

2.1. Medio ambiente como derecho de tercera generación

El proceso de reconocimiento, estudio y desarrollo de los derechos humanos se constituye como un concepto con crecimiento exponencial, a partir del cual se vinculan cada vez más derechos cuyo contenido amplio pretende proteger todas las esferas jurídicas de los

²⁷ Decreto 2235 de 2012 Artículo 1°. Destrucción de maquinaria pesada y sus partes, utilizada en actividades de exploración o explotación de minerales sin las autorizaciones y exigencias previstas en la ley. Cuando se realice exploración o explotación de minerales por cualquier persona natural o jurídica, sin contar con título minero inscrito en el Registro Minero Nacional y licencia ambiental o su equivalente cuando esta última se requiera, procederá la medida de destrucción de maquinaria pesada y sus partes prevista en el artículo 6° de la Decisión 774 de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones, independientemente de quién los tenga en su poder o los haya adquirido.

seres humanos. A finales del siglo XX, como se constata en el acápite de desarrollo histórico, surge esa novedosa categoría de derechos cuyas características específicas no pueden agruparse en los marcos de las dos categorías de derechos previas. Dicho surgimiento obedeció al crecimiento desaforado de la industria durante los siglos XIX y XX, la guerra fría y la apertura económica de los países, hechos que implicaron considerar mecanismos de protección para los derechos de las comunidades colectivamente consideradas. Los diferentes de tercera generación se vinculan con los valores relacionados con la solidaridad e inciden en todos los seres humanos.

Paralelamente a los acontecimientos históricos de la época que dieron origen a esta categoría de derechos de tercera generación, ellos coinciden y adquieren sus bases en la crisis del Estado social de derecho, fundamentada en la incapacidad mostrada por los Estados para cumplir con sus funciones teóricas, que no eran otra cosa que hacer realidad los derechos de la segunda generación.

Sin embargo, a pesar de denominarse "derechos de tercera generación", su calificativo de colectivos obedece al objetivo de protección de entes difusos, es decir, sujetos en su conjunto y no individualmente consideradas como la nación, pueblo, sociedad, comunidad internacional, etc. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que ellos "persiguen garantías para la humanidad considerada globalmente. No se trata en ellos del individuo como tal y en cuanto ser social, sino de la promoción de la dignidad de la especie humana en su conjunto". (Corte Constitucional, Sentencia T-08 de mayo 18 de 1992. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz).

El profesor Montoya Brand (2009) define así la estructura de los derechos colectivos: "a. Colectivos en cuanto el bien jurídico es no distributivo; b. Históricos; c. Que se tienen con la comunidad; d. De defensa contra eventuales ataques provenientes del Estado, de la

propia comunidad, segmentos de ella, incluidas las personas naturales o jurídicas; e. Correlativos a deberes y simétricos” (p. 167).

Así las cosas, a partir del análisis de la estructura de esta clase de derechos propuesta por el profesor Montoya Brand se puede concluir que el derecho al medio ambiente sano es un derecho colectivo, en tanto es un bien jurídico no distributivo, toda vez que no puede ser poseído exclusivamente por particulares; es histórico, pues es una construcción social que tiene lugar desde la década de los setenta cuando comisiones ambientalistas comenzaron a luchar por la expedición de normas para la protección del medio ambiente; es un derecho que se tiene con la comunidad, ya que los beneficios de proteger el medio ambiente no son para un individuo en particular; son de defensa contra eventuales ataques que vulneren el bien, pues debido a que se trata de un bien que nos rodea a todos, sus vulneraciones pueden venir de cualquier individuo y hasta del mismo Estado; y por último lugar son correlativos y simétricos, pues aunque todos los individuos son titulares de este derecho, al mismo tiempo están encargados de su cuidado.

Estos derechos, tema crucial del presente escrito, se encuentran contemplados dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en la Constitución Política de 1991 en su Capítulo 3, Título II, correspondiente a los artículos 78 a 82, y amparan constitucionalmente la protección del medio ambiente como derecho colectivo.²⁸

²⁸ Artículo 78. Control a la calidad de bienes y servicios. Artículo 79. Derecho a gozar de un medio ambiente sano. Artículo 80. Deber del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales. Artículo 81. Prohibición sobre armas, residuos nucleares y derechos tóxicos. Artículo 82. Deber del Estado en materia de espacio público.

Sobre la particularidad y la importancia de la protección al medio ambiente como derecho se han manifestado gran cantidad de autores, por ejemplo, el catedrático Rodrigo Zeldón Araya (1998) dice al respecto:

El derecho a la protección del ambiente contiene una serie de principios que inundan la totalidad del sistema jurídico, de ahí que se hable de su transversalidad. Tiene por objeto la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico. Vela por la conservación de los recursos naturales, el paisaje y los bienes culturales. El derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho subjetivo, concebido para todos y cada uno de los sujetos, oponible a cualquiera (Estado y/o particular) y con posibilidad de ser ejercitado a nombre de cualquiera por formar parte de los denominados intereses difusos.

En general los derechos colectivos y en particular el derecho a la protección del medio ambiente están propiamente relacionados con los principios de equidad y solidaridad que deben gobernar en las relaciones que rigen las diferentes generaciones. No cabe duda de que la calidad de vida de las futuras generaciones depende del uso actual que se dé a los recursos naturales, por lo que se hace necesario implementar medidas y regulaciones que permitan asegurar el goce de un medio ambiente en el que haya un equilibrio entre desarrollo y seguridad ecológica.

En este orden de ideas resulta conveniente indicar que el derecho a la protección del medio ambiente está en cabeza tanto del Estado como de los individuos que conforman la sociedad, en razón de considerar el medio ambiente como patrimonio común a todos los individuos que se amparan bajo un ordenamiento jurídico, en este caso el colombiano.

2.2. Daño ambiental antijurídico

A fin de obtener luces que nos aproximen al concepto de daño ambiental antijurídico, se debe abordar de manera general el concepto de daño antijurídico aplicable en la teoría de la responsabilidad del Estado y del Derecho Civil en Colombia; esto con el fin de vincular el Derecho Ambiental con estas otras áreas del Derecho que desde la teoría jurídica distan de cualquier relación, pero que para los efectos del presente escrito adquieren vital relevancia. Para tal cometido se entenderá el daño como aquella lesión de un interés tutelado por el Derecho, como consecuencia de un comportamiento lícito o ilícito de una persona diferente a la titular del derecho mismo.

Dicha lesión puede derivarse ya sea del incumplimiento de un vínculo contractual o de un comportamiento contrario a normas constitucionales, civiles, penales, administrativas o ambientales; sin importar que no sean violatorias propiamente del ordenamiento jurídico, su carácter de antijuridicidad se desprende del perjuicio que se causa a otro sujeto de derecho que no tiene el deber de soportarlo, dando lugar así a un daño extracontractual.

Dicho concepto aplica sin distinción alguna en los diferentes escenarios legales, no obstante, el ejercicio de su protección se hará según la calidad del sujeto que lo cause; si se trata del Estado, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo o si se trata de un particular, en la jurisdicción ordinaria.

Grandes juristas colombianos se han dado a la tarea de desarrollar este concepto. Javier Tamayo Jaramillo (2013), por ejemplo, definió como daño “el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extra patrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima” (p.323).

Por su parte, Hinestrosa Forero (1964) reconoció el daño como:

Lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja. Todo detrimento que resulta de la actividad del demandado, principalmente en el patrimonio, pero también en los sentimientos del ofendido, constituye daño y es materia de indemnización que procura restablecer el orden turbado con las medidas restitutorias, reparadoras y compensatorias dichas.

Así las cosas, el concepto “daño ambiental antijurídico”, sin bien parte de las bases del concepto tradicional de daño atrás mencionado, al ser un tema muy poco explorado y desarrollado en la historia jurídica del país requiere ser abordado desde posiciones tanto teóricas o doctrinales como jurídicas, a fin de alcanzar claridad sobre él a partir de la complementación mutua. No son muchos los autores nacionales que se han dedicado a abordar este tema, no obstante quienes lo han hecho, como es el caso de los doctores Álvaro Osorio Sierra y sus libros lecturas de derecho ambiental, Oscar Darío Amaya Navas con diversas obras sobre el tema o Juan Carlos Henao con tesis muy destacables en el campo del derecho ambiental y la responsabilidad, han abierto un camino para el estudio y el desarrollo de un problema que involucra en su perspectiva ambiental diferentes regiones del país.

La doctora en Derecho y experta en Derecho Ambiental Silvia Jaquenod de Zsogon (1991) señala que “el daño ambiental es todo menoscabo material que sufre el ambiente en sus procesos naturales, causado en contravención de una disposición jurídica y que genera efectos negativos actuales o potenciales” (p.222).

Por su parte, desde un ámbito plenamente jurídico, la propia normatividad colombiana se ha permitido referirse al concepto de daño ambiental antijurídico desde una perspectiva muy general y en algunos casos indirecta. Al respecto el artículo 8 del Decreto 2811 de 1974, por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, no definió el concepto mismo de daño ambiental sino, específicamente, el concepto de contaminación y lo hace indicando que se entenderá como “la alteración al ambiente con sustancia o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar de las personas, atentar contra la fauna y flora, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la Nación o de los particulares”.

En el mismo sentido, el artículo 42 de la Ley 99 de 1993 establece: “Se entiende por daños sociales, entre otros, los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante. Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes”.

Dicha definición fue dada en desarrollo de la temática de tasas retributivas y compensatorias. Si bien ambas normas atrás citadas estarían llamadas a proporcionar un concepto de daño ambiental en estricto sentido en razón de la temática que desarrollan, no lo hicieron; por lo que hoy por hoy en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una definición de daño ambiental en sus propios términos, sino una encaminada a determinar el alcance de otros conceptos jurídicos desarrollados en las normas que lo proponen.

Sin embargo, la definición de daño ambiental dada por la Ley 99 de 1993 guarda concordancia con el concepto de daño ambiental puro, aquel entendido como "aquello que ha caracterizado regularmente las afrentas al medio ambiente es que no afectan especialmente una u otra persona determinada, sino exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las 'cosas comunes' que en ocasiones hemos designado como 'bienes ambientales' tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje" (Henoa 2000).

La Corte Constitucional de Colombia en reiteradas ocasiones se ha referido al concepto de daño ambiental desde variadas perspectivas; por ejemplo, mediante Sentencia C-320/98 dicho ente colegiado se ha permitido indicar que:

(...) el daño al ecosistema, así ello se haga en desarrollo de una explotación lícita, desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica. No puede entenderse que la previa obtención del permiso, autorización o concesión del Estado signifique para su titular el otorgamiento de una franquicia para causar impunemente daños al ambiente. De otro lado, la Carta ordena al Estado en tanto al ambiente y al aprovechamiento y explotación de recursos naturales, 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 (Corte Constitucional, Sentencia de junio 30 de 1998, C-320. Bogotá D.C. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Así mismo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia con radicado 52835-3103-001-2000-00005-01 del 16 de mayo de 2011, ha entendido que el daño ambiental, en “‘estricto sensu’, es todo detrimento causado al ambiente, bien público resultante de la conjunción de sus distintos elementos, susceptible de protección autónoma, medida, proyección patrimonial y derecho colectivo perteneciente a

toda la comunidad, conglomerado o sociedad” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 16 de 2011, Sala de Casación Civil 2000-00005-01. Bogotá D.C., William Namén Vargas).

Ambas concepciones acá citadas corresponden al concepto de daño ambiental puro atrás mencionado, dejando ambas a un lado un concepto que se encuentra estrechamente vinculado al primero: “el daño ambiental consecutivo”. Este tipo de daño ambiental no se concentra ya en la afectación al bien colectivo como tal, sino ya “en las repercusiones que la contaminación o el deterioro ecológico generan en la persona o bienes apropiables e intercambiables de los particulares” (Henaó 2000). Al tratarse de una afectación patrimonial individual ocasionada por el daño causado al bien colectivo, la persona afectada estará facultada a partir de los preceptos constitucionales, civiles y públicos, según a quien corresponda la culpa del daño, para pedir una indemnización propia; diferente al accionar en nombre de una colectividad para pedir una indemnización de la cual no se puede adueñar, propia del daño ambiental en su estado puro.

En el marco general del concepto de “daño ambiental antijurídico”, es importante analizar y reconocer la discusión que se genera en la práctica a partir del concepto de “daño ambiental consecutivo”. Al respecto, es claro que a partir de la teoría del daño y de la responsabilidad, toda persona que sufra un daño tendrá derecho a que se le reparen y se le indemnicen los perjuicios causados con él.

No obstante, cuando se trata de un daño individual derivado de una afectación a un bien jurídico colectivo, en la mayoría de los casos cometido por un tercero particular pero bajo la indiferencia del Estado en lo que respecta a su omisión del deber de protección al bien, que para el objeto de estudio del presente escrito corresponde el medio ambiente, resulta

pertinente analizar frente a quien, el sujeto pasivo del daño, está facultado para ejercer su acción y bajo qué jurisdicción lo podrá realizar.

