

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR DAÑO AMBIENTAL*

D. Juan Carlos Henao
Profesor Titular Facultad de Derecho
Universidad Externado de Colombia

SUMARIO:

I. Los elementos de la responsabilidad civil.....	5
A. Daño	6
1. Definición general de daño	7
2. Definición de daño ambiental	11
3. Reparación del Daño Ambiental Puro	15
4. De la prohibición del doble pago	17
5. Ejemplo de liquidación del Daño Ecológico Puro : el caso venezolano del Buque Tanquero “Nissos Amorgos”	22
B. Imputación del Daño	24
1. Definición general de imputación.....	24
2. Los problemas de la imputación en el derecho ambiental	25
C. Fundamento del deber de reparar	27
1. Responsabilidad del Estado por contaminar directamente.....	33
2. Responsabilidad del Estado por permitir la contaminación	34
3. Responsabilidad del Estado por daños transfronterizos	37
4. Responsabilidad del Estado por ejercer ilegalmente las funciones ambientales	39
5. Responsabilidad del Estado por limitación de dominio	40
II. Los medios procesales para hacer efectiva la protección del medio ambiente	41
A. Petición para sí	42
1. La acción de tutela	42
2. Acción ordinaria civil	45
3. Acciones que atacan multas impuestas y en general actos administrativos ambientales	46
4. Acciones de grupo	47
B. Petición para el colectivo	47
1. Acción popular	47
2. Acción de cumplimiento	51
C. Implicaciones procesales de la división anterior	52

Uno de los campos que mayores transformaciones está generando en el derecho de la responsabilidad civil, lo es el del medio ambiente. Así, por ejemplo, la noción de culpa se afirma largamente superada, llegando a extremos en donde se predica que "el que contamina paga". Las teorías de causalidad son cuestionadas en su utilidad práctica, cuando se trata de determinar hechos dañinos y autores frente a un daño ecológico con años de evolución. Las formas reparatorias tradicionales no dan a basto para indemnizar. Los límites de la

responsabilidad, esto es, de porqué y cuándo quien ha contaminado debe reparar, son inciertos en sus fundamentos.

Lo anterior es apenas natural en la medida en que ha habido un "surgimiento" de la conciencia marcado por la importancia del habitat en la tierra, de sus calidades, de su protección y, naturalmente, de su daño, a punto tal que el tema del medio ambiente es uno de los de mayor trascendencia en la agenda internacional de los Estados. El daño en la capa de ozono, ampliamente difundido, al igual que tragedias como la ocurrida en diciembre de 1984 en la fábrica de Unión Carbide en Bhopal-India -3000 personas muertas y 200.000 lesionadas-, han producido durante años una primera alerta sobre un peligro en el cual, por demás, se cuestionaría la función real de las reglas de la responsabilidad civil. La probabilidad de daños altamente destructivos que generan temor al ser humano y aún de daños reiterados que sin generar catástrofes sí preocupan por ser irreparables, ha conllevado a que la prevención de daños sea una de los objetivos del derecho ambiental.

La ecología ha marcado así uno de los polos de tensión social existente en nuestra época: el temor de una forma de producción insensible al entorno natural se contraponen con posiciones antagónicas al progreso. Pareciera que los extremos son que se dañe ilimitadamente o que no se dañe nada. Mas estos extremos, como ocurre normalmente, deben ser llevados a un punto de equilibrio y coexistencia, porque como tales, son viciosos.

Ninguno de los dos debe existir en su forma pura. La voracidad capitalista porque ha mostrado ejemplos que hacen pensar en el derecho penal ambiental, lo cual es todavía patente en países subdesarrollados como el nuestro. Así como se rechaza un capitalismo insensible se debe excluir una posición que aniquile o disminuya notoriamente la posibilidad de progreso. Se comparte así la posición del polémico e interesante "padre de la ecología", James Lovelock, para desestimar a los "ecologistas" -que él llama así, a secas-, cuando afirma que, "tienen el corazón bien puesto, pero la cabeza mal hecha. Se equivocan de combate al atacar los problemas mas superficiales del medio ambiente"¹. Y cita, a nivel de ejemplo, la lucha contra la contaminación, pues afirma que "las rosas florecen mejor en el corazón de Londres, supuestamente contaminado, que en mi Cornualles, donde son atacadas por hongos y por insectos. Nada es mas contaminante que un rebaño de vacas; guardando las proporciones, ¡las vacas producen mas residuos y gases tóxicos que cualquier fábrica!". En la misma tónica, considera "superficiales las campañas contra la energía nuclear. Los ecologistas consideran que lo nuclear es demoníaco. Sin embargo, se trata de una energía natural. El universo no es mas que una

* Quiero agradecer expresamente a Fernando Hinestrosa, Carlos Alberto Malagón Bolaños, Vivian Newman Pont, Eugenia Ponce de León y José Yunis Mebarak, la valiosa colaboración que me prestaron al discutir la estructura general de este ensayo así como sus ideas centrales.

¹ Guy Sorman. "Los verdaderos pensadores de nuestro tiempo", Editorial Seix-Barral, Madrid, Junio de 1991, en cuyas páginas 26-33 se dedica a una reseña de James Lovelock.

infinita cadena de explosiones nucleares". Otro de los errados conceptos que se mueven, en su parecer, es el de los agujeros en la capa de ozono, respecto de los cuales se pregunta si, "¿no será acaso un medio utilizado por *Gaia* para compensar este calentamiento o 'efecto invernadero'? Resulta que el varec, la acumulación de algas en los mares, produce de forma natural yodo, el cual se escapa a la atmósfera y destruye el ozono. Esta destrucción natural es mucho mas considerable que la producida por los CFC de nuestros aerosoles". Con su teoría plasmada en el libro *Gaia* escrito en 1974, Lovelock cuestiona severamente a quienes "odian el progreso".

Como se observa, son muchas las posiciones ideológicas que se manejan en la aproximación al tema, y muchos los intereses que se expresan. Sin embargo, las normas ambientales, que son fuertemente marcadas por tratados o declaraciones internacionales, se encargan de acercar ambos polos. No en vano a partir del concepto de Desarrollo Sostenible, "los seres humanos... tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza", porque, "el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras"².

Pero ese criterio de Desarrollo Sostenible en muchas ocasiones no se respeta en la actividad humana, porque se daña antijurídicamente el medio ambiente, surgiendo la responsabilidad civil como un discurso que influye notoriamente en la cadena de producción de bienes. Es este precisamente uno de los grandes aportes que puede hacer la teoría de la responsabilidad civil, en la medida en que la indemnización de daños ambientales será un factor esencial en la regulación del mercado. Es indiscutible que sentencias, así sean en mínimo número, que condenen a empresarios a resarcir perjuicios ecológicos, repercuten ampliamente sobre el costo de la producción de los artículos necesarios para el ser humano, sobre el mercado asegurador e, igualmente, sobre el concepto mismo de Desarrollo Sostenible.

Es por ello que, "el primer objetivo es responsabilizar al contaminador por los daños que causa. Si quienes contaminan se ven obligados a sufragar los costes relacionados con el daño causado, reducirán sus niveles de contaminación hasta el punto en que el coste marginal de la descontaminación resulte inferior al importe de la indemnización que habrían tenido que abonar. De este modo, el principio de la responsabilidad ambiental hace posible la prevención de los daños y la internalización de los costes ambientales. La responsabilidad ambiental también puede facilitar la adopción de mayores precauciones, mediante la prevención de riesgos y daños, así como fomentar la inversión en el ámbito de la investigación y el desarrollo, con fines de mejora de los conocimientos y las tecnologías"³. Se trata en efecto de que al contaminador le vaya mejor produciendo con

² Declaración de Río. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992), principio 1 y 3. Estos principios son retomados por el artículo 1º de la ley 99 de 1993.

³ Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 9.2.2000 COM(2000) 66 final, Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental (presentado por la Comisión), p. 12. Este documento es la continuación del Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, publicado por la misma Comisión en mayo de 1993, y se redactó luego de recoger mas de un centenar de recomendaciones hechas por Estados y Asociaciones. Su objetivo es "establecer la estructura de un futuro régimen

el mínimo de contaminación -ojalá al punto cero ideal-, que pagando indemnizaciones por los daños que deba resarcir según las reglas de la responsabilidad civil. En el clásico ejemplo, se trata de que sea mas barato colocar chimeneas en una industria, que pagar mediante la indemnización civil la lavandería de los vecinos y la muerte de los pájaros que alteren el ecosistema.

Se observa entonces la importancia de la claridad de un régimen de responsabilidad civil en este campo, y por ello el tema es apasionante, máxime si se trata de la responsabilidad del Estado, que adicionalmente permite cuestionar el papel que éste debe jugar en la regulación y en la protección del medio ambiente, y permite también estudiar el tratamiento que debe recibir como gran prestador de servicios públicos y de obras de infraestructura potencialmente dañinas. Debo anotar que a pesar del título de este escrito, aspiro a que el mismo sea util en la concepción general de la estructura de la responsabilidad civil porque finalmente la misma es compartida, trátese de aquella del Estado o de aquella de los particulares. Como se observará, habrá un aparte dedicado en específico a los eventos en los cuales el Estado puede comprometer su responsabilidad, aunque los otros apartes son comunes con independencia de si en la declaratoria de responsabilidad civil está o no de por medio el Estado.

Lo anterior no me exime de comentar la dificultad en la elaboración de este texto. Cuando nos aproximamos desde la responsabilidad civil al derecho ambiental, se siente que la primera tiene elementos para aportar, pero también que el derecho ambiental hace tambalear las estructuras propias de la responsabilidad civil: surge la incertidumbre de si las teorías clásicas de la responsabilidad civil pueden realizar un aporte significativo al novedoso tema, o si, por el contrario, se comete el yerro de tratar de amoldar aquellas a este. Sin embargo, no hay escapatoria para una persona que no domina el tema del medio ambiente y, lo que es peor, que observa que la bibliografía sobre la responsabilidad civil no es de trascendencia en los libros de derecho ambiental⁴ y que la normativa que lo regula es en extremo extensa, compleja y de difícil asimilación. No en vano se ha escrito a este propósito, en territorio francés, que "esperamos una evolución de los textos con mayor claridad y menos reenvío de unos a otros; con remisiones periódicas del conjunto de textos y no solo la acumulación continua de textos que se anulan parcialmente, se completan, se oponen y hacen finalmente pesado el funcionamiento de las empresas. La legislación debe ser una guía que define pilares con sus límites y no un

comunitario de responsabilidad ambiental encaminado a la aplicación del principio de quien contamina, paga. Asimismo, describe los principales elementos que harán posible que dicho régimen sea eficaz y viable".

⁴ Para mostrar el caso de la doctrina colombiana, se observa que en los siguientes libros, cuando se habla del tema del daño ambiental o de la responsabilidad civil, no se dedican mas de dos o máximo tres páginas al mismo: Macías Gómez, Luis Fernando. "Introducción al derecho ambiental", Editorial Legis, Santafé de Bogotá D.C., 1998; Patiño Posse, Miguel. "Derecho ambiental colombiano", Editorial Legis, Santafé de Bogotá, 1999; Ramírez Bastidas, Yesid. "El derecho ambiental", Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santafé de Bogotá, 1998; Varios autores bajo la coordinación de Oscar Dario Amaya Navas. "Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo I", Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., 1999.

laberinto o una selva"⁵. Por ello escribir sobre el tema se convierte en una aventura, y como tal se ha de asumir.

Para desarrollar el tema hemos optado por hacer el siguiente plan : una primera parte se dedica al estudio de los elementos tradicionales de la responsabilidad civil bajo la perspectiva del derecho ambiental, y una segunda al estudio de los medios procesales que existen para la protección jurídica del medio ambiente.

I. Los elementos de la responsabilidad civil

Existen quizás tantas formas de enumerar cuáles son los elementos de la responsabilidad civil, como autores dedicados al tema, razón por la cual, previa una explicación, nos tomaremos la libertad de enunciar nuestra postura personal.

Si bien en una época de la responsabilidad civil la culpa era la única forma de justificar el porqué una persona debía reparar un daño causado⁶ -con lo cual se consideraba que los elementos de la responsabilidad eran la culpa, el daño y la relación de causalidad entre ambos-, se pasó rápidamente a una concepción según la cual la responsabilidad civil no se justificaba solo porque el autor del daño hubiese cometido culpa. Teorías de vieja data, como la del riesgo o aún la de la responsabilidad por perturbación del vecindario, justificaron también que, por fuera de la culpa, una persona tuviera la obligación de reparar. La culpa dejó así de ser uno de los pilares inmanentes de la responsabilidad civil y por ello desapareció la forma tradicional de concebir la responsabilidad exclusivamente bajo su égida.

Con independencia de cuál era el nuevo papel que la culpa estaba llamada a jugar en un esquema de responsabilidad donde ya no era la única justificación del deber de reparar, lo claro es que no se le podía privilegiar como uno de los extremos requeridos para que pudiera ser declarada la responsabilidad civil, con lo cual se abrió campo a la posibilidad de buscar construcciones teóricas generales diferentes, dentro de las cuales se enmarcan las del derecho del medio ambiente.

Dentro de esta perspectiva, consideramos que son tres los elementos para que se declare la responsabilidad civil de una persona, incluido el Estado: el daño, la imputación del daño, y el fundamento del deber reparatorio. Estos extremos marcarán el derrotero de la primera parte de este escrito. Optamos por esta clasificación por los siguientes motivos: en primer lugar, porque el daño, así a secas, es la aminoración patrimonial sufrida por

⁵ Michel Maures. "Approche II", publicado en Cahiers de Droit de l'Entreprise, en la revista La Semaine Juridique, publicado por Editions du Juris-Classeur, París, como Suplemento Número 1 a la Semaine Juridique número 15 del 15 de abril de 1999, en donde se publicaron las ponencias en el seminario "L'entreprise face au dommage environnemental", p. 37.

⁶ Henri y Leon Mazeaud, y André Tunc. "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, Tomo segundo volumen II, p. 1: "no es suficiente para que sea exigible la responsabilidad civil con que haya sufrido un perjuicio el demandante ni con que se haya cometido culpa por el demandado. Debe reunirse un tercero y último requisito: la existencia de un vínculo de causa a efecto entre la culpa y el daño: se precisa que el daño sufrido sea la consecuencia de la culpa cometida"

la víctima, que debe ser resarcida en aplicación de la regla de la indemnización integral del daño. Por ello se estudia en primer término. En segundo lugar, porque ese daño se le debe imputar a alguien diferente de la víctima para que pueda operar la declaratoria de responsabilidad. En tercer lugar, porque el daño que se produce a la víctima debe también ser antijurídico, esto es, dar lugar a que el juez ordene al responsable la traslación patrimonial a favor de la víctima.

Veamos entonces los tres elementos.

A. Daño

El daño es el primer elemento a estudiar en un proceso de responsabilidad civil. Como bien lo enuncia el Rector Fernando Hinestrosa, "el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse ; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. De ahí también el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demandada"⁷. En similares términos se expresa el autor argentino Goldenberg, al afirmar que, "el daño es, por lo tanto, presupuesto de la responsabilidad civil, no de la ilicitud. Es el primer elemento de la responsabilidad -al decir de Orgaz- en la consideración metódica no cronológica, ya que desde ese punto de vista es el último como consecuencia o resultado de la acción antijurídica, pues si no hay daño, es superfluo indagar la existencia o inexistencia de los otros componentes del acto ilícito"⁸.

Esta precisión es de importancia porque centra la forma como debe ser enfocado un litigio de responsabilidad civil : lo primero a indagar es el daño, porque su resarcimiento es el objeto de la institución. No se trata, se insiste, de estudiar en primer lugar la culpa del responsable, porque, como ya se ha dicho, la culpa puede no existir y sin embargo declararse la responsabilidad. Si se estudia en primer término el daño se logra determinar con exactitud para qué se lleva a cabo el proceso.

Hecha la aclaración anterior, la siguiente es la forma como se desarrollará la presente Sección : se inicia con la definición general de daño (A.1), se estudia luego aquella de daño ambiental (A.2), se pasa así a las reglas

⁷ Fernando Hinestrosa. "Responsabilidad extracontractual : antijuridicidad y culpa", próximo a ser publicado.

⁸ Isodoro H. Goldenberg. "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 51.

generales de la reparación de este (A.3), para estudiar posteriormente la importante regla de la prohibición del doble pago (A.4), no sin dejar de hacer un análisis a un ejemplo de reparación del daño ambiental (A.5).

1. Definición general de daño

En reciente obra publicada sobre el tema propusimos la siguiente definición de daño: "es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima"⁹. La intención era la de explicar que no pueden existir daños por fuera del patrimonio de una persona. Sabido es que hay teorías que indican que dentro del patrimonio solo están los bienes intercambiables¹⁰, pero se estima que también están incluidos aquellos que no lo son. A nuestro entender la persona solo tiene un patrimonio y en él están incluidos todos los bienes y derechos de los que dispone. De allí, entre otras, lo inocuo del concepto daño extrapatrimonial que tanto se ha trajinado en jurisprudencia y doctrina. Bajo esta definición entendemos que el patrimonio está formado por bienes materiales e inmateriales, siendo daño, por ejemplo, tanto el lucro cesante como el moral o a la vida de relación, así como aquel que vulnera el derecho al voto.

Pero, mas importante en relación con el presente escrito, es dejar en claro que el único sujeto de derechos es el ser humano, y que dentro de su patrimonio -que es lo que se intenta dejar incólume gracias a la responsabilidad civil- se encuentran tanto su esfera propiamente individual como aquella social. Ambas esferas le pertenecen y dan lugar al nacimiento de los tradicionales derechos individuales subjetivos así como al de los derechos colectivos, que por estar también en su patrimonio, son objeto de protección ante el advenimiento de un daño.

No se quiere con lo anterior dejar de lado la discusión frente a la postura que pretende que el medio ambiente sea sujeto de derechos, sino que se considera que la misma lleva ínsita una ficción inútil e inocua. Recordemos la discusión en los siguientes términos: "los representantes de los elementos del medio natural, víctimas de los daños ecológicos, deberían estar precisamente identificados para que les sea reconocido un derecho a actuar, lo cual podría ser la función social de las asociaciones de protección de la naturaleza y del medio ambiente; podríamos así admitir que las cosas que componen el medio ambiente sean sujetos de derecho y no solamente objetos de derechos, evolución que parece ineludible"¹¹. Sin embargo, la pregunta que surge es la siguiente: ¿para qué reconocer al medio ambiente como sujeto de derechos? ¿puede el medio ambiente actuar por sí mismo? ¿podría existir derecho del medio ambiente si por mala fortuna una bomba atómica aniquilara a todos

⁹ Juan Carlos Henao. "El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés", Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., 1998, p. 84.

¹⁰ Ver, a nivel de ejemplo, Louis Josserand, Derecho Civil, T.I., Vol. I, "Teorías generales del derecho y de los derechos. Las personas", trad. Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Bosch Editores, 1952, p. 454: "El patrimonio es una noción esencialmente pecuniaria; los derechos que no tienen significación pecuniaria queda fuera del patrimonio".

