

**RESPONSABILIDAD SIN PRUEBA DEL DAÑO EN COLOMBIA. UNA REFLEXIÓN
MODERNA Y ÚTIL PARA LA PRESERVACIÓN AMBIENTAL**

**JONATHAN ANDRÉS CONTRERAS ROLÓN
TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER**

**DIRECTOR DE TESIS
LUIS FELIPE GUZMÁN JIMÉNEZ**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
BOGOTÁ, COLOMBIA**

2021

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

Rector:	Hernando Parra Nieto
Secretaria General:	Dr. José Fernando Rubio Navarro
Director del Departamento de Derecho del Medio Ambiente:	Dra. María del Pilar García Pachón
Presidente de tesis:	Dra. María del Pilar García Pachón
Director de tesis:	Luis Felipe Guzmán Jiménez
Examinadores:	José Eduardo Del Valle Mora

DEDICATORIA

A mi familia, incondicional y sustento.

A Dios y Mo, mi todo.

CONTENIDO

1.	INTRODUCCIÓN	2
	CAPÍTULO I. DEL DESARROLLO DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL FRENTE A LA DEMANDA DE UNA DEFINICIÓN CLARA DE LO QUE EL AMBIENTE Y EL DAÑO AMBIENTAL SIGNIFICAN PARA EL DERECHO.	6
1.1	El ambiente como objeto de tutela legal y del carácter preventivo y reparador del derecho.	10
1.2	La naturaleza particular del daño ambiental	16
1.3	Imputación de la responsabilidad previo a la ocurrencia por las características de incertidumbre, continuidad y progresividad del daño ambiental.	23
	CAPÍTULO SEGUNDO. DE LA INAPLICABILIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL TRADICIONAL A LOS DAÑOS CAUSADOS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE	31
2.1	Especificaciones del daño ambiental	35
2.2	Imputación de la responsabilidad civil y el sistema de imposición de sanción administrativa	44
2.3	Responsabilidad por daño ambiental y por daño civil	50
2.4	De los códigos civiles a los casos de daños ambientales	53
2.5	Alcance de la aplicación de la responsabilidad civil frente a la restauración del daño ambiental	54
	CAPÍTULO TERCERO. LA APUESTA POR ESTRATEGIAS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL SIN PRUEBA DEL DAÑO	58

3.1	De los principios e indicios sobre la responsabilidad sin prueba del daño	62
3.2	Mecanismos financieros de responsabilidad ambiental sin prueba del daño	64
3.3	El seguro ambiental.	65
3.4	Los impuestos ambientales o tributaciones	74
3.5	Los fondos de reparación.	76
5.	CONCLUSIONES	81
6.	BIBLIOGRAFÍA	84

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

Abreviatura, sigla o acrónimo	Significado
Art.	Artículo
C.C.	Código Civil
C.C.A	Código de Contencioso Administrativo
CNRN	Código Nacional de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente
CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo
CP	Constitución Política
C.PEN	Código Penal
C.PEN	Código Penal
C.P.C	Código De Procedimiento Civil
C.P.P	Código De Procedimiento Penal
Et al.	Otros autores
Exp.	Expediente
NEPA (por sus siglas en inglés)	Ley de Política Ambiental Nacional
M.P	Magistrado Ponente
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONU	Naciones Unidas
p.	Página
pp.	Páginas
SINA	Sistema Nacional Ambiental
Rad.	Radicado
UNCED	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano
UNEP	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Ambiental se encuentra en un momento de generación y desarrollo importante frente a la evidente degradación ambiental por la que atraviesa el planeta, proponiendo la consolidación de un sistema jurídico basado en el conocimiento integrado y análisis interdisciplinario, cuya finalidad sea la defensa de la naturaleza para garantizar el sustento de las generaciones presente y futuras.

Si consideramos que el Derecho Ambiental surge y evoluciona a partir de las ramas tradicionales del derecho, resulta evidente que la primera manera en cómo las legislaciones de los países de Latinoamérica tratan de resolver los problemas derivados de la generación de daños al ambiente sea precisamente, mediante la aplicación de las reglas jurídicas propias del derecho civil, del derecho penal y del derecho administrativo.

Sin embargo, la mayoría de las legislaciones de algunos países no se refieren a un verdadero sistema de responsabilidad ambiental. En la mayoría de casos, los ordenamientos jurídicos para hacer frente a los problemas derivados del daño ambiental buscaron y buscan aplicar la responsabilidad civil, particularmente de la llamada responsabilidad objetiva o *strict liability*¹, confundiendo el daño ambiental con los daños ocurridos sobre los recursos naturales, las personas e incluso sus patrimonios y, como consecuencia de esta confusión, aplicar el sistema de responsabilidad civil tradicional a los daños causados sobre el ambiental propiamente como tal.

De lo anterior, se considera entonces que, pese al esfuerzo de la comunidad internacional y de los diferentes países por incorporar en sus sistemas jurídicos nacionales disposiciones

¹ En los países de tradición civilista, la denominada *strict liability* es conocida como responsabilidad objetiva.

relativas a la reparación del daño ambiental a través de revertir la carga de prueba, al establecer largos periodos de prescripción y reconocer un amplio *locus standi*, resulta ser insuficiente. Este daño es diferente al daño civil, por ende, el sistema tradicional de responsabilidad civil no es eficiente para hacer frente a los problemas jurídicos que se derivan de su generación, entendiendo que hay un riesgo previamente identificado por la rama que motiva la regulación desde el derecho para prevenirlo.

En Colombia, a pesar de la adaptación de las reglas del sistema tradicional de responsabilidad civil, la principal limitante para aplicar dicha responsabilidad a los daños ambientales es el requerimiento de probar el daño, toda vez que, el daño ambiental tiene características específicas que no hacen fácil probar su suceso, no sólo porque éste afecta a un bien jurídico diferente como lo es el ambiente, sino también porque el daño ambiental presenta características que están ausentes en el daño civil.

Así mismo, es relevante mencionar que, las características de incertidumbre, continuidad y progresividad que presenta el daño ambiental exigen que la responsabilidad debe ser imputada antes de que éste se vuelva evidente. Un verdadero sistema de responsabilidad ambiental entonces, debería ser poco convencional de tal manera que permita asignar responsabilidad a quienes son capaces de contribuir a generar una futura agresión al ambiente (Torres, 2010).

A lo anterior, resulta entonces necesario pensar en construir un nuevo sistema de responsabilidad por daños ambientales que no dependa del sistema de responsabilidad civil que para asignar la obligación de restauración requiere la prueba de daño y del nexo causal. El sistema de responsabilidad propuesto, debe ser estructurado con el fin de reconocer que aquellos que generan un alto riesgo al ambiente son responsables por daños futuros que están contribuyendo a provocar consecuentemente, así como, extender la responsabilidad por daños ambientales a todo

posible contribuyente de tal daño, que no requiera probar el hecho sino sólo probar la capacidad que tiene ciertas actividades de contribuir a generarlo.

En consecuencia, el presente trabajo de grado bajo una metodología jurídica y de análisis jurisprudencial, propone una visión diferente para la imputación de la responsabilidad basada en la idea del riesgo generado por ciertas actividades como base para asignarles la responsabilidad cuando el daño no haya sucedido. A partir de las premisas particulares existentes en tema de responsabilidad por daño ambiental en el marco jurídico colombiano y el análisis comparativo de la normativa, jurisprudencia y de investigación en los temas que ya han sido mencionados, se pretende: un análisis sobre el alcance de la normatividad ambiental en materia de daño ambiental, un análisis del marco jurídico en materia de responsabilidad ambiental y, un análisis del alcance de la responsabilidad civil a los daños ambientales

Propone, la implementación de una estrategia diferente, la de la “*responsabilidad sin prueba del daño*” como un mecanismo jurídico idóneo para la imputación de la responsabilidad por daño ambiental, teniendo en cuenta la concepción del riesgo de producción del daño, como fundamento para asignarles la responsabilidad aun cuando éste no haya ocurrido, y se propone la incorporación de mecanismos de carácter colectivo tales como impuestos, fondos y seguros ambientales.

En el capítulo primero, se analiza las diferencias entre el daño ambiental y el daño civil, no sólo bajo el entendido de que éste afecta a un bien jurídico diferente sino porque el proceso a través del cual el sistema jurídico ha reconocido la diferencia entre recursos naturales y ambiente, podría entenderse como una nueva construcción de categorías jurídicas constituyéndose entonces, en un proceso evolutivo del Derecho Ambiental y por ende llegar a afirmar que el objeto en el desarrollo

de un sistema de responsabilidad y restauración en el campo desde lo ambiental, demanda una definición clara de lo que el ambiente y el daño ambiental significan para el Derecho colombiano.

En el segundo capítulo, se analiza el tratamiento del derecho ambiental en materia de responsabilidad por daños al ambiente propiamente como tal y de la aplicación de las disciplinas tradicionales del derecho a la problemática en esta materia. Analiza los cambios que tal vez se han introducido en la legislación con el ánimo de adaptar las pautas del sistema tradicional de responsabilidad objetiva como mecanismo para dar solución a los problemas derivados de la generación de daños ambientales, pero que de alguna manera se torna complicado e inaplicables toda vez que, cuando el ambiente es afectado, desde el ámbito jurídico probar el vínculo de causalidad presente dificultad, así como por su carácter colectivo.

Por último, en el tercer capítulo, se propone mediante el uso de instrumentos económicos la posibilidad de asignar la responsabilidad de una manera un tanto más eficiente a través de la implementación de impuestos, seguros y/o fondos ambientales con el objeto de que el Estado, recaude ingresos de quienes potencialmente pueden contribuir a generar daños ambientales futuros, disponer de estos para proyectos y/o programas de restauración sin tener que probar el nexo causal y por ende, enfrentar los inconvenientes procesales del sistema de responsabilidad civil y, generar en quienes están interesados en adelantar un proyecto de alto impacto, la responsabilidad de hacer bien las cosas desde su planificación.

CAPÍTULO I. DEL DESARROLLO DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL FRENTE A LA DEMANDA DE UNA DEFINICIÓN CLARA DE LO QUE EL AMBIENTE Y EL DAÑO AMBIENTAL SIGNIFICAN PARA EL DERECHO.

Con la Declaración de Río de Janeiro en 1992, muchos de los países de la comunidad internacional que la suscribieron, adoptaron desde entonces dentro de su marco jurídico normas tendientes a la protección del ambiente; resaltando que el Principio 13 de esta declaración, hace referencia explícita a la necesidad de que los Estados adopten legislación sobre responsabilidad por daño ambiental y la consecuente indemnización, tanto a nivel nacional como internacional.

Dicho principio establece claramente *que*:

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

(Naciones Unidas [ONU], 1972).

Colombia, no siendo la excepción, a través de sus órganos legislativos ha promovido y aprobado leyes dirigidas a regular los efectos de la generación de daños al ambiente o de responsabilidad y compensación por dichos daños, encomendando además el deber consagrado en el artículo 1 de la Ley 23 de 173, esto es, prevenir y controlar la contaminación del medio ambiente, y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables, para

defender la salud y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional. Incluso, de las diversas disposiciones normativas que existen y el enfoque pluralista que promueve la propia Carta; *“la relación entre la Constitución del 91 y el medio ambiente no se evidencia como una sola y estática, siendo posible la identificación de aproximaciones² que explican el interés superior de la naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano y la protección reforzada que se le otorga”* (Sentencia T-080, 2015, pág. 2).

Sin embargo, el panorama evidente de los procesos de inclusión de la problemática ambiental en el ámbito del Derecho a través de los años, las diferentes perspectivas desarrolladas para abordar los problemas, la opinión de doctrinarios, sus análisis y la construcción de una nueva perspectiva ambiental del Derecho ha permitido pensar en la tutela integral del ambiente como respuesta que antecede las situaciones jurídico-ambientales.

Este primer capítulo plantea la necesidad de que como postulados fundamentales se debe considerar el reconocimiento del ambiente como un bien susceptible de tutela por sí mismo, diferenciándolo de los elementos que lo conforman ya que sólo de esta manera puede otorgar una tutela legal plena; así como de tener en cuenta la especificidad con que debe tratarse al daño ambiental, dadas las características que lo distan del daño civil o de la idoneidad no sólo del Derecho Civil, sino del Derecho Administrativo y del Derecho Penal.