Al respecto, Loperena Rota (1999) indica que “cuando fruto de una ilegítima lesión al medio ambiente se ocasiona un daño a las personas o en los bienes, se deduce una responsabilidad en el causante que le obliga a reparar el daño y a indemnizar el perjuicio, eventualmente como regla general de la responsabilidad”. Cabe pensar entonces en cuál es la responsabilidad del Estado en esta materia y si su omisión en la protección del bien colectivo califica como una falla susceptible de vincularlo patrimonialmente. Para los efectos del desarrollo del presente escrito, esta discusión quedará abierta a fin de seguir agrupando elementos que permitan darle solución.

2.3. Causalidad entre minería ilegal y daños al medio ambiente

Al ser la industria minera una actividad fundamentada en la intervención de ecosistemas, resultan inevitables las críticas y comentarios en cuanto a los posibles impactos ambientales que dicha actividad puede generar. Dichos impactos pueden ser el resultado de la explotación irracional de recursos naturales, desprendida del control y el acompañamiento del Estado y del seguimiento a las directrices o normas jurídicas creadas para esta materia por las diferentes autoridades con competencia en materia minera y ambiental.

Es evidente que en Colombia, al margen de la industria minera o la denominada minería formal, se desarrollan paralelamente actividades de exploración y extracción de minerales, metálicos o no metálicos, que se acogen al género de minería ilegal,

correspondiente a toda actividad de exploración o extractiva que se salga del margen establecido por el ordenamiento jurídico en cabeza del Estado como titular del subsuelo.

Dicha minería, fundamentada en la ausencia de título minero y licencia ambiental, así como de las diferentes exigencias y regulaciones exigidas por las autoridades nacionales tanto en materia ambiental como minera conforme al ordenamiento jurídico, tiene como fin único el lucro de particulares y, en muchos casos, el financiamiento de actividades criminales.²⁹

Esta actividad minera paralela ha superado claramente los límites de control del Estado y su ejercicio desaforado ha llevado a la destrucción de miles de hectáreas en regiones ricas en minerales,³⁰ en razón de las consecuencias directas que involucra la explotación de minerales a gran escala en los ecosistemas naturales compuestos por agua, aire, fauna, flora y demás. Además de estos invaluable daños ambientales, las consecuencias sociales vinculadas al ejercicio de la minería ilegal son considerables; las graves afectaciones al orden público han afectado durante décadas diferentes comunidades del país que se concentran, según informe de la Contraloría, en más de 80 municipios en 17 departamentos. Las consecuencias sociales derivadas del ejercicio ilegal de esta actividad van desde la

²⁹ “Esta minería criminal es un negocio que, se calcula, puede estar por el orden de 7 o más billones de pesos. O sea que es un negocio que mueve más plata que el propio narcotráfico”, indicó el presidente Santos desde el municipio de Puerto Asís, Putumayo, durante la gira ‘Estamos Cumpliendo’.

³⁰ “Las bandas de buscadores de oro, coltán y hasta uranio están regadas por 12 regiones del país que incluyen 21 departamentos: Cauca, Antioquia, Chocó, los Santanderes, Amazonas, Guainía, Putumayo, Valle, Vichada, Cundinamarca, Sucre, Boyacá, Vaupés, Bolívar, Magdalena, Cesar, Córdoba, Risaralda, Caldas y Caquetá”. (Unidad investigativa, El Tiempo, 2015)

informalidad y asentamientos humanos no planificados, hasta problemas generalizados de salud, violencia y desplazamiento.

Las dimensiones de ilegalidad en Colombia son alarmantes. Los datos del Censo Minero realizado por el Ministerio de Minas y Energía entre 2010 y 2011 indicaron que: “de 14.357 unidades productivas mineras encuestadas el 63% no posee título minero, el 65% no paga regalías, el 66.5% no lleva contabilidad ni métodos de inventario, el 72% no implementa acciones de seguridad, higiene ni salud ocupacional y el 75.7% no cuenta con autorización o permiso ambiental.”

Así mismo, la Defensoría del Pueblo en el año 2010 indicó que “se estima en 3.600 el número de explotaciones que operaban en el país de manera ilegal, de las cuales el 61% corresponde a materiales de la construcción, el 28% al oro, el 8% al carbón y el 3% a otros minerales”.³¹

A partir de lo anterior, es indiscutible que la minería ilegal es fuente de pobreza, violencia y destrucción ecológica, por lo que resulta indispensable la implementación de medidas, no necesariamente vinculadas a la regulación excesiva, que desincentiven la industria y que permitan vincular al menos a las comunidades que desarrollan la actividad de manera artesanal a trabajar bajo el amparo de un título, de una licencia ambiental y bajo determinadas condiciones técnicas que garanticen la subsistencia ecológica de los recursos naturales para las futuras generaciones. En sentencia C-331 de 2012 la Corte Constitucional estableció que “la minería ilegal produce unas graves consecuencias ambientales, de orden público, laborales, fiscales y sociales, lo cual no puede pretender hallar cobijo en el

³¹ Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente, Minería de hecho en Colombia, Bogotá, 2010.

ordenamiento superior” (Corte Constitucional, Sentencia de mayo 9 de 2012, C-333. Bogotá D.C., Luis Ernesto Vargas Silva).

Al respecto, el texto *Perspectiva jurídica de los impactos ambientales sobre los recursos hídricos provocados por la minería en Colombia* estableció que:

Se ha demostrado que los mineros en pequeña escala, en condiciones de ilegalidad minera y ambiental, tienden a provocar más daño al ambiente que los que trabajan en empresas mineras modernas, con un costo ambiental mayor por unidad de producción. Sin embargo, se considera que estos impactos se pueden mitigar sustancialmente si los mineros de hecho tienen la oportunidad de legalizar sus actividades desde el punto de vista ambiental y minero, pues con ello tendrían la obligación de seguir y dar cumplimiento a un plan de manejo ambiental. (Suárez, 2011, p.136)

2.3.1. Estado como actor fundamental en materia minera. El modelo de desarrollo de la industria minera en Colombia encuentra fundamento en el crucial papel que juega el Estado como dueño del subsuelo y de los recursos metálicos y no metálicos que en él existen. Al respecto, la misma Ley 685 de 2001, actual Código Minero, -en desarrollo y complemento de las demás disposiciones legales que se han referido a esta materia, tal y como se enunció en el subcapítulo de historia de la minería ilegal-, establece que los minerales de cualquier clase y ubicación son de la exclusiva propiedad del Estado, sin importar la titularidad de la propiedad sobre el suelo en que se encuentren.³²

En este sentido, el papel del Estado como actor en materia minera consiste en proporcionarle a inversionistas privados, nacionales o internacionales acceso a los recursos

³² Ley 685 de 2001, artículo 5°. Propiedad de los Recursos Mineros. Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los

naturales de su propiedad, a fin de que ellos, con recursos propios, asuman los costos de su exploración y respectiva explotación, que se sumarán a una determinada renta a favor del Estado en razón de la actividad que se permitan desarrollar conforme al ordenamiento jurídico. Para asegurar la renta a su favor, el Estado debe garantizar el eficiente ejercicio de la actividad conforme a unos determinados procesos técnicos y jurídicos que se ajusten al plan de desarrollo estratégico de las regiones y a unos lineamientos específicos de protección ambiental impuestos por las autoridades competentes.

Dichos procesos tienen como base el vínculo contractual celebrado entre el Estado y el particular, del cual se derivan derechos y obligaciones para ambas partes, acompañado de un control fundamentado en actividades de fiscalización de los títulos mineros que permitirán la vigilancia del Estado durante todas sus etapas tanto en materia minera como ambiental, de modo que se garantice un correcto ejercicio de la minería conforme al interés general que le impone la Constitución Política de 1991.

El eficiente papel del Estado en materia minera dependerá, a su vez, de una coordinación y articulación entre las diferentes ramas y autoridades que a nivel nacional y regional se encargan del control en materia minera y ambiental, de modo que se garantice tanto a los particulares que la ejercen como a la sociedad en general un orden normativo que apunta al mismo objetivo desde los diferentes puntos en que se asuma.

correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos.

2.3.2. Concepto de minería ilegal. El concepto de minería ilegal en el ordenamiento jurídico colombiano está lejos de ser una categoría unívoca o uniforme. En los últimos años su conceptualización ha alcanzado tantas variables como autoridades que regulan su actividad, por lo que resulta imposible partir de una sola base conceptual para su estudio.

Son dos normas las que, probablemente, ofrecen los conceptos más oportunos y generales en lo que respecta a la minería ilegal. Por un lado, el actual Código de Minas en sus artículos 159 y siguientes se refiere brevemente al tema y sus derivados, estableciendo:

“Exploración y explotación ilícita. La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, constitutivo del delito contemplado en el artículo 244³³ del Código Penal, se configura cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad”.

A su vez, el Código Penal se ha referido en su Artículo 338 (**Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales**) en el sentido de indicar que: “El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

³³ Debe entenderse que cuando el artículo 159 se refiere al artículo 244 del Código Penal, se trata del artículo 338 de la Ley 599 del 2000, el actual Código Penal.

Al respecto, el Decreto Presidencial 2191 de 2003 “Por el cual se adopta el Glosario Técnico Minero”, establece que la minería ilegal se define como aquella que es “desarrollada sin estar inscrita en el Registro Minero Nacional y, por lo tanto, sin título minero. Es la minería desarrollada de manera artesanal e informal, al margen de la ley. También incluye trabajos y obras de exploración sin título minero. Incluye minería amparada por un título minero, pero donde la extracción, o parte de ella, se realiza por fuera del área otorgada en la licencia”.

Es importante indicar que de los tres conceptos jurídicos de minería ilegal atrás mencionados, solo uno se ocupa de relacionar las posibles consecuencias ambientales que del ejercicio de esta actividad se pueden derivar. Paralelamente, resulta evidente la generalidad de los conceptos del Código de Minas y del Glosario Técnico Minero, toda vez que en ellos cabría cualquier clase de actividad minera que no cuente con un respectivo título, sin hacer distinción alguna en la modalidad y la magnitud de la extracción.

Por su parte, la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 412 de 2015 hace referencia a la Decisión No. 774 del 30 de julio de 2012, adoptada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la cual define en su artículo 3º la Minería Ilegal como la “actividad minera ejercida por persona natural o jurídica, o grupo de personas, sin contar con las autorizaciones y exigencias establecidas en las normas nacionales”. A la anterior definición, ha agregado la Corte en la misma providencia que “el concepto de Minería Ilegal se encuentra íntimamente ligado al reconocimiento de un título minero, como requisito para realizar las funciones de exploración y explotación, así como para establecer las condiciones en que dicha actividad se debe adelantar”.

Todo lo anterior deja claro que dentro del ordenamiento colombiano son incipientes las normas jurídicas que brinden suficiente sustento material para dar luces que permitan conceptualizar de manera completa esta temática. Como se alcanza a evidenciar en las cuatro citas anteriores la ilicitud de la minería ilegal está basada en la ausencia de un título o autorización por parte del Estado, lo que brinda un margen lo suficientemente amplio para incluir en él conceptos tan distantes como la minería tradicional y como la minería criminal a gran escala; esto al dejar a un lado a la hora de su implementación factores importantes como métodos utilizados, la magnitud de la explotación, el área intervenida, el mineral y demás.

A continuación se presenta una clasificación hecha por el Glosario Minero Colombiano de las diferentes modalidades de minería que, por el amplio margen ofrecido por la norma en lo que respecta a la minería ilegal, cabrían en dicha categoría:

Tabla 1. Clasificación modalidades de la minería

Minería a cielo abierto	Actividades y operaciones mineras desarrolladas en superficie
Minería a granel	1. Método de minería que consiste en extraer grandes cantidades de mena o material de bajo tenor conjunto con la mena o material de alta ley. 2. Cualquier método mecanizado de minería a gran escala que involucre la remoción de miles de toneladas/día, con un relativamente reducido número de personal.
Minería aluvial	Actividades y operaciones mineras adelantadas en riberas o cauces de los ríos; también se emplean

	métodos de minería aluvial para la extracción de minerales y materiales en terrazas aluviales.
Minería de subsistencia	<p>1. Minería desarrollada por personas naturales que dedican su fuerza de trabajo a la extracción de algún mineral mediante métodos rudimentarios, y que en asocio con algún familiar o con otras personas generan ingresos de subsistencia.</p> <p>2. Se denomina así a la explotación de pequeña minería de aluvión, más conocida como barequeo, y a la extracción ocasional de arcillas en sus distintas formas y los materiales de construcción.</p>
Minería formal	Conformada por unidades de explotación de tamaño variable, explotadas por empresas legalmente constituidas.
Minería ilegal	Es la minería desarrollada sin estar inscrita en el Registro Minero Nacional y, por lo tanto, sin título minero. Es la minería desarrollada de manera artesanal e informal, al margen de la ley. También incluye trabajos y obras de exploración sin título minero. Incluye minería amparada por un título minero, pero donde la extracción, o parte de ella, se realiza por fuera del área otorgada en la licencia.
Minería informal	Constituida por las unidades de explotación pequeñas y medianas de propiedad individual y sin ningún tipo de registros contables.
Minería legal	Es la minería amparada por un título minero, que es el acto administrativo escrito mediante el cual se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo mineros de propiedad nacional, según el Código de Minas. El título minero deberá estar inscrito en el Registro Minero Nacional.