¹¹ Michel Prieu,. "Droit de l'environnement", Editorial Dalloz, París, 3ª edición, 1996, p. 843.

los seres humanos? La respuesta a los interrogantes es clara: solo el ser humano es sujeto de derechos, y por disponer en su patrimonio de los derechos colectivos, dispone de los mecanismos jurídicos para proteger el medio ambiente. Si el ser humano no existiera en el planeta el medio ambiente se autoregularía.

Tampoco se quiere obviar la discusión desde la perspectiva planteada por el autor Emilio Latorre Estrada cuando, recordando las declaraciones de 1978 y de 1989 de la Liga Internacional de los Derechos de los Animales, afirma que, "por primera vez no consideran al animal como un objeto (bien mueble, propiedad o fuente de daño), sino que lo defienden por sí mismo, por su individualidad"¹². Creemos que se confunde la defensa de los animales y del ecosistema en general en su relación con el ser humano, con el hecho de que aquellos tengan o no derechos. Un animal no tiene derechos porque no puede defenderlos por sí mismo. Siempre tendrá que existir un ser humano detrás de su defensa, ya sea en forma individual o en forma de asociación, liga, etc. Esta posición no significa para nada que haya una patente de corso en la destrucción del ecosistema, y que el ser humano pueda realizar todo tipo de actuaciones sobre el medio ambiente. Todo lo contrario. Las normas ambientales plantean cada vez con mayor ahínco la defensa, por ejemplo, frente a la extinción de las especies, quemadas injustificadas y, en general, conductas que no se acompañen con una adecuada relación con el ecosistema marcada por la noción de Desarrollo Sostenible. El ser humano debe tener capacidad de autoregularse con su universo, y a pesar de que se observen conductas que tienden a destruir este último, el problema no cambia porque los animales tengan o no derechos.

No se concibe entonces que el medio ambiente pueda ser sujeto de derechos, y se estima, por el contrario, que la discusión está mal planteada, en la medida en que ha estado mediada por el problema de la legitimación en la defensa de los derechos colectivos. Es por ello que, bajo esta concepción, como lo dice el autor Prieur, tienen que existir representantes de los elementos del medio natural, los cuales, que a nuestro entender, y a diferencia de la discusión planteada en el derecho francés en donde no existe la acción popular, lo son cada uno de los componentes de la especie humana. Se reivindica así, bajo la óptica de la responsabilidad civil, a un ser humano desdoblado jurídicamente en derechos patrimoniales tradicionales y subjetivos pero también en derechos patrimoniales que trascienden la órbita egocéntrica por tener en su haber los derechos colectivos. Queremos con ello significar que, si patrimonio "es el conjunto de bienes y obligaciones de una persona"¹³, y si, como lo dice De Cupis, "lo que el derecho tutela, el daño vulnera"¹⁴, entonces el daño colectivo que vulnera un derecho de igual naturaleza, es "aquel daño difuso, que afecta simultánea y coincidentemente al grupo" y

¹² Emilio Latorre Estrada. "¿Tienen derecho los animales?", ensayo inmerso en el libro "Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo I", Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., 1999, p. 235.

¹³ Raymond Guillien y Jean Vincent. "Lexique de termes juridiques", 5ª edición, París, Dalloz, 1981.

¹⁴ Adriano De Cupis. "El daño. Teoría general de la responsabilidad civil", Traducción Angel Martínez Sarrión, Casa editorial Bosch S.A., 2ª edición, Barcelona, 1970, p. 103.

respecto del cual, por tanto, "cada miembro es titular de un fragmento del interés lesionado"¹⁵. No sobra recordar que los derechos colectivos "son aquellos destinados a proteger necesidades de la colectividad o de un sector de esta"¹⁶, y que, naturalmente, la colectividad referida se justifica por la existencia de la persona humana. Es en este sentido que debe entenderse que el derecho colectivo permite el ejercicio de la acción popular que no está condicionada "por ningún requisito sustancial de legitimación del actor distinto de su condición de parte del pueblo"¹⁷.

Esta posición que se asume supone una diferencia útil aunque no esencial, entre daño y perjuicio, que permite afirmar la existencia de daños que no necesariamente generan indemnización a favor del individuo reclamante, porque no hay lesión de sus bienes individuales. La clave de la distinción, que parte de la idea propuesta por el profesor francés Francis-Paul Bénéoit¹⁸, se sustenta, recordando al derecho romano, en el hecho histórico de que los romanos "trataron tímidamente de sustituir la noción de *damnum*, por la de perjuicio: (porque) comprendieron que lo que importaba no era la comprobación de un atentado material contra una cosa (*damnum*), sino el perjuicio sufrido a causa de ese hecho por el propietario; por eso decidieron que el simple *damnum* que no causaba perjuicio no daba lugar a reparación"¹⁹. Precisamente en razón de la evolución en el derecho romano de que dan cuenta los hermanos Mazeaud, así como por una historia marcadamente egocéntrica del instituto de la responsabilidad civil que por fortuna hoy en día tiende a superarse, es por lo que consideramos útil, aunque no esencial, lo reiteramos, hacer la mencionada distinción. En efecto, en mas de una ocasión el daño como atentado material aminora los bienes colectivos del patrimonio de la víctima y no genera sin embargo indemnización a sus bienes exclusivamente individuales. La indemnización es para un colectivo del cual la persona forma parte, pero que trasciende lo estrictamente individual. Se produce así una metamorfosis del individuo que se despoja de su carácter egoísta para reencontrarse con su carácter social: esto influye en el derecho de acción, que es conciente de que el ser humano puede ser egoísta pero no

¹⁵ Gabriel A Stiglitz. "El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional", ensayo inmerso en el libro "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p.317.

¹⁶ Diego Younes Moreno. "Derecho Constitucional Colombiano", Editorial Legis, Santafé de Bogotá D.C., tercera edición, 1998, p. 191.

¹⁷ Corte Constitucional, 18 de septiembre de 1992, M.P.: Fabio Morón Díaz, petionario: Armando Pérez Araújo, exp. N° 2679

¹⁸ Francis-Paul Bénéoit, "Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité)", J.C.P. 1957.I.1351: "... el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación... ; el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada".

¹⁹ Henri y Leon Mazeaud, y André Tunc. "Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", tomo I, volumen 1, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, p. 40.

solamente egoísta. Bajo esta perspectiva, se afronta uno de los problemas importantes de la materia, cual es el de la legitimación para obrar. La distinción así concebida permite dar un 'giro' a la responsabilidad civil, no tanto por su concepción, que viene desde el derecho romano, como por su práctica. Estudiados así los conceptos se observa que la distinción tiene importancia cuando se trata de explicar que la posibilidad de obtener indemnizaciones no radica sólo en cabeza del propietario referido por los Mazeaud, sino también del ser humano como titular de derechos colectivos. La acción de responsabilidad civil, bajo esta óptica, no estará entonces exclusivamente permitida a un ser humano concebido de manera egocéntrica sino también a un ser humano socializado. Es así como, "esta nueva concepción, ha abierto la posibilidad de resarcir los daños supraindividuales; ya no solo se repara el daño particular tradicional. La ciencia jurídica incluyó una nueva categoría; el medio ambiente, en sí mismo, es, ahora, digno de una protección independiente de las repercusiones dañosas que la contaminación o deterioro ecológico genera en las personas o en los bienes susceptibles de apropiación privada"²⁰.

Se debe, entonces, superar la discusión que se ha dado sobre la definición de daño, al mezclarla con problemas que guardan relación con las acciones procesales que existen para su indemnización, olvidando que donde hay daño hay forma reparatoria que apunta, al menos, a dejar el bien dañado en la forma mas parecida posible a aquella que existía antes del hecho dañino. Daño es entonces, se reitera, aminoración patrimonial sufrida por la víctima, y la indemnización, para la cual siempre tiene que existir acción, es el objeto de la responsabilidad civil.

El profesor Tamayo Jaramillo, en actitud que me honra, critica la anterior posición afirmando que, se "confunde el problema de la legitimación en la causa desde el punto de vista procesal, y la legitimación sustantiva. En efecto, cuando alguien cobra el daño colectivo, lo hace a nombre de la colectividad y no en su propio nombre. Prueba de ello es que las indemnizaciones del daño colectivo, generalmente son destinadas a recuperar para la colectividad el beneficio de que ha sido probada(sic)"²¹. Si bien me atribuye una definición que no doy de daño -"Para el autor, sería daño la simple destrucción o deterioro de un objeto", creemos que la polémica es interesante en aras de dilucidar si la distinción entre daño y perjuicio tiene alguna utilidad o, si, por el contrario, debe ser superada.

Insistimos en que cuando un ser humano sufre una afrenta a un derecho colectivo del cual es titular, sufre daño, y por tanto, el problema es de legitimación sustantiva y no solo procesal. El daño es la sustancia y la acción lo procesal. No se trata de afirmar que porque la vulneración de un derecho colectivo supone

²⁰ Hilda Esperanza Zomosa Prieto. "Breve mirada desde la filosofía del derecho a la responsabilidad civil y a su aseguramiento en la era de la tecnología", conferencia dictada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, CILA 2000, Cartagena, Mayo 24 al 27 del año 2000, próximo a publicar.

²¹ Tamayo Jaramillo, Javier. "De la responsabilidad civil. Tomo IV. De los perjuicios y su indemnización", Editorial Temis, Santafé de Bogotá D.C., 1999, p. 12.

indemnización a favor de la colectividad la persona humana no sufre daño en su patrimonio. Claro que sufre daño, porque se aminora su patrimonio. Es en este sentido que se reivindica la útil distinción entre daño y perjuicio, recordando que el único objetivo que busca es el de insistir en la función que debe cumplir con mayor ahínco la responsabilidad civil. No se requiere entonces que se me lesione un derecho subjetivo tradicional para que exista daño, sino que basta la afrenta a un derecho colectivo, porque la lesión de dicho derecho también es daño sufrido por la persona. Recordando al profesor Martin, se puede afirmar que, "titulares de un derecho subjetivo, los usuarios del medio ambiente pueden ver protegidas sus prerogativas de manera automática sobre el modelo de derechos reputados inviolables tales como el derecho de propiedad o los derechos de la personalidad"²².

2. Definición de daño ambiental

Como preámbulo a esta parte del escrito, se debe tomar partido acerca de si las nociones de daño ambiental y daño ecológico son o no sinónimas. Como bien se ha explicado, "el ambiente comprende a la ecología por ser mas amplio pues aparte de la biósfera está compuesto también por los recursos naturales inertes: la tierra, las aguas (hidrosfera), los minerales (litósfera), la atmósfera y el espacio aéreo, los recursos geotérmicos y fuentes primarias de energía lo que magnifica su campo con relación a la ecología. Ese criterio aconseja utilizar el término *daño ambiental* por ser comprensivo del ecológico"²³. En adelante se utilizará dicho concepto a pesar de que en lengua francesa se hable, como se verá, de *daño ecológico*, que debemos pasar a definir.

La propia ley colombiana se ha encargado de dar una definición de daño ambiental. Para comentar cabalmente dicha definición, se debe recordar que la misma está inserta en el artículo 42 de la ley 99 de 1993, que se refiere a las Tasas Retributivas y Compensatorias, lo cual significa que no tenemos una definición concebida como tal, sino como elemento de cuantificación de la tasa retributiva. En este sentido no se trata propiamente de una definición concebida para tal efecto por la ley, como es usanza en este campo legislativo en donde hay artículos que dan definiciones, sino de una definición dada para efectos de fijar el alcance de otro concepto. En efecto, para fijar la tasa se señalan algunos factores a tener en cuenta, tales como el "valor de depreciación del recurso afectado", el de "los costos sociales y ambientales del daño, y los costos de recuperación del recurso afectado", y, lo que aquí interesa, el de "la evaluación económica de los daños sociales y ambientales causados". Comprende entonces la Tasa Retributiva daños sociales y ambientales, y bajo estas condiciones se pasa a la definición de estos últimos, así: " *Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes* (itálicas fuera de texto)".

²² G. Martín. "Le droit à l'environnement, de la responsabilité civile pour faits de pollution", PPS, Paris, 1978, p. 843.

²³ Graciela Nora Messina de Estrella Gutiérrez. "La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva", De. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 113.

Este texto debe ser leído en concordancia con el artículo 8° del decreto 2811 de 1974, porque en este se ejemplifican los factores que deterioran el medio ambiente²⁴.

La definición en términos legales con el propósito ya indicado coincide con el llamado *Daño Ambiental Puro*, en el entendido de que, "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. Se trata entonces de aquello que se ha convenido llamar 'perjuicios ecológicos puros'²⁵.

No sobra reiterar que la ventaja de la "definición legal" que hemos visto es el ser genérica, al comprender todo tipo de daños al ecosistema. Es una ventaja solo en la medida en la que se le aísle del concepto de tasa retributiva, porque los daños al ecosistema no necesariamente tienen relación con las tasas que se pagan por la contaminación, como puede ser el robo de huevos o crías -piénsese en los huevos de iguana-, la destrucción de hábitats, etc. En estos casos hay daño a pesar de no haber tasa retributiva. Pero también se debe aislar la noción de daño ambiental de lo que constituye el pago de las tasas porque, como se verá, sus alcances son disímiles así como lo es su naturaleza. En estos casos el daño no se paga con la tasa.

Esta definición de *Daño Ambiental Puro* como afrenta a los bienes ambientales, está indudablemente relacionada con otro concepto que bien podríamos denominar *Daño Ambiental Consecutivo*, bajo el cual se estudian las repercusiones de una afrenta al medio ambiente pero respecto de una persona determinada, es decir, las repercusiones que la contaminación o el deterioro ecológico generan en la persona o bienes apropiables e intercambiables de los particulares. Es esta una de las características del Derecho Ambiental porque el daño ambiental se causa siempre a la colectividad, pero con repercusiones, en ocasiones, sobre

²⁴ Dice el artículo en comento: "Se consideran factores que deterioran el ambiente, entre otros: a) la contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables. Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la Nación o de los particulares. Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir alteración ambiental de las precedentemente descritas. La contaminación puede ser física, química o biológica. b) la degradación, la erosión y el revenimiento de suelos y tierras. c) las alteraciones nocivas de la topografía. d) Las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas. e) La sedimentación en los cursos y depósitos de agua. f) Los cambios nocivos del lecho de las aguas. g) La extinción o disminución cuantitativa o cualitativa de especies animales o vegetales o de recursos genéticos. h) La introducción y propagación de enfermedades y de plagas. i) La introducción, utilización y transporte de especies animales o vegetales dañinas o de productos de sustancias peligrosas. j) La alteración perjudicial o intiestética de paisajes naturales. k) La disminución o extinción de fuentes naturales de energía primaria. l) La acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios. m) el ruido nocivo. n) el uso inadecuado de sustancias peligrosas. o) la eutricación, es decir, el crecimiento excesivo y anormal de la flora en lagos y lagunas. p) La concentración de población humana urbana o rural en condiciones habitacionales que atenten contra el bienestar y la salud".

²⁵ Geneviève Viney y Patrice Jourdain, "Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité", L.G.D.J., Paris, 1998, p. 55.

bienes individuales. En efecto, la persona tiene posibilidad de accionar en su nombre para pedir una indemnización propia (*Daño Ambiental Consecutivo*), como de accionar en nombre de una colectividad para pedir una indemnización de la cual no se puede apropiarse pero de la cual sí puede gozar, que es realmente la que constituye la reparación del daño ambiental en su estado puro.

La precisión es importante porque cierto sector de la doctrina ha definido el daño ambiental no solo como aquel que lesiona el derecho colectivo del medio ambiente, sino como aquel que lesiona derechos individuales apropiables. Es decir, que dicho daño "puede lesionar un propietario o un poseedor así como una persona que solo posea el derecho de vivir sin molestias"²⁶. Si bien la apreciación es cierta porque dicha dualidad caracteriza la mayoría de eventos de daños ambientales, consideramos que peca por no resaltar la especificidad de lo que denominamos *Daño Ambiental Puro*, que excluye la posibilidad de que la indemnización del mismo acrezca exclusivamente el patrimonio individual. La reparación del *Daño Ambiental Puro* restablece el derecho colectivo vulnerado, con lo cual se excluye que restablezca solo un derecho individual: su objeto es diferente. Si bien en ocasiones el daño ambiental se puede reparar indemnizando al propietario individual, como por ejemplo cuando hay una quema de un terreno de propiedad privada, también es cierto que esa indemnización es para el "propietario" porque llega directamente a su patrimonio. Se podrá decir que el derecho colectivo se beneficia con la indemnización individual, y es cierto, pero solo de manera indirecta, porque dicha indemnización ingresa primero al patrimonio del propietario, quien podrá disponer de los derechos que le son inherentes en tanto tal. El derecho de dominio, así sea con la consustancial función social y ecológica, lo ejerce el propietario.

Que la indemnización dada al propietario sea o no suficiente para indemnizar el *Daño Ambiental Puro*, es otra discusión. En efecto, puede ocurrir que a pesar de que se indemnizó al propietario por el terreno quemado, y se volvió a restablecer el mismo, se produjeron otros daños al ecosistema que quedan sin reparar, y que serían objeto de otra indemnización. Aun más, puede ocurrir que a pesar de que el propietario individual no quiera iniciar acción para restablecer su terreno, se pueda reparar el medio ambiente mediante una acción popular. Es decir, prevalece la posibilidad de proteger el derecho colectivo en la hipótesis en comento, esto es, cuando quien tiene una disposición directa sobre tal derecho no tenga interés de buscar la reparación.

Esta posición se refuerza por la "función social de la propiedad que implica obligaciones", según manda el artículo 58 de nuestra Constitución en el cual, además, se afirma expresamente que, "como tal, le es inherente una función ecológica". Esta posición supone "que el derecho de propiedad ya no es un derecho subjetivo, sino que da lugar a la concepción de función social, según la cual la garantía de la propiedad privada queda

²⁶ Daniel Tricot. "Rapport de synthèse", publicado en Cahiers de Droit de l'Entreprise, en la revista La Semaine Juridique, publicado por Editions du Juris-Classeur, París, como Suplemento Número 1 a la Semaine Juridique número 15 del 15 de abril de 1999, en donde se publicaron las ponencias en el seminario "L'entreprise face au dommage environnemental", p. 39.

condicionada a que ella responda a los intereses de la colectividad. El titular debe actuar de forma que, además de no causar perjuicios a la comunidad, garantice que el uso de la cosa reportará beneficios a ésta"²⁷.

Se observa entonces que en el derecho del medio ambiente existe la particularidad de que siempre hay un daño a un bien de la colectividad, y que en ocasiones ese daño al bien de la colectividad repercute sobre un bien apropiable por un patrimonio particular, así tenga, obviamente, que cumplir con su función social o ecológica. No se comparte así la definición del profesor De Miguel Perales porque se centra en el Daño Ambiental Consecutivo sin dar relevancia el Daño Ambiental Puro, que es el que realmente interesa a la materia²⁸. El error reside, se repite, en el hecho de que considera *Daño Ambiental Puro* las consecuencias que sufren bienes ambientales apropiables por los particulares, siendo que, en estricto sentido, el daño ambiental no puede tener tal particularidad, porque es precisamente sobre un bien colectivo. Es cierto que hay bienes ambientales que se pueden apropiar por particulares -sería el caso del suelo o del agua que nace y muere en una misma heredad (art. 677 del Código Civil)-, pero ello no le quita la característica de bien ambiental y de lesión a un derecho colectivo que supone la posibilidad de que, aún si el propietario no desea su reparación, la puede, y aún la debe buscar, cualquier otro ser humano o cualquiera entidad pública o privada.