² Conforme a la Sentencia T-080, 2015, pág.2 y con el fin de contextualizar sobre las posibles “aproximaciones” se podría aludir que, (i) En primer lugar, se parte de una visión antropocéntrica que concibe al ser humano presente como única razón de ser del sistema legal y a los recursos naturales como meros objetos al servicio del primero, (ii) un segundo punto de vista reivindica concepciones más globales y solidarias de la responsabilidad humana, que abogan por los deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras; (iii) finalmente, se han formulado posturas contrahegemónicas que conciben a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos, y que respaldan cosmovisiones plurales y alternativas a la posición mayoritaria.

En consecuencia, introduce los fundamentos que conllevan a un siguiente capítulo en cuanto al Derecho Civil, en donde se refiere que la característica de su instituto de la responsabilidad es la de ser principalmente reparador, siendo la finalidad suprema de este sistema la de obtener la reparación del bien jurídico dañado; sin dejar a un lado que, la reparación del daño ambiental presenta una serie de caracteres y problemas que no pueden ser resueltos mediante los institutos de esta rama del Derecho.

Con relación al Derecho Administrativo y a manera general, se reconoce que tradicionalmente ha tenido un cometido de carácter preventivo, a diferencia del Derecho Civil, cuya misión es reparadora. Por ello basa su efectividad precisamente en el establecimiento de un sistema de sanciones, principalmente pecuniarias para los casos de incumplimiento de la norma, sin que necesariamente los recursos recaudados por dichas sanciones hayan de destinarse a la reparación del daño (Márquez Gonzáles, 2003, pág. 32). Sin embargo, es de resaltar que, en países como Colombia, el Derecho “Ambiental Administrativo” ha demostrado ciertos rasgos innovadores en ese sentido, incorporando además de las sanciones administrativas y reparatorias, otras de carácter complementario que tienden a la restauración del medio ambiente dañado, aunque esto pudiere significar el alejamiento de esa disciplina jurídica de su función original.

Respecto al Derecho Penal, se podría destacar que la pena no puede perseguir otro objetivo que no sea el que persigue la ley y el Derecho Penal en general, esto es, la seguridad jurídica. En efecto, éstos apuntan a la prevención de futuras conductas delictivas y, por lo tanto, la pena no puede, en principio, tener el objetivo de reparar el daño (Márquez Gonzáles, 2003, pág. 8).

Por último, permite inferir que el establecimiento de un sistema de reparación del daño al ambiente debe responder a una pretensión legítima de las políticas públicas en donde implique la construcción de un orden jurídico único que tome en cuenta las características del bien jurídico

protegido por el Derecho Ambiental³ y las particularidades del daño ambiental puro como antesala a una posible responsabilidad sin prueba.

De lo anterior se colige que, el daño ambiental es diferente al daño civil no solo porque este afecta a un bien jurídico diferente como lo es el ambiente; sino también porque, como se explicará, el daño ambiental presenta características que están ausentes en el daño civil.

Por ende, el desarrollo de un sistema de responsabilidad, compensación e incluso restauración⁴ en la dimensión ambiental demanda una definición clara de lo que el ambiente y el

³ Tal como lo afirma el Dr. Gonzáles (2003) *“el daño ambiental es una institución jurídica, diversa del daño civil y que por lo tanto merece la caracterización y tratamiento específico a través de los cuales se reconozca el bien jurídico protegido por el derecho ambiental”* (González Márquez, 2003).

⁴ De acuerdo con la Corte Constitucional, Sentencia C-632 de 2011; el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974), reitera la finalidad de *“lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad”* (art. 2.1). Adicionalmente, a lo largo del documento se emplean indistintamente vocablos como: incentivos económicos para *“mejorar”* y *“restaurar”* del ambiente (art. 13), la imposición de tasas retributivas para *“compensar”* los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales (art. 18), así como medidas para la *“recuperación”* de las fuentes hídricas (art. 134), tierras (art. 182) y bosques (art. 203). Por su parte, La Corte Constitucional desarrollando el contenido de las medidas compensatorias dispuestas por la Ley 1333 de 2009 concluyó que las mismas tienen por finalidad restaurar in natura el medio ambiente y sus principales atributos son descritos así: *“Entre las características que identifican las citadas medidas compensatorias, se pueden destacar las siguientes: (i) están dirigidas, única y exclusivamente, a restaurar in natura el medio ambiente afectado, buscando que éste retorne a la situación en que se encontraba antes del daño ambiental, o a lograr su recuperación sustancial; (ii) las mismas se encuentran a cargo de organismos técnicos de naturaleza administrativa, y solo resultan imposibles si se demuestra la existencia de la infracción ambiental y del daño ocasionado al medio ambiente o a los recursos naturales; (iii) en razón a su carácter estrictamente técnico, no están definidas previamente en la ley y su determinación depende del tipo de daño que se haya causado al medio ambiente; (iv) cualquiera sea la medida compensatoria a adoptar, la misma debe guardar estricta proporcionalidad con el daño ambiental, pudiendo, en todo caso, ser objeto de los respectivos controles administrativo y judicial; finalmente, (v) tales medidas no tienen naturaleza sancionatoria, pues el fin que persiguen es esencialmente reparatorio”*.

daño ambiental significan para el Derecho. Esto es lo que se tratará de explicar en el siguiente apartado.

1.1 El ambiente como objeto de tutela legal y del carácter preventivo y reparador del derecho.

Considerar el ambiente como objeto de protección por parte del Derecho ha dado origen a la disciplina jurídica que conocemos como Derecho Ambiental. Sin embargo, su autonomía respecto a otras ramas del Derecho aún es cuestionable en la medida en que, su origen se desarrolló sobre los principios que le proporcionaron las ramas tradicionales del Derecho, las cuales no tienen como cometido principal la tutela de ese bien jurídico toda vez que se aproxima más, a la protección de los elementos que lo componen.

Pese a que recientemente, se ha empezado a plantear la consideración del ambiente como un bien jurídico susceptible de tutela legal como disciplina autónoma; esta consideración implica primero, su definición desde el punto de vista de la ciencia jurídica y segundo, reconocer que este concepto encierra en sí mismo una dualidad en la que se puede distinguir entre el ambiente como tal y los elementos que lo componen.

Tal es lo que se indica que, de la normatividad que regula el sector medio ambiente en Colombia se entiende por “medio ambiente” de conformidad con el artículo 2 de la Ley 23 de 1973 que, *“es un patrimonio común; por lo tanto, su mejoramiento y conservación son actividades de utilidad públicas, en las que deberán participar el Estado y los particulares. Para efectos de la*

presente Ley, se entenderá que el medio está constituido por la atmósfera y los recursos renovables”⁵.

Desde el punto de vista científico se ha asumido que el ambiente es la suma de los elementos naturales: aire, agua, suelo, flora y fauna (Bernard J. Nebel, 1993, pág. 672); pero en el ámbito de la ciencia jurídica esos elementos ameritan un tratamiento al menos desde dos perspectivas⁶:

- Como bienes en sí mismos, siendo un valor utilitario tradicional como insumo para los diferentes procesos productos y,
- Como bienes que desempeñan una función ambiental respecto de los otros con lo que interactúan; es decir, como proveedores de servicios ambientales.

Sobre todo, destacando lo que señala Séve (2002), en el documento *“A Discussion Paper on Environmental and Natural Resources Accounting and Potential Applications in African”*, referente a que, cuando los recursos naturales están en interacción, desarrollan nuevas propiedades

⁵ De acuerdo con la Sentencia C-703 de 2010 y en concordancia con las normas constitucionales que imponen cargas y mandatos de protección ambiental; dicha protección es un aspecto especialmente regulado en la Constitución Política del 91. La jurisprudencia ha identificado al menos cuarenta y nueve (49) normas constitucionales que se refieren de manera directa o indirecta al medio ambiente, lo que ha permitido hablar de una “Constitución Ecológica”, esto es, un conjunto de disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y el medio ambiente, y que tienen como presupuesto básico un principio-deber de recuperación, conservación y protección. La protección al medio ambiente es entonces un principio que irradia todo el orden jurídico y obliga al Estado a proteger las riquezas naturales de la Nación y, si es necesario, hacer ceder los intereses particulares que puedan comprometerlas. Por tanto, más allá de consideraciones puramente éticas o altruistas, lo cierto es que desde el punto de vista constitucional el medio ambiente constituye un bien jurídico de especial protección, a través del cual se garantiza la preservación de los recursos naturales y la provisión de bienes esenciales para la subsistencia de las generaciones presentes y futuras.

⁶ Tal como lo dice Loperena (1996), *“En definitiva, los bienes de repercusión ambiental técnicamente han de considerarse compuestos de dos partes: la ordinaria, susceptible del derecho de propiedad y de uso y disfrute inherente a él y sus derivados; y la ambiental, excluida del tráfico jurídico”*. (Loperena Rota, 1996, pág. 70)

ambientales que no tienen, cuando se encuentran aislados y las cuales se conocen como funciones o servicios ambientales; y que es así como, cuando los elementos naturales y las funciones ambientales están interactuando, un nuevo e intangible objeto de tutela legal surge al mundo jurídico: el ambiente, el cual permite mantener un equilibrio ecológico al interior de los ecosistemas y entre ellos (Sève, 2002, pág. 7).

De lo anterior, se podría entender que el ambiente y los recursos naturales están relacionados, pero son objetos de tutela diferentes; siendo un escenario ignorado tal vez, por la Ciencia Jurídica. Como resultado de ello, se podría traer a colisión que desde 1969 cuando la Ley de Política Ambiental Nacional (NEPA, por sus siglas en inglés) fue aprobada por el Congreso Federal de los Estados Unidos de América la mayoría de los regímenes legales de los diferentes países se han construido sobre la idea, tal vez, de que el ambiente puede ser preservado mediante la simple protección de los recursos naturales; es decir, la mayoría de las legislaciones, incluso la de Colombia se ha encargado de regular los aspectos inherentes a cada recurso (aire, agua, suelo, fauna, flora) de forma independiente y aislada, que permite a las entidades y particulares dar cumplimiento sin establecer la obligatoriedad de evaluar estratégicamente como el uso, aprovechamiento y/o afectación de estos irrumpe en el medio *in natura* al que conforman.

Lo anterior, se refuerza con la generación de las primeras leyes ambientales, aquellas aprobadas después de la Conferencia de Estocolmo⁷ y antes de la Cumbre de Río⁸; las cuales

⁷ La primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (UNCED) se celebró en Estocolmo, Suecia, del 5 al 16 de junio de 1972. Su objetivo principal fue introducir un programa extenso y un plan nuevo para la acción internacional en temas de medio ambiente y de desarrollo que ayudarían a guiar la cooperación internacional y el desarrollo de programas en el próximo siglo.

⁸ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD) se llevó a cabo del 3 al 14 de junio de 1992 en Río de Janeiro, Brasil; siendo un momento decisivo en las negociaciones internacionales sobre las cuestiones del medio ambiente y el desarrollo.

establecieron sistemas jurídico-ambientales muy vinculados a las disciplinas tradicionales del Derecho tales como el Derechos Administrativo y el Derecho Civil que por años habían regulado la propiedad, el uso y la explotación de los recursos naturales.

A su vez, podría entrever, por qué los sistemas de responsabilidad civil han sido la primera referencia para los regímenes legales en el desarrollo de una estrategia para hacer frente al daño ambiental. Pero en sí, es prudente indicar que la protección ambiental requiere de instrumentos legales más eficaces y menos ortodoxos dirigidos a la protección del equilibrio entre las funciones ambientales más que a la protección de los elementos naturales de manera aislada, permitiendo con ello, la implementación de medidas más coherentes con un enfoque preventivo y no necesariamente restaurativo o compensatorio.

Al respecto y en observancia de la Ley 23 de 1973⁹, podemos identificar como en un principio, la finalidad de la ley es prevenir y controlar, para después, y, frente aquellos daños que llegasen a ocasionarse a los recursos naturales, restaurar.

En efecto, se podría mencionar que el Derecho Civil entendiéndolo desde el ámbito de la propiedad privada o, el Derecho Administrativo entendido desde los bienes de propiedad pública, se han ocupado de la protección de los elementos de base y la tutela legal de las funciones ambientales como medio para la protección del ambiente propio, es un asunto que compete a la rama del Derecho Ambiental.