Minería subterránea	Actividades y operaciones mineras desarrolladas bajo tierra o subterráneamente.
----------------------------	---

Fuente: Glosario minero colombiano.

Tabla 2. Otras definiciones del Código de Minas -Ley 685 de 2001

Minería Ocasional (art. 152)	La extracción ocasional y transitoria de minerales industriales a cielo abierto que realicen los propietarios de la superficie, en cantidades pequeñas y a poca profundidad y por medios manuales no requerirá de concesión del Estado. Esta explotación ocasional solamente podrá tener como destino el consumo de los mismos propietarios, en obras y reparaciones de sus viviendas e instalaciones, previa autorización del dueño del predio. Todo otro destino industrial o comercial que le den a los minerales extraídos, al amparo de este artículo, les está prohibido.
Barequeo	El barequeo, como actividad popular de los habitantes de terrenos aluviales actuales será permitida con las restricciones que se señalan en los artículos siguientes. Se entiende que esta actividad se contrae al lavado de arenas por medios

manuales, sin ninguna ayuda de maquinaria o medios mecánicos y con el objeto de separar y recoger metales preciosos contenidos en dichas arenas. Igualmente, será permitida la recolección de piedras preciosas y semipreciosas por medios similares a los que se refiere el presente artículo.

(Ministerio de Minas y Energía, 2003, P. 108)

A partir de la anterior clasificación y considerando las diferentes variables que intervienen en el desarrollo de la actividad minera y sus diferentes modalidades de ejecución, es pertinente concluir que la escala de los impactos ambientales de este tipo de actividades es variable y los efectos irreversibles sobre los ecosistemas de igual manera dependerán de las diferentes formas en que ellas se realicen. Como se ha expresado en reiteradas ocasiones, el ordenamiento jurídico colombiano no distingue entre las diferentes modalidades de las que podría hablarse de minería ilegal, permitiendo con esto una confusión derivada de una generalización sin fronteras claras, en las que cabe un sinnúmero de actividades que distan considerablemente en su ejercicio y en sus consecuencias.

2.3.3. Daños al medio ambiente a causa de la minería ilegal. La actividad minera, entendida como toda exploración y explotación de recursos naturales no renovables, es por su naturaleza una actividad generadora de impactos directos e indirectos sobre el medio ambiente en razón de los cambios que su intervención genera en los ecosistemas, aun cuando se hayan planteado estrategias para la recuperación de los mismos. De la manera en que dicha actividad se desarrolle dependerá el control y la mitigación de las posibles consecuencias, de modo que es necesaria una intervención por parte de todos los actores intervinientes, encaminada a hacer de esta actividad algo sostenible³⁴.

El papel que juegan los particulares, la autoridad minera y las autoridades ambientales como intervinientes en el desarrollo de la actividad en lo que respecta a la protección de los ecosistemas y recursos naturales, resulta ser el punto de quiebre que permite reconocer la brecha entre la minería legal y la minería ilegal en dicha materia. En ese sentido, el ejercicio de la actividad que se haga bajo el amparo del Estado en lo referente al cumplimiento de los requisitos técnicos y legales, está mucho más cerca de ser una explotación racional de los recursos que aquél que realiza un particular sin control alguno, alejado totalmente del precepto que entiende la minería como actividad que satisface el interés general (excluyendo el barequeo³⁵).

³⁴ Sostenible. Teniendo en cuenta que al tratarse de recursos naturales no renovables, no se puede interpretar según el significado que nos trae la RAE en el cual se establece que es sostenible algo que se puede utilizar largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente, sino como el aprovechamiento responsable de estos recursos, asegurando las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de futuras generaciones, como bien se utiliza en el informe Bruntland.

³⁵ De acuerdo con el Artículo 155 del Código de Minas, se entiende el barequeo como lavado de arenas por medios manuales, sin ayuda de maquinaria o medios mecánicos y con el objeto de separar y recoger metales y piedras preciosas y semipreciosas contenidos en dichas arenas.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia se ha permitido entender el medio ambiente como “un bien constitucional que constituye un objetivo dentro del Estado Social de Derecho (artículos 1, 2 y 333 superiores), un derecho fundamental por conexidad al estar ligado con la vida y la salud (artículos 11 y 49 superiores), un derecho colectivo (ser social) que compromete a la comunidad (artículo 88 superior) y un deber constitucional en cabeza de todos (artículos 8, 79, 95 y 333 superiores); también tiene el carácter de servicio público (...) y cuya importancia en la Constitución es de tal magnitud que implica para el Estado unos deberes clasificados de protección”. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 16 de 2011)³⁶

Por su parte, la Contraloría General de la República, con respecto a la actividad minera desarrollada en la ilegalidad, alejada del control estatal y del cumplimiento que en materia minera y ambiental han desarrollado las autoridades competentes, ha indicado que:

(...) usurpa la propiedad pública sobre los bienes de la Nación, desaprovecha abiertamente los recursos naturales no renovables, afecta de manera sensible fauna, flora, aire, agua y suelo, genera sobrecostos en el uso de recursos imprescindibles para la vida y genera pasivos ambientales que niegan a los pobladores el racional usufructo de dichos recursos, ocasiona problemas de salubridad pública, seguridad alimentaria, desplazamiento forzoso y muchos otros problemas de orden social, esto sin mencionar otros aspectos de carácter económico, fiscales y de seguridad pública. (Torres Gutiérrez et al. 2013)

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 16 de 2011, Sala de Casación Civil 2000-00005-01. Bogotá D.C., William Namén Vargas.

Actualmente y como ejemplo de la situación crítica ya mencionada, aparece la problemática del mercurio como una de las fuentes de mayores problemas en materia ambiental en Colombia. Alejado de todo control en el caso de la minería ilegal y en el auge de la explotación de minerales metálicos, especialmente del oro, que ha vivido en el país en los últimos años, el uso del mercurio en el proceso de beneficio de estos se ha vuelto cada vez más recurrente en quienes ejercen la minería de forma ilegal, sin ninguna clase de conciencia sobre las terribles consecuencias que ello genera en los ecosistemas y de los peligros que dicha sustancia representa para las comunidades. En un estudio realizado por el programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente se establece que “aunque su forma puede cambiar a lo largo de su ciclo de vida, no puede descomponerse ni degradarse en sustancias inocuas. Esto significa que una vez que el mercurio ha empezado a circular en la sociedad/biosfera debido a alguna actividad humana, no ‘desaparece’ ” (PNUMA, 2005)

Resulta alarmante el constante crecimiento del uso del mercurio en actividades mineras ilegales y mucho más aún cuando se conocen los datos sobre el vertimiento de dicha sustancia a las fuentes hídricas que sirven de suministro a cientos de comunidades a lo largo y ancho del país. En entrevista concedida a la Revista Semana³⁷ el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Gabriel Vallejo López, manifestó su gran preocupación al respecto, fundamentado en el Estudio Nacional de Agua hecho por el mismo ministerio. Según ese estudio, en Colombia se vierten 200 toneladas de mercurio anuales a los ríos, concentradas principalmente en 3 zonas del país gravemente golpeadas por el accionar de bandas criminales que utilizan la minería ilegal como uno de sus principales medios de financiación.

³⁷ Mercurio en fuentes de agua, un problema complejo para Colombia. Revista Semana, 2015/08/11

El mercurio es solo uno de los focos de preocupación dentro del universo de problemas ambientales a los que da lugar la minería ilegal. A continuación se presenta, a modo de resumen, otra serie de consecuencias que del ejercicio irracional de esta actividad se manifiestan en el medio ambiente:

Tabla 3. Impactos ambientales de la minería ilegal

Recurso	Impactos ambientales
Paisaje	<p>La forma del terreno se modifica, se fragmentan los hábitats existentes debido a la destrucción de bosques y vegetación.</p>
Agua superficial y subterránea	<p>La calidad de las aguas se ve afectada por diferentes factores como:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Los sólidos y el material desplazado a la misma. ● Los materiales, aceites y grasas que se utilizan para el mantenimiento de las máquinas y los equipos utilizados en la minería a gran escala. ● Las sustancias tóxicas que se vierten en el agua, como el mercurio. ● Los peces consumen estas sustancias tóxicas y mueren o llegan a ser consumidos por seres humanos, causándoles graves daños a la salud. <p>En cuanto al agua subterránea, esta se contamina con la filtración de los diferentes agentes contaminantes presentes en la minería.</p>

Erosión	Debido a los diferentes tipos de minería y la intervención en los ríos, se generan procesos erosivos en los sectores de explotación.
Suelo	Se pierden los suelos orgánicos, debido a los residuos sólidos y el material utilizado en la minería, además de las excavaciones.
Fauna y Vegetación	Debido a la minería se produce deforestación, generando alteraciones en el hábitat de un sin número de animales, lo que ocasiona su migración o extinción.
Aire	<ul style="list-style-type: none"> -Las excavaciones generan material particulado en el aire. -El almacenamiento de combustibles y la maquinaria contamina el aire con vapores tóxicos. -La quema de mercurio y el ruido afectan la atmósfera.
Inestabilidad de taludes	Se presentan inestabilidades y derrumbes debido a la altura de los taludes creados con la maquinaria que se utiliza. Esto crea movimientos indeseados y afectación en las viviendas y carreteras cercanas.

(Torres Gutiérrez et al. 2013)

3. Responsabilidad del Estado

La obligación que asume el Estado colombiano de responder por todo daño que causare al patrimonio de sus individuos encuentra sustento en el principio de garantía integral del patrimonio de las personas, solidaridad, igualdad ante las cargas públicas y equidad. La protección de los intereses de las personas de derecho en esta materia dependerá de la concurrencia de tres elementos fácticos que más adelante se analizarán en mayor profundidad: un daño antijurídico o lesión, una acción u omisión imputable al Estado y una relación de causalidad que permita vincular el daño causado al incumplimiento de las obligaciones por parte de la Administración, esto a fin de hacer esta circunstancia indemnizable.

La responsabilidad patrimonial del Estado, derivada de la causación de daños que por su acción u omisión se causaren a los particulares, se constituyó como una institución de origen meramente jurisprudencial, fundamentada en el deber del Estado de reparar las afrentas que sus instituciones o funcionarios en ejercicio de sus funciones pudiesen haber causado a particulares individualmente considerados o a comunidades. Antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano no contaba con cláusula alguna que contemplara la obligación del Estado en esta materia, por lo que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, previo a la Carta Política, tuvo sus cimientos en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado.

Fue a partir de la constituyente de 1991 que, recopilando y adoptando los criterios jurisprudenciales desarrollados por la jurisprudencia de las altas cortes, Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se encargó de positivizar esta figura normativa que para ese

entonces representaba un grave vacío en el Derecho positivo. En razón de lo anterior, el constituyente dejó como legado el artículo 90 de la Carta a partir del cual, por la acción o la omisión de las autoridades públicas, el Estado deberá responder indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual.

La regulación expresa de esta temática en la esfera constitucional comprende no solo supuestos de responsabilidad extracontractual sino también, como lo advierte el tenor literal del artículo, obligaciones reparatorias por daños causados en el desarrollo de vínculos contractuales. El núcleo en la aplicación de esta teoría de responsabilidad se concentra en la causación de un daño antijurídico independiente de su procedencia.

La Sección Tercera del Consejo de Estado mediante Sentencia de marzo 06 de 2008, Exp.: 16075, estableció que “el artículo 90 de la Carta de 1991 es también un eficaz catalizador de los principios y valores que sirven de orientación política de nuestro Estado Social de Derecho y que deben irradiar todo nuestro sistema jurídico, catálogo axiológico dentro del cual ocupa especial importancia la garantía de la libertad (preámbulo). Dicho artículo sigue el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y liberal, que no puede ser otro que la eficacia general de los derechos fundamentales, los cuales vinculan a todas las manifestaciones del poder público”.

En consideración a los términos anteriores resulta procedente entender que frente a aquellos daños antijurídicos imputables al Estado por la acción u omisión de las autoridades públicas, este deberá responder patrimonialmente no solo porque así lo establece el artículo 90 constitucional, sino además porque se desprende de una lectura sistemática de la Carta y del ordenamiento jurídico en general. A continuación se procederá a presentar el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado, esto a fin de garantizar una efectiva comprensión de la temática que permita avanzar en su posible vinculación frente a

los daños al medio ambiente como causa de la minería ilegal, bajo el entendido de un posible incumplimiento de las obligaciones legales y constitucionales.