Sobre la base de la concepción anterior, en donde el Daño Ambiental Puro se distingue por "afectar el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes", así como por ser "supraindividual", nos alejamos entonces de la esfera estrictamente individual, en el sentido de bienes apropiables, como elemento definitorio del daño al medio ambiente. Es aquí donde nuevamente el derecho ambiental permite predicar que la afrenta al patrimonio no es individual en su sentido clásico, sino en su sentido socializado. Es así como, "este público recibe el agravio colectivo, al cual no se puede responder aislada o individualmente para evitar que el daño se extienda, continúe o se repare. La acción de defensa o de reparación no puede estar sólo en cabeza de cada damnificado. Tiene que ser colectiva como lo es también el daño causado"²⁹. Es por ello que el daño se da directamente al ecosistema e indirectamente al ser humano que se sirve de él, y es por ello por lo que la persona solo puede reclamar a favor del ecosistema gracias a su relación

²⁷ Ponce de León, Eugenia. "Régimen constitucional de la propiedad", ensayo inmerso en el libro "Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo I", Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., 1999, p. 507.

²⁸ Carlos De Miguel Perales. "La responsabilidad civil por daños al medio ambiente", Editorial Civitas,, Madrid, segunda edición, 1997, p. 88: "Debemos estimar que en la actualidad daño ambiental, a los efectos de la responsabilidad civil, es aquel sufrido por una persona determinada, en su propia persona como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental (por ejemplo, intoxicación por haber bebido agua de una fuente contaminada por una industria), o en sus bienes, cuando éstos forman parte del medio ambiente (un bosque, por ejemplo) o cuando resulten dañados como consecuencia de la agresión al ambiente". En similar sentido Graciela Nora Messina de Estrella Gutiérrez. "La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva", De. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 114: "El daño ecológico -o ambiental- consiste en la degradación del medio ambiente, toda lesión o menoscabo al derecho individual o colectivo de conservación de las condiciones de vida".

²⁹ Germán Sarmiento Palacio. "Las acciones populares en el derecho privado colombiano", Colección bibliográfica Banco de la República, 1988, p. 7.

con él. Si se logra hacer la distinción entre Daño Ambiental Puro y Daño Ambiental Consecutivo, logramos la claridad de saber qué es lo que se está indemnizando por una u otra vía, porque determinamos con anterioridad aquello que se dañó. La distinción señalada entre *Daño Ambiental Puro* y *Daño Ambiental Consecutivo* marcará no sólo la forma de reparación del daño, sino la finalidad de cada acción que busca proteger el medio ambiente.

Buen ejemplo de esta posición es la Convención de Lugano en donde se señala que da lugar a reparación "toda pérdida o daño que resulte de la alteración del medio ambiente", en el cual se entienden comprendidos recursos como el agua, el aire, la fauna y la flora, así como la interacción entre ellos.

Se concluye entonces que *Daño Ambiental Puro* es la aminoración de los bienes colectivos que conforman el medio ambiente, y que *Daño Ambiental Consecutivo* es la repercusión del *Daño Ambiental Puro* sobre el patrimonio exclusivamente individual del ser humano.

3. Reparación del Daño Ambiental Puro

Es en el estudio del *Daño Ambiental Puro* en donde el derecho del medio ambiente tiene mucho por aportar, y en donde se deben centrar los esfuerzos para lograr criterios jurídicos que permitan la reparación de tal tipo de daños. Como bien se dice en el reciente Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea, "sobre los daños causados a la biodiversidad no existen normas ni criterios suficientemente desarrollados, ... motivo por el cual habrá que elaborarlos"³⁰.

Si bien es cierto algunos autores sostienen que el *Daño Ambiental Puro* no puede ser objeto de reparación³¹, consideramos que dicha posición es equivocada, porque a pesar de que en la mayoría de los casos no se puede lograr el objetivo de reparar el medio ambiente como si el daño no hubiere ocurrido, sí se puede predicar otra forma reparatoria, que busca dejar el bien en la forma mas parecida posible a la que tenía antes del daño. Esta lógica, por demás, se predica de la responsabilidad civil en general.

Sin embargo, por tratarse de bienes colectivos que componen el medio ambiente, y por lo que no hay patrimonio individual que pueda apropiarlos, no es de extrañar que, "privilegiar la reparación en especie por sobre la indemnización dineraria, constituye otra de las evoluciones del moderno derecho de daños, de particular trascendencia en materia de protección del medio ambiente. La reposición de las cosas al estado anterior en aquellos casos en que sea total o parcialmente factible, recomponer el 'hábitat' o el equilibrio de

³⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 9.2.2000 COM(2000) 66 final, Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental (presentado por la Comisión), p. 20.

³¹ Michel Prieur. "Droit de l'environnement", Editorial Dalloz, París, 3ª edición, 1996, p. 842: "El daño ecológico es aquel que atenta el conjunto de elementos de un sistema y que por su carácter indirecto y difuso no permite como tal abrir derecho a reparación".

los valores ecológicos (p. ej., repoblar un río en caso de depredación, etc.), es la solución prevalente de la ciencia jurídica"³².

Es natural una tal posición en el derecho del medio ambiente, porque se parte de que el daño se produce a un derecho colectivo y difuso que no puede ser apropiado por un patrimonio individual. La reparación por equivalencia dineraria no tiene sentido alguno en la reparación del daño al medio ambiente, porque con él no se está reparando el objeto dañado sino otorgando un subrogado pecuniario que no podrá acrecentar el bien ambiental. Esto diferencia claramente la reparación de este daño en comento con las reglas generales de la responsabilidad civil, en donde la indemnización dineraria equivalencial que busca reemplazar o compensar el bien dañado, es la regla general. Se resalta la idea de que en el derecho privado clásico el demandante tiene mayor libertad para disponer si el dinero pagado por su bien lesionado lo reinvierte en el mismo, o no. En el ámbito del derecho del medio ambiente el pago dinerario nunca podrá ser equivalencial, porque el dinero no se puede dar para cambiar un bien por otro, sino que obligatoriamente se tiene que invertir en la reparación del ecosistema. Esta idea se encuentra apoyada por el artículo 7 de la reciente ley 491 de 1999, "por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones", cuando en su artículo 6 declara que, "cuando el beneficiario de la indemnización sea una entidad estatal, el monto de la indemnización deberá destinarse a la reparación, reposición o restauración de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados".

Si la indemnización dineraria equivalencial no puede resarcir el daño ambiental, se debe entonces, como se ha dicho, privilegiar la reparación *in natura*, que supone hacer las tareas necesarias para que el bien lesionado vuelva a cumplir la función anterior al hecho dañino o, por lo menos, a que la cumpla de la manera mas parecida posible. Dicha indemnización se logra con obligaciones de hacer o con dinero para cumplir las obligaciones de hacer, que en nuestro caso solo pueden apuntar a recomponer el medio ambiente dañado. Es la lógica del parágrafo del artículo 7° de la ley 491 ya referida³³.

Ahora bien, en el evento en el cual sea imposible restaurar el bien ambiental dañado, se debe propender a que la indemnización favorezca otro bien ambiental de similar naturaleza. Esta posición se sustenta en el hecho de que el ecosistema es interactuado y, por tanto, si bien es cierto no se restaura el bien lesionado sí se restaura el sistema que se verá beneficiado en su conjunto. En efecto, "si la restauración no es técnicamente posible, o sólo lo es en parte, la evaluación de los recursos naturales tiene que basarse en el coste de soluciones

³² Gabriel A. Stiglitz. "El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional", ensayo inmerso en el libro "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 319.

³³ Dice el parágrafo mencionado: "Cuando las actividades de reparación, reposición o restauración no sean posibles realizarlas, el monto de la indemnización será invertido directamente en proyectos ecológicos o ambientales de especial interés para la comunidad afectada".

alternativas que tengan como meta la reposición de recursos naturales equivalentes a los que se han destruido, con objeto de recuperar el grado de conservación de la naturaleza y la biodiversidad"³⁴. Este punto es importante en la materia porque se permite que el resarcimiento recaiga sobre otro bien ambiental distinto del dañado, sin que se viole regla alguna con este proceder. Aún mas, esta regla es una consecuencia lógica de la reparación *in natura*, en la medida en que no se puede aceptar la indemnización por subrogado pecuniario, como ocurre en las reglas generales de la responsabilidad civil. Es, por ejemplo, el caso la indemnización por muerte de una persona, en donde a pesar de que no se puede resucitar la fallecida y por tanto dar una indemnización *in natura*, sí es procedente pagar dinerariamente lo que la persona fallecida dejó de producir. Esta hipótesis se excluye para los daños ambientales.

No es entonces difícil concluir que la reparación del *daño ambiental puro* debe ser *in natura*. Que toda indemnización, sea ordenando hacer determinadas actividades o pagando para que se hagan, solo tendrá como finalidad la recuperación del bien ambiental aminorado para dejarlo al menos en la situación mas parecida a la que tenía antes del daño, cuando ello es posible, o, invirtiendo en otros bienes ambientales cuando es imposible recuperar aquel dañado.

Es así como, por ejemplo, el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, expresamente afirma que el daño en estas hipótesis "incluye el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o daños causados por tales medidas preventivas", definiendo a estas últimas como, "todas las medidas razonables tomadas por cualquier persona después de ocurrir un siniestro con objeto de prevenir o minimizar los daños por contaminación"³⁵.

4. De la prohibición del doble pago

Es regla general de nuestro derecho de daños el que no se puede condenar a una persona a reparar dos veces el mismo daño. Ello conllevaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del patrimonio dañado así como un empobrecimiento sin justa causa para quien estaría obligado a una doble indemnización. En este sentido el daño es la medida de su resarcimiento.

Sin embargo, la aplicación de la regla general en el derecho ambiental presenta profundas dificultades. En efecto, las facultades sancionatorias o preventivas de que dispone la autoridad ambiental, hace pensar que por diferentes vías se puede estar indemnizando un mismo daño, lo cual iría en contra de la regla de la indemnización plena. La pregunta que surge es entonces la siguiente: ¿se puede afirmar que se ha pagado parte del daño, por ejemplo, en la ejecución de la medida preventiva cuando se ha presentado una infracción?

³⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 9.2.2000 COM(2000) 66 final, Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental (presentado por la Comisión), p. 21.

³⁵ El texto que se encuentra aprobado en Colombia mediante la ley 55 de 1989.

y, en caso positivo, ¿puede ordenarse un nuevo pago en un proceso de responsabilidad civil? De lo que se trata entonces es de aislar a partir de qué límite un daño ya ha sido parcial o totalmente indemnizado por otra vía.

En relación con las medidas preventivas que puede imponer la autoridad ambiental en virtud del literal d) del numeral 2) del artículo 85 de la ley 99, que permite ordenar la "realización dentro de un término perentorio, los estudios y evaluaciones requeridas para establecer la naturaleza y las características de los daños, efectos e impactos causados por la infracción, así como las medidas necesarias para mitigarlas o compensarlas" (subrayado fuera de texto), consideramos que la parte de la compensación o de la mitigación del daño que ha sido abonada en cumplimiento de la medida preventiva, no puede ser cobrada nuevamente por vía de una acción de responsabilidad civil, porque se produciría doble pago. Por ejemplo: si con un vertimiento líquido causo un daño y la autoridad ambiental me declara infractor, y por tal motivo me obliga a compensar o a mitigar el daño causado, el cumplimiento de la obligación que me impone la autoridad no puede suponer que se cobre nuevamente por la misma causa. Es decir, toda acción de mitigar o compensar el daño causado se tiene como indemnización del mismo, y solo podrá cobrarse aquello que no ha sido mitigado o compensado. Es el entendimiento que debe darse al parágrafo 2 del artículo 85 en comento, cuando afirma que "las sanciones establecidas por el presente artículo se aplicarán sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles y penales a que haya lugar". Esto significa que no se excluye la medida preventiva con la responsabilidad civil, sino que al interior de ésta solo se puede cobrar el daño que no haya sido pagado, ya que el rubro del daño que no esté comprendido en la ejecución de la medida preventiva naturalmente sí se puede cobrar, a pesar de la existencia de tal medida.

Respecto de las tasas retributivas y compensatorias, definidas en el artículo 42 de la ley 99, se debe marcar una sutil diferencia. Para abordar este tema, se debe recordar con la Corte Constitucional que, "bajo esta perspectiva del medio ambiente se planteó la necesidad de que fuesen varios los sistemas que debería adoptar el legislador con el fin de financiar una política ambiental, en consideración al carácter especial del que fue dotada, bajo la consagración de principios jurídicos fundamentales, entre otros, el de la responsabilidad del causante del daño ambiental y el de la destinación de recursos económicos con antelación al desgaste de los ecosistemas. Esta filosofía, estima la Corte, impregna la creación de los tributos como las tasas retributivas y compensatorias, así como la consagración de la tasa por utilización de aguas y la inversión obligatoria prevista en los artículos 42, 43 y 46 de la Ley 99 de 1993. Estima la Corporación que la Ley 99 de 1993, especialmente los artículos cuestionados, implican la generación de costos económicos para quienes causan efectos nocivos sobre los sistemas ambientales. Por ello el Congreso de la República al expedir el marco jurídico regulatorio del medio ambiente y en atención al principio constitucional del "desarrollo sostenible", ha utilizado el mecanismo económico de la tasa con el fin de transmitir un costo a quienes se beneficien de una u otra manera con la utilización de los recursos naturales, con lo cual se están financiando las medidas correctivas necesarias

para sanear los efectos nocivos de los ecosistemas, y a través de la misma la ley ha adoptado un sistema económico de ingresos con destino a las corporaciones autónomas regionales, encargadas de ejecutar las políticas, planes, programas y proyectos sobre el medio ambiente y recursos naturales renovables"³⁶. Así las cosas, el problema que se plantea es el de determinar si las Tasas Retributivas y Compensatorias son o no excluyentes con el daño ambiental. Es decir, si se parte de que las tasas retributivas y compensatorias son un tributo, lo que debemos indagar es si su pago excluye o no la posibilidad de iniciar acción de responsabilidad civil respecto de quien ha dañado el medio ambiente.

La Tasa Compensatoria, en razón de tener por finalidad "compensar los gastos de mantenimiento de renovabilidad de los recursos naturales renovables" (inciso 2º del artículo 42 en comentario), no constituye *per se* daño, sino una política pública preventiva para el mantenimiento del ecosistema. Dicha tasa solo se puede cobrar en la medida en que efectivamente se haya invertido dinero en la renovabilidad del recurso. Si dicho dinero tiene una función exclusivamente preventiva y de política pública, su pago no puede imputarse al del daño ambiental causado porque su naturaleza es diferente, por ser una tasa para compensar el gasto de mantenimiento del recurso. Este pago es en efecto un reembolso por gastos hechos en la renovación del recurso con independencia de que el interesado lo haya o no dañado. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el recurso agua. En efecto, el artículo 43 de la ley 99 de 1993 afirma que, "la utilización de aguas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, dará lugar al cobro de tasas fijadas por el Gobierno Nacional que se destinarán al pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos...", lo cual debe leerse en complemento con el parágrafo del artículo 16 de la ley 373 de 1997 que estableció que, "los recursos provenientes de la aplicación del artículo 43 de la ley 99 de 1993, se destinarán con carácter exclusivo al logro de los objetivos propuestos en la presente ley". Si bien es cierto el autor Macías estima que "los objetivos de esa ley, ... no son ya los de renovabilidad y protección"³⁷, creemos que el punto es cuestionable en la medida en que, si bien es cierto la ley 373 no habla expresamente de "protección y renovación de los recursos hídricos", sí contiene muchas expresiones que indican que tal objetivo no se encuentra fuera de su alcance³⁸. Sea de ello

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-495/96, expediente D-1285, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

³⁷ Luis Fernando Macías Gómez. "Introducción al derecho ambiental", Editorial Legis, Santafé de Bogotá D.C., 1998, p. 180.

³⁸ Ver por ejemplo: "artículo 1º. Programa para el uso eficiente y ahorro del agua. Todo plan ambiental regional y municipal debe incorporar obligatoriamente un programa para el uso eficiente y ahorro del agua...". "Artículo 2º. Contenido del programa de uso eficiente y ahorro de agua. El programa de uso eficiente y ahorro de agua, será quinquenal y deberá estar basado en el diagnóstico de la oferta hídrica de las fuentes de abastecimiento...". Parágrafo 2º del artículo 3º: "Las inversiones que se realicen en cumplimiento del programa adscrito, serán incorporadas en los costos de administración de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y de las demás entidades usuarias del recurso". "Artículo 4º. Reducción de pérdidas. Dentro del Programa de Uso Eficiente y Ahorro de Agua, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico fijará metas anuales, para reducir las pérdidas en cada sistema de acueducto. Las Corporaciones Autónomas Regionales y demás autoridades ambientales competentes fijarán las metas del uso eficiente y ahorro del agua para los demás usuarios en su área de jurisdicción. Las metas serán definidas teniendo en cuenta el balance hídrico de las unidades hidrográficas y las inversiones necesarias para alcanzarlas", etc.

lo que fuere, lo claro es que la Tasa Compensatoria tiene una naturaleza diferente y excluyente con la obligación de reparar daños. Es decir, la Tasa Compensatoria no excluye la posibilidad de obtener la indemnización de daños.

La Tasa Retributiva se paga "por las consecuencias nocivas de las actividades expresadas", esto es, por "la utilización directa o indirecta de la atmósfera, del agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio, sean o no lucrativas". Esto significa que esta tasa "apunta al cobro... (del) valor por la utilización de un bien público"³⁹, o, en el caso del agua, según el decreto 901 de 1997, al pago "por concepto de la utilización directa o indirecta del agua como receptor de vertimientos puntuales"⁴⁰. Lo anterior significa que su pago no tiene una naturaleza indemnizatoria en la medida en que, como lo afirma el párrafo del artículo en comento, "las tasas retributivas y compensatorias solamente se aplicarán a la contaminación causada dentro de los límites que permite la ley, sin perjuicio de las sanciones aplicables a actividades que excedan dichos límites". La tasa es equivalente a la carga contaminante como impacto ambiental pero no como daño al medio ambiente. Es decir, bajo este concepto la persona que voluntariamente quiere iniciar una actividad paga para que el Estado retribuya con ese valor el mejoramiento del medio ambiente, en donde, gracias a la capacidad de resiliencia⁴¹ del ecosistema o gracias al que el impacto se considera mínimo, el mismo sigue cumpliendo su finalidad. Como bien lo dice el profesor Tamayo Jaramillo, "es de anotar que el pago de las tasas retributivas no libera al titular de la licencia de sus obligaciones indemnizatorias en caso de que, en forma excesiva o anormal, cause daños a terceros con la contaminación. Tampoco lo legitima para contaminar como bien le parezca"⁴². No son entonces excluyentes el pago de la Tasa Retributiva con la indemnización del daño y, lo que es más importante, no se descuenta lo pagado en aquélla cuando se produce un daño porque su naturaleza y su causa jurídica son diferentes.