El proceso a través del cual los sistemas jurídicos reconocen la diferencia entre recursos naturales y ambiente, y en consecuencia empiezan a construir nuevas categorías jurídicas, constituye también el proceso de evolución del Derecho Ambiental como disciplina jurídica nueva

⁹ “Por medio de la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones”, expedida por el Congreso de Colombia.

e independiente, cuyo objetivo es precisamente proteger el ambiente como un todo y no recursos naturales de forma separada (Márquez Gonzáles, 2003). Así, entre más clara es la diferencia entre daño civil y daño ambiental más independiente es el Derecho Ambiental con respecto a las ramas tradicionales del sistema jurídico.

Sin embargo, considerar el ambiente en sí como bien jurídico y por ende del Derecho Ambiental como disciplina jurídica autónoma no se concluye sólo con la definición conceptual del objeto tutelado, sino que es menester, además, que el orden legal establezca normas jurídicas encaminadas a prevenir que se generen afectaciones al objeto tutelado así como, disposiciones normativas que se aproximen a la reparación de los daños que sobre el mismo se produzcan; entendiendo pues que, el Derecho Ambiental tiene entonces una faceta preventiva¹⁰ y otra reparadora.

Para lo anterior, se requiere como primera medida, el desarrollo de una serie de reglas dirigidas a evitar que el ambiente sea dañado, siendo este el aspecto preventivo del Derecho

¹⁰ El énfasis preventivo constituye uno de los caracteres por rasgos peculiares del Derecho Ambiental. Al respecto, ha dicho A. Vásquez García (2003) que al Derecho Ambiental le interesa sobre todo la prevención del ambiente y, en su caso de que éste se genere, le interesa que éste y frente a los daños, cesen a la brevedad posible y que se restablezcan las condiciones anteriores a su ocurrencia (Vazquez Garcia, 2003). Lo que a definitiva se podría traducir en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los posibles derechos afectados y a la medida de sus requerimientos. Al respecto, indica Augusto M. Morello, que los *“que saben identifican al siglo XXI, como el de la información, de la inteligencia y los riesgos. El ingreso —con vocación de permanencia— de un criterio o estándar denominado principio preventivo se asocia y cualifica a la precedente caracterización de la sociedad del riesgo, y cuyo impacto en el andamiaje jurídico —especialmente en el proceso y dentro de él en lo concerniente a la prueba y a la distribución de la carga pertinente y a su evaluación—, representa una notable corrida de piezas claves y un inédito enroque que abre, adecua y otorga rasgos singulares, a esa estructura central de la litigación. Que en más juega de otro modo y dibuja un renovado torso que altera, moderniza y facilita los enfoques, las estrategias y la lectura de las reglas de la sana crítica, en una visión más lógica y flexible, método y actitud necesaria y comprensible para poder asumir, interiormente, el tratamiento de cada vez más numerosos procesos complejos o de lata complejidad”* (Morello, 2004, págs. 2,545).

Ambiental e integrándose con mecanismos tales como la evaluación del impacto ambiental, los estándares ambientales y los instrumentos de manejo y control (permisos, concesiones, autorizaciones y/o licencias ambientales, entre otros).

En segundo lugar, cuando los instrumentos de carácter preventivo no son suficientes o en su defecto fallan en evitar la ocurrencia del daño ambiental, resulta necesario el establecimiento de reglas complementarias para restaurar los daños ocurridos; siendo este, el carácter reparador del Derecho Ambiental y el punto central del sistema de responsabilidad ambiental.

Una revisión de la legislación en la materia comparada muestra que mientras los mecanismos preventivos han sido considerablemente desarrollados, la responsabilidad, compensación y restauración de los daños al ambiente son asuntos que han sido tratados desde una perspectiva muy vinculada al sistema de responsabilidad civil.

No obstante, la responsabilidad por daños ambientales y la responsabilidad civil se refieren a diferentes materias. La primera está dirigida a tratar los daños que afectan al interés jurídico colectivo de proteger al ambiente, es decir, al derecho a un ambiente adecuado tal como lo refiere nuestra Constitución Política en los artículos 79¹¹; y la segunda categoría de responsabilidad está dirigida a proteger entonces los intereses individuales afectados cuando los recursos naturales son dañados, aún en los casos en que los recursos naturales son considerados como propiedad pública y el interés público está involucrado como lo infiere el artículo 80¹² de nuestra carta magna.

¹¹ Al respecto, el artículo 79 de la Constitución Política de Colombia establece que *“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La Ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”*.

¹² El artículo 80 de la Constitución Política de Colombia señala que *“El estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer sanciones legales y*

Y que, en efecto, una vez se establece la diferencia entre recursos naturales y ambiente como objetos de tutela legal, surge otro problema fundamental, ¿Qué es el daño ambiental como condición general de la responsabilidad? y ¿Cuál es la necesidad de replantear los escenarios propios del Derecho Privado a fin de entender por daño estrictamente al generado a la naturaleza del medio ambiente? En el siguiente apartado, se trata de contextualizar sobre este cuestionamiento.

1.2 La naturaleza particular del daño ambiental

En el Derecho colombiano, el concepto daño ambiental o ecológico¹³ comprende aquellos eventos en los que se afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes¹⁴.

Sin embargo, definir el daño ambiental no es un aspecto fácil ya que, a diferencia de lo que ocurre en el caso del daño civil, cuando el ambiente es perturbado, las consecuencias de tal agresión no son ni fácil ni inmediatamente perceptibles; con frecuencia tanto los letrados como los

exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”.

¹³ Al respecto, Michael Prier (1991) señala que “*El concepto de daño ecológico fue utilizado por primera vez por M. Despax para insistir sobre la particularidad de los perjuicios indirectos resultantes de atentados al ambiente*”. El citado autor agrega que “*La afectación de unos elementos del ambiente (el suelo, por ejemplo) no puede evitar sus efectos sobre otros componentes del ambiente tomando en cuenta la interdependencia de los fenómenos ecológicos. El daño ecológico es aquel que trae consigo una afectación al conjunto de los elementos de un sistema y que por su carácter indirecto y difuso no permite en tanto que tal dar paso al derecho a la reparación*” (Prier M., 1991, pág. 61)

¹⁴ Al respecto, la Ley 99 de 1993 lo señaló en su artículo 42 que “*(...) se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes (...)*”.

legisladores pueden caer en el error de identificar el daño ambiental con el daño civil cuyos efectos negativos sobre los recursos naturales son más fácilmente perceptibles.

De lo anterior, me permito referir dos posibles factores que contribuyen a esta confusión; la primera, dado que el daño ambiental y el daño civil comparten algunas características. Por ejemplo, como ocurre en el caso del daño civil, el daño ambiental implica deterioro o detrimento ocurrido sobre un objeto jurídicamente tutelado; empero, dicho menoscabo no afecta al interés legal de ninguna persona en lo particular sino al ambiente en sí mismo y, de esta manera, el derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano¹⁵.

En segundo lugar, en algunos casos el daño civil y el daño ambiental están relacionados toda vez que el primero, puede producirse como consecuencia de un daño ambiental; por ejemplo, el cambio climático tiene una serie de efectos sobre la salud humana y, viceversa, el ambiente puede ser afectado como resultados de un daño civil.

De esto último, podría ocurrir por causas diferentes: ya sea porque el daño ambiental puede ser provocado por un evento catastrófico, como ha ocurrido en el caso de accidentes industriales mayores como, por ejemplo, el derrame de hidrocarburo por incidencia de grupos al margen de la ley. Y, por otro lado, el daño ambiental puede ser la consecuencia de una serie de acciones producidas a lo largo del tiempo, como usualmente ocurre en los casos de contaminación histórica o sinérgica como los pasivos ambientales en la minería.

Aun así, pese a que existe una relación entre daño civil y daño ambiental no significa que estos deben ser analizados desde la misma perspectiva, pues al lado de estas similitudes existen

¹⁵ Recordemos que, al respecto la Constitución Política de Colombia refiere en el artículo 79 que, “(...) *Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines (...)*”

grandes diferencias. Por ende, es necesario distinguir entre “daño ambiental puro” y “daño civil que resulta de un suceso ambiental”; entendiendo este último, como algo que físicamente es evidente y se enmarca en la categoría de daño civil que por los mismo puede ser fácilmente manejado a través de la aplicación del sistema tradicional de responsabilidad civil.

Establecer cuándo ha ocurrido un “daño ambiental puro” es mucho más complejo debido elementalmente al hecho de que este ocurre sobre un objeto jurídico inmaterial que, como se ha mencionado antes, emerge al mundo jurídico como resultado de una serie de interacciones de las funciones ambientales desarrolladas por los elementos naturales y que, en consecuencia, el daño ambiental supone un menoscabo o deterioro a tal objeto inmaterial haciendo difícil su identificación o peritaje.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia 29028 de 2014, abordó la responsabilidad ambiental trayendo a colisión que, *en materia de responsabilidad ambiental, la doctrina y la jurisprudencia han distinguido dos tipos de daños: El daño ambiental puro y el daño ambiental consecutivo*. Señalando para el primero lo siguiente:

“El daño ambiental puro es cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, aire, flora), causados por cualquier actividad u omisión, que supera los niveles permitidos y la capacidad de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano”.

Incluso, se podría decir que sólo basta indicar que el daño ambiental será evidente cuando las funciones ambientales que le son afectadas en una manera tal produjeran un desequilibrio entre ellas por encima de los límites máximos permisibles y dicho esto, privara al ambiente de su propiedad principal, “la de soporte de vida”. Esta teoría ha sido contemplada por un informe presentado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en donde señalan que

“el daño ambiental es un cambio que tiene un impacto adverso considerable sobre la calidad de un ambiente particular o alguno de sus componentes, incluyendo sus valores utilitarios y su capacidad para soportar una calidad de vida aceptable y sustentable, así como un equilibrio ecológico viable” (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente [UNEP], 2003, pág. 12); concluyendo así que el daño ambiental no refiere en esencia los daños civiles ocurridos sobre la propiedad pública o privada.

El “daño ambiental puro” inclusive tiene características que lo hacen diferente del daño civil toda vez que puede ser incierto dado a que sus causas y efectos no son fácilmente identificables, así como la magnitud de sus efectos no son fácilmente perceptibles. Otra diferencia relevante, es que el daño ambiental puro aborda la problemática frente a las afectaciones producidas a los recursos naturales dejando a un lado la relación tradicional que existía frente al daño propio del derecho civil atribuible a las afectaciones producidos al ser humano, y *los bienes apropiables e intercambiables por este*¹⁶.

Pese a lo anterior, desde el ámbito del Derecho Internacional hasta el comparado, se evidencia que esta diferencia que se trata de referir entre daño civil y daño ambientales sólo es indirectamente señalada pero no completamente definida.

En el ámbito del Derecho Internacional ninguno de los instrumentos del *soft law* o del *hard law* que se refieren al tema ha establecido una definición del daño ambiental. Tanto así que, en la mayoría de los tratados internacionales se evidencia la ausencia, aunque en esencia son de carácter preventivo o reparador; a excepción de la Convención de Lugano de 1996 y el Protocolo de Basilea

¹⁶ Geneviève Viney y Patrice Jourdain,. "Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité", L.G.D.J., Paris, 1998, p. 55. Citado por Henao, Op. cit. p. 143

de 1999, los cuales describen al daño en términos de “propiedad” y “salud”, pero excluyendo los daños al ambiente propiamente tal.

La Convención de Lugano¹⁷ Se refiere a todo tipo de daños ocasionados por actividades peligrosas incluyendo pérdidas de vidas, daños personales y a la propiedad, así como a pérdidas por afectaciones al ambiente. De conformidad con lo establecido en el artículo 2º, numeral 7 de esta Convención, el daño incluye primero, la pérdida de la vida o daño personal; segundo, la pérdida o daño a cualquier propiedad diferente a la instalación en sí misma o que se encuentre bajo el control del operador en el sitio donde se desarrolla la actividad peligrosa; y tercero, por la pérdida o daño por menoscabo al medio ambiente o en su defecto por el costo de las medidas preventivas y cualquier pérdida y daño causado por dichas medidas.