3.1. Elementos constitutivos de la responsabilidad estatal

El modelo de la teoría de la responsabilidad del Estado, asumido en Colombia a partir del proceso de desarrollo conceptual tanto en el ámbito constitucional, jurisprudencial como legal, ha permitido abordar y reconocer tres elementos constitutivos de la responsabilidad: (I) la causación de un daño antijurídico (II) que el daño sea imputable a la acción u omisión del Estado y (III) que se compruebe una relación de causalidad material entre la acción u omisión del Estado y el daño causado. Es importante recalcar que con anterioridad a 1991 no existía una cláusula constitucional ni legal que expresamente reconociera la existencia de un mecanismo resarcitorio de las actuaciones del Estado; es entonces a partir de la Carta Política vigente cuando se reconoce en forma directa, mediante su artículo 90, la responsabilidad del Estado bajo el supuesto de indicar que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Reconocidos los tres elementos, a continuación se procederá a su estudio y análisis de manera particular.

3.1.1. Daño antijurídico. En primer lugar, el concepto de daño aplicable en la teoría de la responsabilidad del Estado corresponde, de manera directa, a una lesión a un interés legítimo patrimonial o extra-patrimonial de un sujeto de derecho que no está en la obligación jurídica de soportarlo. En ese sentido, el daño se entiende entonces en términos de las altas cortes como “el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus

derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo”. (Sentencia C-333 de 1996 de la Corte Constitucional y Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995)

En cuanto a la antijuridicidad del daño, la jurisprudencia constitucional ha entendido que ella “no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración, sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima” (Sentencia C-254 de 2003). En ese sentido resulta importante analizar la ampliación que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado se ha venido desarrollando en cuanto al concepto de daño, toda vez que ella, la responsabilidad, no está ya supeditada a una irregular actuación estatal, ya sea por la no prestación del servicio o por su prestación irregular o tardía, sino más bien por la causación de un daño cuyo sujeto pasivo no está en la obligación de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de la conducta que le dio origen.

Al respecto, según Santofimio G. (s.f), la doctrina se ha permitido manifestar que esa acepción de daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado en Colombia está en armonía con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, debido a que al Estado le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración.

A partir de lo anterior y conforme a los presupuestos planteados por el Consejo de Estado en desarrollo de esta materia, el daño como elemento configurador de responsabilidad debe tener las siguientes características: cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de mayo de 2005, Expediente 2001-01541AG)

Daño cierto, toda vez que no basta con una mera amenaza al derecho para su configuración y resulta necesaria la certeza del agravio; presente o futuro, en el mismo sentido, evidenciando de alguna manera un nexo entre un daño configurado y sus

consecuencias directas actuales o posteriores; determinado o determinable, toda vez que no basta con una mera conjetura y requiere de una materialización encaminada a su tasación; anormal, toda vez que a que el sujeto pasivo no esté en la obligación de soportarlo y, adicionalmente, que los derechos del sujeto pasivo se encuentren bajo un efectivo amparo del ordenamiento jurídico. Bajo estos presupuestos es que en materia de Responsabilidad del Estado es posible hablar de daño antijurídico como elemento constitutivo de responsabilidad patrimonial.

3.1.2. Incumplimiento de las obligaciones del Estado a partir de una acción u omisión. El siguiente elemento constitutivo de la responsabilidad, enfocado en la acción u omisión del Estado, implica una infracción de la administración en el ejercicio de sus obligaciones legales y constitucionales. En términos de la Corte Constitucional se da cuando “la administración pública no satisface las obligaciones de su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que le han sido fijadas” (Sentencia C-644 de 2011). Dicha acción u omisión imputable al Estado en la causación del daño, a fin de constituirse en criterio de imputación de responsabilidad, no puede derivar a fenómenos de fuerza mayor o negligencia del sujeto pasivo de la conducta.

El principio de responsabilidad en materia estatal implica, a toda cuenta, la interacción de nuevos elementos que reconfiguran la relación Comunidad-Estado. En ese sentido, resulta importante la identificación y reconocimiento de las obligaciones de los agentes estatales, de modo que resulte vinculable el daño causado al incumplimiento de funciones públicas de las personas individualmente consideradas o de las mismas entidades en su conjunto valoradas. En ese sentido, la indemnización del daño antijurídico será obligación del Estado cuando exista un título jurídico de atribución, es decir, cuando de una

norma legal o constitucional pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete las obligaciones que el ordenamiento jurídico radica en cabeza del Estado.

3.1.3. Relación de causalidad material entre la acción u omisión del Estado y el daño antijurídico causado. El nexo de causalidad como tercer elemento constitutivo de la responsabilidad patrimonial del Estado representa el punto de análisis más fuerte en los procesos de reparación. Se hace necesario dentro del proceso de imputación de responsabilidad al Estado por la causación de un daño, el análisis de dos esferas: (I) el ámbito fáctico y (II) la imputación jurídica. En este sentido, el análisis de las circunstancias que dan lugar al daño sufrido por un administrado requiere ser abordado por la determinación de los elementos de hecho de la acción u omisión del Estado, pero circunscritos a la verificación de un incumplimiento conforme a un deber jurídico que le es atribuido; para ello la jurisprudencia se ha permitido desarrollar distintos títulos de imputación que resultan relevantes al momento de aplicar la teoría de la responsabilidad objetiva en esta materia.

Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido que:

La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de las relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no solo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen (Sentencia C-043 de 2004).

Así las cosas, es claro que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige aplicar el principio de imputabilidad, toda vez que la reparación del daño exige que haya un sustento fáctico de la acción u omisión de la Administración y una atribución jurídica que implique el incumplimiento de las funciones impuestas por el ordenamiento jurídico al Estado.

Paralelamente, si bien en materia de responsabilidad del Estado aplican tanto la teoría de la responsabilidad objetiva como de responsabilidad subjetiva, la jurisprudencia constitucional tiende a vincular en los procesos de imputación el análisis de la posición de garante del Estado, donde el principio de proporcionalidad faculta al operador jurídico a determinar si en razón de las circunstancias fácticas eran aplicables medidas razonables para prevenir la protección del daño antijurídico.

Al respecto también se ha referido la jurisprudencia constitucional cuando indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el Estado era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible” y se establezca el nexo de causalidad entre el daño y la administración.

En conclusión, determinar el nexo de causalidad entre la causación del daño antijurídico a un administrado y la acción u omisión del Estado que le da lugar es el resultado de un análisis fáctico y jurídico en el que intervienen elementos de hecho y elementos teóricos que permiten indicar, para cada caso específico, cuál era la posición y el deber del Estado como garante en la protección de los derechos de las personas que se encuentran bajo su esfera de cuidado, y si a partir del incumplimiento de ese deber se produjo un menoscabo en los derechos de un particular, el cual tendrá que ser reparado patrimonialmente por el Estado

en ejercicio de las obligaciones constitucionales que de él derivan de conformidad al artículo 90 superior.

3.2. Títulos de imputación

3.2.1. Falla del servicio. La falla en el servicio como juicio de imputación a la que la administración puede ser sometida, ha sido por muchos años el criterio de imputación general para establecer la responsabilidad del Estado, al ser, sin lugar a dudas, la que cuenta con más aplicaciones en el campo de la responsabilidad del Estado, tanto por parte del Consejo de Estado como los Tribunales de menor rango.

El concepto de falla del servicio en un principio se presentaba en una gran cantidad de situaciones, ya que fue definida por la jurisprudencia como un mal funcionamiento en el servicio, es decir, un retardo o un defectuoso funcionamiento. Posteriormente se entendió que la falla del servicio es básicamente el hecho dañino que se presenta como consecuencia de la violación por parte del Estado de una obligación o deber del cual es el principal garante. Esta obligación tiene como presupuesto el reconocimiento que hace el Estado de la existencia de mandatos de abstención, los cuales pueden ser de acción o de omisión; estos mandatos se encuentran en la jurisprudencia, leyes y en la misma Constitución Política que en su artículo segundo establece la función genérica de protección que tiene el Estado³⁸, al respecto el Consejo de estado estableció:

³⁸ Artículo 2 (...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

(...) la falla del servicio es la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16³⁹ (Consejo de Estado, Sentencia de marzo 30 de 1990).

Se trata de un régimen de imputación subjetivo porque requiere el cuestionamiento de la conducta del Estado y el reproche que se le hace a esta. Supone entender que el servicio falló porque se debía prestar en unas condiciones y no se hizo; por otro lado es abstracto, en el sentido de que no importa identificar cuál es el funcionario que incurrió en una culpa que dio lugar a una falla, solo importa saber que el servicio falló. Por otro lado, como lo manifiesta Santiago Díazgranados, puede haber sucedido que el servicio estuvo ausente, funcionó erradamente o hubo un retardo; sin embargo, si estamos frente a una omisión que implicó el daño antijurídico, dicha omisión puede ser absoluta o relativa: absoluta cuando hubo una inactividad total y relativa cuando hubo una inactividad parcial (Díazgranados, 2001).

De modo que para la configuración de la falla del servicio se deben dar los elementos constitutivos, el primero de ellos es una falta del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio; en segundo lugar debe presentarse un daño o perjuicio que implica la lesión o menoscabo de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo, etc., con las características usuales predicadas para el daño que en este caso debe ser cierto, personal, antijurídico y cuantificable económicamente, y en

³⁹ Hoy artículo 2, pues esta sentencia es anterior a la Constitución de 1991.

último lugar una relación de causalidad, de tal manera que el daño sea consecuencia de la falla. Este último requisito es indispensable para una eventual indemnización. (Consejo de Estado, sentencia del 28 de octubre de 1976, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, magistrado ponente Jorge Valencia Arango).

En este sentido se pueden presentar dos circunstancias principales al interior de la falla del servicio: la falla probada y la falla presunta; en las dos es indispensable la configuración de una falla del servicio para así llegar a una eventual responsabilidad del Estado. La diferencia entre las dos es de índole probatorio; en la primera, se requiere que el demandante pruebe de manera fehaciente los tres elementos requeridos, entre ellos una falta o falla en el servicio, el perjuicio sufrido y el nexo causal existente entre los primeros dos elementos. Por su parte, en la falla presunta el actor al demostrar el perjuicio causado hace que se cree a su favor y en contra del Estado la presunción de que el hecho dañoso se produjo como consecuencia de una falla o falta del servicio. Hoy en día esta circunstancia del título de imputación solo se aplica a la responsabilidad médica

3.2.2. Riesgo excepcional. El régimen de imputación del riesgo excepcional tiene como base y fundamento el concepto de daño antijurídico, es decir el artículo 90 de la Constitución⁴⁰, en la medida en que este impone al Estado el reconocimiento del deber de indemnizar ante la constatación efectiva de un daño o lesión a un bien jurídicamente tutelado, que la persona o ciudadano no se encuentra en la obligación de soportar, dado que ese

⁴⁰ Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este.

detrimento se impone con trasgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas. (Ver sentencia de 14 de junio de 2001, expediente 12.696; sentencia de 15 de marzo de 2001, exp. 11162, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.)

En ese orden de ideas, este título jurídico de imputación tiene como fundamento el riesgo creado o riesgo excepcional, de tal manera que se plantea la consideración según la cual un sujeto de derecho, en este caso el Estado, que realiza una actividad que tiene un alto riesgo de generar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de la materialización de estos en el evento en que sobrevengan.

En este régimen de imputación es esencial que no se haya dado una falla en el servicio, es decir, es la típica responsabilidad sin falta, no debe existir un anormal funcionamiento, un retardo o una omisión en el servicio; en este régimen la conducta desplegada por el Estado tiene que estar enmarcada completamente dentro del principio de legalidad. En sentencia del 20 de febrero de 1989, en medio de un análisis de la teoría del riesgo excepcional, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo afirma al respecto:

(...) Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de toda la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un 'riesgo de naturaleza excepcional' que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o la prestación del servicio (...) Consejo de Estado, Sentencia del 20 de febrero de 1989, MP. Antonio José de Irisarri.

Por otro lado, se deduce que para que surja la responsabilidad del Estado por riesgo excepcional es necesario que concurren tres factores: en primer lugar que la administración realice una actividad legítima, pero esta de manera esencial debe ser de naturaleza riesgosa; en segundo lugar se debe producir, en cabeza de un particular, un hecho dañoso, concretando así el riesgo excepcional de la actividad riesgosa del Estado; y en tercer lugar, que entre la actuación de la administración y la materialización de ese daño exista un nexo de causalidad.

Es así como este régimen implica la responsabilidad del Estado frente a los daños antijurídicos que encajan en dos supuestos que hacen necesaria la aplicación del riesgo excepcional por encima de los demás títulos de imputación, estos son: que sea la materialización de un riesgo, y que esta materialización se concrete en virtud de una actuación legítima estatal, con la cual se crea un riesgo para los individuos.