Así las cosas, se observa que la regla de la indemnización plena del daño sigue vigente en derecho ambiental, y que lo único que debe tener en cuenta el intérprete es no generar doble pago de un mismo daño, que se

³⁹ Luis Fernando Macías Gómez. "Introducción al derecho ambiental", Editorial Legis, Santafé de Bogotá D.C., 1998, p. 178.

⁴⁰ Miguel Patiño Posse. "Derecho ambiental colombiano", Editorial Legis, Santafé de Bogotá, 1999, p. 134.

⁴¹ José María Borrero Navia. "Protección penal de los derechos ambientales", Editorial Fipma, Cali, 1990, p. 59. Citando al autor Edgar Marín nos da la siguiente definición: "La resiliencia es el mecanismo o propiedad del ecosistema que le permite, generalmente por dos vías o procesos alternativos, beneficiarse o asimilar las perturbaciones internas y externas. Por la primera vía, el sistema consigue regresar a su estado anterior o normal después de asimilar los trastornos; por la segunda, la perturbación es amortiguada gracias a la integración de los agentes perturbadores".

⁴² Javier Tamayo Jaramillo. "Las actividades peligrosas y la contaminación ambiental", próximo a publicar, p. 21. Quiero expresar mi agradecimiento por la forma generosa -como corresponde en la academia-, en la que el profesor Tamayo me prestó este documento en preparación, cuando le comenté que me estaba introduciendo en el tema.

generaría solo en el caso de la ejecución de medidas preventivas y de indemnización que busquen compensar o mitigar el mismo daño. De resto, no hay doble pago cuando concurren Tasas Retributivas y Compensatorias e indemnización, porque su naturaleza es diferente, así como ocurre con las sanciones.

Como bien lo dice el autor argentino Gherzi, "el artículo 2618 del Código Civil (Argentino) ha producido una trascendente renovación en 1968 en la categoría de daño resarcible, pues introdujo las molestias derivadas del ejercicio de actividades económicas que gozan de autorización administrativa y que, dado su nivel de intensidad, se tornan inaceptables para el diario convivir de la comunidad. Se trata de los llamados daños ambientales, que pueden afectar a personas determinadas, pero que por sobre todo provocan en el hábitat comunitario una situación que en forma continuada y casi imperceptible va afectando la salud de las personas y de las generaciones venideras"⁴³. Si bien me separo del autor en su percepción de considerar que el daño ambiental afecta a personas determinadas, pues ya hemos visto que lo propio del daño ambiental es que no tiene tal característica, lo importante es resaltar con él que las actividades que gozan de autorización administrativa no excluyen la indemnización de daños "en el hábitat comunitario", y que, por tanto, el pago de las tasas tampoco lo excluyen.

No sobra recordar que, como se ha dicho, existe también el concepto de *Daño Ambiental Consecutivo*, que lo hemos definido como aquél que se produce por las repercusiones del *Daño Ambiental Puro* sobre el patrimonio exclusivamente individual del ser humano. Estos casos son múltiples y trajinados por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, se indemniza al propietario por los efectos dañinos de un incendio⁴⁴, por la tala de bosques causada por el Estado para la realización de una obra pública⁴⁵, por la caída de un árbol por falta de vigilancia de la entidad estatal⁴⁶, etc. Sin embargo, no se estudiará la forma indemnizatoria de este tipo de daños, porque

⁴³ Carlos Alberto Gherzi. "Teoría General de la reparación de daños", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 173.

⁴⁴ Ver a nivel de ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de noviembre de 1994, C.P.: Julio César Uribe Acosta, actor: Otilia Macías de Díaz y otros, exp. 8650: incendio de predio porque el municipio no tenía suministro de agua para conjurarlo; 1º de diciembre de 1994, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Alfonso Lopez Rodas, exp. 9119: responsabilidad del Ministerio de Obras por incendio provocado por contratista suyo en ejecución de obra, sin haberlo controlado;

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de septiembre de 1960, C.P.: Francisco Eladio Gomez G., A.C.E., tomo LXIII, p. 729.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de julio de 1995, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández, actor: María Cecilia Gomez y otro, exp. 10714.

está incluida en la teoría general tradicional. Remito pues en este aparte a la teoría general de la reparación del daño.

5. Ejemplo de liquidación del Daño Ecológico Puro : el caso venezolano del Buque Tanquero "Nissos Amorgos"

El 28 de febrero de 1997, en aguas territoriales del Golfo de Venezuela, encalló el Buque Tanquero "Nissos Amorgos", de bandera griega, y provocó el derrame de aproximadamente 25.406 barriles de petróleo, cuya mayor parte se depositó en las playas de la zona de Caimare Chico. Dentro del proceso penal que se siguió, y por expreso mandato de la Ley Penal del Ambiente venezolana, que ordena la indemnización de perjuicios causados al ambiente y la constitución de parte civil del ministerio público, se rindió un peritaje "a fin de evaluar los daños y perjuicios sufridos por los bienes ambientales"⁴⁷.

Se trata entonces de hacer una breve exposición sobre la forma como se hizo el avalúo.

En primer término, se excluyeron algunos rubros del daño. De una parte, los sufridos por las pesquerías, puesto que no se trataba de daños ambientales. De la otra, "los daños eventualmente causados por contaminación atmosférica, derivada de la evaporación de hidrocarburos, por falta de información y datos de monitoreo de calidad del aire en la zona". También se excluyeron los daños ocasionados a las aves migratorias, "debido a que ellas partieron hacia el norte a finales de marzo (poco después del siniestro), y regresarán en Septiembre de este año, época en que su evaluación puede comenzar, sobre disminución de población, cambio de hábitat, alteración del paisaje, etc.". Estos dos rubros del daño no se liquidan a pesar de existir, pero por problemas técnicos mas no jurídicos. Es decir, en el evento en que se lograra la información suficiente para su tasación se deberían indemnizar. Es en este tipo de problemática que rescatamos la noción de "estándar mínimo del daño", de la cual hablamos en nuestra ya referida obra El Daño, que supone la indemnización mínima con independencia de la posibilidad de cuantificar exactamente el daño. Se trata de rescatar la posibilidad de indemnizar cuando se constate la existencia del daño a pesar de que no se tengan todos los elementos necesarios para hacer su cuantificación matemática. Probada la existencia del daño tiene que existir reparación, y si no se cuentan con los elementos suficientes para cuantificarlo se debe tomar una postura "minimalista", pero jamás declarar extinguida la obligación. Sin embargo el peritaje, a pesar de constatar el daño no lo indemniza, aunque hubiera podido utilizar la técnica en mención.

Así las cosas, el peritaje se centró en cuatro rubros del daño. En primer término, "el daño causado a la infauna de la zona afectada que fue igualado al daño que sufrió la población de chipichipis *Donax Striatus*". Puesto que hubo mortandad de esta especie, se estableció un tiempo de simulación de seis años que se consideró el

⁴⁷ El texto completo del dictamen pericial se encuentra publicado en la revista "Protección Ambiental. Organó divulgativo del Ministerio del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables", año II, n° 4, Caracas, septiembre/diciembre de 1998, pgs. 46-52.

requerido para "la restauración del ecosistema dañado". Para dicha simulación se establecieron "densidades promedio de organismos elevadas (750 ind/m²), tasa de reclutamiento baja, recuperación del ambiente lenta y, precio del producto ligeramente por encima de aquel del mercado". El valor total por este concepto fue de US\$37'301.942, "costo que está compuesto por el valor de los organismos que mueren a causa del derrame petrolero (Nº de muertos), mas el valor de aquellos organismos que no nacen, debido a que sus padres potenciales fueron muertos por el derrame petrolero (Nº de no nacidos)". En segundo término, se tasó el valor de reposición de la arena como sustrato, para lo cual se consideró que "el valor del daño al sustrato blando (fondo arenoso) es equivalente al valor de reposición de la arena petrolizada, por arena limpia", para lo cual se partió de los 100.000 metros cúbicos de arena petrolizada dañada, y se tasó a un valor de metro cúbico de arena limpia, lo cual arrojó la cifra de US\$1'000.000. En tercer término, se hizo el cálculo del valor de restitución de la calidad de agua en las costas afectadas, para lo cual se partió de que el promedio de hidrocarburos disueltos en el agua fue de 8 mg/l. Puesto que se reconoce la dificultad de hacer esta "estimación pecuniaria del daño sufrido por bienes que, como los ambientales, no suelen tener valor de mercado, en el mundo se ha optado por asumir como monto del daño ambiental el equivalente al costo de restauración del bien afectado, al estado que tenía con anterioridad", y para ello tomaron una fórmula creativa: los US\$5'000.000 que había invertido el Plan Nacional de Contingencia para la extracción de la arena petrolizada, se transfirió a la medida del daño por contaminación de las aguas costeras. Lo anterior se hizo "en base a que se está suponiendo que el propio medio natural se encargará de la detoxificación del cuerpo del agua, hasta niveles semejantes a los que se encontraban antes del derrame petrolero". Nótese que en este rubro del daño se pagó con base en el parámetro de otro rubro del daño, lo cual se justifica porque la restitución de la calidad del agua era en sí misma imposible de reparar invirtiendo en el agua del mar. Se indemnizó pues con base en el principio que permite reparar el ecosistema a pesar de que el objeto de reparación no sea exactamente el bien ambiental dañado. En cuarto lugar, se tasaron los daños a la playa como balneario, partiendo de los gastos diarios que en promedio tenían los visitantes a la misma, y se multiplicó por el número de días en los cuales la playa estuvo cerrada, lo cual arrojó la cifra de US\$16'946.759. El valor total del daño ascendió a la suma de US\$60'248.701.

Es interesante observar en este ejemplo, que si bien la tasación se hizo en dinero, ello supone de todas maneras, en los tres primeros rubros explicados, un valor económico que supone la restauración del medio ambiente. Es decir, se garantiza de todas formas la reparación *in natura*, en la medida en que el dinero cumple el objeto de pagar los costos de reposición del bien ambiental lesionado. Queda la inquietud del cuarto rubro del perjuicio, que es un lucro cesante tradicional, y que en el caso se decretó a favor del Estado Venezolano, lo cual es dudoso en la medida en que las víctimas del mismo fueron los comerciantes que se vieron privados

de obtener sus ganancias. De todas formas, en dicho evento estamos en presencia de un Daño Ambiental Consecutivo. Los otros tres rubros, por el contrario, sí permiten la restauración del bien ambiental.

B. Imputación del Daño

Una vez que se determina el daño, se trata de lograr imputarlo a una persona. El tema de la imputación es, a nuestro entender, el que mayor problemas lógicos y conceptuales genera en materia de responsabilidad civil. Determinar que una causa produjo un efecto y que el mismo se puede atribuir a determinada persona, es tarea mayúscula, a punto tal que las teorías de la causalidad no han logrado establecer parámetros ciertos para cumplirla.

A pesar de la mencionada dificultad, y para efectos de este escrito, explicaremos en un primer momento lo que entendemos por imputación, para luego estudiar las problemáticas particulares y complejas que se plantean en el derecho del medio ambiente.

1. Definición general de imputación

Entendemos por imputación la atribución jurídica de un daño causado por uno o varios hechos dañinos, atribuido o aplicable a una o varias personas que, por tanto, deberán en principio repararlo.

Varios comentarios amerita la definición dada.

Primero, se trata de una atribución jurídica y no necesariamente material. Es decir, se puede imputar un daño a una persona tanto por el hecho de haber causado directamente el daño como por haber permitido que se cause. El punto es de importancia en el tema que nos ocupa porque, como se verá, la responsabilidad del Estado puede provenir también de hechos omisivos que se le imputen. Segundo, un daño puede ser causado por varios hechos dañinos que concurran en la producción del mismo. La lógica es simple: entre mas hechos dañinos imputados mas posibilidad de vincular al eventual responsable, aunque hay casos en los que basta un solo hecho dañino. Tercero, si uno o varios hechos dañinos se imputan a una o varias personas públicas o privadas, surge el concepto de responsabilidad solidaria entre los coautores. Este principio está acogido de manera general en el artículo 2344 del Código Civil⁴⁸. Cuarto, en el evento en el cual personas públicas y privadas hayan sido coautoras del daño o, se presume que lo son, se aplica la teoría del fuero de atracción⁴⁹, en virtud del cual la jurisdicción contencioso administrativa "atrae" las personas privadas que en principio deberían ser juzgadas por la jurisdicción ordinaria. Quinto, si se afirma que las personas deberán, "en principio",

⁴⁸ Dice el artículo 2344 del Código Civil: "Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o mas personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o mas personas produce la acción solidaria del precedente inciso".

⁴⁹ Ver a nivel de ejemplo dentro de múltiples pronunciamientos: Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de enero de 1998, C.P.: Daniel Suárez Hernández, actor: Cecilia Cobo de Carranza, exp. 14197; 30 de abril de 1997, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, actor: María Carolina Aguirre, exp. 12967.

reparar el daño, es porque consideramos que no basta la imputación del daño para que surja la responsabilidad civil. Es decir, una vez imputado el daño se debe responder si la persona a quien se le imputa tiene la obligación jurídica de repararlo. Nos separamos así de la posición doctrinaria que estudia las teorías justificativas de la responsabilidad al interior del tema de la imputación, gracias a lo que denominan "factores de atribución". Estimamos, por el contrario, que puede ocurrir que un daño imputado a una persona sea jurídico y por tanto no haya lugar a repararlo.

2. Los problemas de la imputación en el derecho ambiental

Al decir del autor Michel Rousseau⁵⁰, son varios los problemas que plantea la imputación en materia ambiental: de una parte, la dificultad para escoger la persona responsable; de la otra, la dificultad para establecer el nexo de causalidad. De igual parecer es la autora española Rosario Leñero Bohórquez, para quien "la prueba del nexo causal en los daños ambientales constituye por lo general una auténtica prueba diabólica. Así, se ha puesto de manifiesto como esta tarea se ve dificultada por circunstancias tales como la frecuente pluralidad de agentes contaminantes, la eventual lejanía entre la ubicación del agente lesivo y el lugar de producción de los efectos, la manifestación diferida en el tiempo de los daños o del real alcance de los mismos..."⁵¹.

Veamos entonces el tipo de problemas que se presentan en la materia y su forma de solución.

En lo que concierne a la dificultad para establecer el nexo de causalidad, en el derecho ambiental el contaminador es raramente identificado en el momento del daño, con lo cual la tarea de aislar la causa del mismo se torna mas compleja. Es lo que ocurre por ejemplo en los daños al nivel freático del agua o en los de la contaminación del aire, en donde las consecuencias de la polución no son inmediatas y por tanto no coinciden con el acto de polución. Entre el acto de polución y sus efectos constatables transcurre un tiempo que en nada facilita la tarea de encontrar las causas del daño. Sin embargo, la tarea no es imposible. De un lado, estima el autor Rousseau que "actuar rápidamente y acumular los indicios es uno de los aspectos claves del éxito en materia del medio ambiente". Del otro, recordando que "los jueces son concientes de las dificultades que presenta la polución y por tanto son sensibles a análisis creativos", afirma que son dados al Razonamiento a Contrario, en virtud del cual se llega a la certeza causal gracias a la exclusión de otras causas posibles. Es el caso, por ejemplo, de la muerte de unas abejas por emisiones de flúor en el aire. Cuando las abejas mueren

⁵⁰ Michel Rousseau. "La difficulté d'établir la responsabilité civile de l'entreprise en matière d'environnement", inmerso en la revista La Semaine Juridique, publicado por Editions du Juris-Classeur, París, como Suplemento Número 1 a la Semaine Juridique número 15 del 15 de abril de 1999, en donde se publicaron las ponencias en el seminario "L'entreprise face au dommage environnemental", p. 39.

⁵¹ www.cica.es/aliens/gimadus. Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental. Nº 3 de noviembre de 1999. Universidad de Sevilla. Área de Derecho Administrativo. En esta dirección se encuentra la revista mencionada y en su interior el ensayo de la referida autora, cuyo título es "la relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por daños ambientales".

es muy difícil establecer cuál es la causa porque la industria de flúor se encontraba a kilómetros de distancia. Sin embargo, luego de excluir que las abejas estaban enfermas, que hubieran atrapado un gran frío por las heladas, "se juzga que a falta de otra causa la mortalidad de las abejas solo se podía explicar por la intoxicación del flúor". Esta metodología se complementa con el método del "conjunto de presunciones graves y concordantes" que apuntan a esclarecer el nexo causal. Esta problemática de la causalidad en materia ambiental supone entonces olvidar que la única prueba viable es la directa y contundente, para permitir nuevas aproximaciones al fenómeno, gracias a las técnicas que se han reseñado. Es una tendencia propia del derecho ambiental que, como lo comenta la autora Leñero, citando una sentencia del Tribunal Supremo Español del 16 de diciembre de 1997 (Art.1132/98), en donde se expresó que, "se insiste por el representante procesal de la administración recurrente que la Jurisprudencia de esta Sala ha exigido que la relación de causa a efecto sea directa, inmediata y exclusiva, pero, aunque es cierto que así lo ha declarado frecuentemente esta Sala en sus sentencias al exigir la concurrencia del nexo de causalidad, en nuestras sentencias de 25 de enero de 1997 (Art. 266) y 26 de abril de 1997 (Art. 4307) hemos declarado que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes siempre que pueda colegirse tal nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño o perjuicio...". Bajo esta perspectiva debe entenderse el caso colombiano Comunidad Indígena de Cristianía⁵² en donde el juez aplicó sin problema alguno el concepto de causalidad probable⁵³. Se observa así la tendencia del derecho del medio ambiente de aligerar la prueba de la causalidad.

En segundo lugar, hay dificultad para determinar el responsable. A mas del motivo reseñado, esto es, la ausencia de identificación del responsable en el momento del daño, se presenta otro problema porque "el tejido industrial es de tal naturaleza que la polución se entrecruza, se mezcla y se yustapone". Son múltiples los contaminadores que se encuentran en una zona determinada y múltiples las relaciones que se establecen entre los componentes del medio ambiente. En este evento el contaminador "no puede escapar a su responsabilidad pues el principio fundamental de la responsabilidad *in solidum* es aplicable al caso en el cual varios contaminadores potenciales se encuentran al origen del daño", lo cual es aplicable al derecho colombiano

⁵² Corte Constitucional, 24 de junio de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón, peticionario: Amado de Jesús Carupia Yagari, exp. N° 859: "De lo anterior se desprende que, según los informes técnicos del Ministerio de Obras Públicas, la ampliación de la carretera no fue ajena a la producción de daños, habiendo contribuido en ello por lo menos en una mínima parte. Lo cierto es que, en este tipo de asuntos, en los cuales confluyen varias causas en la producción de un fenómeno geológico, la delimitación de las mismas es sumamente problemática, debido a las enormes dificultades para reconstruir causalmente variaciones subterráneas que se produjeron en el pasado... El hecho de que las obras contribuyan en forma mínima, siendo este mínimo suficiente para desencadenar los daños, no puede significar que la Comunidad deba soportar esta causa adicional. Sería tanto como afirmar que los daños deben ser soportados en aquellos casos en los cuales la naturaleza lleve la mayor parte de la explicación causal y, en este orden de ideas, sostener que las obras civiles pueden hacer caso omiso de las condiciones propias del terreno".