Por otro lado, el Protocolo de Basilea¹⁸ Se refiere al daño causado por movimientos transfronterizos de residuos peligrosos incluyendo el daño tradicional como el de pérdidas de vidas, daños a personas o a la propiedad, pérdidas económicas y daños al ambiente. En el artículo 2 se contempla que:

“A los efectos del presente Protocolo: Por “daño” se entiende: Muerte o lesiones corporales; Daños o perjuicios materiales, salvo a los bienes de propiedad de la persona responsable de los daños de conformidad con el Presente Protocolo; Pérdidas de los

¹⁷ En Colombia no se incorporó. Este convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano en 2007. El Convenio Lugano II sustituye al Convenio Lugano I de 1988 y está en vigor desde el 1 de enero de 2010 entre los Estados de la Unión Europea, Noruega, Suiza e Islandia (miembros de la AELC -Asociación Europea de Libre Comercio-). Se toma como referencia del Derecho Internacional comparado.

¹⁸ El Convenio de Basilea fue aprobado en Colombia mediante la Ley 253 de 1996, declarada exequible mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-377/96. Representa el primero y único tratado internacional en materia de desechos peligrosos.

ingresos directamente derivado de un interés económico en el uso del medio ambiente incurridas como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, teniendo en cuenta los ahorros y los costos; Costo de las medidas de restablecimiento del medio ambiente deteriorado, limitado al costo de las medidas efectivamente adoptadas o que vayas a adoptarse; y Costo de las medidas preventivas, incluidas cualesquiera pérdidas o daños causados por esas medidas, en la medida en que los daños deriven o resulten de propiedades peligrosas de los desechos objeto de movimientos transfronterizos y eliminación de desechos peligrosos y otros desechos sujetos al Convenio”.

Incluso, con los aspectos legales y de los derechos nacionales sucede algo parecido. Por ejemplo. La Ley de Chile sobre las Bases Generales del Medio Ambiente de 1994 en su artículo 2 señala que daño al ambiente es *“toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio o a uno de sus componentes”*; mientras que por ambiente se entiende *“el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”*.

En Costa Rica, por ejemplo; la Ley Orgánica del Ambiente de 1993 en su artículo 84 le otorga a la Secretaría Técnica Nacional Ambiental la función de *“atender e investigar las denuncias que se le presenten en lo relativo a la degeneración o al daño ambiental”* y pese a que la Ley de Biodiversidad contempla en el artículo 54 que *“cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo o rehabilitar”*, ninguna define el concepto que se estudia.

Sin embargo, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños,

no establece un criterio diferente al seguido por las legislaciones latinoamericanas referidas ya que en el artículo 2, describe el daño ambiental comprendiendo los daños a las especies y hábitats protegidos; los daños a las aguas y los daños al suelo¹⁹. El panorama en Colombia no es tan diferente.

De hecho, resulta relevante mencionar que conforme al numeral 2 del mandato referido se entiende por “daños”, *“el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente”*, es decir, en este concepto hay una sugerencia a las afectaciones a los servicios ambientales.

El daño ambiental puro entonces, es *“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*

¹⁹ En ese sentido el precepto señala lo siguiente: *“Artículo 2. Definiciones. A efectos de la presente Directiva se entenderá por: 1 daño ambiental: a) Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I; los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes de conformidad con disposiciones que apliquen los apartados 3 y 4 del artículo 6 de la Directiva 92 /43/CEE o el artículo 9 de la Directiva 79/409/CEE, o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza. B) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el apartado 7 del artículo 4 de dicha Directiva; c) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana, debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo.*

fauna salvaje. Se trata entonces de aquello que se ha convenido llamar 'perjuicios ecológicos puros'' (Henao Pérez, 2000, pág. 5).

Es decir, el daño al ambiente sería aquel que afecta a un bien jurídico diferente, a saber: el bien jurídico medio ambiente o bien, a la función que uno de los elementos integrantes del ambiente cumple en un sistema determinado y no comprende los que como consecuencia de la afectación del ambiente se provoquen o trasladen también al ámbito de la propiedad pública o privada. Esto último aun siendo una derivación del primero, se encuentran comprendidos dentro de la responsabilidad civil tradicional (Márquez Gonzáles, 2003).

Si bien, a nivel de la doctrina se puede palpar la diferencia sustancial entre daño ambiental y daño civil; desde lo legislativo falta todavía mucho por hacer con el fin de precisar el uno del otro ya que como idea equivocada de identificar a estos dos como “parecidos”, nuestra doctrina aplica el Derecho Civil a los daños ambientales mediante la adaptación de las reglas procesales tradicionales sobre legitimación, prescripción de la acción, vínculo de causalidad, restauración y reparación, haciendo más flexible la imputación de la responsabilidad. En el siguiente apartado se hará un análisis de esto.

1.3 Imputación de la responsabilidad previo a la ocurrencia por las características de incertidumbre, continuidad y progresividad del daño ambiental.

Es oportuno señalar que, como parte de los fines que predominan en el Derecho Ambiental se encuentra la implementación de normas que regulen, analicen y permitan tomar decisiones sobre

los posibles riesgos²⁰ que puedan producirse en el ambiente como resultado de las actividades de una sociedad tendiente al desarrollo. Inclusive, se atribuye que los crecientes y evidentes problemas ambientales radican en este constante interés del hombre por controlar, modificar y obtener ciertos beneficios del entorno natural con el que interactúa y de aquellas herramientas que requiere implementar; no sin antes resaltar que de este interés se origina el cuestionamiento sobre qué tanto se impactará.

²⁰ Para Ulrich Beck (1999), el riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, de las diversas consecuencias no deseadas del proceso de modernización. El riesgo es un intento institucionalizado de colonizar el futuro, de generar en lo posible márgenes de controlabilidad, de disminuir lo impredecible en la vida moderna. Se trata de la elaboración de un mapa cognitivo del porvenir. El riesgo siempre ha existido. Sin embargo, es en la edad moderna cuando adquiere matices diferentes: las dos caras del riesgo, la oportunidad y el peligro, conviven imbricando constantemente (Beck, 1999, pág. 150)

Para Beck (1999), todos aquellos que habitamos la Tierra debemos entender nuestra vida sometida a los más variados tipos de riesgo, los cuales tienen un alcance personal y global. Las decisiones personales son arriesgadas, porque no coinciden con los modelos establecidos; las diferentes acciones sociales, vividas desde roles tradicionales, se convierten en riesgos, mientras que las amenazas sociales (flexibilización del trabajo, relaciones laborales), técnicas (alimentos modificados, ingeniería genética) y globales (deforestación, agujero de ozono) son soportadas y distribuidas como condición existencial con todas sus contradicciones indisolubles. El punto clave para Beck, y centro de sus preocupaciones en la sociedad del riesgo global, son los asuntos ambientales. Por ello, en la sociedad del riesgo se reconstituye, de nueva cuenta, la dimensión sociedad-naturaleza y la relación desarrollo-ambiente. Para nuestro autor, hoy los resultados de la violencia al medio ambiente ponen en jaque al género humano. La dimensión sociedad-naturaleza se ve cuestionada pues, si bien como especie nos hemos caracterizado por dominar y hacer nuestra a la naturaleza, parece que hoy ella nos juega una mala pasada, convertida en una fuerza destructiva que no podemos controlar.

A su vez, cobra relevancia la idea de que el desarrollo económico basado en una maximización de la ganancia a través de la sobreexplotación de los recursos naturales no renueva, ni mucho menos previene, la muerte de los ecosistemas de la naturaleza, al contrario, produce ciertos desequilibrios perjudiciales para los integrantes de la sociedad (Cohen, 2017).

El concepto de riesgo entonces se caracteriza como un peculiar estado intermedio entre la seguridad y la destrucción, y se define por estándares culturales de vida tolerable, lo que significa que los riesgos aluden a una relación interdisciplinar: el conocimiento del saber técnico aunado a percepciones y normas culturales.

La incertidumbre, continuidad y progresividad como característica de los efectos de un daño es inherente a los problemas ambientales. Los efectos sobre el medio ambiente, incluso sobre la salud, son causados por las alteraciones realizadas por el ser humano que generalmente son desconocidas o que se entrevé una posible relación; una posible responsabilidad.

Como parte de la práctica jurídica se podrían reconocer dos tipos de responsabilidad; una atribuida a la subjetividad cuya particularidad redundaría en que están fundados en el postulado filosófico de la culpa (Navarret, 2022, pág. 11) y la otra a la objetividad, hipótesis de imputabilidad sin culpa, donde la culpabilidad carece de relevancia para estructurarla remitiéndose a factores objetivos como el riesgo o el peligro, la capacidad de asumir los costos de evitación o de reparar la lesión, fundándose en la situación del sujeto respecto de las cosas, su posición o relación con sus congéneres o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa permitida por su utilidad social²¹. No obstante, previo a este contexto, es de resaltar la alarmante realidad que se evidencia sobre el daño al ambiente que el ser humano ha causado desde la revolución industrial, entre otras y que, debido a esto, se comenzó a valorar el impacto que las actividades humanas causan o podrían causar a su entorno; más en la actualidad con los referentes de años pasados.

De lo anterior, es preciso indicar lo siguiente; la responsabilidad subjetiva está basada en la existencia de tres compendios: la existencia de un daño, un comportamiento ilegal y el vínculo de causalidad entre esa conducta ilícita y el daño. Mientras que, la responsabilidad objetiva no requiere la prueba de una conducta ilegal pero el vínculo de causalidad sigue siendo exigible como el pensar que toda actividad que demanda el hombre requiere la transformación de su entorno (Chacón, 2005, pág. 34).

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil –Sentencia del 24 de agosto del 2009-, exp: 11001-3103-038-2001-01054-01, M.P William Namén Vargas

Considerando que el origen del sistema de responsabilidad objetiva está vinculado con la realización de actividades que conllevan un grado de riesgo o peligro, podría ser prudente pensar que ésta resulta aplicable a los daños ambientales, no sin antes reconocer que esto puede tornarse complicado por diferentes postulados. En primera instancia, cuando el ambiente es afectado desde el punto de vista jurídico, probar el vínculo de causalidad presenta dificultades irresolubles ya que, pese a que en Colombia como en algunos países de Latinoamérica tratan de resolver este problema invirtiendo la carga de prueba, probar la ocurrencia del daño es todavía un reto mayor.

Al invertir la carga de prueba se puede evitar que una parte importante del costo del proceso sea pagado por la víctima. Adicionalmente, esta regla se justifica ya que el posible responsable posee más información técnica y científica sobre las actividades causantes del daño que la víctima (Chacón, 2005, pág. 65). Para el Derecho Sancionatorio Ambiental, la carga de la prueba recae en el presunto infractor quien tendrá a su cargo desvirtuarla, esto bajo la presunción de culpa señalada en artículo 5 de la Ley 1333 de 2009. Sin embargo, un tema adicional se trae a colisión, si bien *la presunción de culpa y dolo genera efectos en la carga de la prueba, esto no implica necesariamente una responsabilidad atribuible al régimen objetivo* (Eduardo del valle).

De otra parte, surge una problemática frente al carácter colectivo del daño ambiental, el cual implica determinar a quién corresponde interponer una acción por daños al medio ambiente. Al respecto, se puede partir de reconocer que cualquier persona está legitimada para iniciar una acción de esta naturaleza y cuya acción dependerá del daño que se pretenda hacer reconocer. *Por tal razón, cuando se trata de un daño ambiental puro sin pretensiones indemnizatorias, que pone en cuestión los derechos colectivos, la acción popular es la vía procesal idónea para su protección, mientras que en lo relativo a los daños ambientales impuros, daños que se suscitan como consecuencia de las repercusiones de las lesiones ambientales, la acción de grupo y la*

*ordinaria de reparación directa (medio de control de conformidad con el art. 140 de la Ley 1437 de 2011) son los mecanismos procesales idóneos para que un individuo o un sujeto colectivo los ejercite en aras de instaurar sus pretensiones de indemnización*²²; pero, por otra parte, la característica de continuidad del daño ambiental conduce a la situación de determinar cuál es el tiempo de prescripción de la acción más adecuada. Dicha continuidad significa entonces que, el daño es generado por una sucesión de actos que no tienen la suficiente autonomía para determinar el momento a partir del cual el plano de prescripción debe contarse.