Ahora, es importante resaltar que el título de imputación del riesgo excepcional surgió, como lo expone Díazgranados, “debido a que muchos casos en los que se causaban daños a particulares por parte de las entidades públicas escapaban a la aplicación de la falla del servicio y a la de daño especial, pues se trataba de actividades lícitas, desarrolladas adecuadamente, que además presentaban una característica especial y adicional, que resultaba indispensable para efectos de atribuir la responsabilidad a la administración: la creación de riesgos y la materialización de estos en resultados dañosos”. (Díazgranados 2001, p.38)

Por lo anterior es importante resaltar que esta teoría tiene elementos y fundamentos semejantes a la teoría del daño especial, circunstancia que hace que muchas veces se utilice, por parte de los jueces, el título de imputación equivocado. A continuación se explica brevemente la teoría del daño especial.

3.2.3 Daño especial. Como lo expone Pinzón (2014), “la actividad legítima del Estado no en pocas ocasiones genera un daño que los particulares no están obligados a soportar, situación que se escapa a la teoría tradicional de la falla, aunque si toma su formulación del rompimiento de las cargas públicas como fuente nutricia, que es a lo que se le ha denominado como daño especial” (p.98).

El daño especial es un título de imputación similar al de riesgo excepcional; sin embargo, en esta teoría la administración, actuando legítima y ajustadamente y haciendo uso de atribuciones que legalmente le son otorgadas, genera un detrimento a un individuo, detrimento que supera las cargas a las que normalmente están expuestos los particulares, rompiendo así el principio de igualdad ante las cargas públicas. Se crea así la necesidad de indemnizarlo plenamente. Al respecto, en sentencia del 23 de mayo de 1973, en medio de un análisis de la teoría del daño especial, el Consejo de Estado considera lo siguiente:

La jurisprudencia ha definido al daño especial como aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad, pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas. (Consejo de Estado, Sentencia del 23 de mayo de 1973, MP. Alfonso Castilla Saiz)

De conformidad con lo expuesto por Santiago Díazgranados, “para que surja responsabilidad por daño especial es necesario que concurren tres factores: primero, que la administración despliegue una actividad legítima; segundo, que se produzca, en cabeza de un particular, la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas; y tercero, que entre la

actuación de la administración y el rompimiento de esa igualdad exista un nexo de causalidad” (Diazgranados 2001, p.8).

En este punto, es importante aclarar que la actuación del Estado no siempre tiene que tratarse de una acción, puede bien tratarse de una omisión legítima que cree un perjuicio a un particular, como ocurrió en el caso tratado en la sentencia del 8 de febrero de 1986 en la que se condena al Estado por una omisión, cuando un alcalde y un gobernador se abstienen de cumplir una orden de desalojo en un predio del demandante, para más tarde el Estado verse obligado a indemnizar al afectado con esta omisión lícita (sentencia del 8 de febrero de 1985, expediente 3.504).

A manera de ejemplo, el caso típico que se planteaba como daño especial (aunque ya no lo es según la Corte Constitucional) era el de la expropiación. El Estado decide construir una carretera y resulta que el inmueble de un individuo queda en la zona del trazado de esa carretera, así entonces el interés general prevalece sobre el particular y el Estado tiene derecho a expropiarle el bien. Si el Estado lo expropia debe pagar de manera previa por el bien, además de pagar una indemnización a título de daño especial.

En este caso el Estado obra de manera lícita porque la Constitución Política le permite hacer valer el interés general sobre el particular, no está infringiendo ninguna norma, y está obrando en beneficio de la comunidad que se verá beneficiada con la carretera, pero con esa misma acción perjudica al propietario del bien y entonces por eso se rompe el equilibrio del ciudadano frente a las cargas públicas porque su daño es especial, es grave y es anormal.

3.3. Causales de exoneración

Tradicionalmente, la jurisprudencia y la doctrina han expresado que el Estado, al actuar como parte demandada en un proceso de responsabilidad, tiene una serie de

mecanismos para exonerarse de esta; la primera de ellas es demostrando el rompimiento del nexo de causalidad al probar la existencia de una fuerza mayor o un caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo de un tercero. Otra forma sería la demostración de la inexistencia de un daño antijurídico.

Es importante aclarar que dependiendo del régimen de responsabilidad (subjetivo u objetivo) en que se demande al Estado, las formas de librarse de indemnizar variarán. De este modo, para que el Estado sea exonerado en el régimen objetivo de responsabilidad estatal se debe atacar el nexo de causalidad sin que sea válido el caso fortuito, porque el caso fortuito son los riesgos propios de las actividades peligrosas. Por otro lado para el régimen subjetivo, se rompe la imputación en la falla probada por fuerza mayor, hecho de tercero y hecho de la víctima. Es decir, las causas extrañas, y en la falla presunta, a través del rompimiento de la imputación con las causas extrañas o bien desvirtuando la presunción de falla a través de la prueba sobre el cumplimiento de sus obligaciones.

3.3.1. Rompimiento del nexo de causalidad por medio de la causa extraña. Son las comúnmente llamadas causales de exoneración del Estado; es decir, fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima y hecho exclusivo de un tercero, conforman diferentes escenarios que resultan en que se haga imposible imputar, desde lo jurídico, la responsabilidad de los diferentes perjuicios causados a la víctima. Tres son las características comunes que deben concurrir para su configuración según la jurisprudencia, a saber: primero, deben ser irresistibles; segundo, imprevisibles y por último deben ser jurídicamente ajenas o exteriores al Estado.

Por otro lado para que se configuren, como lo afirma el profesor Javier Tamayo, “es necesario, en primer lugar, demostrar cuál fue la causa del daño. Si la causa permanece desconocida, falta el elemento esencial de la causa extraña” (Tamayo 1997, p.169).

3.3.1.1. La fuerza mayor. En Colombia, esta figura se encuentra definida por el artículo 64 del Código Civil el cual se prescribe: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

Se trata de un acontecimiento externo al normal desarrollo de las actividades de la administración, esto “en la medida de que el daño resulta de un acontecimiento previsto o imprevisto, pero en todo caso irresistible y ajeno al ámbito de dominio por o a la disposición del demandado, en cuanto exterior a su propia organización o esfera de actividad” (Enterría, 2000, p.401).

El Consejo de Estado tiene una posición diferente a la anterior, pues afirma que la fuerza mayor se trata de un hecho irresistible, pero también *imprevisible* y ajeno, exterior a la actividad o servicio que genera el daño. En ese orden de ideas quiere decir que no existe manera alguna de siquiera sospechar la ocurrencia de este hecho dañino, ni mucho menos de contrarrestarlo. Al respecto dicha alta corporación hace un importante aporte en sentencia del 15 de junio de 2000 al afirmar:

La fuerza mayor solo se demuestra: (...) mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias...En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no solo debe ser irresistible, sino también imprevisible, sin que importe la

previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito.... (Consejo de Estado, Sentencia 15 de junio)

3.3.1.2. Hecho de un tercero. En esta causal de exoneración se parte de la base de que el origen del hecho y el daño son consecuencia de un tercero extraño a las partes del proceso, configurando así la inexistencia del nexo de causalidad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado establece que para que se configure la causal de exoneración es indispensable que se presenten dos elementos: en primer lugar, el hecho debe tener las características de ser imprevisible o irresistible, común en todas las causas extrañas; y en segundo lugar, el hecho debe ser exclusivo y condición por la que se generó el daño.

3.3.1.3. Hecho exclusivo de la víctima. Esta es una figura que parte de la base de que quien provoque o agrave un daño con su proceder por acción o por omisión, con culpa o con la ausencia de ella, debe asumir las consecuencias de su actuar.

Así entonces si el hecho dañoso deriva exclusivamente del actuar culposo del perjudicado, esto provocará una exoneración total de parte del Estado en materia de responsabilidad. Sin embargo, si la ocurrencia del hecho no es exclusivamente culpa de la víctima y concurre culpa de la Administración, se producirá una concurrencia de culpas y se ponderan estas para fijar el monto de la indemnización y poder determinar una compensación de culpas.

Sin embargo, en esta causal el Consejo de Estado en sentencia del 13 de abril de 2011⁴¹ hace una aclaración en cuanto a la exigencia de imprevisibilidad e irresistibilidad de esta causal de exoneración, apartándose un poco de la teoría de la causa extraña, al afirmar que:

(...) en síntesis, no se requiere, para configurar la culpa exclusiva de la víctima, que el presunto responsable acredite que la conducta de aquella fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso una participación parcial de la víctima en los hechos, en modo alguno determina la producción del daño, pudiendo de manera eventual conducir a estructurar una concausa (...).

En los casos de causales de exoneración son muchos las variantes que se dan, la jurisprudencia y la doctrina cambian frecuentemente, haciendo que se trate de un tema en permanente evolución.

⁴¹ Consejo de Estado, Subsección B, Expediente 20.441. En esta sentencia se declaró que una entidad estatal no estaba obligada a reparar los perjuicios causados a los familiares de un peatón que falleció atropellado por un vehículo oficial, porque, aunque el agente estatal que lo conducía "presentaba algún grado de embriaguez" (67 grados), la víctima, en vez de utilizar un puente peatonal, atravesó la vía imprudentemente en un estado de embriaguez mucho más alto (266 grados).

3.4. Jurisprudencia en materia de responsabilidad estatal y medio ambiente

En decisiones recientes de las diferentes altas cortes colombianas existe jurisprudencia en relación con la protección al medio ambiente y a la reparación de los daños causados por la acción y omisión del Estado, utilizando diferentes títulos de imputación como se evidenciará en sus extractos. No obstante, es pertinente dejar claridad sobre que, hasta ahora, no existen en Colombia antecedentes jurisprudenciales que imputen responsabilidad extrapatrimonial al Estado por daños ambientales causados en el ejercicio de la minería ilegal; en ese sentido, nos concentraremos en citar algunos ejemplos que servirán de antecedentes en lo que respecta al Estado como responsable por daños ambientales causados en el territorio colombiano ya sea por su acción u omisión, de modo que sirvan como herramienta de análisis al momento de concluir la discusión planteada en el presente texto.

Corte Suprema de Justicia

MP: William Namén Vargas

16 de mayo de 2011

52835-3103-001-2000-00005-01

En este recurso de casación, interpuesto por unos pescadores contra un agente marítimo y Ecopetrol, se buscaba declarar la responsabilidad extracontractual de las demandadas por los daños causados por un derrame de petróleo, como consecuencia de un mal manejo del navío al momento del cargue del hidrocarburo. Este hecho género en la bahía de Tumaco graves *daños ecológicos y perjuicios patrimoniales* a los pescadores. El tribunal confirmó el fallo recurrido por la carencia probatoria de los demandantes para demostrar una

disminución en la pesca, toda vez que no contaban con libros para comparar la producción en años anteriores, rompiendo así el nexo causal. Ya en las consideraciones, la Corte hace un extenso análisis de la importancia de la conservación medio ambiente y deja claro que el propietario del navío es responsable de todos los daños; sin embargo, no se puede imponer una condena en responsabilidad civil extracontractual cuando no se encuentran acreditados los elementos estructurales de esta, y faltando el nexo causal decide no casar la sentencia recurrida.

Consejo de Estado

MP: Enrique Gil Botero

1 de noviembre de 2012

25000232600019990002-04

Los demandantes en ejercicio de la acción de grupo, demandan al Distrito Capital de Bogotá con el fin de que se les repare los perjuicios ocasionados como consecuencia de la catástrofe ambiental que sobrevino al derrumbe de las basuras en el Relleno Sanitario de Doña Juana. El Consejo de Estado, en sentencia de 1 de noviembre de 2012, entró a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que declaró la responsabilidad del Distrito por la falla del servicio, debido a la ausencia de adopción de medidas preventivas encaminadas a asegurar la estabilidad del terreno. De este modo, condenó al demandado a pagar a título de indemnización por daño moral y afectación a los *derechos a la intimidad familiar, la recreación y libre utilización del tiempo libre.*

Consejo de Estado**MP: Stella Conto Díaz Del Castillo****30 de Enero de 2013****22.060**

En esta sentencia los demandantes presentaron acción de reparación directa contra la nación, específicamente al Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, pretendiendo la declaratoria de responsabilidad patrimonial como consecuencia de los *daños patrimoniales* causados por las aeronaves de la policía nacional al fumigar los cultivos lícitos de caucho, yuca, plátano y pastos en sus predios. El tribunal en primera instancia declaró culpable a la nación estimando probada la fumigación, declarando una falla en la prestación del servicio que encontró probada por cuanto la demandada no verificó la existencia de cultivos ilícitos en el lugar fumigado. La sala encontró acreditados los tres elementos de la responsabilidad, resaltando que aunque la fumigación es una actividad lícita que hace el Estado, en este caso los particulares no estaban en la obligación de soportar el daño, por lo que confirma la sentencia de primera instancia.