⁵³ En sentido contrario ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, 21 de agosto de 1997, C.P.: Daniel Suárez Hernández, actor: Rosa Garcés de Galindo, exp. 11402: no se declara la responsabilidad por los perjuicios ocasionados a un predio por la instalación de laguna de oxidación de un acueducto municipal por falta de prueba del nexo causal.

en virtud del artículo 2344 del Código Civil. Lo anterior supone que en muchos casos de daño ambiental serán numerosas las personas demandadas a repararlo, y que entre ellas su obligación es solidaria.

La regla de la solidaridad debe tener a su turno excepciones, so pena de que suponga la "solidaridad de todo el mundo". Es lo que ocurre, por ejemplo, con la contaminación en las ciudades. Si es el conjunto de la sociedad quien ha producido la polución, es imposible determinar responsables así sea a partir del concepto de solidaridad. Esta idea está bien expresada en el Libro Blanco ya referido, en el cual se puede leer que, "para que el régimen de responsabilidad sea efectivo tiene que ser posible establecer la identidad de los contaminadores... motivo por el cual no constituye un instrumento adecuado para los casos de contaminación de carácter difuso, procedente de fuentes múltiples"⁵⁴.

Se observa entonces que a pesar de las dificultades propias de la materia, las creaciones novedosas para establecer el nexo causal, así como el tradicional concepto de solidaridad entre coautores del daño, permiten superar la problemática y otorgar al intérprete elementos de juicio que den una razonabilidad convincente.

C. Fundamento del deber de reparar

El fundamento del deber de reparar es, a nuestro entender, el tercer requisito de la responsabilidad civil. Consiste en responder afirmativamente a la pregunta de si la persona a la que se le ha imputado el daño debe o no resarcirlo. De lo que se trata en esta etapa es de aplicar o no, a partir de los hechos dañinos imputados al eventual responsable, las teorías que justifican el deber de reparar. Ello supone que la imputación del daño no convierte automáticamente en responsable a la persona a la que se le ha imputado el mismo, porque aquella sólo responde por los daños antijurídicos que le sean atribuibles. Es el clásico ejemplo de la competencia leal o desleal. Si un comerciante quiebra a otro en franca lid, a pesar de existir daño para el quebrado e imputación

⁵⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 9.2.2000 COM(2000) 66 final, Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental (presentado por la Comisión), p. 3.

de hechos dañinos a quien lo quebró, no hay lugar a indemnización. Solo el daño antijurídico genera responsabilidad civil.

Así se encuentra establecido en el artículo 90 de nuestra Constitución Política⁵⁵, que es la fuente de toda la responsabilidad estatal⁵⁶.

La interpretación que hemos dado de dicho artículo supone que el régimen general de responsabilidad estatal no es de naturaleza exclusivamente objetiva, sino mixta⁵⁷. Esto indica que el Daño Antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad existentes -verbigracia falla del servicio, teoría del riesgo, teoría del daño especial o de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, enriquecimiento sin justa causa, abuso del derecho, perturbación de vecindario, etc.-, definición que ha sido citada por la Corte Constitucional⁵⁸. Con ello se plantea la discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad, que tiene gran incidencia en el tema que ahora nos ocupa. En términos generales, consideramos que la noción de falla del servicio no solo no ha desaparecido, sino que hay múltiples eventos en los cuales su ausencia genera que no se declare la responsabilidad estatal⁵⁹.

Si bien tal es el postulado general que concibo para un sistema de responsabilidad civil, la enunciación del conocido principio del derecho ambiental según el cual "el que contamina paga", hace pensar si se produce o

⁵⁵ Dice el mencionado artículo: "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 éste".

⁵⁶ Ver, por ejemplo, la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 8 de mayo de 1995 con ponencia del Consejero Juan de Dios Montes Hernández, en el expediente 8118, donde se afirma: "esa laboriosa construcción jurisprudencial permitió, al cabo de muchos años, la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de naturaleza contractual como extracontractual".

⁵⁷ Remito a mis siguientes ensayos: "Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", en "Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas : perspectivas para el próximo milenio", Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá D.C., 1997, p. 727 et ss.; "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", ensayo inmerso en el libro "Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público", Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1996, pgs. 729 ss.

⁵⁸ Corte Constitucional, 1º de agosto de 1996, ponente: Alejandro Martínez Caballero, sentencia C-333/96, demanda D-1111, actora: Emilse Margarita Palencia Cruz, donde se estudió la constitucionalidad del artículo 50 de la ley 80 de 1993, y en donde se expresó: "Como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado".

⁵⁹ Solo para citar una sentencia que apoya doctrinariamente lo que afirmo: Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Ninfa Rubio vda. de Celis, expediente n° 6941: "Pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva de ese daño antijurídico. Piénsese, por ejemplo, en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medio y en los cuales esa responsabilidad sólo resultará comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio". También podría remitirse el lector a toda la jurisprudencia relacionada con la omisión estatal en la protección de la vida, honra y bienes de los asociados.

no una derogatoria, en este campo, de la naturaleza mixta de la responsabilidad, para que se convierta exclusivamente en objetiva. Es decir, en virtud del mismo bastaría contaminar y en general dañar el medio ambiente para ser obligado a la indemnización, lo cual ha permitido que, casi de manera unánime doctrina y aun normatividad, prediquen que la responsabilidad objetiva, esto es sin culpa, es la que se aplica en la materia. El artículo 16 de la ley 23 de 1973 pareciera reafirmar este principio⁶⁰. Es lo que ocurre en otros campos de la responsabilidad civil del Estado, como el de la prestación del servicio de energía, en donde se ha dicho que la ausencia de culpa no impide que se condene al Estado a resarcir los daños causados.

No obstante, no se puede apresuradamente predicar que el principio "el que contamina paga" supone que el Estado sea responsable por toda contaminación ocurrida en el territorio nacional. El mencionado principio, en nuestro entender, no supone un régimen objetivo de responsabilidad en el campo del medio ambiente y, por el contrario, se observará que el mismo tiene, al igual que en el conjunto de la responsabilidad civil, una naturaleza mixta.

La respuesta que se da a la naturaleza de la responsabilidad del Estado debe entonces tener en cuenta otra serie de elementos. Así, por ejemplo, se debe diferenciar si el Estado es quien contaminó o si lo hizo un particular, lo cual tiene gran incidencia en la interpretación que se da al ya reseñado artículo 16 de la ley 23 de 1973. En este sentido existe una diferencia sustancial para lograr la aplicación del citado principio, pues el mismo variará para el caso en que la contaminación la produce directamente la persona que se busca como responsable, o, si por el contrario, la contaminación solo le puede ser atribuida por la vía de la omisión pero no por la de la producción activa del daño. La diferencia entre responsabilidad por acción y por omisión hará cambiar los alcances del principio en estudio. Se debe tener igualmente en cuenta que el artículo 88 de la Constitución Política, sobre acciones populares, estableció que la ley "definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos", sin que los haya señalado en la ley 472 de 1998, lo cual genera la inquietud de determinar jurídicamente las consecuencias de la mencionada omisión legislativa. De otra parte, la propia ley 99 enuncia en su artículo 1° que "el proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de Junio de 1992 sobre el Medio Ambiente y Desarrollo", con lo cual se retoma la discusión sobre la relación entre daño civil indemnizable y desarrollo sostenible. Finalmente, el principio de precaución está expresamente consagrado en el numeral 6° del artículo 1° de la ley 99⁶¹, con lo cual "se debe

⁶⁰ Dice el mencionado artículo: "El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por la mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado".

⁶¹ Dice el citado numeral: "La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales: ... 6. La formulación de políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño

por lo menos admitir que la referencia a la precaución debe tener una incidencia sobre el concepto de culpa... (porque)... el hombre razonable se convierte, poco a poco, no solo en aquel que integra en sus decisiones el riesgo probable sino aquel que piensa a integrar la incertidumbre. En presencia de esta incertidumbre, el hombre razonable deberá tomar todas las precauciones antes de obrar, o abstenerse de actuar sin haber hecho todo aquello que estaba razonable y económicamente posible para levantar el velo de esta duda"⁶².

Es así como se observa, de entrada, que la responsabilidad objetiva en todos los campos en los cuales se expresa el derecho ambiental debe ser analizada con cautela, porque en estricto sentido no existe con el alcance general que se pretende.

Varios argumentos sustentan la anterior afirmación.

En primer lugar, el hecho de que en el derecho internacional el punto ha sido largamente debatido, y se encuentran doctrinantes que opinan que la responsabilidad subjetiva sigue prevaleciendo. Remito al interesante libro de Alonso Gómez Robledo V., sobretodo en las primeras páginas en las que da cuenta del estado del arte en la responsabilidad internacional. Así por ejemplo, citando la tesis del profesor Philippe Cahier, afirma que, "la regla de la utilización no perjudicial del territorio es una obligación de comportamiento y no de resultado, esto quiere decir que los Estados deben ejercer una debida diligencia para asegurarse que su territorio no sea utilizado en contra de los intereses de terceros; pero no implica que tengan la obligación de garantizar que el territorio de su Estado no esté jamás al origen de un daño ocasionado a otro Estado. Pero si esto es así, en caso de daños causados por actividades comportando riesgos excepcionales, el Estado víctima debería ofrecer la prueba de que las autoridades estatales no ejercieron el control o vigilancia necesarias sobre las industrias que se dedican a tales actividades"⁶³. Por supuesto, en sentido contrario, esto es el de la responsabilidad objetiva, también existen doctrinantes que, como "el profesor Günther Handl cree(n), que con todo, es permisible proceder bajo la suposición de que una *strict liability* por actividades anormalmente riesgosas existe

grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente".

⁶² G.J. Martín. "La mise en ouvre du principe de précaution et la renaissance de la responsabilité pour faute", publicado en Cahiers de Droit de l'Entreprise, en la revista La Semaine Juridique, publicado por Editions du Juris-Classeur, París, como Suplemento Número 1 a la Semaine Juridique número 15 del 15 de abril de 1999, en donde se publicaron las ponencias en el seminario "L'entreprise face au dommage environnemental", p. 3.

⁶³ Alonso Gómez-Robledo Verduzco. "Responsabilidad internacional por daños transfronterizos", Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p.21.

hoy en día como principio de derecho internacional general"⁶⁴. Existe pues discusión sobre el punto en la doctrina mas autorizada del derecho internacional.

Si esto ocurre en la responsabilidad internacional de los Estados, se observa, en segundo término, que en el intento por establecer un régimen de responsabilidad común en los países europeos, la situación es similar, en la medida en que no existe un régimen comun objetivo de responsabilidad. En efecto, "el libro Blanco llega a la conclusión de que la opción más adecuada consiste en la adopción de una Directiva marco comunitaria que contemple, por un lado, la responsabilidad objetiva por los daños derivados de actividades peligrosas reguladas por la legislación comunitaria (que cubra, con circunstancias eximentes y atenuantes, tanto los daños tradicionales como los daños causados al medio ambiente) y que también regule, por otro, la responsabilidad basada en la culpa en los casos de daños a la biodiversidad derivados de actividades no peligrosas... Este enfoque ofrece los medios más eficaces para aplicar los principios de política ambiental que figuran en el Tratado CE y, en particular, el principio de quien contamina paga"⁶⁵. Si el principio "el que contamina paga" supone que haya campos del derecho ambiental que requieran de la prueba de la culpa (actividades no peligrosas), y si el régimen común propuesto para la Comunidad Europea puede, en algunos casos, basarse en la culpa, es porque la responsabilidad no es tan objetiva como se pretende.

De igual parecer es, en tercer término, el tratadista colombiano Javier Tamayo quien distingue varias hipótesis de responsabilidad: " Cuando la contaminación se produce como consecuencia del incumplimiento de normas de carácter ambiental, es evidente que estamos frente a una responsabilidad por culpa probada,⁶⁶ más concretamente por violación de reglamentos, en cuyo caso lo aplicable es el artículo 2341 del C.C.". Pero en el evento en el cual puede surgir la responsabilidad a pesar de cumplirse con las normas ambientales, "la norma fundamental es el artículo 2356 del C.C. que, como vimos, consagra el principio general según el cual, quien ejerce una actividad peligrosa y con ella causa un daño, es responsable a menos que demuestre que el daño es imputable a una causa extraña. Y la contaminación ambiental es una actividad peligrosa por excelencia. Así ha sido admitido por la jurisprudencia nacional⁶⁷... Pero fuera del artículo 2356, el artículo 669 del C.C., al definir el derecho de dominio, establece en nuestro sentir una responsabilidad objetiva en contra del propietario que, usando o gozando la cosa, causa daño a un tercero. Esta teoría ya ha sido analizada. De hecho, la

⁶⁴ ibidem, p. 26.

⁶⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 9.2.2000 COM(2000) 66 final, Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental (presentado por la Comisión), p. 4 y 34.

⁶⁶ Yves Chartier, ob. cit. núm. 95; Philippe Le Tourneau, Philippe núm. 1567.

⁶⁷ C.S.J. Cas. Civ. 30 abril e 1976 *Gaceta Jurisprudencial* tomo CIII pág. 130. Es de anotar que la doctrina y la jurisprudencia francesas , en su mayoría, rechazan la responsabilidad por el hecho de las cosas, como fundamento de las perturbaciones de vecindario. Ver CHARTIER, Yves ob. cit. núm. 95; LE TOURNEAU, Philippe ob. cit. núm. 1599 y ss.

jurisprudencia colombiana, sin ser categórica y pacífica al respecto, en algunos fallos ha aceptado que el derecho de dominio sirve de fundamento a las perturbaciones de vecindario, entre las cuales se encuentra la contaminación ambiental⁶⁸ 69. Esta postura del profesor Tamayo muestra cómo la dicotomía entre culpa y responsabilidad objetiva sigue vigente en el derecho ambiental, aunque para él, lo cual es discutible, la *summa divisio* depende de si se viola o no una norma ambiental, para concluir que en el caso en el cual no se viola se predica la responsabilidad objetiva, siendo que, como se vio en el Libro Blanco de la Comunidad Europea, se debe también tener en cuenta si la actividad es o no peligrosa, porque si no lo es, la responsabilidad se justifica por la culpa.

Se observa entonces que el principio "el que contamina paga" no supone un régimen exclusivamente objetivo en el derecho ambiental. No se quiere con lo anterior desvalorar el importante avance que está implicando este principio hacia la instauración de la responsabilidad objetiva, pero, como se verá, existen campos en los cuales la noción de culpa o, si se quiere, de falla del servicio, siguen teniendo alguna incidencia que se debe analizar con calma.

Con independencia de la postura que se ha tomado, se debe recordar que, como lo hemos visto al estudiar la prohibición del doble pago, la actividad humana puede causar impactos ambientales que no necesariamente son daño, porque se ejercen dentro de los parámetros permitidos y porque la capacidad de resiliencia del ecosistema hace que el bien ambiental no se merme. Si se quiere, desde otra perspectiva que no comparto pero que se debe recordar, se podría afirmar que existen daños jurídicos porque se encuentran dentro de los límites de tolerancia de las normas, y daños antijurídicos porque se sobrepasan dichos límites. El hecho es que

⁶⁸ C.S.J. Cas. Civ. 11 abril 1930 *Gaceta Jurisprudencial* tomo XXXVII pág. 507; C.S.J. Cas. Civ. 31 agosto 1954 *Gaceta Jurisprudencial* tomo LXVIII pág. 425; C.S.J. Cas. Civ. 13 marzo 1970 *Gaceta Jurisprudencial* tomo CXXXIII pág. 136 y ss.

⁶⁹ Javier Tamayo Jaramillo. "Las actividades peligrosas y la contaminación ambiental", próximo a publicar, p.55 y 57.

para determinar si se debe o no indemnizar el daño causado, de lo que se trata ahora es de observar si el mismo se puede calificar o no de antijurídico y, por tanto, debe o no ser resarcido por el Estado.

Las anteriores observaciones hacen entonces que, antes de tomar una postura definitiva y completa sobre el problema, analicemos los diversos campos en los cuales se puede ver comprometida la responsabilidad estatal. Estos campos que pasaré a explicar no buscan ser exhaustivos sino ejemplificadores.

1. Responsabilidad del Estado por contaminar directamente

Se trata en esta hipótesis de analizar qué ocurre cuando el Estado, en desarrollo de una actividad propia, produce un daño ambiental. En estos eventos en nada se diferencia la responsabilidad del Estado con aquella de los particulares, en la medida en que es su propia actividad la cuestionada.

Retomando lo estudiado en el acápite de Daño de este escrito, debemos distinguir si se trata de un Daño Ambiental Puro o de uno Consecutivo.

Respecto de los primeros daños, creemos que la regla "el que contamina paga" adquiere todo su significado para justificar, de manera objetiva, la indemnización por parte del Estado. Si bien no conocemos precedentes jurisprudenciales en este campo, la hipótesis es sencilla: si el Estado en el desarrollo de una actividad propia contamina el medio ambiente o produce en general un daño ambiental, debe indemnizar el daño causado. La ausencia de culpa no debe entrar en juego y bastará la prueba del daño y su imputación. Esta hipótesis se presenta de todas formas, a pesar de que "la regla general en materia de propiedad sobre los recursos naturales renovables es que estos pertenecen a la Nación"⁷⁰, porque bien puede ocurrir, por ejemplo, que mediante una acción popular un ciudadano intente que la Nación indemnice el bien ambiental dañado, de conformidad con los artículos 9 y 14 de la ley 472 de 1998⁷¹. Es indiscutible que la situación es curiosa en la medida en que el "propietario" del bien es el obligado a la indemnización. *Mutatis mutandi*, sería como si el dueño de un edificio fuere obligado a pagarse los daños que le ocurran, lo cual no podría presentarse en el esquema tradicional de la responsabilidad civil, que requiere que el demandado no sea al mismo tiempo la víctima del daño. Sin embargo, nada impide que en el derecho ambiental la situación se presente, y ello es precisamente otra de las novedades de este campo del derecho. En este caso la Nación sería obligada a indemnizar el Daño Ambiental Puro a favor del bien lesionado, siguiendo las reglas generales que ya hemos visto sobre la reparación de este

⁷⁰ Eugenia Ponce de León. "Régimen constitucional de la propiedad", ensayo inmerso en el libro "Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo I", Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., 1999, p. 474.

⁷¹ Dice el artículo 9º: "Procedencia de las acciones populares. Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos". Dice el artículo 14º: "Personas contra quienes se dirige la acción. La acción popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos".

tipo de daños. Se podrá decir que la situación no es lógica por lo ya anotado, pero consideramos que prevalece la protección del medio ambiente sobre la titularidad del bien dañado, precisamente porque se trata de un bien colectivo que pertenece a la sociedad, a pesar de que formalmente y para determinados efectos esté atribuido a la Nación.

En la segunda hipótesis, sobre Daños Ambientales Consecutivos, existen múltiples antecedentes que hacen responsable al Estado, y que lo obligan a indemnizar las repercusiones sobre patrimonios en su faceta exclusivamente individual⁷². Del conjunto de la jurisprudencia se observa que el juez administrativo se sustenta en la responsabilidad objetiva, ya sea a partir de la noción de actividad peligrosa o de la de trabajos públicos o, aún, en la de perturbaciones del vecindario que la misma jurisdicción contencioso administrativa ha tenido oportunidad de citar⁷³. Todas las justificaciones anteriores tienen en común la aplicación del principio "el que contamina paga", con la única diferencia de que el mismo se sustenta con teorías que han sido históricamente trajinadas por las diferentes jurisdicciones.