Por lo general, la causa es un acto complejo²³ que involucra una serie de factores ocurridos durante un largo período de tiempo; y este, siendo un referente para entablar una acción tendiente a la restauración del daño ambiental, se puede calcular a partir de tres momentos diferentes (Ramos, 1985, pág. 25):

- Cuando se produce la causa,
- A partir de que el daño se hace evidencie y,
- A partir del momento en que cesan los efectos del daño

Pese a las diferentes soluciones que pueda vislumbrar la legislación para enfrentar los paradigmas descritos, determinar en qué debe consistir la restauración del daño ambiental debe repararse mediante el pago de una compensación económica o devolviendo el objeto dañado a su condición inicial a la ocurrencia del daño, o como bien se conoce, la restauración *in natura*. Tanto la jurisprudencia como la legislación han reconocido la prerrogativa de la restauración *in natura*

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. CP. Ramiro Pasos Guerrero. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Radicado 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028)

²³ Desde el punto de vista del procedimiento, se alude a las diferentes actuaciones que se requieren para su expedición o determinación como aquellos que están sujetos a una autorización previa, aprobación posterior como, conceptos de otros organismos o autoridades. O, de acuerdo con Rodríguez, G: donde interviene la voluntad de varias entidades en ejercicio de una función administrativa (Gloria Amparo Rodríguez, 2012, pág. 249).

por encima de la compensación económica. Sin embargo, dichas restauración y la compensación económica presentan dificultades prácticas casi insuperables, tales como la necesidad de contar con información científica completa y confiable para calcular el nivel de reconstrucción del ambiente dañado (Márquez Gonzáles, 2003, pág. 8).

De otra parte, si la restauración *in natura* del ambiente dañado es imposible, entonces se debe pagar una compensación económica que, para que sea viable, los sistemas legales deben referirse a cuestiones relacionadas como la cuantificación y en su caso, determinar a quién se debe pagar esa compensación. Hasta ahora, uno de los medios ha sido la de la figura de los “fondos ambientales” que recolectan y administran las compensaciones económicas ordenadas por las instituciones en casos en los que la restauración *in natura* es imposible.

Pese a lo anterior, se podría considerar que los problemas planteados se pudieran resolver cuando la aplicación de la responsabilidad civil al daño ambiental siempre dejará hechos sin restauración, ya que cuando dicho daño se vuelve evidente dos cosas pueden acontecer; que, el plazo para ejercer la acción ha prescrito o simplemente el ente responsable desapareció. En conclusión, el menester conforme al sistema de responsabilidad civil de probar la existencia del daño se convierte en un verdadero impedimento para asignar la responsabilidad por daños ambientales como debería.

Las características de incertidumbre, progresividad y cantidad que ostenta el daño ambiental exigen que la responsabilidad debe ser imputada antes que ésta se vuelva evidente. En consecuencia, un verdadero sistema de responsabilidad ambiental debería ser tan disidente que permita asignar responsabilidad a quienes son capaces de contribuir a generar una futura agresión al ambiente. Esta es entonces, la responsabilidad sin prueba de daño que se propone en este trabajo

frente al riesgo que origina o puede llegar a originarse como producto del desarrollo de un proyecto, obra o actividad.

Frente a esto, la Corte Constitucional de Colombia, señala que, “(...) *tratándose de daños o de riesgos se afirma que en algunos casos es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas y cuando tal hipótesis se presenta opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos, tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente (...)*” (Sentencia C – 703, 2010).

Una muestra de cómo el enfoque preventivo puede ser el eje de la responsabilidad por daños ambientales sin prueba del daño, es aquel que se puede vislumbrar de la disposición consignada en el artículo 8 de la Resolución 2086 de 2010 expedida por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial²⁴, quien conlleva una metodología de evaluación del riesgo como producto de la probabilidad de la ocurrencia del daño. Esta disposición conlleva en sí misma una responsabilidad latente frente a los riesgos propios de la actividad, que si bien, bajo el escenario de la Resolución 2086 de 2010 acontece como parte de una sanción por la comisión de una infracción sin daño, su metodología parte de la base de reconocer una responsabilidad que excluye al daño.

²⁴ Por la cual se adopta la metodología para la tasación de multas consagradas en el numeral 1o del artículo 40 de la Ley 1333 del 21 de julio de 2009 y se toman otras determinaciones.

Bajo este contexto, se hace necesario establecer un nuevo sistema de responsabilidad por daños ambientales independientes del sistema civil de responsabilidad objetiva que para asignar la obligación de compensación o restauración requiere la prueba de daño y del vínculo causal. El sistema de responsabilidad propuesto debe ser diseñado con el propósito de reconocer que aquellos que generan un alto riesgo al ambiente son responsables por daños futuros que están contribuyendo a ocasionar y, en consecuencia, el sistema debe asignar a estos contribuyentes la obligación de pagar por la compensación y restauración a futuro daño, a pesar de que el daño no haya ocurrido. Esto último, se explica a fondo en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO SEGUNDO. DE LA INAPLICABILIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL TRADICIONAL A LOS DAÑOS CAUSADOS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

Emplear la palabra “*responsabilidad*” al referirnos a una persona o conducta, conlleva de cierto modo a calificar a un individuo o grupo de individuos en su manera de ser o de hacer las cosas. Los diferentes significados que la sociedad le ha dado a dicho concepto resultan interesantes por las características que encierra y que incluso han trascendido el lenguaje ordinario (López, 2006, pág. 281). Tan condescendiente puede resultar esta palabra, como cambiar radicalmente su sentido al rechazar una acción inaceptable para la colectividad.

Desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad puede definirse como la situación en que se encuentra aquella persona que debe sufrir las consecuencias de un hecho causante de un daño y que le es atribuible. Sin embargo, existen coincidencias en su origen y en sus efectos o consecuencias; la responsabilidad, vista como institución jurídica o situación de un individuo frente a los demás, aparece como consecuencia del cometido de un acto o hecho que produce un daño, debiéndose afrontar el que lo propició (López, 2006, pág. 292)

El jurista mexicano Carlos Sepúlveda Sandoval (1995); hace una referencia sobre el origen o más bien surgimiento del concepto “responsabilidad”:

(...) “En todos los tratados de historia podemos apreciar la evolución de ese gran valor de la humanidad que es la justicia; de una concepción bárbara como la comprendida en la Ley del Talión, expresada por esa lapidaria frase de “ojo por ojo y diente por diente”, fue avanzando culturalmente hasta llegar a ser impartida por los órganos del Estado, buscando la satisfacción

de los intereses sociales y particulares ofendidos por conductas sancionadas por el derecho” (...)
(Sandoval, 1995, pág. 219).

Y continua con lo siguiente:

(...) “De esta manera, en el devenir de la humanidad, advertimos la actividad de la justicia desplegada en dos grandes direcciones: la punitiva, que tiene objeto la aplicación de penas o sanciones a las personas que con su conducta transgreden las normas de derecho, atendiendo los intereses sociales de carácter general y, la compensatoria, que persiste la reparación de todos aquellos daños ocasionados a las personas en su integridad física, moral y patrimonial, individualmente consideradas” (...).

De lo anterior, el citado autor concluye:

(...)” De la posición en que se colocan las personas ante situaciones en las cuales deben afrontar esas consecuencias de derecho, surge un concepto de fundamental importancia: responsabilidad” (...) (Sandoval, 1995, pág. 225)

Por otro lado, autores como Henao Pérez (1996), indican que en Colombia la responsabilidad del Estado se inició con base en el tratamiento que daba el código civil a la responsabilidad de particulares en los artículos 2341, 2347 y 2349, ellos entonces “permite suponer que básicamente el fundamento de la responsabilidad sea sustentado en la culpa derivada del Código Civil, aplicada a las personas públicas” (Henao Pérez J. E., 1996, págs. 732-802).

Ahora bien, en el sistema jurídico existen diversas normas que ordenan el deber de no dañar a nadie, principio de derecho conocido como *alterum non laedere*. En el caso que nos compete, el daño efectuado contra terceros determinaría el tipo de responsabilidad en que haya incurrido el sujeto, debiendo soportar las consecuencias de acuerdo con la obligación o norma jurídica violada. Es por esto, por lo que todas las civilizaciones han generado mecanismos jurídicos para sancionar

el daño causado a otras personas, siendo la reparación del daño en cualquier ordenamiento la función primordial del sistema de responsabilidad civil.

En palabras de García (2009): la responsabilidad es “*la obligación de indemnizar los daños que la persona le cause a otra*” (pág. 10). Sin embargo, cuando se habla de daños ambientales se trata de comprender un escenario en donde son evidentes los efectos negativos para el ser humano y para el planeta como tal, ya que los problemas ambientales ponen en riesgo la salud de los seres humanos, así como todas sus actividades, sean vitales, productivas o sociales e incluso las interacciones propias de los elementos que componen el ambiente.

En este sentido, es necesario que los particulares desarrollen este tipo de actividades dentro de un marco jurídico regido por normas constitucionales y legales (Munévar Q., 2014, págs. 81-96) situación en la que surgen el concepto de responsabilidad desde la óptica de lo ambiental definida, por ejemplo, por la Comisión Comunitaria Europea así:

(...) “*La responsabilidad ambiental obliga al causante de daños al medio ambiente (el contaminador) a pagar la reparación de tales daños*” (...) (Comisión de las Comunitarias Europeas, 2000).

Conforme a lo anterior, se puede entender que la responsabilidad en materia ambiental está asociada al deber de indemnizar a la víctima de un daño ambiental; alcance que ha sido abarcado por el régimen de la responsabilidad civil, pero que al analizar cada uno de los elementos de la responsabilidad, dicho alcance no es suficiente en cuanto se trata de comprender la dimensión ambiental, dejando al descubierto los vacíos existentes en materia de su responsabilidad.

En palabras de Henao Pérez (2000):

(...) “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” (...) (Henao Pérez J. C., 2000).

Conforme a esto, es preciso reafirmar la necesidad de una nueva comprensión de la dimensión ambiental en materia de responsabilidad toda vez que, referirse al ambiente rompe las clásicas estructuras de los derechos subjetivos, para concebir el alcance de los derechos colectivos, que va más allá de la temporalidad de sus titulares para admitir y conceder una legitimación no sólo a generaciones presentes y futuras sobre unos bienes que superan la concepción de individuales para comprenderse desde el patrimonio que le pertenece a toda a la humanidad (Munévar Q., 2014, pág. 86) conocido como el “*patrimonio común de la humanidad*”.

Esta dimensión ha generado nuevos debates que reflejan la incertidumbre existente respecto al alcance de la responsabilidad por daños al ambiente aplicado desde el sistema de responsabilidad civil. Para esto, es indispensable definir y debatir cómo se aplica el régimen de responsabilidad, realizando una aproximación conceptual a los elementos de la responsabilidad civil desde su concepto general y su alcance y aplicación en materia ambiental. Dichos elementos son: el daño, la imputación y la reparación.

El presente capítulo debate sobre el alcance de la responsabilidad civil y su aplicación en materia ambiental. Presenta una aproximación al régimen de la responsabilidad civil en Colombia y cada uno de sus elementos, evidencia cómo cada una de sus definiciones y condiciones exceden la capacidad de determinar el daño y establece la relación de causalidad entre este y el agente a quien se le imputa. Así mismo, evidencia la complejidad de valorar el daño que debe ser reparado y la frágil estructura del régimen de responsabilidad civil para ser aplicado en la dimensión de lo ambiental, analizando en primera medida las aproximaciones al concepto de daño ambiental.

2.1 Especificaciones del daño ambiental

La existencia del daño se fundamenta como determinante en el deber de reparar desde el sistema de la responsabilidad civil, definiéndose como todo detrimento, deterioro, desprecio, desvalorización, afectación, que recibe un bien jurídicamente protegido (González, 2007, pág. 26). Sin embargo, hablar de daño desde la dimensión ambiental conlleva a identificar características propias que difieren de los daños patrimoniales personales, los cuales se identifican por afectar el patrimonio de una persona o de varias, quienes, en su calidad de titulares de un derecho reclaman al culpable la reparación del daño generado.

Por otro lado, en el daño ambiental se reconoce una gran multiplicidad de ejemplos de estos, como los relacionados a la contaminación radioactiva, la deforestación de bosques, la extinción de la biodiversidad, entre otros que, en general tienden a denominarse daños ecológicos²⁵ puros los cuales afectan el normal funcionamiento de los ecosistemas, aunque a su vez producen desde daños sociales hasta económicos.