Consejo de Estado**MP: Olga Mélida Valle De De La Hoz****12 de noviembre de 2014****30874**

Los demandantes ejercen acción de reparación directa contra la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y los municipios de Funza y Mosquera, como consecuencia de los *daños patrimoniales* generados en razón de la inundación de que fueron objeto sus predios por la omisión y negligencia de los demandados, debido a la falta de

intervención en el relleno de predios vecinos con desechos de construcción. En primera instancia el tribunal declaró la responsabilidad solidaria de los municipios, pues omitieron sus funciones de policía administrativa tendientes a evitar que los vecinos del predio continuaran realizando los rellenos y no cumplieron la orden de la CAR de suspender dichas obras. En la apelación los actores consideran que las CAR eran solidariamente responsables de los hechos, afirmación que resulta probada para la sala, y al igual que el tribunal imputa el daño a las alcaldías de los municipios demandados por omisión en el cumplimiento de sus obligaciones legales, condenándola al pago de los *perjuicios patrimoniales* causados.

Las providencias judiciales antes presentadas tienen en común la posible existencia de daños ambientales y el hecho de que en ninguna de ellas se solicita de forma directa la indemnización como consecuencia de un atentado al derecho colectivo a un ambiente sano. Todas las demandas que dieron origen a estos fallos, algunas con mayor éxito que otras, pretendían endilgar al Estado responsabilidad bajo diferentes modalidades, como consecuencia de daños patrimoniales y de otra índole ajena al daño ambiental como afectación de una colectividad. Es decir que la eventual responsabilidad se establece frente a la violación de derechos individuales, aun cuando estos ocurran en el marco de un posible daño ambiental puro o afectación a derechos colectivos.

4. ¿Es el Estado responsable por aquellos daños ambientales causados por la minería ilegal frente a su acción u omisión?

Determinar la responsabilidad del Estado colombiano por los daños que en materia ambiental puedan llegar a causarse como consecuencia del ejercicio de las actividades mineras ilegales, requirió de un recorrido teórico por cada una de las categorías legales que componen esta problemática. En ese sentido, como elemento básico de análisis de una circunstancia fáctica en el entorno jurídico-social, se encontró la necesidad de entrar a identificar lo que históricamente han representado y lo que en la actualidad significan los puntos de foco del presente escrito: la responsabilidad del Estado, el deber constitucional de protección al medio ambiente en cabeza del Estado y el fenómeno de la minería ilegal con sus respectivas consecuencias. Ello con la intención de agrupar los diferentes elementos que permitirán en este capítulo un análisis sistemático que concluya al determinar si el Estado es o no responsable en la materia propuesta.

El Principio 13 de la Declaración de Río, de 1992, se refirió al respecto en el sentido de indicar lo siguiente:

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

Una vez obtenidos en los capítulos antecedentes los elementos teóricos necesarios para proceder al análisis práctico de la situación, la metodología a utilizar se ceñirá a verificar uno a uno los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal: (I) Daño Antijurídico que recaiga sobre bienes o derechos individuales o colectivos (II) La constatación de una obligación a cargo del Estado que lo obliga a su acción u omisión. (III) Imputación objetiva del daño al Estado al ser el primero consecuencia de la inoperancia del segundo en razón del incumplimiento de las obligaciones que el Ordenamiento Jurídico le impone, es decir, determinar la relación entre el daño y la acción u omisión de la administración.

En materia de responsabilidad ambiental resulta pertinente tener en cuenta el daño, el perjuicio y la titularidad. En ese sentido, es necesario recordar que la afectación al medio ambiente como derecho e interés colectivo, no implica el reconocimiento de los daños individualizados o singularizados a las personas o grupo de personas en su patrimonio, en su salud o en su integridad. En ese sentido, como ya se ha determinado en el presente texto, la doctrina jurídico-ambiental ha identificado dos tipos de daños aplicables en esta materia: el daño ambiental puro y el daño ambiental consecutivo.

El daño ambiental puro es aquél sufrido por el bien jurídico colectivo como derecho de tercera generación legalmente considerado. En ese sentido, los sujetos pasivos del daño se analizan en su conjunto y la valoración del menoscabo se asume desde la colectividad en lo que respecta a su posibilidad de acceder al uso, goce y disfrute del derecho. En el anterior sentido, se entiende que la afectación o menoscabo materializado en el medio ambiente y sus derivados como estado de cosas favorable, afecta a la Humanidad en general como titular de un derecho colectivo que no permite ser individualizado.

Resulta necesario en éste punto hacer distinción entre los conceptos de daño y perjuicio toda vez que, el primero resulta ser una entidad objetiva empíricamente apreciable

constitutiva de una afectación a un bien, derecho o interés legítimo; y el segundo, por otro lado, resulta ser la consecuencia económica que deriva del daño antijurídico. En ese sentido, es imposible de conformidad con el Ordenamiento jurídico colombiano, hablar de perjuicios en bienes jurídicos o derechos colectivos toda vez que por su naturaleza, no pueden ser indemnizados a partir de su monetización.

El método de reparación frente a daños antijurídicos a bienes, derechos o intereses, en este caso colectivos, deriva de la estructura misma del medio ambiente como derecho de tercera generación. Como se expresó en el acápite referido ésta temática citando al Profesor Montoya Brand, los derechos colectivos son en sí mismos bienes no distributivos, históricos, que se tienen con la comunidad; en defensa contra eventuales ataques provenientes de los diferentes actores de la vida en sociedad, llámense: Estado, comunidad, personas jurídicas, naturales o grupos de ellas.

Considerando lo anterior, si bien las afectaciones anteriormente descritas no son constitutivas de perjuicios, continúan siendo en sí mismas daños antijurídicos que deben ser reparados integralmente, por lo que será obligación del responsable, llámese Estado o particular, buscar a través de las otras vías de reparación la devolución de su integralidad, como lo son el restablecimiento del derecho a la situación anterior, la rehabilitación, la satisfacción o la garantía de no repetición. Considerando lo anterior, cualquiera con interés en la reparación efectiva de dicho daño tendrá legitimación por activa para exigirlo, esto con el fin de reparar el bien jurídico colectivo como tal y no su interés particular sobre el mismo al no ser éste divisible jurídicamente.

Paralelamente, como se ha expresado en reiteradas ocasiones a lo largo del presente escrito, en algunos casos los daños ambientales trascienden la esfera de los daños extrapatrimoniales a derechos colectivos y llegan a producir daños individualizados y

singularizados en el patrimonio de una persona o grupo de personas, esto es, el daño ambiental consecutivo, que se concentra ya no en la colectividad, sino en los sujetos. Se refiere entonces a aquel menoscabo que el individuo particularmente considerado pueda llegar a sufrir en su patrimonio o en su persona en razón de un daño al medio ambiente como bien jurídico colectivo. Éste daño, a diferencia de los daños ambientales puramente considerados, podrá derivar en la causación de perjuicios entendidos, como ya se indicó, como consecuencias económicas del daño ya sea cuando se trate de afectaciones patrimoniales o morales cuantificables en dinero; que podrán ser a su vez indemnizadas por el responsable y cuando ello no baste, complementadas con las otras vías a fin de alcanzar la reparación integral del daño.

La distinción entre los tipos de daños resulta importante al momento de verificar al sujeto pasivo de la acción creadora de los mismos como posible sujeto activo de un proceso de reparación integral. En ese sentido, calificarlo como sujeto colectivo o sujeto individual en virtud del daño ambiental puro o el daño ambiental consecutivo que se haya causado en el ejercicio de la minería ilegal, representa una gran distinción al momento de identificar y cuantificar los daños antijurídicos y los posibles perjuicios derivados; así como al momento de determinar la vía procesal aplicable para el caso concreto.

Al entrar ya al tema específico de estudio, los daños ambientales derivados de la extracción ilegal de recursos minerales, en diferentes regiones del país alcanzan proporciones inimaginables. Los impactos de dicha actividad sobre ecosistemas completos compuestos por fuentes hídricas, variedad de suelos, la fauna y flora, condiciones atmosféricas y demás, representan una gran problemática social en cuanto a la vulneración directa de derechos individuales y colectivos representados en daños ambientales puros y consecutivos que en algunos casos resultan irreparables.

La particularidad de los daños causados en el ejercicio de esta actividad radica en la imposibilidad en muchos casos de reconocer y determinar sus autores directos,⁴² por lo que resulta imposible para la víctima, en la mayoría de los casos, velar por un verdadero resarcimiento de los daños antijurídicos y posibles perjuicios que le fueron causados. Bajo dichas circunstancias particulares, al estar la mayoría de las explotaciones ilegales de recursos minerales en cabeza de grupos al margen la ley, las posibilidades que tienen los sujetos pasivos de dichas conductas para acceder a mecanismos óptimos de reconocimiento, tasación y reparación de sus perjuicios que garanticen un efectivo resarcimiento son prácticamente nulas. En dichos casos resulta pertinente cuestionarse sobre qué ocurre tanto con los derechos colectivos vulnerados como con aquellos derechos individuales afectados con el menoscabo de los primeros, y quién será el responsable de dicha reparación a fin de que dichos daños no resulten legitimados por la inoperancia del poder del Estado.

Ya la Ley había determinado que el Estado sería responsable por su propio accionar frente a las afectaciones ambientales que llegare a cometer, de conformidad con el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, cláusula de responsabilidad civil ambiental, al establecer que: “El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generan contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado”.

⁴² Una de las particularidades de la minería ilegal en Colombia y en América Latina radica en su generalización como actividad de financiamiento de grupos armados ilegales que los han llevado a percibir ingresos aun superiores al narcotráfico, cuya conformación y características hace imposible individualizar a los sujetos causantes del daño o a la organización como sujeto de Derecho, hecho que impide la determinación de un sujeto activo de la conducta dañina y la posibilidad de ejercer por la vía ordinaria una acción de reparación del perjuicio recibido por parte de la víctima.

Como se ha reiterado, el derecho al medio ambiente sano como derecho colectivo y fundamental⁴³ ha sido adoptado en el marco normativo colombiano de manera pacífica desde su consagración en el artículo 79 de la Carta Política de 1991. Su fundamento está en el carácter de patrimonio común a todos y en la facultad de hacer participar en su defensa efectiva, encaminada a su protección y conservación. En ese sentido, el daño ambiental tiene por esencia un origen colectivo cuya tutela ha sido reconocida por el ordenamiento jurídico; no obstante, este ordenamiento también ha permitido que a través de diferentes acciones se pretenda la reparación de daños individuales cuyo reconocimiento, tasación e imputación dependerá del caso concreto de análisis.

Reconocida la efectiva causación de daños en el ejercicio ilegal de la actividad minera, el siguiente paso se encamina a verificar si dichos daños pueden derivar del incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales radicadas en cabeza del Estado y materializados por su acción u omisión en este asunto específico.

Al respecto, como ya se dijo, se manifestó el constituyente de 1991 en los artículos 79 y siguientes de la Carta; allí, expresamente se le encomienda al Estado la protección de la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de áreas de especial importancia ecológica, la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, la prevención y control de los factores de deterioro ambiental, la imposición de sanciones legales y la exigencia de la reparación de los daños causados al medio ambiente.

⁴³ De conformidad con el profesor Amaya Navas, el derecho a gozar de un ambiente sano se ha convertido en un derecho de gran importancia para garantizar la calidad de vida de actuales y de futuras generaciones. Aunque en Colombia está enmarcado como un derecho colectivo, son muchas las razones que existen de orden jurisprudencial y doctrinal para considerarlo como derecho fundamental en razón de su importancia. No obstante, es claro que por la estructura que tanto los derechos fundamentales como los derechos colectivos manejan, resulta imposible abordarlos dentro de una misma categoría al ser por un lado derechos del individuo y por otro derechos de la colectividad en general. (Amaya, 2012, p.227)

Es claro que el ejercicio de casi todas las actividades mineras implican en si mismo afectaciones al medio ambiente al implicar intervenciones propiamente dichas a los ecosistemas; no obstante, para los efectos del presente escrito resulta imperioso determinar que la minería ilegal en particular, constituye un factor de deterioro ambiental cuya prevención y control desbordó el poder del Estado colombiano; en ese sentido, resulta evidente un incumplimiento de los deberes de protección y conservación de los recursos naturales. Es pertinente aducir de nuevo a una de las características distintivas del ejercicio ilegal de la minería, en cuanto es desarrollada en muchos casos por grupos ilegales o al margen de la ley; en ese orden de ideas, la facultad sancionatoria del Estado por la causación de daños y su posibilidad de exigir el resarcimiento de los mismos pareciera ser un planteamiento utópico.

Corresponde entonces verificar a partir de la teoría de los títulos de imputación del Estado, si resulta procedente hablar de una falla en el servicio que deriva en la causación de daños antijurídicos a comunidades o personas naturales individualmente consideradas, tanto en la afectación de sus derechos colectivos o individuales.

Como antes se indicó, la falla en el servicio corresponde al hecho dañino que se presenta 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 la prestación de un servicio que no se suministra, se hace de una manera inadecuada o tardía. En este sentido, resulta procedente estimar responsable de causar un daño antijurídico a la entidad que tiene bajo su cargo la protección del respectivo interés; Esto bajo el escenario de haber estado en capacidad de aplicar los principios de prevención y precaución a que hubiere lugar, a fin de garantizar la cesación del riesgo o evitar la materialización del daño.