2. Responsabilidad del Estado por permitir la contaminación

Esta hipótesis difiere radicalmente de la anterior, porque el Estado no es quien causa directamente el daño ambiental, que es en principio imputable a terceros. Estimamos que en este evento el principio "el que contamina paga" debe ser estudiado de manera diferente, y que la interpretación del ya mencionado artículo 16 de la ley 23 de 1973 debe hacerse también de otra forma que no conlleva a la aplicación del principio "el que daña paga".

En efecto, es claro que la imputación es uno de los elementos requeridos por el artículo 90 de la Constitución Política para permitir la declaratoria de responsabilidad del Estado, a punto tal que su ausencia impide que se haga tal declaratoria. Este requisito ha sido recogido en buena medida por la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano al afirmar que, "en derecho público al igual que en derecho privado, sin imputación no puede haber responsabilidad"⁷⁴, porque la víctima del accidente debe "atribuir el daño que padeció al Estado"⁷⁵. Es por ello que, "como ya lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, son dos los elementos indispensables

⁷² Cfr. los ejemplos dados en el pie de página número 44.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 12 de diciembre de 1990, Ponente: Julio César Uribe Acosta, expediente n° 6272: "Jurídicamente la administración tiene la obligación de indemnizar los perjuicios que cause a terceros por los daños permanentes que resultan de la vecindad de una obra pública cuando exceden los inconvenientes ordinarios de aquella, como lo enseña el profesor Jean Rivero".

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de febrero de 1966, Ponente: Gabriel Rojas Arbelaez, Expediente n° 37, Actor: Mario Ortiz de la Roche, A.C.E., tomo XX et XXI, N° 409-412, p. 797.

⁷⁵ Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, 21 de octubre de 1999, Consejero Ponente: Alier Hernández Enriquez, Actor: Luis Polidoro Combita y otros, expediente n° 10948 y 11643 (acumulados).

para la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado"⁷⁶.

En el caso en estudio, en principio, la imputación está ausente precisamente porque es un tercero el que ha causado el daño. No queremos con ello significar que cuando el tercero causa el daño se genera automáticamente la exoneración del Estado. No. Múltiples son los antecedentes de la jurisprudencia nacional en los cuales se condena al Estado a pesar de que la causa inmediata del daño se atribuya a un tercero. De lo que se trata en esta hipótesis es de encontrar hechos dañinos imputables al Estado, que hagan operar alguna de las teorías que justifican el deber reparatorio. Solo para citar dos ejemplos, nos remitimos al conocido caso del asesinato del exministro y profesor Low Murtra por parte de sicarios, en el cual el Estado fue condenado por falla del servicio⁷⁷, y al caso de la bomba terrorista colocada en momentos en que se desplazaba en su vehículo el general Maza Marquez⁷⁸, caso en el cual el Consejo de Estado utilizó la teoría del riesgo creado y la del daño especial, para indemnizar por la muerte de un transeúnte ocasional.

Si se observa, en esta hipótesis en comento entraría a operar en su forma natural y tradicional el artículo 90 de la Constitución Política, esto es, bajo los lineamientos que ha dado la jurisprudencia a la aplicación de los diversos regímenes de responsabilidad. Así, por ejemplo, si el Estado incurre en una falla del servicio, por ejemplo, porque a ciencia y paciencia permitió que una actividad ilícita contaminante operara, se le debe condenar. Es lo que puede ocurrir en otras áreas del actuar administrativo cuando el Estado, conociendo que un inmueble amenaza ruina no hace nada para impedir el daño⁷⁹, cuando conoce que existe plan de un atentado guerrillero y no hace nada para evitarlo⁸⁰, cuando conociendo el mal estado de una quebrada la

⁷⁶ Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, 21 de octubre de 1999, Consejero Ponente: Alier E. Hernandez Enriquez, Actor: Luis Polidoro Combita y otros, expediente n° 10948 y 11643 (acumulados).

⁷⁷ Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, 19 de junio de 1997, Consejero Ponente : Daniel Suárez Hernández, actor : Yoshiko Nakayama de Low y otras, expediente n° 11.875.

⁷⁸ Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, 23 de septiembre de 1994, ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: José Vicente Cuervo Londoño, expediente n° 8577.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de abril de 1998, Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Actor: Ramiro Hernán Medina y otros, expediente n° 10280: "No obstante conocer la situación de ruina del inmueble, la entidad demandada no tomó ninguna medida de protección para evitar que sucedieran hechos como el que es objeto de este proceso. El lugar no estaba vigilado por funcionarios del instituto ni de la policía, ni se colocaron medidas que impidieran el acceso libre al lugar. El sitio había sido utilizado por los vecinos del lugar como sitio de recreación, sin que la entidad lo prohibiera".

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de mayo de 1997, Ponente: Daniel Suárez Hernández, Actor: Carmen Dolores Muñoz de Rey, expediente n° 11131: "Destaca la Sala que la falla no se encuentra solo en el hecho de que un suboficial y 13 agentes de policía, no hayan sido capaces de enfrentar y repeler con éxito el ataque guerrillero. La falla realmente se configuró porque la institución por medio de sus comandantes en Nariño , conocía de antemano que un grupo de guerrilleros de aproximadamente 40 hombres, se había trasladado a la región con el propósito de unirse a otros que tienen asiento en la zona, para atacar sus poblaciones".

misma se desborda causando daños⁸¹, o, cuando se permite que una buseta transite sin los requisitos de ley⁸², casos en los cuales la declaratoria de responsabilidad del Estado se justifica por el hecho de no haber utilizado sus poderes jurídicos y fácticos que le habrían permitido impedir el daño. Esta lógica, se reitera, puede presentarse en el tema del medio ambiente para justificar la indemnización de los daños ambientales tanto Puros como Consecutivos. Mas no solo la declaratoria de responsabilidad puede ocurrir por una falla del servicio. En el campo ambiental bien se puede aplicar la teoría del daño especial, como ocurrió en la ya referida sentencia del atentado terrorista a Maza Marquez. La filosofía que guía la jurisprudencia es la de que si el atentado terrorista se comete contra una personalidad o una institución pública, y con ello se causan daños a terceros, se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas y el Estado, mediando la indemnización, debe restablecerla. Esta teoría puede ser apoyada con la clásica teoría del riesgo, con de las Perturbaciones del Vecindario, con la de los trabajos públicos o, aún, con aquella enunciada por el profesor Tamayo, con base el artículo 669 del Código Civil.

Es entonces bajo esta perspectiva que debe ser estudiado el artículo 16 de la ley 23 de 1973, el cual, en nuestro entender, no puede suponer que todo daño causado en el territorio nacional "al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento al medio ambiente", conlleve a la declaratoria de responsabilidad del Estado. Como hemos visto en el acápite precedente, una cosa es que el Estado contamine directamente y otra que sea un tercero el que produzca el daño ambiental. Si estamos frente a esta última hipótesis, para lograr imputar el daño al Estado y poder así justificar su deber reparatorio con base en los hechos dañinos que se le endilgan, se debe tener en cuenta el alcance del artículo 90 de la Constitución Política, que excluye abiertamente la posibilidad de que todo daño causado por un tercero sea automáticamente atribuido al Estado. No sobra recordar que la ley 23 de 1973 es

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 de septiembre de 1993, Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Actor: Aurelio Tobón Mejía y otros, expediente n° 6144: "También hay prueba de que se presentaron notables defectos de mantenimiento sobre la quebrada La Mansión, en su parte descubierta, y en el sitio de taponamiento, pues, a juicio, no contradicho, de los técnicos, y por deducción de simple sentido común, los daños no solamente eran previsibles sino fácilmente evitables con un poco de diligencia en la limpieza del cauce de la quebrada para que su caudal fluyera sin represarse, fenómeno que al fin de cuentas es el causante de los perjuicios; para el caso, es indiferente que las basuras y desperdicios que generaron la represa no hayan sido lanzados por el municipio (sería gravísimo si así fuese), y que dicha circunstancia sea el fruto de la insolidaridad del vecindario. Por ello, el municipio no se exonera de su obligación de mantenimiento de la quebrada; por el contrario, es allí donde surge".

⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de septiembre de 1993, Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, Actor: Bartolo Manuel Ballestas y otros, expediente n° 6852: "Los medios de prueba válidamente aducidos al proceso acreditan, sin lugar a dudas, la ocurrencia de diversas faltas o fallas en la prestación del servicio público a cargo del municipio de Montería, concerniente al desarrollo de las tareas que tiene encomendadas de vigilancia y control del transporte público y privado, lo mismo que en lo relacionado con el adecuado funcionamiento de las señales de tránsito; hubo ostensibles omisiones administrativas que determinaron que la prestación del servicio fuese descuidada y negligente... A la administración le correspondía inmovilizar o por lo menos impedir que la buseta estuviera desarrollando actividad de transporte de pasajeros, mientras continuara registrando las fallas mecánicas. No obstante, colocándose en contravía de sus deberes constitucionales y legales, permitió que siguiera haciendo sus recorridos regulares, colocando a toda la ciudadanía en peligro de sufrir un percance".

anterior a la Constitución Política de 1991, y que por tanto la interpretación de aquella debe estar sujeta al mandato de esta.

Como ya lo enunciamos, no conocemos precedentes colombianos que condenen al Estado por daños ambientales producidos por terceras personas, a pesar de que pronto habrá decisiones judiciales, porque hay litigios en curso sobre el tema en los tribunales. Ello no obsta para citar un caso de la India de 1996, el *Indian Council for Enviro-Legal Action* contra *Union of India*, en donde, si bien el Estado no fue condenado a pagar los perjuicios, sí fue obligado a cerrar una fábrica, a tasar el daño y a cobrarlo. Se trató de un evento en el cual "los demandados operaban fábricas químicas sin las licencias requeridas y no habían instalado equipo para el tratamiento de un elemento altamente tóxico que descargaban. Las descargas polucionaban la tierra y el agua. Una organización ambiental presentó una demanda en nombre de la comunidad cuyo derecho a la vida había sido infringido por los demandados. La Corte aplicó la regla del Caso del Escape de Gas Aceitoso (*Oleum Gas Leak Case*), bajo la cual, si la actividad llevada a cabo es riesgosa o inherentemente peligrosa, la persona que conduce dicha actividad es responsable de reparar el daño causado a cualquier persona independientemente de si llevó a cabo la actividad de manera cuidadosa"⁸³. Es de resaltar en este caso que, a diferencia de lo que ocurrió en la India, se puede buscar en Colombia la responsabilidad del Estado, no solo para que cierre la fábrica y tase daños, sino para que indemnice por la falla del servicio cometida y, posteriormente, repita contra el directamente responsable, como se concibe, según la doctrinante Leñero, en el derecho español: "la posibilidad de declarar responsable a la administración por daños ambientales causados por terceros, existiendo deber de vigilancia sobre las actividades potencialmente contaminantes, no resulta tan utópica como debió parecer en 1976, cuando Martín Rebollo la sugirió"⁸⁴.

3. Responsabilidad del Estado por daños transfronterizos

Otro de los grandes campos en el cual la responsabilidad del Estado puede ser comprometida, es el de los daños transfronterizos. El tema es de tal trascendencia, que ha motivado una copiosa jurisprudencia de

⁸³ "Compendium of judicial decisions on matters related to environment", publicación realizada en diciembre de 1998 por la United Nations Environment Programme -UNEP- y la United Nations Development Programme -UNDP, volumen I, Decisiones Nacionales, p. XXXIV.

⁸⁴ www.cica.es/aliens/gimadus. Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental. N° 3 de noviembre de 1999. Universidad de Sevilla. Área de Derecho Administrativo. En esta dirección se encuentra la revista mencionada y en su interior el ensayo de la referida autora, cuyo título es "la relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por daños ambientales".

tribunales internacionales⁸⁵ así como convenios que, como el de Basilea, tratan de reglamentar el tema en forma vinculante para los Estados⁸⁶.

En este campo debemos nuevamente diferenciar si se trata de daños causados por el propio Estado o por los particulares, porque en buena medida ello marcará la solución a los litigios planteados. En principio se puede afirmar que si se trata de daños causados por particulares, quienes a su turno son demandados internacionalmente, "el operador de tal actividad asumirá una responsabilidad objetiva por los daños y perjuicios causados por la actividad en cuestión, independientemente de saber si el daño pudo o no haber sido evitado"⁸⁷. Igual solución se impondría si el operador es el mismo Estado. Sin embargo, la solución comentada deja de ser unificada cuando lo que se pretende es la responsabilidad estatal por hechos de particulares, caso en el cual existen doctrinantes que sientan, luego del estudio de la jurisprudencia internacional, posiciones antagónicas. En una primera línea argumentativa el profesor Cahier considera que, "por lo que toca a la imputabilidad del daño, consecuencia de una actividad ultrarriesgosa, los problemas no surgirían cuando se tratase de órganos del Estado o de establecimientos u organismos públicos, sino cuando se tratase de empresas poseyendo un carácter puramente privado. En este último caso, por aplicación de la regla general, el Estado, salvo que hubiere infracción de la debida diligencia, no podrá ser considerado como responsable, como no lo es de los actos de personas particulares"⁸⁸. En una segunda línea argumentativa, contraria a la anterior, "el argumento según el cual el Estado que ejerce el control no es responsable por una conducta privada, aun cuando claramente se establezca que se trata de una actividad ultrarriesgosa, a menos que le sea imputable, es un argumento inaceptable para Günter Handl por estar basado en una extensión no justificada de la regla de la imputabilidad (elemento esencial en el estándar de la responsabilidad tradicional) a actividades claramente sujetas al régimen de excepción, esto es, al de la responsabilidad objetiva. Si en la mayoría de los casos, las autoridades estatales, es de suponerse ejercen no sólo un estricto control en relación con la autorización para llevar a cabo actividades excepcionalmente peligrosas (en el sentido que pueden implicar significativos daños transnacionales), sino, además, sobre las modalidades del ejercicio de dichas actividades por particulares, el Estado está entonces íntimamente vinculado con el ejercicio y desempeño de las mismas.

⁸⁵ Para estudiar la jurisprudencia mas importante en la materia se recomienda la lectura del libro "Compendium of judicial decisions on matters related to environment", publicación realizada en diciembre de 1998 por la United Nations Environment Programme -UNEP- y la United Nations Development Programme -UNDP, volumen I, Decisiones Internacionales, en donde se recogen casos como el de Trail Smelter de 1941 entre Estados Unidos y Canadá, el del Lago Lannoux entre España y Francia, el del Estrecho de Corfú entre Gran Bretaña y Albania, etc.

⁸⁶ Dicho convenio fue aprobado en Colombia por la ley 253 de 1996, "por medio de la cual se aprueba el 'Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación', hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989", la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-377 de 1996.

⁸⁷ Alonso Gómez-Robledo Verduzco. "Responsabilidad internacional por daños transfronterizos", Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 16.

⁸⁸ Ibidem, p. 24.

La constatación del hecho anterior justificaría por sí solo -dice Handl-, la imposición de una responsabilidad objetiva al Estado que ejerce el control, por todo daño transnacional que pudiese resultar del ejercicio de tales actividades, aun cuando materialmente sean desempeñadas por entidades privadas"⁸⁹. Dependiendo de una u otra postura cambiará entonces la responsabilidad del Estado a nivel internacional.

Puesto que no dominamos la jurisprudencia internacional sobre la materia, me limitaremos a comentar el primer caso de trascendencia en el tema. Es el caso *Trail Smelter*, entre Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, en donde el comentario que se hace al fallo del tribunal internacional de 1941 afirma que, "Canadá era responsable bajo la ley internacional por la conducta de *Trail Smelter* y tiene el deber de ver o vigilar que la conducta sea conforme con las obligaciones de Canadá en el derecho internacional"⁹⁰. Los daños invocados por Estados Unidos se originaron en las emanaciones de bióxido de azufre provenientes de la fábrica canadiense Canadian Company, que era una de las mas importantes industrias de fundición de principios del siglo XX, y que se transportaron por agua y aire. Sobre este caso se han presentado diversas interpretaciones acerca de la naturaleza de la responsabilidad, siendo en nuestro parecer mas sensata aquella que indica que, "si bien es cierto que los árbitros no procedieron con antelación a la declaración de responsabilidad, al examen y prueba de la comisión de un hecho ilícito por parte de Canada, esto se explica por su tácita aceptación de la responsabilidad en el Acuerdo de Arbitraje de 1935, no pudiendo por ellos sostenerse válida y rigurosamente que dicho laudo arbitral consagre el reconocimiento de un principio de responsabilidad objetiva"⁹¹. Esto muestra entonces que el presente caso no es de utilidad para desentrañar la naturaleza de la responsabilidad y que, como lo hemos reseñado con las posiciones doctrinarias estudiadas, el tema continua siendo discutible por quienes se dedican a profundidad al tema.

4. Responsabilidad del Estado por ejercer ilegalmente las funciones ambientales

Esta hipótesis es de normal ocurrencia en el derecho administrativo, en donde el juez puede anular los actos administrativos ilegales, para restablecer el derecho y/o indemnizar los perjuicios sufridos por el destinatario del acto. Como se verá, la forma por excelencia de actuar contra las decisiones administrativas es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Varios casos se pueden presentar. En primer lugar, daños a los operadores ambientales por sanciones ilegales impuestas por las autoridades. Sería por ejemplo el caso del cierre de una fábrica sin justificación legal o sin

⁸⁹ Ibidem, p. 29.

⁹⁰ "Compendium of judicial decisions on matters related to environment", publicación realizada en diciembre de 1998 por la United Nations Environment Programme -UNEP-, la United Nations Development Programme -UNDP, volumen I, Decisiones Internacionales, p. X.

⁹¹ Alonso Gómez-Robledo Verduzco. "Responsabilidad internacional por daños transfronterizos", Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 47.

respeto al debido proceso. En estos eventos el dueño de la fábrica podrá atacar la legalidad del acto administrativo que le impone la sanción, hacerla anular por el juez administrativo y, obtener la indemnización de perjuicios. En segundo lugar, daño a personas por la negación infundada en otorgar una licencia ambiental o por el retardo injustificado en la promulgación de la misma. No cabe duda de que en este evento se podrá atacar el acto administrativo ficto, de configurarse, o la omisión administrativa, buscándose en ambos casos la indemnización de perjuicios. En tercer lugar, puede ocurrir que terceras personas ataquen los actos administrativos que otorgan licencias y permisos, para obtener indemnización de perjuicios en los eventos en los cuales se cause daño con dichos actos. Se trata de responsabilidad por falla del servicio que toma la vertiente de la ilegalidad de los actos administrativos. En cuarto lugar, pueden presentarse daños a las personas por revocatorias ilegales de licencias o permisos ambientales, con motivos que hagan predicar la ilegalidad del acto administrativo de revocatoria.

En todos estos eventos lo que se presenta es una falla del servicio por la ilegalidad en la expedición del acto administrativo o la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas por la expedición de un acto administrativo ilegal.

5. Responsabilidad del Estado por limitación de dominio

Es sabido que dentro de las facultades administrativas para regular el medio ambiente, existe la de limitaciones a la propiedad privada, en aras de que el bien ingrese, por ejemplo, al Sistema de Parques Nacionales.