La Ley 99 de 1993 considerada como un pilar del Derecho Ambiental colombiano y la cual crea el Ministerio del Medio Ambiente y reordena el sector público encargado de la gestión y conservación de los recursos naturales, organiza el SINA y dicta otras disposiciones; define el daño ambiental²⁶, como el que afecta el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos o componentes. Así mismo, refiere el concepto de daño social, considerados como los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los

²⁵ Para la ciencia ecológica la naturaleza es vista como sistema integral de vida y no como mero conjunto de recursos, y, en este sentido, “el objeto de protección por parte del sistema jurídico es la naturaleza, entendida como ecosistemas y no solo los recursos naturales que la componen (Betancor Rodríguez, 2001, pág. 536)

²⁶ Artículo 42, Ley 99 de 1993.

bienes públicos y privados, y los demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante. Esta visión jurídica del daño nos da la primera connotación legal, refiriéndonos a dos tipos de daños: el daño ambiental propiamente dicho y el daño desde lo social.

Para autores como Macías (2007) el daño ambiental se define como:

(...) *“aquellas acciones que producen una consecuencia negativa, o efectos nocivos sobre todo los elementos bióticos y abióticos que conforman el denominado medio ambiente”* (Macías, 2007, pág. 59)

Mientras que, para autores como Beristain (2011) hace referencia a:

(...) *“Las consecuencias de la contaminación y el deterioro de recursos naturales para un colectivo o una comunidad”* (...), quien define a su vez el daño ecológico²⁷ como el (...) *“impacto propiamente en la naturaleza, sin que se considere en él la afectación directa a las personas (...)* (Beristain, 2011, pág. 52).

Por otro lado, autores como Briceño (2009) hacen una crítica sobre el concepto de daño ambiental dado en las siguientes entrelíneas: *“en la realidad jurídica, legislación y jurisprudencia sólo miran por los ‘daños ambientales’, los daños que afecten la esfera personal, patrimonial y moral (p. 18)*

Así mismo (Briceño, 2009) introduce la siguiente definición respecto al daño ecológico:

(...) *“Son ajenos a la racionalidad jurídico-antropocéntrica. Se trata de daños que se causen en los ecosistemas, en los recursos naturales, en la biodiversidad. Se trata de afectar*

²⁷ Prier (1991) señala que “El concepto de daño ecológico fue utilizado por primera vez por M. Despax para insistir sobre la particularidad de los perjuicios indirectos resultantes de atentados al ambiente”. El citado autor agrega que “La afectación de algunos elementos del ambiente (el suelo, por ejemplo) no puede evitar sus efectos sobre otros componentes del ambiente tomando en cuenta la interdependencia de los fenómenos ecológicos. El daño ecológico es aquel que trae consigo una afectación al conjunto de los elementos de un sistema y que por su carácter indirecto y difuso no permite en tanto que tal dar paso al derecho a la reparación. (Prier M., 1991).

bienes y sistemas que hacen parte de todos los patrimonios, pero que no se contienen completamente en ninguno. De ahí que se identifique a los bienes ambientales como componentes de lo que se denomina “patrimonio común” o “patrimonio de la humanidad” (...) (p. 19).

No obstante, pese a estas referencias en cuanto a los tipos de daño y conceptos, es necesario traer a colisión el alcance de su definición en cuanto a su consideración como bien jurídicamente tutelado²⁸. En este sentido, recordemos lo referido en el primer capítulo; al ambiente no solo lo componen los elementos bióticos y abióticos sino también el hombre en su dimensión más precisa, sin que esta última afirmación implique una conceptualización netamente antropocéntrica o que la relación hombre – naturaleza solo haga referencia al aspecto patrimonial²⁹, toda vez que el ambiente no solo involucra, sino que incluye al hombre (Munévar Q., 2014).

Autores como García (2009) definen que, para que exista daño se deben dar dos condiciones, el daño debe ser directo, en tanto que *“debe ser el efecto necesario del hecho dañoso ejecutado por el victimario”*; y cierto, refiriendo que *“debe hacer un detrimento efectivo en un interés protegido”* (p. 25). Sumando a lo planteado por Gil Botero (2011), indica que el daño debe ser personal y *“hace referencia a la legitimación, esto es, a quién tiene derecho a reclamar la reparación, y la tendrá quien ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso, independientemente de la consanguinidad, afinidad u otros factores”* (pág. 32).

²⁸ La Sentencia C- 126 de 1998 estableció: *“(...) Lo propio de una norma ambiental es que considera a la naturaleza no sólo como un objeto de apropiación privada o social sino como un bien jurídicamente tutelable, con lo cual la relación normativa entre la naturaleza y la sociedad se transforma (...) El pensamiento ecológico y las normas ambientales implican entonces un cambio de paradigma, que obliga a repensar el alcance de muchas de las categorías jurídicas tradicionales, ya que la finalidad del derecho se amplía”*

²⁹ Este elemento establece unas condiciones definidas por tesis civilistas y administrativistas, pero que las mismas no alcanzan a abarcar la dimensión ambiental.

Sin embargo, al referirnos a el ambiente como bien jurídicamente tutelado y por ende protegido, el cual, al momento de sufrir un daño acarrea un perjuicio para el titular de este bien; se encuentra que las condiciones referidas con anterioridad no coinciden con la estructura y alcance del daño ambiental como tal.

Respecto a la primera condición, en la que el daño debe ser directo, se infiere en que debe haber una relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo genera. García (2009), el mismo autor define la causalidad como las condiciones de que *“el efecto denominado daño debe tener por causa la conducta dañosa ejecutada por el agente generador del mismo”* (García, 2009, pág. 4), concepto que puede entenderse o definirse como imputación. Para entender el significado de un daño directo, se requiere entonces definir que esta condición en lo relacionado al ambiente resulta compleja toda vez que, establecer la relación de causalidad o la imputación entre el hecho generador del daño y daño ambiental, lleva a la identificación de la causa que lo originó y si es imputable a esa conducta.

Henao Pérez (2000): menciona al respecto que, la imputación establece que el *“nexo de causalidad en materia ambiental es complejo. El contaminador es raramente identificado”*, indicando el siguiente ejemplo: *“en los daños al nivel freático del agua o en los de contaminación del aire, en donde las consecuencias de la polución no son inmediatas y sus efectos constatables, transcurre un tiempo que en nada facilita la tarea de encontrar las causas del daño”* (pág. 18). Concluyendo así, el causante del hecho generador.

Pese a la dificultad de determinar el autor del hecho que genera el daño, no significa que no exista la disminución del bien jurídicamente protegido, es decir, que se cumpla la segunda condición: que el daño sea cierto. Al respecto, Gil (2011) señala:

(...) “permite comprobar que el daño sea pasado, presente o futuro, habrá certidumbre cuando sea evidente que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre, es decir, no podrá ser resarcido eventual, hipotético o meramente posible” (...) (pág. 35).

La referencia del autor a un daño determinado en el tiempo es de relevante importancia en materia ambiental, toda vez que el daño en este tipo de derechos colectivos adquiere una característica de intergeneracional³⁰. El ordenamiento jurídico, al definir el ambiente como un patrimonio común de la humanidad³¹ y al establecer que su planificación se hará con criterios de sostenibilidad³², hace más compleja la determinación del alcance del interés protegido en el tiempo y en la titularidad, toda vez que como lo establece González (2007):

(...) “existe un interés de la humanidad en que esos bienes, todos, aunque sean de propiedad privada, no se dañen, es decir, no se alteren, ni deterioren, ni desgasten, ni desprecien” (...) (pág. 58).

Cuando se habla de un interés de la humanidad en el ambiente, se entiende una humanidad presente y futura. Ahora bien, establecer la titularidad de esos bienes ambientales o colectivos llevan a establecer la tercera condición del daño, es decir, que sea personal. Según la definición de Gil (2011):

³⁰ Refiriéndonos a la relación entre generaciones viviendo al mismo tiempo como al vínculo entre las generaciones de hoy y las del futuro.

³¹ Ley 23 de 1973, art. 2: “El medio ambiente es un patrimonio común (...)”

³² De acuerdo con esto, el artículo 80 de la Constitución Política establece que: “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”.

(...) “el daño personal hace referencia a la legitimación, es decir, quién es el perjudicado y, por ende, quién tiene el derecho de reclamar” (...) (pág. 15)

Este alcance en materia ambiental resulta todavía más complejo, toda vez que los derechos colectivos trascienden la concepción de los derechos subjetivos que, en palabras de Henao Pérez, (2000) son:

(...) “derechos patrimoniales que trascienden la órbita egocéntrica por tener en su haber los derechos colectivos” (...) (pág. 18)

Como se ha indicado, los derechos colectivos no están condicionados por una legitimidad determinada, ya que para su acción se requiere que la interponga “cualquier persona”; y esta, por el solo hecho de pertenecer a la comunidad tiene derecho a reclamar la reparación del daño (Munévar Q., 2014, pág. 35), puesto que, en la vulneración de los derechos colectivos, toda la comunidad puede aludir a su calidad de perjudicado.

El ordenamiento jurídico ha establecido unos criterios diferenciadores que hacen referencia a un daño ambiental sobre personas determinadas o indeterminadas; al respecto González (2007)³³ establece que uno de los perjuicios que sobrevienen por un daño ambiental, recaen, por ejemplo, sobre el titular de la propiedad privada (González, 2007, pág. 229), o lo que define Henao Pérez (2000) como daño ambiental consecutivo:

(...) “Se estudian las repercusiones de una afrenta al medio ambiente, pero con respecto de una persona determinada, es decir, las repercusiones que la contaminación o el deterioro ecológico generan en la persona o en bienes apropiables e intercambiables de los particulares. Es esta una de las características del derecho ambiental, porque el daño ambiental se causa

³³ Así mismo González (2007, p. 229) señala al ambiente como “(...) el entendido como los recursos naturales renovables: aguas, aire, tierra, suelo, subsuelo, fauna, flora y paisaje, es un bien jurídicamente protegido”.

siempre a la colectividad, pero con repercusiones, en ocasiones, sobre bienes individuales” (...) (pág.32).

Al determinarse que existen daños ambientales sobre una persona determinada, es claro que esta puede accionar para el resarcimiento o indemnización de sus derechos individuales, pero que, cuando no es una persona determinada, sino una colectividad, el sistema ha establecido que se trata de un daño ambiental puro. Estos bienes comunes, al carecer de titularidad o ser sujetos de derechos, es a la colectividad a la que le corresponde reclamar el resarcimiento e indemnización por los perjuicios ocasionados por el daño.

Sobre lo anterior, es necesario atender a la distinción realizada por el Consejo de Estado, la cual establece las diferencias entre daño y perjuicio, definiendo que

(...) “el patrimonio individual, es el que sufre el perjuicio proveniente del daño. El patrimonio no sufre daño sino perjuicio causado por aquel”³⁴(...) (pág. 4)

En cuanto al detrimento ambiental, hay que referirnos a la clasificación de perjuicios materiales y perjuicios inmateriales; en donde lo primero, según Henao Pérez (1998) se define como:

(...) “los perjuicios de orden material son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mensurables en dinero” (...) (Henao Pérez J., 1998).

Respecto a lo anterior, se hace necesario entonces, analizar el alcance de la demanda de perjuicios por parte del titular de derechos individuales y derechos colectivos, cuando los daños sobre estos son detrimentos relacionados con el ambiente. Al respecto, González (2007) establece dos tipos de perjuicios:

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia 18 de octubre de 2007, rad. 25000-23-27-000-2001-00029-01. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero

(...) *“el perjuicio que sufren todos, es decir la humanidad, pues se está alterando algo que es de todos, generaciones presentes y futuras; y el perjuicio que sufre el titular de la propiedad privada sobre el medio ambiente afectado, pues si bien se dañó” (...)*³⁵.

La indemnización sobre el detrimento individual que sufre el titular de la propiedad privada por ocasión a un daño ambiental no resulta problemática, ya que las características propias de la responsabilidad civil pueden valorar el perjuicio individual y la legitimidad del sujeto que reclama la indemnización. Sin embargo, cuando se trata de valorar el perjuicio o detrimento, al hablar de titulares de derechos colectivos resulta incierto por su determinación y por las características intergeneracionales de este patrimonio reconocido a la humanidad.