Ahora bien, la responsabilidad del Estado bajo los presupuestos de la falla en el servicio supone el llamado al ejercicio de una acción positiva, encaminada a la corrección y optimización del escenario dañoso. Ello bajo el supuesto de haber estado la Administración llamada a utilizar medidas de protección de los bienes jurídicos en peligro que permitieran la anticipación del riesgo y de los daños que de él derivan. Es por ello que respecto al incumplimiento de las obligaciones radicadas en cabeza del Estado deben analizarse paralelamente la inactividad y la omisión, indicadores de su intención de no hacer nada al respecto.

En tercer lugar, en lo que respecta a la imputación objetiva del hecho dañino al Estado a partir del incumplimiento de las obligaciones a su cargo,⁴⁴ materializado en su omisión en la protección y conservación del medio ambiente y los daños ambientales puros o consecutivos que de la minería ilegal derivan, deben realizarse las siguientes apreciaciones:

Como se ha pretendido dejar claro a lo largo del presente escrito, existe en cabeza del Estado colombiano una serie de obligaciones constitucionales y legales encaminadas a la efectiva protección, conservación, planeación y aprovechamiento del medio ambiente.

Si bien la teoría general de la responsabilidad indica que quien debe responder por los perjuicios es el autor material de los mismos y si bien el ejercicio de la minería ilegal no se encuentra en cabeza del Estado como autor directo, es claro que el ordenamiento jurídico colombiano exige de él y de sus entidades centralizadas y descentralizadas acciones

⁴⁴ Los preceptos constitucionales citados (artículos 79 y siguientes) encuentran desarrollo por la normatividad ambiental y minera vigente, materializada entre muchas otras a través de las leyes 99 de 1993 y 685 de 2001 donde se consagran obligaciones y cargas determinadas, así como las autoridades encargadas de su desarrollo y protección a partir del cumplimiento de las formas y de la imposición de sanciones para quienes incumplan las mismas; así como de la Ley 1333 de 2009 que impone al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, a las corporaciones autónomas regionales, entre otras autoridades de carácter nacionales y regionales a quienes se les imputó como titulares de la función sancionatoria a cargo del Estado.

tendientes a anticipar y prevenir los posibles daños que con el ejercicio ilegal de dicha actividad se causen a comunidades e individuos. En ese sentido se hace evidente el sustento fáctico de la omisión de la Administración y el incumplimiento de las funciones que le fueron impuestas por el mismo ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, como se expresó anteriormente, el ejercicio de la minería ilegal en la mayoría de las circunstancias constituye una actividad reconocida e identificada por el Estado en puntos específicos del territorio nacional que se encuentra en cabeza de sujetos jurídicamente inidentificables o grupos al margen de la ley, por lo que las acciones tendientes a la reparación de los daños carecen de destinatario evaporando con ello el derecho constitucional de cualquier persona que, como titular del derecho colectivo que pueda poderse en riesgo o pueda verse vulnerado, adquiera interés en su protección o salvaguarda; o a que las víctimas, en caso de los daños jurídicos individualmente considerados, exijan por la vía correspondiente la reparación integral a que haya lugar. Es por ello que la jurisprudencia constitucional tiende a vincular en los procesos de imputación de responsabilidad el análisis de la posición de garante del Estado, donde el principio de proporcionalidad faculta al operador jurídico a determinar si en razón de las circunstancias específicas causantes del peligro o daño eran aplicables medidas razonables para prevenirlo.

Para ello resulta imperioso determinar si el Estado era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico de protección frente a determinados bienes jurídicos colectivos e individuales que en el desarrollo de la actividad minera ilegal se encuentran en riesgo, para luego constatar si el suceso era evitable y cognoscible y se establezca el nexo de causalidad entre el daño y la administración.

A partir de todo lo anterior, reconociendo que en la última década los daños ambientales puros y consecutivos se han generalizado en diferentes regiones del país como

consecuencia del ejercicio indiscriminado de la actividad minera desde la ilegalidad, resulta pertinente verificar el papel del Estado desde su posición de garante frente a la protección de derechos colectivos e individuales puestos permanentemente en peligro por dichos actores y en la mayoría de los casos, seriamente vulnerados. Al respecto, el presente texto ha demostrado que existe sustento constitucional y legal que permite reconocer una serie de obligaciones en cabeza del Estado tendientes a hacer de este, frente al medio ambiente, un actor fundamental encaminado a protegerlo, conservarlo, planearlo y aprovecharlo correctamente.

Los mencionados daños, por lo general padecidos en regiones rurales a lo largo y ancho del país, resultan ser la consecuencia de una violación por parte del Estado de una obligación o deber del cual es el principal garante; obligación que se desprende de la no prestación de un servicio o de aquel que se presta de una manera inadecuada o tardía. Obligaciones en materia minera y ambiental que se radican, entre muchas otras, en cabeza de las corporaciones autónomas regionales, de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, del Gobierno Nacional, de gobiernos departamentales y municipales, de las autoridades policivas y de ejército y en la Fiscalía General de la Nación; las que por designación expresa del ordenamiento jurídico a través de leyes y decretos derivados de los artículos constitucionales 79 y siguientes, responden como titulares de obligaciones expresas que los harán responsables en caso de incumplimiento de las mismas que materialicen algún tipo de daño a sujetos de Derecho.

En el anterior sentido resulta necesario indicar que dependiendo de los elementos fácticos de cada caso concreto se vincularán las entidades estatales a fin de obtener la reparación integral del daño al bien jurídico individual o colectivo vulnerado en el ejercicio de la minería ilegal. A partir de ello, es válido entender que el sujeto pasivo del daño en caso

de daños ambientales consecutivos o cualquier persona que en ejercicio de su facultad constitucional frente a los derechos colectivos, en caso de daños ambientales puros; podrán invocar la reparación de los daños por medio de los mecanismos constitucionales frente a las entidades a que haya lugar según las obligaciones y el papel que juegan en el caso concreto, ello con el objetivo de alcanzar la reparación integral del daño a través de cualquiera de las vías.

Así, por ejemplo, cuando en ejercicio de la minería ilegal se contamine una fuente hídrica que sirve de suministro a una comunidad y cuyo consumo cause la muerte a varios de sus integrantes; habría que determinar entonces la responsabilidad de cada una de las entidades que adquieren obligaciones en cuanto al control y vigilancia de la actividad. En ese sentido, habría que determinar si las fuerzas policivas tenían conocimiento de dicha extracción, si ella se hacía sobrepasando los límites de una licencia ambiental otorgada por la ANLA o por una Corporación Autónoma, además si esta tenía conocimiento de el foco de la contaminación, si existía ante la Fiscalía General de la Nación un proceso en curso; y así con cada una de ellas a fin de determinar si una, varias o todas son responsables en el caso concreto.

Es claro que el Estado colombiano reconoce los puntos de foco de la actividad minera ilegal en el país, aquellos que durante años han venido destruyendo miles de hectáreas y acabando con grandes ecosistemas que sirven de fuente para la satisfacción de derecho a diferentes comunidades; pero lo que no es evidente es la efectiva protección de los derechos de esas personas que durante todos esos años han padecido la destrucción de sus territorios y los daños individuales, patrimoniales y no patrimoniales que de dicha destrucción derivan.

Ya en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ambientales puros y consecutivos resultado de la minería ilegal y de su inoperancia en su

tutela, teóricamente se ha demostrado que cumple con todos los elementos necesarios para imputar a las entidades estatales que tengan a su cargo el respectivo interés. Es necesario resaltar que la mencionada reparación variará conforme a la naturaleza del daño o del sujeto pasivo del agravio, toda vez que el resarcimiento de un daño ambiental puro no podrá agotarse por la vía patrimonial tendrá que ir más allá; deberá fundamentarse entonces en las otras vías de reparación integral diferentes a la indemnización buscando la tutela efectiva del derecho colectivo y el regreso de los factores ambientales a su equilibrio inicial; diferente al daño ambiental consecutivo, donde la cuantificación patrimonial del daño se hace posible y la reparación del mismo por dicha vía es la única manera de resarcir los perjuicios materiales o inmateriales padecidos por el individuo, que partirán de la indemnización pero que podrán complementarse por las demás vías a fin de obtener la reparación integral del bien o derecho vulnerado.

Será entonces a partir de la acción de grupo, la acción popular y la reparación directa, según los elementos fácticos de cada caso concreto, que un individuo o grupo de individuos persiguiendo intereses propios o colectivos, podrán ejercer su derecho constitucional a que les sean reparados integralmente los derechos de los cuales son titulares, los cuales fueron vulnerados o puestos en inminente peligro por la acción u omisión del Estado.

La aplicación de esta teoría de la responsabilidad estatal permitirá garantizar los presupuestos básicos del Estado Social de Derecho y de la tutela efectiva de derechos individuales y colectivos propios de la Constitución Política de 1991.

5. Conclusiones

El proceso de desarrollo del presente texto ha permitido explorar diferentes aspectos y campos jurídicos que representan por sí mismos grandes sistemas de información y teoría. No obstante lo anterior, cada uno de ellos sirvió en este documento como herramienta singular en el análisis de aquella problemática que con motivo de la destrucción ambiental, derivada del ejercicio ilegal de la minería a lo largo y ancho del territorio nacional, se viene dando en los últimos años. Entrar a analizar a profundidad desde un enfoque jurídico esta problemática nacional ha permitido reconocer que, a pesar de su infinita importancia, este continúa siendo un tema bastante discutido que aún conserva en el ordenamiento zonas grises susceptibles de mayor estudio y definición.

A continuación, con el fin de hacer un correcto cierre de lo que hasta ahora representó un proceso de investigación e interacción de diferentes áreas del Derecho, se procederá a concluir de cada uno de los temas que marcaron este escrito, lo que para los efectos generales de esta investigación llevó a alcanzar y reconocer el desenlace esperado: la efectiva responsabilidad del Estado, desde la teoría, por los daños puros y consecutivos al medio ambiente causados en el ejercicio de la minería ilegal.

- La Responsabilidad del Estado es un campo jurídico en constante evolución que fue y sigue siendo el resultado de un largo proceso de reconocimiento y exigibilidad efectiva de las obligaciones estatales. Basta con ver el primer antecedente de responsabilidad patrimonial del Estado que se remonta a 1864; una línea jurídica que empezó en la responsabilidad de los ejércitos republicanos hasta llegar hoy a hablar de la constitucionalización del derecho de daños y a un avance significativo en todo lo que

respecta a sus elementos constitutivos, títulos de imputación y causales de exoneración de responsabilidad.

- El medio ambiente como derecho de tercera generación fue el resultado de un proceso de concientización ambiental posterior al auge del desarrollo industrial a nivel mundial que, fundamentándose en la premisa de ser los recursos naturales limitados y finitos, determinó necesario moderar el accionar humano en pro de alcanzar un desarrollo sostenible que garantice un planeta con recursos a las futuras generaciones. El mayor precedente en esta materia a nivel mundial se remonta a la Convención de Estocolmo de 1972, que tuvo como resultado el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente; por su parte, en Colombia su consagración expresa en la Constitución de 1991 como derecho de todas las personas representa el mayor hito en lo que respecta a su protección y exigibilidad a personas naturales y jurídicas públicas y privadas.

- Hablar de minería ilegal solo resultó posible en el momento en que existió una regulación y legalización de la actividad minera; esto bajo el entendido que será ilegal todo aquello que se desarrolle desconociendo las estipulaciones encargadas de regular jurídicamente la actividad específica. En ese sentido, el primer antecedente de la minería ilegal en Colombia se remonta desde la época de La Colonia hasta la actualidad, donde su marco normativo se extiende desde los aspectos tributarios existentes hace siglos, hasta la tecnicidad de la actividad y la inclusión de lo relativo al medio ambiente como derecho colectivo tendiente a hacer de esta una actividad sostenible en el tiempo.

- La fatal relación entre minería ilegal y los daños al medio ambiente se constituye como el foco de las críticas al ejercicio de esta actividad en cualquiera de sus modalidades. Los datos de las autoridades nacionales resultan ser alarmantes en esta materia,

hasta el punto de reconocer que en Colombia el ejercicio de esta actividad en la ilegalidad supera el 75.7% y que con él se ha arrasado con más de 95.000 hectáreas de ecosistemas completos, en donde las afectaciones a las fuentes hídricas, los suelos, los paisajes, el aire, la fauna y la vegetación resulta ser en algunos casos irreparable.

- Los daños al medio ambiente son abordados y entendidos por la doctrina y la jurisprudencia en esta materia desde dos posibles concepciones: por un lado una ilegítima lesión a bienes jurídicos que representan un menoscabo al medio ambiente en sus procesos naturales, entendidos ellos como derechos colectivos (daño ambiental puro); de otro, como perjuicios o detrimentos a las personas o a sus patrimonios, derivados de aquellos daños ambientales puros (daño ambiental consecutivo). Ambos tipos de daño ambiental se han hecho evidentes en Colombia dentro del auge de la minería ilegal, dejando así un gran número de víctimas, entendidas ellas como sujetos plurales en unos casos y como sujetos singulares en muchos otros.