En estos eventos se ha considerado que si se impone la limitación sin contraprestación, hay lugar a indemnización del daño causado. En efecto, la limitación de la propiedad se equipara a una ocupación permanente, que no es física, pero sí jurídica. El bien pierde valor por la declaratoria de utilidad pública.

Es el caso de la sentencia del 25 de junio de 1992 en la cual se indemnizó al propietario de un terreno que fue declarado Parque Nacional, y se ordenó registrar la sentencia a favor del Estado⁹². Dijo el Consejo de Estado: "Los hechos y comprobaciones que se acaban de relacionar conducen a la Sala al convencimiento de que los derechos de propiedad y posesión de los demandantes sobre el predio Andalucía, realmente fueron vulnerados por el Instituto demandado, al prohibir la explotación agropecuaria del mismo, sin reconocer suma alguna de dinero como compensación por los perjuicios sufridos, ni buscarle solución de otra naturaleza como originariamente lo sugiriera el doctor Villamil Cordovez. Procedió erradamente el Inderena al omitir las medidas económicas necesarias para indemnizarle a la parte actora la imposibilidad en que la situó para enajenar su inmueble o para ejercer sobre éste la explotación agropecuaria que de años atrás venía realizando. La situación

⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de junio de 1992, C.P.: Daniel Suárez Hernández, actor: Jose Augusto Villamil Cordovez y otros, exp. N° 6974. En este fallo se cita "un caso parecido, aunque no idéntico", del mismo ponente, en el exp. 6643, con sentencia de 17 de febrero de 1992, en el proceso de Ciro Jaramillo Prieto contra la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca.

que en este caso se presenta no difiere en mayor grado de la limitación de derechos que genera una ocupación permanente y por esta similitud estima la Sala que se le debe dar un tratamiento jurídicamente similar".

Hasta donde tenemos conocimiento estas dos sentencias no han sido reiteradas, con lo cual se podría afirmar que es una posición jurisprudencial vigente. El punto que se resolvió es en verdad interesante, en la medida en que plantea la discusión entre la función ecológica de la propiedad privada y el derecho individual que la misma otorga. En este evento el Consejo de Estado decidió que lo procedente era pagar el valor comercial del terreno incluyendo las mejoras realizadas, y ordenar que la sentencia se registrara como título traslativo de dominio a favor del Estado. Queda por esperar que se produzcan nuevos pronunciamientos sobre el interesante tema, que deben estar ligados a las soluciones que en el mismo tema se presente en derecho urbanístico, esto es, cuando se cambian las destinaciones de los bienes urbanos.

Se concluye así en esta primera parte el estudio de los elementos de la responsabilidad civil, observados bajo el lente del derecho ambiental.

II. Los medios procesales para hacer efectiva la protección del medio ambiente

Colombia es un país privilegiado en acciones procesales que permiten la protección del medio ambiente, a punto tal que todo daño tiene mecanismo procesal para ser resarcido o prevenido.

En la primera parte de este escrito, cuando se habló de la definición general de daño, se hacía la defensa de la útil diferencia entre daño y perjuicio. La misma estaba basada en el hecho de que al concebirse el daño como aminoración patrimonial sufrida por la víctima, se partía de que esta sufría daños que podían ser indemnizados a favor de su patrimonio individual, pero también a favor de su patrimonio colectivo. Es por ello que la legitimación para actuar, que se tiene en uno u otro caso, solo variará en el *petitum* del proceso: si el daño es personal, en el sentido de que aminora el patrimonio individual y egocéntricamente considerado, estaremos en presencia de una petición para sí; si el daño es personal, pero no aminora el patrimonio apropiable individualmente sino aquel que tiene por el hecho de vivir en sociedad, estaremos en presencia de una petición para el colectivo, es decir, de una petición a favor de los bienes ambientales, que de paso, benefician al individuo en su concepción socializada.

Si bien habíamos dicho que en estricto sentido el daño ambiental es aquel que se produce a los ecosistemas sin que tenga repercusiones sobre el patrimonio apropiable por el individuo, y que en ese sentido era mejor insistir en el estudio del Daño Ecológico Puro y no del Consecutivo, en este momento del escrito supero dicha distinción, con el objeto de dar un panorama amplio de los diversos medios de defensa con los que se cuenta en los eventos de ataques al medio ambiente. Es decir, en este momento estimamos oportuno hacer un recuento de los mecanismos de los que dispone el individuo para proteger su patrimonio exclusivamente propio cuando se ha lesionado un bien ambiental. Sin embargo, el panorama no sería completo si nos quedáramos

en dicha hipótesis porque, en derecho colombiano, existen también múltiples acciones que permiten resarcir el Daño Ecológico Puro que vulnera un derecho colectivo.

Veamos cada una de las dos hipótesis.

A. Petición para sí

Se estudiarán entonces las diversas acciones de las que disponen los particulares para la defensa de sus intereses exclusivamente individuales.

1. La acción de tutela

Esta acción está reglamentada por el decreto-ley 2591 de 1991, que desarrolla el artículo 86 de nuestra Constitución Política. En un escrito sobre el tema, al que nos remitimos⁹³, hicimos una exposición intentando demostrar que la acción de tutela es una acción de responsabilidad civil, y que la diferencia que se presenta respecto del esquema tradicional, difiere solo en cuanto a que el daño no es consumado. En este sentido la acción de tutela es una acción preventiva de responsabilidad civil cuando se atenta contra derechos constitucionales fundamentales.

Si bien es cierto el derecho colectivo del medio ambiente no es un derecho constitucional fundamental, como bien lo ha dicho la Corte Constitucional⁹⁴, y por tanto no da lugar a la protección mediante la acción de tutela, sí se encuentra claramente imbricada con esta⁹⁵. La relación entre ambas es clara: con una afrenta al medio

⁹³ Juan Carlos Henao. "La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado", ensayo inmerso en el libro *Liber Amicorum. Estudios y Temas, en Homenaje a Fernando Hinestrosa. 30 Años de Rectorado*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., 1993, tomo II, p. 229 y ss. Ver también sobre el tema: Ricardo Hoyos Duque. "Acción de tutela e indemnización de perjuicios", publicado en el número 1 de la revista *Responsabilidad Civil y del Estado*, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Librería Jurídica Sanchez R. Ltda., Medellín, 1995, p. 37 y ss.; Gilberto Martínez Rave. "La indemnización de perjuicios en la acción de tutela", publicado en el número 5 de la revista *Responsabilidad Civil y del Estado*, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Librería Jurídica Sanchez R. Ltda., Medellín, 1998, p. 7 y ss.

⁹⁴ Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 30 de junio de 1995, M.P.: Antonio Barrera Carbonnel, Exp. T-52082, peticionario: Defensoría del Pueblo en nombre de Belarmina Boovie Hooker y otros.

⁹⁵ Corte Constitucional, 12 de julio de 1994, M.P.: Fabio Morón Díaz, Exp. T-27778, peticionario: Mercedes Samacá Gonzalez: "Ha sostenido de manera reiterada esta Corporación, la improcedencia de la acción de tutela a fin de amparar derechos colectivos (art. 88 C.P.), en razón de que la carta para la protección de este tipo de derechos estableció las llamadas acciones populares ya contempladas en la ley con anterioridad a la Constitución vigente. De manera expresa el artículo 6° numeral 3° del decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, preceptúa la improcedencia de la tutela cuando se pretenda proteger derechos colectivos, sin perjuicio de que para evitar un perjuicio irremediable el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados, que por supuesto se refiere con ellos el legislador a los de naturaleza fundamental, en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos. De lo anterior, ha concluido esta Corporación en distintas Salas de Tutela, la procedencia de amparar derechos colectivos con ocasión de la violación particular de un derecho fundamental, cuando este se encuentra

ambiente se puede vulnerar un derecho constitucional fundamental. No es por ello de extrañar que la acción en comento ha sido una de los medios más eficaces para la defensa del medio ambiente, con la ventaja de permitir que los ciudadanos logren la suspensión de la afrenta que se causa.

Dos campos tradicionales del medio ambiente demuestran el aserto anterior: la suspensión de obras sin licencia ambiental y la suspensión de obras que producen contaminación.

En primer lugar, podemos afirmar que toda obra pública requiere antes de su inicio del estudio de impacto ambiental, so pena de que su ejecución sea suspendida. Es el caso de la Comunidad Indígena de Cristianía, mediante el cual la Corte Constitucional decidió "ordenar que se mantenga la suspensión de las labores de ampliación de la carretera Andes-Jardín en el tramo que corresponde a la zona afectada (Km 5 + 150 a Km 6 + 200) hasta tanto no se hayan hecho los estudios de impacto ambiental y tomado todas las precauciones necesarias para no ocasionar perjuicios adicionales a la comunidad". No bastó a la Corte lo anterior, sino que en su numeral 4 resolutive afirmó que, "en todos aquellos casos similares al presente, por sus hechos o circunstancias, siempre que se hayan ocasionado perjuicios a Comunidades indígenas derivadas de la omisión de normas sobre estudios previos de impacto ambiental para la realización de obras públicas, la doctrina constitucional enunciada tendrá CARÁCTER OBLIGATORIO, para las autoridades, en los términos del decreto 2067 de 1991"⁹⁶. Esta jurisprudencia, hasta donde tenemos conocimiento, continua vigente a pesar de que han existido múltiples pronunciamientos posteriores sobre el tema.

En segundo lugar, es claro que cuando una actividad contaminante pone en peligro derechos constitucionales fundamentales de los asociados, el juez de tutela tiene la facultad de ordenar a las entidades públicas tomar todas las medidas necesarias para garantizar tales derechos, y para "precaver la conservación de la calidad de la vida y del medio ambiente sano en las mismas veredas en todo lo que se relacione con la contaminación ambiental producto de la actividad de la explotación minera del carbón"⁹⁷. Igual proceder se observa cuando una empresa privada, sin licencia, deposita las basuras de un municipio a un terreno, caso en el cual se

tan interrelacionado con aquel, que su amparo implica necesariamente, como efecto colateral, la protección de un interés colectivo".

⁹⁶ Corte Constitucional, 24 de junio de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón, peticionario: Amado de Jesús Carupia Yagari, exp. N° 859.

⁹⁷ Corte Constitucional, 18 de septiembre de 1992, M.P.: Fabio Morón Díaz, peticionario: Armando Pérez Araújo, exp. N° 2679.: "Del examen de los elementos probatorios que obran en el expediente, como son las intervenciones escritas del representante de Carbocol S.A. y de Interco, se encuentra que efectivamente se han adelantado actividades de previsión y de control de los niveles de contaminación ambiental de las zonas aledañas a la explotación minera, las que han contado con la participación de entidades de los Ministerios de Salud Pública, Minas y Energía y Agricultura; estas actividades comprenden programas de medición de la calidad del aire y de disminución de las emisiones de polvo generadas por las operaciones de explotación minera. Empero, no aparece que se haya cambiado el concepto técnico emitido por el señor Ministro de Salud y contenido en la resolución 02122 del 22 de febrero de 1991, en la que señala el carácter de INHABITABLE Y DE ALTO RIESGO PARA LA VIDA ANIMAL, VEGETAL Y HUMANA de la zona donde habitan las personas en nombre de las cuales se interpone la tutela de la referencia, y lo cierto es que esta característica continúa presente como causa de la amenaza de violación a los derechos constitucionales cuya tutela se reclama".

suspende el depósito y se ordenan hacer los estudios del caso para que se haga de conformidad con las normas ambientales⁹⁸.

Queda la discusión de si procede o no la acción de tutela cuando la industria tiene los permisos necesarios. Existe un precedente de la Corte Suprema de Justicia que hace pensar en la improcedencia de la acción de tutela en dichos casos⁹⁹, pero, en acuerdo con el profesor Tamayo Jaramillo, se considera que, "tal solución le recorta enormemente los beneficios a la acción de tutela. En efecto, puede suceder que, pese a que el demandado cumpla con todas las normas ambientales, la contaminación sea de tal magnitud que se vea amenazado algún derecho fundamental del demandante. Y sería absurdo negar la tutela bajo el argumento de que el demandado cumple con las normas ambientales. Es allí, justamente, donde la fuerza filosófica de la tutela toma su imperio. Lo más sensato sería, en circunstancias semejantes, tutelar transitoriamente al demandante, ordenando a las autoridades ambientales para que éstas, si es del caso, modifiquen las exigencias y correctivos que la situación amerite"¹⁰⁰. En efecto, se debe recordar aquí el principio ya enunciado según el cual el otorgamiento de las licencias y permisos no excluye la posibilidad de causar daño civil indemnizable. Si tal es el criterio general, lo único que debe hacerse es ajustarlo a la acción de tutela, para afirmar que si existe amenaza o vulneración de un derecho constitucional fundamental, la licitud de la actividad de la empresa no excluye la posibilidad de que se estudie si se está causando o se va a causar un daño, para que en tal virtud el juez tome las medidas del caso, por ejemplo, ordenando a las autoridades el estudio de las condiciones técnicas de los permisos o la valoración actual de las condiciones que permitieron se otorgara el permiso. No sobra recordar que la licencia ambiental y los permisos en general, a diferencia de lo que ocurre en el régimen común de los actos administrativos, es revocable, según lo establece el artículo 62 de la ley 99 de 1993¹⁰¹. Naturalmente que por esta vía no se puede llegar al extremo de anular definitivamente los actos

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 14 de agosto de 1996, M.P.: Jorge Iván Palacio, exp. N° 2280.

⁹⁹ C.S.J., 9 de febrero de 1995, exp. 1908, sentencia en la cual se cita la Tutela 573 de 1993 de la Corte Constitucional, en los siguientes términos: "Ha sostenido la Corte Constitucional que, 'cuando una persona acude a la acción de tutela argumentando que la expulsión de desechos industriales originados en el proceso productivo de una empresa vulnera el derecho a un medio ambiente sano, debe demostrar: a) Que la empresa no ha cumplido con las normas industriales y las directrices señaladas por las autoridades, deteriorando el ambiente por encima de los niveles autorizados".

¹⁰⁰Javier Tamayo Jaramillo. "Las actividades peligrosas y la contaminación ambiental", próximo a publicar, p. 40.

¹⁰¹ Dice el mencionado artículo: "De la revocatoria y suspensión de licencias. La autoridad ambiental, salvo los casos de emergencia, podrá mediante resolución motivada, sustentada en un concepto técnico, revocar o suspender la Licencia Ambiental, los permisos, autorizaciones o concesiones para el uso o aprovechamiento de los recursos naturales y del medio ambiente, cuando quiera que las condiciones y exigencias por ella establecidas no se estén cumpliendo conforme a los términos definidos en el acto de su expedición. La revocatoria o suspensión de una Licencia Ambiental no requerirá consentimiento expreso o escrito del beneficiario de la misma. La suspensión de obras por razones ambientales, en los casos en que lo autoriza la ley, deberá ser motivada y se ordenará cuando no exista licencia o cuando, previa verificación del incumplimiento, no se cumplan los requisitos en la Licencia Ambiental correspondiente. Quedan subrogados los artículos 18, 27, 28 y 29 del Decreto Legislativo 2811 de 1974".

administrativos, porque máxime se puede hacer transitoriamente para proteger la vulneración del derecho constitucional fundamental¹⁰².

2. Acción ordinaria civil

Este tipo de acción se ejerce mediante la reparación directa en lo contencioso administrativo, la ordinaria en lo civil, así como en ejercicio de la parte civil en lo penal. Su objeto es indemnizar a una víctima determinada por un daño al ambiente. En esta acción el daño al ambiente solo se tiene en cuenta en la medida en que daña una persona determinada que reclama para sí.

En un precedente de la Corte Suprema de Justicia conocido en la materia¹⁰³, en donde una industria de ácido sulfúrico que liberaba gases de mas de una tonelada diaria de Dióxido de Azufre (SO₂) contaminando con 100 miligramos de la sustancia por cada metro cúbico de aire, siendo que lo aceptado es 12-13 miligramos, lo importante no es dicha contaminación al medio ambiente. Lo importante es solo que la causa de la contaminación fue también causa del daño al demandante, estableciéndose la relación de causalidad con el daño sufrido por quien demandó para sí. En este evento se condenó a la demandada a favor del demandado a pagar el valor de las instalaciones y equipo que se oxidaron por la liberación de los gases. La sentencia, de manera errada en nuestro concepto, afirma que solo cuando hay "víctima determinada" opera la responsabilidad civil, porque cuando la víctima es indeterminada no hay responsabilidad civil, ya que "la contaminación ambiental es por lo común fenómeno de etiología colectiva y, consiguientemente, anónima, incapaz de generar un vínculo jurídico entre sujetos concretos". Y se estima que yerra en este sentido la sentencia, porque precisamente la responsabilidad civil también puede operar para resarcir daños colectivos que se caracterizan, como se vio en la primera parte de este escrito, por ser difusos, es decir, por no tener una "víctima determinada". Lo único que en este evento cambia es la acción, porque tendría que ejercitarse la popular. De todas formas, se recuerda que en esta providencia se condenó a la empresa, luego de haberse hecho un erudito recorrido por las diversas fuentes de responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente -actividades peligrosas, art. 669 C.C., abuso del derecho, etc.-, donde se concluye afirmando que,

¹⁰² Corte Constitucional, 27 de septiembre de 1994, Tutela 422/94, Ponente: Jose Gregorio Hernández. Se revocó una sentencia de segunda instancia que había anulado una resolución que permitía la fumigación a una empresa, con base en el siguiente argumento: "Como se observa, la orden impartida por el juez de tutela en este caso no solamente implicó la suspensión de un acto administrativo sino que significó en la práctica la privación de todo efecto del mismo sin ningún límite temporal, ya que la medida adoptada en el numeral 2 de la parte resolutive del fallo -que recayó sobre una resolución de la Aeronáutica Civil- resultó complementada por el 3, bajo la contradictoria modalidad de la "suspensión definitiva" de las operaciones aéreas de la sociedad "ASTA LTDA."... Por otra parte, es claro que el juez de tutela tampoco podía, sin desbordar el ámbito propio de su función, arrogarse la atribución de resolver en definitiva si despojaba a dicho acto administrativo de todo efecto, pues, aún si se admitiera que actuó bajo el amparo del nombrado artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, el alcance de la inaplicación del acto -que difiere de la suspensión, según lo expuesto- es puramente transitorio y está supeditado a una decisión judicial definitiva".

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de abril de 1976, M.P.: Humberto Murcia Ballén, Hilanderías Medellín S.A. contra Sulfácidos S.A..

"en el campo del derecho civil, se repite, nadie puede, salvo muy contadas excepciones expresamente previstas en la ley, ejercitar una actividad cualquiera, por lícita que sea, dañando a los demás, amparándose en el pretexto de que, a pesar de suponer normalmente un daño colectivo a largo plazo, es útil o necesaria para el desarrollo industrial del país. Si alguien demuestra haber sufrido daño a causa de ella y señala al agente que la ejerce, tiene derecho a ser indemnizado del perjuicio sufrido, salvo prueba de fuerza mayor, o caso fortuito o de la culpa exclusiva de la propia víctima".