En materia ambiental, la valoración de los daños ambientales no solo concibe el patrimonio individual de la persona ya que se debe atender a criterios sociales, ecológicos, económicos, culturales, entre otros que, atienden a derechos colectivos e intergeneracionales, derechos que, por sus características, dificultan el reconocimiento de detrimentos de esos bienes materiales ambientales.

En cuanto a lo anterior, autores como González (2007), establece que en materia de reparación ambiental se debe restituir toda la utilidad al demandante, esto es: *“de todos aquellos que no pudieron (generaciones presentes) o no podrán (generaciones futuras) hacer uso pleno de él”* (p. 232). Pese a esto, referirse al término demandante limita aún más el problema de reconocimiento del titular, porque en materia de derechos colectivos no siempre sus titulares perciben ese daño. Al respecto, Munévar (2011) indica:

(...) *“No todo conflicto genera reacciones, ya sea por el desconocimiento del daño o por la indiferencia con respecto a éste. Felstiner, Abel y Sarat (2001) afirman que, a partir de un*

³⁵ Sobre estos dos tipos de perjuicios, el mismo autor señala que *“ambos deben ser indemnizados”*.

hecho conflictivo, la población que está siendo víctima de éste, puede o no percibirlo; lo que los autores denominan experiencia de daño percibida o no percibida” (...) (pág. 41)

Desde el punto de vista intergeneracional, la percepción del daño por parte de sus titulares se materializa, tal vez, por la afectación de aquel goce que se dejó de percibir sobre ese bien jurídicamente protegido, y la tasación de este no podrá ser calculable, dejando la incertidumbre sobre la reparación de los tales perjuicios (Quintero, 2014).

Henao Pérez (1998), por otro lado, establece con relación a los perjuicios inmateriales que son aquellos: (...) *“que no tiene una naturaleza económica, en el sentido de que, por definición, no se les puede medir en dinero” (...) (pág. 23).*

Valorar este tipo de perjuicios ha causado todo tipo de reacciones ya que, por una parte, se establece la discusión de la imposibilidad de indemnizar un perjuicio que no tiene una naturaleza económica, o la transmisión hereditaria de este tipo de indemnización o el reconocimiento de un daño moral a una persona jurídica. Sin embargo, a la hora de analizar la naturaleza de los derechos colectivos cabe preguntarse si estos pueden valorarse inmaterialmente, es decir, si en este tipo de daños se puede ocasionar un perjuicio que no tenga naturaleza simplemente económica, más aún, cuando atendiendo a las tipologías del perjuicio inmaterial, la definición de estas acude a la afectación de derechos subjetivos; frente a esto y a título de ejemplo Henao Pérez (1998) considera:

(...) “se trata de otorgarle una suma de dinero a una viuda, a un lesionado, para que tenga un bien que le ayude a mitigar su pena y sufrir en las mejores condiciones posibles la alteración emocional producida, y permitir así que cese o se aminore el daño ocasionado” (...)

Desde lo colectivo, cabe la cuestión sobre cómo se puede valorar moralmente toda afectación al ambiente. Existen diferentes apreciaciones sobre el valor moral, que represente los

recursos naturales para la humanidad o el valor del territorio para determinada comunidad, que como lo establece González (2007):

(...) “existe un interés de la humanidad en que esos bienes, todos, aunque sean de propiedad privada, no se dañen, (...) aunque el paisaje esté dentro de una propiedad o de varias, serán muchos los que podrán disfrutar de él (...), lo que ocasiona bienestar” (...) (p. 230)

Unas valoraciones que, si bien consideran lo material, también se encuentran desde la óptica de lo moral. En el siguiente apartado, consideraremos abarcar la imputación como segundo elemento para la declaración de la responsabilidad civil, así como una de las condiciones para la declaración del daño.

2.2 Imputación de la responsabilidad civil y el sistema de imposición de sanción administrativa

La legislación colombiana en materia de responsabilidad ambiental goza de un sistema de responsabilidad mixto, toda vez que consagra normas de imputación subjetiva, basado en la culpa y el dolo³⁶ y también normas de imputación objetiva, como es el caso del artículo 2356 del Código Civil, el cual expresa *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. (...)”*. Partiendo de esto, la jurisprudencia y la doctrina han edificado la responsabilidad por actividades peligrosas, institución que en su literalidad normativa pertenece a las responsabilidades subjetivas pero que ha sido aplicada por los tribunales como una verdadera responsabilidad objetiva.

Por otra parte, en nuestra constitución se consagró en el artículo 88 que *“(...) la Ley definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses*

³⁶ Artículo 5 Ley 1333 de 2009.

colectivos.”, entendiendo de esta manera que, por regla general, existirá una responsabilidad subjetiva y excepcionalmente una responsabilidad objetiva, pero dejando latente la posibilidad de la existencia de la responsabilidad objetiva.

La Corte Constitucional ha elevado de manera excepcional la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva, dando aplicación a esa excepción del artículo 88 de la Constitución Política, en algunos campos de derecho administrativo sancionador, si al sujeto de la acción se le envuelva de todas las garantías procesales constitucionales y teniendo en cuenta la particularidad de las normas legales³⁷.

Así mismo, a toda persona que se encuentre inmersa en un proceso sancionador, bien sea judicial o administrativo, se le deberá de asegurar y respetar su derecho al debido proceso, así lo establece el artículo 29 de la Constitución al indicar que:

(...) “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, a su vez, el mencionado artículo establece que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable (...)” estableciendo de esta forma el derecho a la presunción de inocencia; y de igual manera, el artículo 88 constitucional en su inciso 3 nos indica que “La ley (...) definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por

³⁷ Así lo sostuvo en la Sentencia C-616 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, al indicar: *La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de sanciones administrativas ha aceptado sólo de manera excepcional, atendiendo a las especificidades de cada caso, la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva. En principio, esta Corporación ha afirmado que “conforme al principio de dignidad humana y de culpabilidad acogidos por la Carta (CP arts. 1º y 29), está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora. (...) En efecto, la Corte ha admitido, de manera excepcional y en virtud de los derechos a la libertad y a la dignidad humana, la responsabilidad objetiva en algunos campos del derecho administrativo sancionador, cuya exequibilidad debe ser objeto de estudio por parte de esta Corporación en cada caso de acuerdo con las características propias de la norma que se juzga.*

el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”, erradicando la responsabilidad objetiva e instituyendo por regla general la responsabilidad subjetiva.

Con la expedición de la Ley 1333 de 2009, se estableció en los párrafos de los artículos 1 y 5 que en materia sancionatorio ambiental *“se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla”*, de esta manera, el legislador quiso atribuirle una protección especial a la preservación de la humanidad, buscando hacer efectivos bienes jurídicos constitucionales de vital importancia, como lo es el medio ambiente sano.

Sin embargo, la Corte Constitucional en la Sentencia C 595 de 2010, nos deja claro que:

(...) “la ley cuestionada conserva una responsabilidad de carácter subjetiva en materia sancionatoria ambiental toda vez que los elementos de la culpa y el dolo continúan vigentes por disposición expresa del legislador” (...). Es decir, no podemos inferir que, debido a la presunción de dolo y culpa establecida en el régimen sancionatorio, este comporta por consiguiente una responsabilidad objetiva.

De lo que respecta a la eventual carga de la prueba y la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la Corte Constitucional³⁸ ha indicado en la misma sentencia que:

(...) “La Corte reitera su jurisprudencia constitucional en orden a señalar que el principio de presunción de inocencia es aplicable como criterio general en el derecho administrativo sancionador. Sin embargo, la rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto -con el mismo alcance integral- al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva). Incluso, excepcionalmente,

³⁸ Sentencia C-595 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

podría establecerse la responsabilidad sin culpa (objetiva). En el derecho sancionador de la Administración, la presunción de inocencia y el elemento de la culpabilidad resultan aplicables como criterio general. No obstante, (...) pueden ser objeto de ciertos matices -ámbito de la responsabilidad subjetiva- y excepcionalmente establecerse la responsabilidad sin culpa -objetiva- “(...).

Ahora bien, previo a continuar con lo que refiere a la presunción de dolo y culpa en el régimen sancionatorio ambiental, se trae a colisión que, una vez establecida la existencia del daño, se considera como otro elemento necesario de abordar para determinar la responsabilidad, al análisis de su imputación con el fin de determinar si dicho daño le puede ser atribuido al sujeto que lo causa, constituyéndose como deber jurídico de este resarcir los perjuicios que del mismo se derivan.

El autor Yágüez (1993), en su obra *“Tratado de responsabilidad civil”* y como se mencionaba anteriormente, manifiesta que la relación de causalidad es otra de las condiciones de existencia de responsabilidad, cuya expresión significa que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso, es decir que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto (De Ángel, 1993).

Sin embargo, Michel Rousseau, autor citado por Henao Pérez (2000), establece que:

(...) “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” (...) (p. 161).

Afirmación que Henao Pérez complementa en lo concerniente a la dificultad para establecer el nexo de causalidad, en el derecho ambiental el contaminador es raramente

identificado en el momento, con lo cual la tarea de aislar la causa de este se torna más compleja sobre el nexo de causalidad la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido enfatizando que:

(...) “ es un concepto estrictamente naturalísimo que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar — acción u omisión—, que podría interpretarse como causalidad material y, por su parte, la imputación jurídica supone “establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico” (...).³⁹

Ahora bien, para asegurar el derecho a un debido proceso y a la defensa, el artículo 66 del Código Civil refiere las presunciones, y de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia⁴⁰, las presunciones legales son:

(...) “hechos o situaciones que, en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren determinadas circunstancias o hechos relevantes”(…), de esta forma el legislador (...) “se limita a reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos” (...); como es el caso del medio ambiente, la conservación de las especies que habitan sobre la tierra y la supervivencia del mismo ser humano.

³⁹ Consejo de Estado, sentencia 19548 de 24 de enero de 2011.

⁴⁰ Sala de Casación Civil, Sentencia No. 14 del 16 de febrero de 1994. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Expediente No. 4109

El legislador, al establecer este tipo de presunciones, absuelve a una de las partes de la carga de probar el hecho presumido o desvirtuar el hecho antecedente, generando el efecto de invertir las cargas de la prueba. En la mayoría de los casos, a quien favorece la presunción debe demostrar la ocurrencia del hecho antecedente a partir del cual se deriva la existencia del hecho presumido, cuya demostración no es comúnmente un asunto complicado.

La ley que establece la presunción al beneficiar a una de las partes termina por afectar a la otra parte ya que resulta obligada a demostrar la existencia del hecho presumido de manera directa o desvirtuando el hecho antecedente.⁴¹

La Sentencia C - 669 de 2005, refiere que:

(...) “resulta evidente que el legislador no puede establecer presunciones que no obedezcan a las leyes de la lógica o de la experiencia, o que no persigan un fin constitucionalmente valioso. Ciertamente, cuando las presunciones aparejan la imposición de una carga adicional para una de las partes del proceso, es necesario que las mismas respondan, razonablemente, a los datos empíricos existentes y que persigan un objetivo que justifique la imposición de la mencionada carga. De otra manera, se estaría creando una regla procesal inequitativa que violaría la justicia que debe existir entre las partes y, en consecuencia, el derecho al debido proceso del sujeto afectado “(...).

De lo anterior y lo referido por la Corte, establecer como las presunciones no vulneran los principios constitucionales ni vulneran el debido proceso, particularmente el derecho de defensa y la presunción de inocencia, siempre y cuando se ajusten a las exigencias constitucionales, vemos como al invertir la carga de la prueba, el presunto infractor podrá, de acuerdo a los elementos materiales probatorios permitidos por ley, desvirtuar tal presunción o demostrar la existencia de

⁴¹ Corte Constitucional C-595/2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

una de las causales de ausencia de responsabilidad, que para el caso del procedimiento sancionatorio ambiental se encuentra establecidos en los artículos 8 y 22 de la Ley 1333 de 2009 (Zapata, 2017) y que, en consecuencia, se trata es de establecer o defender la culpa y no de reparar o proteger el bien tutelado frente al daño.