- La obligación que asume el Estado colombiano de responder por todo daño que causare al patrimonio o a la moral de sus individuos encuentra sustento en los principios de garantía integral del patrimonio de las personas y de su integridad, solidaridad, igualdad ante las cargas públicas y equidad. La protección y garantía de los derechos e intereses de las personas frente a posibles daños o detrimentos causados con el accionar o no del Estado requiere entonces de la concurrencia de tres elementos fácticos para su configuración: un daño antijurídico o lesión, una acción u omisión imputable al Estado y una relación de causalidad que permita vincular el daño causado al incumplimiento de las obligaciones por parte de la Administración, esto a fin de hacer esta circunstancia indemnizable.

- Resulta procedente entender que frente a aquellos daños antijurídicos imputables al Estado por la acción u omisión de las autoridades públicas, este deberá responder patrimonialmente, no solo porque así lo establece el artículo 90 Constitucional, sino además porque se desprende de una lectura sistemática de la Carta y del ordenamiento jurídico.

- La teoría jurídica en esta materia ha desarrollado un completo sistema de análisis de las situaciones que podrían llevar al Estado a responder patrimonialmente por aquellos detrimentos o menoscabos que se le imputan, los llamados títulos de imputación. Ellos, la falla en el servicio, el riesgo excepcional y el daño especial representan las modalidades en que el Estado deberá responder con su patrimonio bajo el supuesto del cumplimiento de ciertos elementos que cada uno de ellos propone.

- En materia de responsabilidad extrapatrimonial del Estado por daños al medio ambiente causados en el ejercicio de la minería ilegal es claro que, hasta ahora, no existen en Colombia precedentes jurisprudenciales. Es una materia que, apenas en los últimos años ha venido adquiriendo relevancia entre los doctrinantes de la teoría jurídica de la responsabilidad del Estado, el medio ambiente y la minería.

- En materia de responsabilidad del Estado por daños al medio ambiente causados por el ejercicio de la minería ilegal, el título de imputación que más se adecúa es la falla en el servicio, toda vez que resulta de un hecho dañino que se presenta 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 materia de responsabilidad del Estado por daños al medio ambiente causados por la minería ilegal, es posible pensar en la procedencia del hecho de un tercero como causal de exoneración de responsabilidad patrimonial del Estado, entendido este bajo el presupuesto de que el origen del hecho y el daño son consecuencia de un tercero, extraño a las partes del proceso, que configuraría la inexistencia del nexo de causalidad. No obstante lo anterior, son muchos los casos en que la jurisprudencia nacional condena al Estado sin importar que el daño haya sido atribuido a un tercero, toda vez que resulta adquirir más peso el incumplimiento de las obligaciones del Estado en lo que respecta a la protección de derechos frente a los que actúa en posición de garante.

- Los daños ambientales puros y consecutivos, causados en el ejercicio de la minería ilegal en Colombia podrían ser imputados al Estado, toda vez que permiten la aplicación de cada uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial y la configuración de uno de los títulos de imputación operante en esta materia.

- La obligación que adquiere el Estado frente al medio ambiente como derecho de tercera generación se desprende de la consagración expresa que hizo el constituyente de 1991 en los artículos 79 y siguientes de la Carta. En ese sentido, el Estado asume posición de garante frente a estos derechos y el deber de velar por una efectiva protección de ellos en las diferentes esferas que puedan llegar a ser puestos en riesgo y a ser afectados directamente.

- El ejercicio de la minería ilegal en la mayoría de las circunstancias se encuentra en cabeza de sujetos indeterminados o grupos al margen de la ley, por lo que las acciones tendientes a la reparación de los daños carecen de destinatario. Es por ello que la jurisprudencia constitucional tiende a vincular en los procesos de imputación de responsabilidad el análisis de la posición de garante del Estado, donde el principio de

proporcionalidad faculta al operador jurídico para determinar si en razón de las circunstancias específicas causantes del peligro o daño eran aplicables por parte de él medidas razonables para prevenirlo.

Para imputar dicha responsabilidad resulta imperioso determinar si el Estado era competente para desplegar los deberes de seguridad y protección frente a determinados bienes jurídicos colectivos e individuales que en el desarrollo de la actividad minera ilegal se encuentran en riesgo, para luego constatar si el suceso era evitable y cognoscible y se establezca el nexo de causalidad entre el daño al medio ambiente y la minería ilegal, para luego poder imputarlo a la Administración.

- La imputación que se hace en esta materia al Estado corresponde al título de falla en el servicio, toda vez que resulta de hecho dañino que se presenta como consecuencia de la violación por parte del Estado de una obligación o deber del cual es el principal garante en los términos ya mencionados anteriormente, ya sea por la no prestación de un servicio que tiene a su cargo o por su prestación tardía e inoportuna.

- A partir de todo anterior, es posible concluir que cuando se trate de un daño ambiental antijurídico, puro o consecutivo según la calidad específica del derecho vulnerado, resultado de la intervención realizada a un ecosistema por parte de individuos que no cuentan con ningún tipo de licencia o permiso otorgado por la autoridad ambiental, estando el Estado en capacidad de ejercer acciones positivas tendientes a proteger dichos derechos del riesgo inminente en que se encuentran y su posible vulneración efectiva, podrá operar el régimen subjetivo de responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, por falla en el servicio, garantizando con ello los presupuestos básicos del Estado Social de Derecho y de la tutela efectiva de derechos individuales y colectivos propios de la Constitución Política de 1991.

6. Referencias Bibliográficas

- AMAYA Navas, O. (2012). *El desarrollo sostenible y el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ARENAS Mendoza, H.A.(2009). *¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, luego de la Guerra Civil de 1876- 1877*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- CÁRDENAS, Mauricio. (2008). *La minería en Colombia: impacto socioeconómico y fiscal*. Proyecto de la Cámara Asomineros de la Andi elaborado por Fedesarrollo. Recuperado de: <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/La-miner%C3%ADa-en-Colombia-Informe-de-Fedesarrollo-2008.pdf>
- DIAZGRANADOS, Santiago. (2001). *Responsabilidad del Estado por daño especial*. Bogotá: Universidad Javeriana
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Fernández Tomás-Ramón. (2000). *Curso de Derecho Administrativo I*". Madrid: Civitas
- HENAO, J.C. (1999). *Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- HENAO, J.C. (2000). *Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- HINESTROSA, F. (1964). *Derecho Civil. Obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- JAUENOD de Zsögön, S. (1991). *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*". Madrid: Dykinson.

LOPERENA Rota, D. (1999). *Los derechos al medio ambiente adecuado y su protección*.

Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/17126a.pdf>

MINISTERIO de Minas y Energía (2003). *Código de Minas – Ley 685 de 2001-*

MINISTERIO de Minas y Energía, *Glosario Técnico Minero. Decreto presidencial No. 2191 del 4 de agosto del año 2003.*

MONTOYA Brand, Mario (2009). *Multiculturalismo, nacionalismo y derechos colectivos*

El caso de la reforma al Estatuto de Cataluña. Nuevo Foro Penal, [S.l.], v. 5, n. 73, p. 157-183, mar. 2013. ISSN 0120-8179. Recuperado de:

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1872/1871>

ONU (1987) *Informe Brundtland. Nuestro futuro en común*, Recuperado de:

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427>

PATIÑO, Héctor (2008). *Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración*.

Bogotá: Universidad Externado de Colombia

PINZÓN Muñoz, Carlos (2014). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá:

Ediciones Doctrina y Ley

PNUMA. (2005). *Instrumental para la identificación y cuantificación de liberaciones de*

mercurio. Borrador preliminar. Recuperado de:

<http://www.unep.org/chemicalsandwaste/Portals/9/Mercury/Documents/Publications/Toolkit/Spanish%20UNEP%20Hg%20inventory%20toolkit.pdf>

POVEDA Ramos, Gabriel (2002). *La Minería Colonial y Republicana*. Revista Credencial

Historia, n. 151. Recuperado de:

<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/julio2002/lamineria.htm>

m

- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2010). *Minería ilegal en Colombia. Informe Preventivo 29*. Recuperado de: <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MINERIA%20ILEGAL%20EN%20COLOMBIA%20%20DOCUMENTO.pdf>
- RETTBERG, Angélica, Ortiz-Riomalo J.P, y Yañez-Quintero S. (2014). *Breve recuento de la legislación minera en Colombia (1829 – 2001)*. Bogotá: Universidad de los Andes -Cede.
- SAAVEDRA Becerra, R. (2003). *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, primera reimpresión, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- SANTOFIMIO Gamboa, J.O. *La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción*. En proceso de publicación.
- SUÁREZ, L. G. (2011). *Perspectiva jurídica de los impactos ambientales sobre los recursos hídricos provocados por la minería en Colombia*. Opinión Jurídica, [S.l.], v. 10, n. 20, sep. 2014. ISSN 2248-4078. recuperado de: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/738/680>
- TAMAYO Jaramillo, J. (2013). *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II. Bogotá: Legis.
- TORRES Gutiérrez, J.I., PINZÓN Salcedo M, ESQUIVIA Zapata. M., PARRA Pizarro,.A, & ESPITIA J. E. (2013). *La explotación ilícita de recursos minerales en Colombia*. Bogotá: Contraloría General de la República.
- TORRES MARTÍNEZ, J. (2015-12-17). Minería ilegal en Colombia: nuevos desiertos avanzan detrás de la fiebre del oro. *Periódico El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/multimedia/especiales/mineria-ilegal-en-colombia-nuevos-desiertos-avanzan-detras-de-la-fiebre-del-oro/16460299>

VINEY, Geneviève & JOURDAIN Patrice. (1998). "*Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*", L.G.D.J., Paris,

YOUNES Moreno D. (1994) *Curso elemental de Derecho Administrativo*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez

ZELEDÓN R. (1998). *Código Ambiental*, Colección Leyes - República de Costa Rica. San José: Editorial Porvenir S.A.

SENTENCIAS Y NORMATIVIDAD CITADA

- Agencia Nacional de Minería, Ministerio de Minas y Energía, 2003
- Código Contencioso Administrativo
- Código de Minas. Ley 685 de 2001. Decreto 2655 de 1988
- Código Penal Artículo 338 (Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales)
- Consejo de Estado, Sentencia del 13 de abril de 2011
- Consejo de Estado, Sentencia del 15 de junio de 2000
- Consejo de Estado, Sentencia del 8 de febrero de 1985, expediente 3.504.
- Consejo de Estado, Sentencia del de mayo 8 de 1995
- Consejo de Estado, fallo del 30 de julio de 1992, MP. Dr. Carlos Betancourt Jaramillo.
- Consejo de Estado, Sentencia del 19 de mayo de 2005, Expediente 2001-01541AG)
- Consejo de Estado, Sentencia del 11 de mayo de 1995. Sección Tercera, MP. Julio César Uribe Acosta, expediente N°10176
- Consejo de Estado, Sentencia del 2 de febrero del 1984: Sección Tercera, 30 de

marzo de 1990, M.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.

- Consejo de Estado, Sentencia del 2 de marzo de 1993, Sección Tercera, MP. Dr. Carlos Betancourt Jaramillo, expediente N°7429
- Consejo de Estado, Sentencia del 20 de febrero de 1989, MP. Antonio José de Irisarri
- Consejo de Estado, Sentencia del 23 de mayo de 1973, MP. Alfonso Castilla Saiz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 2011
- Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 2015
- Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2004
- Corte Constitucional, Sentencia C-331 de 2012
- Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996
- Corte Constitucional, Sentencia de junio 30 de 1998, C-320. Bogotá D.C. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia de mayo 9 de 2012, C-333. Bogotá D.C., MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional, Sentencia T-08 de mayo 18 de 1992. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Suprema de Justicia -sentencia del 30 de junio de 1962. Sala de Casación Civil, Bogotá, 30 de junio de 1962, MP. José J. Gómez R.
- Corte Suprema de Justicia -sentencia del Consejo de Estado del 28 de abril de 1967. Magistrado ponente Carlos Portocarrero Mutis,
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 16 de 2011, Sala de Casación Civil 2000-00005-01. Bogotá D.C., William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de mayo de 2011

- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 1992
- Decreto 2811 de 1974, Art.8 por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.
- Decreto presidencial No. 2191 del 4 de agosto del año 2003.
- Ley 110 de 1912, nuevo Código Fiscal
- Ley 20 de 1969
- Ley 23 de 1973, artículo 16
- Ley 38/1887, art. 1.
- Ley 60/1967, art. 1.
- Ley 685 de 2001, artículo 5°. Propiedad de los Recursos Mineros.
- Ley 99 de 1993, artículos 42, 49-62
- República de Colombia (1991). Constitución Política de Colombia. Título II, Capítulo 3.
- República de Colombia. Código civil
- República de Colombia Código de Minas, artículo 10,
- Sentencia de 14 de junio de 2001, expediente 12.696;
- Sentencia de 15 de marzo de 2001, expediente 11162, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.)
- Sentencia de marzo 06 de 2008, Exp: 16075, PNUMA, 2005