Lo importante para la procedencia de esta acción es entonces, que la víctima pruebe haber sufrido un daño sobre un bien cuya titularidad exclusiva detenta, y, naturalmente, que el mismo se impute al responsable y se justifique el deber reparatorio. Las teorías que justifican tal deber son múltiples, como ya se ha visto cuando se estudió el tema del Fundamento de la Responsabilidad.

3. Acciones que atacan multas impuestas y en general actos administrativos ambientales

Otro campo importante en los litigios que se presentan en derecho del medio ambiente, consiste en la demanda que instauran particulares por considerar que las sanciones que les imponen las autoridades ambientales por supuesta violación de normas, son ilegales. En estos eventos se ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que pretende, previa anulación del acto administrativo sancionatorio, volver las cosas al estado anterior al acto administrativo y, en caso tal, la indemnización de perjuicios que se hayan causado a la persona sancionada.

Es el caso de la demanda presentada por una sociedad que fue multada por haber contaminado el mar. Los recurrentes consideraban que se habían violado garantías del debido proceso, y que no existía prueba suficiente que estableciera la contaminación al agua. Sin embargo, la Sala Plena del Consejo de Estado estima "que, el solo hecho de arrojar al mar basura que había tenido contacto con sustancia tóxica o venenosa como el paraformaldehído, era ya sancionable según el numeral 3º del artículo 175 del decreto 1681 de 1978, y que sin necesidad de prueba técnica puede deducirse que un veneno envenena, y que los peces muertos alrededor del barco eran prueba suficiente para ello"¹⁰⁴. Nótese que en este evento, a pesar de que con posterioridad a la sanción existió prueba científica de la contaminación, le bastó al Consejo de Estado avalar los elementos de juicio ya referidos que había tenido la autoridad ambiental, porque estimó que permitían predicar la subsunción a la facultad sancionadora.

Así por ejemplo, es sancionable la exportación de caracoles sin obtener los permisos requeridos para tal efecto, porque "se concluye que la sociedad demandante, al haber exportado el 26 de enero de 1995 un cargamento de la especie caracol de pala (*Strombus gigas*), a que se refiere la información de la DIAN y que fuera retenido

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 29 de marzo de 1989, C.P.: Clara Forero de Castro, Actor: Likes Broos Steamchip C. Inc., expediente R-037.

en Puerto Rico, sin haber obtenido el certificado CITES, se hizo acreedora a la sanción que finalmente fijó el fallador de primera instancia en la suma de treinta y cinco millones seiscientos ochenta mil cincuenta pesos, por cuanto no puede justificarse la aplicación sucesiva de la misma al no haberse demostrado la ocurrencia de otras exportaciones, aspecto que, por lo demás, no fue objeto de la controversia"¹⁰⁵.

De igual manera estas acciones se pueden instaurar, en términos generales, en las hipótesis ya vistas cuando se estudió la responsabilidad del Estado por ejercer ilegalmente las funciones ambientales.

4. Acciones de grupo

Estas acciones se encuentran reglamentadas en la ley 472 de 1998, al igual que las populares. Su característica básica es que la víctima del daño tiene que demandar en grupo para obtener su indemnización individual, según se desprende del artículo 3º¹⁰⁶. Son pues unas peticiones para sí que se ejercen en grupo, porque el legislador considera que "están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos de grupo o de un número plural de personas".

Por la novedad de la actual reglamentación no es mucho el precedente jurisprudencial con el que se cuenta. Sin embargo, se estima que será una acción de mucha utilización porque es lógico que los daños ambientales pueden repercutir sobre grupos homogéneos de personas, que cumplan con los requisitos establecidos en la ley para demandar de manera conjunta.

B. Petición para el colectivo

Estos son los mecanismos propios a la reparación y/o prevención del *Daño Ambiental Puro*.

1. Acción popular

Es la acción por excelencia para la defensa de los derechos e intereses colectivos. Se encuentra actualmente regulada en la ley 472 de 1998, que desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política de 1991, en donde expresamente se señala al ambiente como derecho colectivo. Es de anotar que la acción es muy antigua en nuestra tradición jurídica, a punto tal que ya el Código Civil la tenía prevista en el siglo antepasado¹⁰⁷. Queda

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, 4 de febrero de 1999, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa, Comercializadora Internacional Pesquera Vikingos de Colombia S.A. contra Ministerio del Medio Ambiente, exp. 5175.

¹⁰⁶ Dice el mencionado artículo: "Acciones de grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios".

¹⁰⁷ Dice el artículo 2359 del Código Civil: "Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas ; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción". Esta norma debe también ser leída en

la incógnita de saber porqué su utilización fue muy restringida, lo cual se explica, en mi entender, porque, como lo decíamos en la introducción de este escrito, hasta ahora se está presentando el "surgimiento" de la conciencia marcado por la importancia del hábitat en la tierra, de sus calidades, etc. Es decir, en esta materia se constata que la responsabilidad civil no operaba de manera práctica para la protección de derechos colectivos, porque el ser humano actuaba casi exclusivamente de manera egoísta.

Veremos la regulación legislativa así como los precedentes jurisprudenciales de esta acción.

El artículo 2º de la ley 472 de 1998, luego de recordar que las acciones populares "son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos", indica que "se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible".

En su estructura, dicha acción es una acción de responsabilidad civil, en la medida en que requiere de la existencia de un daño, de la imputación del mismo, y del deber de repararlo. A pesar de que, al igual de la acción de tutela, es una acción básicamente preventiva con la diferencia de que protege derechos colectivos y no constitucionales fundamentales, lo importante en nuestro tema es observar que trasciende la mera prevención para poder llegar a ser indemnizatoria. En efecto, para restituir las cosas a su estado anterior, a mas de las medidas cautelares (artículo 25), la sentencia "podrá contener una orden de hacer o de no hacer" y, mas importante aún bajo nuestra perspectiva, "condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible" (artículo 34). En lo que toca con los daños a los recursos naturales, a mas de las facultades anteriores, "el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización".

La regulación legislativa descrita supone que la acción popular tiene por objeto prevenir daños (evitar o hacer cesar el peligro de...), pero también repararlos intentando restituir las cosas a su estado anterior. Son las dos

concordancia con el artículo 1005 del Código Civil, que enuncia : "La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño ; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad". También se debe tener en cuenta el artículo 1005 del mismo Código sobre acciones municipales, que tienen la misma naturaleza y objeto que la popular: "La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad". Según el artículo 1006 del mismo Código, "las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competen a los inmediatos interesados".

facetas de la acción, teniendo en común la protección del derecho colectivo y por tanto su reparación. No se entiende por ello que la ley 446 afirme que la restauración del área afectada sea parte de la indemnización, porque la restauración es en sí misma el todo de la indemnización. Las órdenes de hacer o no hacer o las de indemnizar son las condenas que puede decretar el juez para prevenir o reparar el daño causado. Mediante la primera usa las facultades preventivas de la acción y mediante la segunda las reparadoras o indemnizatorias. La indemnización plena e ideal en esta última es la *restitutio in natura*, es decir, que las cosas queden en idéntica situación a la anterior del daño.

Se excluye pues en el ejercicio de esta acción la posibilidad de pedir una indemnización particular que se pueda solicitar mediante otra acción. Estimamos que no se debe permitir que la acción popular se contamine de peticiones a favor de particulares, porque con ello se beneficiaría a estos últimos con un procedimiento expedito y básicamente preventivo, que se justifica solo porque está en juego un derecho colectivo. Si se aceptare la posición contraria, todas las acciones terminarían siendo populares y por dicha vía los particulares obtendrían sus indemnizaciones propias, en una estructura procesal que no está concebida para tal fin. Lo anterior porque es claro que cuando se causa un daño al medio ambiente, los Daños Ambientales Propios y los Consecutivos se confunden de tal manera, que pueden proceder al mismo tiempo la acción popular y la individual. No se afirma con lo anterior que ambas acciones sean excluyentes sino que no se deben tramitar conjuntamente por la cuerda de la acción popular.

Se comparte así la solución del siguiente caso, que pasamos a explicar: se trató de una contaminación producida en el Río Salguero y el acueducto del municipio de Belén por una planta de asfalto operada por el constructor de una carretera. Se pedía que se declarara la existencia de la contaminación y, en consecuencia, se hicieran "las obras necesarias para eliminar y remover las causas de contaminación", pero también, que se indemnizara al municipio y a los propietarios de predios ribereños. Respecto de estos últimos afirmó el fallo que, "no cabe en el ejercicio de esta acción el pago de daños a particulares respecto de bienes de su exclusiva propiedad. Pues si de ello se trata, ese particular tiene en su favor las acciones ordinarias por responsabilidad civil extracontractual... De tal suerte, que en tratándose de daños inferidos a bienes de particulares, es a ellos a quienes corresponde reclamar las indemnizaciones a que hubiere lugar y no mediante la acción popular"¹⁰⁸. Sin embargo, quedaba la inquietud de saber si procedía o no la indemnización a favor del municipio por el valor de la limpieza de los tanques de agua que tuvo que hacer a raíz de la contaminación. La postura del tribunal fue a favor, sustentándose en ello en la lógica de las acciones populares y municipales de que se habla

¹⁰⁸ Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil de Santa Rosa de Viterbo, 15 de septiembre de 1994, M.P.: Pedro Pablo Torres Beltrán, Municipio de Belén contra Julio Gerlein Echeverría, aprobado según acta n° 111 del 15 de septiembre de 1994.

en el Código Civil¹⁰⁹, que por demás no se encuentran derogadas según expreso mandato del artículo 45 de la ley 472¹¹⁰.

Mediante el ejercicio judicial se la acción se puede obtener que, constatada la contaminación ambiental sin las exigencias legales, se hagan las obras necesarias para ajustarse al límite contaminante permitido.

Es así como en el evento en el cual una industria vierte aguas residuales a un río, sin mínimos requisitos técnicos a pesar de varios compromisos suscritos para mejorar la situación y adaptarse a las normas técnicas, se ordena que en cuatro meses se hagan las obras necesarias y se recompensa a los actores en una décima parte del valor de las obras requeridas según peritaje¹¹¹.

Pero la acción popular no solo procede cuando la persona demandada contamina directamente, sino cuando se producen daños ambientales por su negligencia. Es así como, "el abandono en el mantenimiento del canal, que lo convierte en un albañal que surca la ciudad, generando contaminación no solo del aire, sino del río Combeina", da lugar a predicar que la demandada (en este caso una empresa estatal) "ha omitido el cumplimiento de sus obligaciones, siendo tal hecho generador de culpa por negligencia de su parte"¹¹². Es por ello que se le ordena "que efectúe las obras tendientes al revestimiento en concreto del canal de MIROLINDO a cielo abierto" y, además, que cada dos meses rinda informe a las autoridades ambientales del cumplimiento del fallo. Se ordena también la recompensa del diez por ciento a favor del demandante, "cantidad que es equivalente al 10% de la suma de \$1.616'238720 en que fue calculada la obra civil necesaria de ejecutar para la erradicación de la problemática debatida en el presente litigio con las especificaciones descritas en la presente providencia y tendientes a adecuar, hacer los correctivos y recuperar el ambiente descontaminando la zona de influencia del Canal de Miro lindo". Estos incentivos, según la nueva ley 472 de 1998, son ahora mas

¹⁰⁹ Vale la pena citar los siguientes argumentos del fallo en comento: "Ahora bien, se dirá que el fallo está condenando al pago de indemnización no a favor de particulares, sino en favor del municipio. Evidentemente ello es cierto. Pero es que lo que queremos decir, se refiere a que se ha dicho que el daño a las fincas, a cada persona que consume agua, al ganado, etc., constituye daño individual. Esto es, en propiedades de personas particulares, lo cual es por completo ajeno al objetivo de esta acción. En otras palabras, en esta acción no puede tenerse en cuenta daño particular, daño de bienes de propiedad particular, para deducir indemnizaciones ya sea en favor de un municipio, y menos a favor de esos particulares. El municipio no tienen porqué ser beneficiario de las indemnizaciones privadas a que hubiere lugar, y los particulares solo pueden acudir a la acción privada o de carácter subjetivo ya comentada. La condena que se impone pagar en favor del municipio por concepto de la limpieza de los tanques, en la suma de \$3'000.000 actualizados, sí cabe dentro de la acción popular, pues corresponde al gasto de la limpieza de los tanques, que son bien de uso público, y que según los peritos, se trata del valor que ello implica".

¹¹⁰ Dice el artículo 45 de la ley 472: "Continuarán vigentes las acciones populares consagradas en la legislación nacional, pero su trámite y procedimiento se sujetarán a la presente ley".

¹¹¹ Juzgado 26 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., 7 de mayo de 1997, Acción Popular de Fundepúblico contra Sociedad Empresa Colombiana de Curtidos.

¹¹² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, 19 de febrero de 1997, M.P.: Jenny Escobar Alzate, Alberto Jimenez contra Empresa Electricadora del Tolima S.A., expediente 17903.

restringidos que cuando el Código Civil los establecía en el 10% , pues ahora el artículo 39 de la ley establece que, para el caso del medio ambiente, "el demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales".

2. Acción de cumplimiento

Esta acción se encuentra consagrada en el artículo 87 de nuestra Constitución Política, y desarrollada por la ley 393 de 1997. Como lo enuncia su artículo 1º, su objeto consiste en que "toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos", y "procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos" (Artículo 8º). El objeto y la procedencia de la acción requieren que "el accionante haya previamente reclamado el cumplimiento de un deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud". Si bien está prohibido por medio de esta acción reclamar indemnización de perjuicios (artículo 24), así como "perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos" (parágrafo del artículo 8º), lo cual ha cuestionado su importancia, es claro que esta acción puede ser de utilidad en casos del medio ambiente.

Es cierto que por intermedio de la presente acción se puede buscar el cumplimiento de deberes legales o administrativos que beneficien exclusivamente el patrimonio individual del accionante. Sin embargo, también es cierto que puede ser utilizada para la defensa de derechos colectivos al obligar a las autoridades a cumplir las normas que los regulan. Optamos por clasificarlos en este acápite puesto que se está insistiendo en la reparación a favor de la colectividad.

Para demostrar la afirmación anterior, esto es, que la acción de cumplimiento también hace respetar los derechos colectivos, traemos a colación un reciente fallo de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en donde se ordenó "a la Corporación Autónoma Regional de Santander C.A.S. que dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 85 numeral 2º ordinal c) de la ley 99 de 1993, previo el cumplimiento del procedimiento señalado en el parágrafo tercero de esa misma disposición"¹¹³, no sin dejar de ordenar que se compulsara copias para que se iniciara investigación disciplinaria contra los servidores públicos cuestionados. Se recuerda que el ordinal c) referido permite, como medida preventiva a tomar por la autoridad ambiental, la "suspensión de obra o actividad, cuando de su

¹¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de septiembre de 1999, M.P.: Germán Rodríguez Villamizar, actor: Juan Carlos Lopez Gonzalez, expediente n° ACU-8405.

prosecución pueda derivarse daño o peligro para los recursos naturales renovables o la salud humana, o cuando la obra o actividad se haya iniciado sin el respectivo permiso, concesión, licencia o autorización".

Para justificar una tal posición le bastó al Consejo de Estado constatar que la empresa de cementos "está desarrollando su actividad productora de cemento en el municipio de San Gil, sin contar con el permiso de emisiones atmosféricas que exigen las disposiciones ambientales antes transcritas".

Se observa entonces que la acción de cumplimiento también es pertinente cuando se contamina sin autorización previa, y se incumplen así normas ambientales. Esto a pesar de que el artículo 9° de la ley 393 de 1997 establece que, "la acción de cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela", con lo cual se observa que unos mismos hechos y aún la vulneración de unos mismos derechos, puede dar lugar a la instauración de varias acciones.

C. Implicaciones procesales de la división anterior

Pretendemos en este acápite final, mas que desarrollar el tema, dejar algunos interrogantes sobre la forma en la que operan las diferentes acciones que tienen relación con el tema en estudio.

El punto de partida es el siguiente: no todas las acciones estudiadas son excluyentes y por el contrario, unos mismos hechos pueden desatar varias de ellas. El punto es obvio en la medida en que un daño al medio ambiente puede generar *Daños Ambientales Puros* pero también *Daños Ambientales Consecutivos* y, al mismo tiempo, generar que una persona busque prevenir la parte del daño que no se ha consumado como reparar el que ya se consumó. Sobre la utilización de varias acciones existen interesantes antecedente jurisprudenciales, como aquél de la Corte Suprema de Justicia Colombiana del 23 de abril de 1941, en donde se aceptó la concurrencia de acciones¹¹⁴.

Así las cosas, surgen interrogantes como los siguientes: probada en una acción de cumplimiento la falta de hacer cumplir la ley por parte de la autoridad ambiental, ¿se debe automáticamente decretar la responsabilidad del Estado con la sola prueba del Daño Ambiental Propio o aún del Consecutivo?; cuando se declara procedente

¹¹⁴ Germán Orozco Ochoa. "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (de 1887 a 1944)", Imprenta Departamental, Medellín, 1945, p. 121 en donde se cita un extracto del fallo de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, S.N.G., p. 455: "La acción popular ejercitada por los demandantes con apoyo en el artículo 2359 del Código Civil, no se encamina a obtener reparación de perjuicios. Enderézase a evitar el daño contingente de que se ha hablado, daño que por imprudencia o negligencia del Departamento de Boyacá, amenaza a personas indeterminadas, entre las cuales pueden encontrarse, desde luego, los propios demandantes. Por el daño ya causado como consecuencia de aquella imprudencia o negligencia, los demandantes han promovido la acción privada competente. No ve la Sala inconveniente alguno de orden legal para que conjuntamente se entablen, como lo han hecho los demandantes, la acción privada encaminada a la reparación de los perjuicios que les ha ocasionado el Departamento de Boyacá con motivo de la explotación de la cascajera de que se viene hablando, y la acción pública enderezada a impedir, mediante la suspensión de los trabajos, que se causen nuevos daños con aquella explotación reconocidamente peligrosa e imprudente, dada la forma como se lleva a cabo (con potentes tacos de dinamita) y lo concurrido del sector en que se opera"

una acción de tutela, ¿procede derechamente la acción popular o aún la de petición para sí?; ¿cuáles son los elementos de una acción que pueden influir bajo la perspectiva de la cosa juzgada sobre otras acciones?

El tema es espinoso a nivel procesal, y no pretendemos nada diferente a dejar la inquietud planteada, con una sola aclaración: lo importante es observar cuál es el *petitum* de cada demanda y si la prosperidad de cada una de ellas supone o no la doble indemnización, porque, como ya se ha dicho, el doble pago se encuentra prohibido. A mas de lo anterior, se pueden avanzar algunos criterios: se excluye la posibilidad de que la prosperidad de una acción individual genere automáticamente derecho en una acción para el colectivo, porque la vulneración de un interés particular no vulnera automáticamente el interés colectivo. Lo contrario ocurre cuando se vulnera un derecho colectivo, porque su indemnización favorece el patrimonio social de todo individuo, sin que conlleve a que cuando procede la acción popular el individuo tenga derecho a reclamar en la acción individual, porque para ello habrá de demostrar su daño individual y apropiable.

Se concluye entonces este escrito afirmando que "la aventura" que suponía escribirlo, no es mas que un pequeño aporte para que la "comunidad académica" se apropie con mayor profundidad del interesante tema.

Santafé de Bogotá D.C., junio de 2000.