2.3 Responsabilidad por daño ambiental y por daño civil

La Constitución Política le dio una dimensión positiva a la protección del ambiente, lo cual se enmarca en los siguientes aspectos:

- Deber abstracto de protección en cabeza del Estado y de los particulares,
- Derecho a gozar del mismo a favor de todas las personas y,
- Deber concreto que le impone al Estado ejercer una función precautoria, preventiva, represiva y de limitación, fundamentalmente de la propiedad y de la libertad económica.⁴²

Retomando varios de los aspectos indiscutibles de los ítems anteriores y trayendo a colación el caso de la industria curtidora como ejemplo, en donde dicha industria vierte sus residuos en cuerpos de agua y en diversos receptores, contaminando tanto el recurso vital como otros elementos naturales como el suelo, el subsuelo y los mantos acuíferos de donde emana el agua potable para muchas comunidades. El vertimiento aludido suele ser constante, no se descargan los residuos peligrosos por una ocasión sino en varias e innumerables veces, puede que hasta que el problema no sea detectado y pueda ser detenido mediante la imposición de medidas

⁴² Consejo de Estado, Sentencia exp: 22060, 30 de enero 2013.

administrativas y sanciones eficaces a la actividad industrial que genera la degradación descrita (López, 2006).

Conforme a lo anterior, se podría concluir que los daños causados al medio ambiente inciden nuevamente en dos ámbitos de alteración: el del patrimonio particular de un sujeto y en un bien de interés colectivo. El Código Civil vigente establece los mecanismos necesarios para resolver las cuestiones planteadas sobre daños en propiedad o posesión ajenas, mediante los órganos jurisdiccionales encargados de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas protectoras de las personas en sus derechos afectados, muy distinto es lograr una delimitación concreta de la responsabilidad del causante del daño a un ecosistema cuando el bien afectado no tiene un dueño cierto y conocido, pues quien sufre la lesión a los bienes ambientales es la sociedad por cuanto el bien es colectivo. Las consecuencias de dañar un hábitat, una especie o un recurso natural no las recibe únicamente la gente residente del lugar afectado, sino que pueden llegar a presentar efectos ambientales negativos a cientos de kilómetros de distancia, respecto de ciclos de vida que requieren tanto espacio como sea necesario.

Una conclusión a la que han llegado diversos tratadistas consiste en que el daño como presupuesto de la responsabilidad civil necesariamente debe estar individualizado, es decir, debe ser reclamado precisamente por quien argumenta y demuestra que es el titular del derecho respecto de la cosa dañada; no obstante, en el deterioro ambiental no es posible individualizar de manera previa los daños producidos, lo que obstaculiza la adecuada defensa del medio ambiente que cuenta con un instituto jurídico en extremo limitado para lograr la finalidad última.

La actividad judicial que es la que tiene la palabra decisiva en la determinación de la responsabilidad jurídica de un sujeto infractor de la ley, se refleja en sentencias que para el caso concreto de afectaciones ambientales, en ninguna de ellas aparece contemplado el daño ecológico,

el daño al medio ambiente como tal y en consecuencia no se condena a la empresa contaminante a que restablezca el equilibrio ecológico roto con su actuación contaminante sino solamente a reparar el daño concreto que en su persona y bienes sufrió el reclamante (Sanchez Frieria, 1994, pág. 230).

Los efectos nocivos de los daños ambientales a diferencia de los causados por los perjuicios civiles se prolongan en el tiempo afectando no sólo a quienes viven en el momento en que los primeros son producidos, sino también a las futuras generaciones cuya existencia en condiciones adecuadas se encuentra comprometida por la capacidad de los ecosistemas de brindar los beneficios que normalmente dan cuando funcionan de forma óptima. Las lesiones al medio ambiente, como un bien colectivo, deben ser soportadas por todos incluyendo a las generaciones que vendrán en el futuro; esto no sucede con los daños patrimoniales personales, cuya reparación o indemnización económica puede restituir el menoscabo infligido sin necesidad de arriesgar la seguridad actual y próxima de quienes dependen de la permanencia material de los bienes dañados y restituidos.

Se presenta entonces el ambiente en una doble faceta, como un derecho y como un deber: en el primer supuesto se trata de un derecho reconocido a todas las personas de disfrutar o gozar de los beneficios del ambiente, mientras que en el segundo impone un deber, mandato o encargo de protección en cabeza tanto de los particulares como de las autoridades (Gil & Rincón, 2013, p. 17).

2.4 De los códigos civiles a los casos de daños ambientales

Teniendo en cuenta que, la mayoría de las veces las consecuencias dañosas de una agresión al medio ambiente son irreversibles, entendemos que puede definirse el daño ambiental como aquella agresión física, química o biológica que provoca una contaminación intolerable al sujeto de derecho, impidiendo que pueda usar o disfrutar de los bienes que componen el medio ambiente.

La noción estrictamente jurídica que a nuestro entender se asimila más a la concepción de daño ambiental es el detrimento soportado por los elementos de la naturaleza o el medio ambiente, sin recaer en particular en persona o cosas jurídicamente tuteladas. Es decir, un perjuicio al medio ambiente, que afecta en forma directa la calidad de vida de los seres humanos (Fernández Madero, 2004)

No obstante, vale aclarar que el daño ambiental es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una colectividad, en cuyo caso hablamos de *"impacto ambiental"*, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote a los interés legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado (Bustamante Alsina, 1993).

Cuando se habla de daño ambiental puro, según Javier Tamayo Jaramillo, se hace alusión al perjuicio, menoscabo o lesión infringida al ambiente como bien o interés colectivo. Específicamente, hace referencia, entonces, a aquel que se produce en los bienes de uso público, como serían el aire, los bosques baldíos, las carreteras, el agua, entre otros. Se entiende, por tanto, que, en este caso, a lo que se alude es al daño causado sobre el ambiente mismo y, por contera, al

daño sobre un interés difuso que afecta directa o indirectamente a toda la sociedad, pero que, en sí mismo considerado, no implica una lesión concreta y específica en cabeza de un individuo en particular (Ortega, 2016).

Además del perjuicio colectivo, para autores como Henry Mejía, la afectación ambiental puede generar también perjuicios individuales y concretos sobre bienes jurídicos de un sujeto particular, se trata de daños consecuenciales o daños reflejos derivados de situaciones de contaminación ambiental, que se pueden manifestar en “*el deterioro de bienes de particulares que conforman el ambiente*”, tal sería el caso del incendio de un bosque de propiedad de un particular, en cuyo caso el único legitimado para cobrar la indemnización o para solicitar la restauración del bosque es su propietario o poseedor.

De lo anterior se tiene que este subsistema de responsabilidad civil extracontractual tiene una fuente común de daños que se origina en una afectación ambiental, la cual se puede materializar tanto en un daño ambiental puro, esto es, daño al patrimonio ambiental de la humanidad, cuyo titular es una persona colectiva, como en un daño ambiental impuro, el cual se concreta en un daño patrimonial o extrapatrimonial de una persona o de varias.

2.5 Alcance de la aplicación de la responsabilidad civil frente a la restauración del daño ambiental

El daño es el elemento imprescindible para que se ponga en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil y de la restauración. De esta manera, el daño se convierte en el eje central sobre el que gira el tema de la responsabilidad.

El derecho civil se ha caracterizado tradicionalmente por su condición esencialmente reparadora y que se sintetiza en el conocido aforismo jurídico de que *a todo daño o perjuicio le corresponde un deber de indemnizar*.

Cabe señalar que no a todos los tipos de daños al medio ambiente les resulta adecuado el régimen de responsabilidad. para que el régimen de responsabilidad sea efectivo sobre el daño ambiental, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- Tiene que haber uno o más actores identificables (contaminadores)
- El daño tiene que ser concreto y cuantificable
- Se tiene que poder establecer una relación de causa – efecto entre los daños y los presuntos contaminadores.

Así, el régimen de responsabilidad se puede aplicar, por ejemplo, en los casos en que el daño ha sido provocado por accidentes industriales o por la contaminación gradual causada por sustancias peligrosas o residuos vertidos al medio ambiente por fuentes identificables.

Por el contrario, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para los casos de contaminación generalizada, de carácter difuso, en que es imposible vincular los efectos negativos sobre el medio ambiente con las actividades de determinados agentes.

La función primordial de todo sistema de responsabilidad civil es de naturaleza reparatoria o compensatoria: proporcionar a quien sufre un daño injusto los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación.

La obligación de reparar constriñe al causante del daño a restituir las cosas a su anterior estado, lo que se llama reparación *in natura* o forma específica, y si no es posible, a resarcir en metálico al perjudicado.

La responsabilidad civil debe incluir no sólo la reparación *stricto sensu* sino también la adopción de medidas preventivas, y así lo ha manifestado la STS de 12 de diciembre de 1980⁴³ de la que se considera una de las decisiones de nuestro Tribunal Supremo más importantes en el campo de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente.

Con el fin de garantizar la reparación del daño ambiental, los ordenamientos jurídicos y sobre todo las resoluciones judiciales ofrecen nuevas soluciones fundadas en la simple probabilidad, llegando incluso a invertir la carga de la prueba mediante el establecimiento de presunciones tal y como sucedió en el ordenamiento jurídico colombiano con la expedición de la Ley 1333 de 2009.

El daño debe ser resarcido íntegramente y en principio la forma ideal y perfecta de conseguirlo es mediante la reparación en forma específica, pero esto no es siempre posible, los daños al medio ambiente son por regla general daños continuados, por lo que la situación se agrava, al prolongarse los efectos en el tiempo. Por este motivo, el derecho permite el resarcimiento del perjudicado mediante la indemnización de los perjuicios irrogados cuando la reparación del daño se dificulta.

El derecho de daños es también un derecho preventivo, generando en el obligado el ánimo de no volver a cometer el hecho a que dio lugar el evento dañoso. Existen algunas normas en materia de medio ambiente que hacen alusión a las formas de cumplimiento de la obligación de reparar, en las dos modalidades existentes, en donde el infractor estará obligado a la restitución de

⁴³ En el CDO. 3º manifiesta: (...) la protección de los derechos no se contrae exclusivamente a la reparación de los perjuicios ya originados, sino que también ha de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales.

las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados⁴⁴.

Al respecto, el párrafo 2 del artículo 2.2.10.1.1.2 del Decreto 1076 de 2015, corolario con el párrafo 1 del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009, estableció que, la imposición de sanciones al infractor no lo exime de su deber de restaurar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje afectados. Por su parte, en los postulados de la Ley 2111 del 2021 podemos encontrar como parte de la sanción impuesta por la comisión del delito, el pago de multas que propenden por la restauración del medio ambiente.

⁴⁴ Vid. art. 95.1 de esta Ley.

CAPÍTULO TERCERO. LA APUESTA POR ESTRATEGIAS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL SIN PRUEBA DEL DAÑO

Como ya se ha mencionado, cuando se produce un daño al ambiente pueden al mismo tiempo producir daños sobre la propiedad o la salud de las personas. Si bien es cierto que, estos últimos pueden enmarcarse perfectamente dentro de las reglas propias de la responsabilidad civil; contrario es cuando producto de un daño a bienes ambientales de propiedad privada o pública se produce un daño al ambiente, siendo el derecho civil inaplicable pues, las particularidades del daño ambiental ameritan una redefinición de los principios que informan al sistema de la responsabilidad civil.

El daño ambiental no solo es distinto al daño civil porque afecta a un bien jurídico diferente, sino también porque sus características difieren sustancialmente de las que identifican al daño civil. En efecto, a diferencia de éste, el daño ambiental es incierto e impersonal.

En otras palabras, de acuerdo con el derecho civil, las dos características que debe cumplir todo daño para generar responsabilidad son: que sea un daño cierto y que afecte a una víctima concreta, esto es, que sea personal (Gomis Catalá, 1996, pág. 73). Si bien los daños al medio ambiente que afectan a la salud, al bienestar o al patrimonio del individuo no plantean en principio ningún problema a esto, cuando se trata del daño ecológico puro, surgen numerosas dificultades en cuanto a su pretendida certeza y en cuanto al carácter personal del interés lesionado, como se explica puntualmente a continuación.

Tratándose del daño ecológico puro existe una amplia zona de incertidumbre⁴⁵, tanto en lo relativo a sus causas⁴⁶ como a sus efectos⁴⁷. Es decir, no siempre es posible probar la existencia del daño ambiental, no solo por las dudas científicas que constantemente se plantean en torno a los verdaderos efectos de algunas actividades, sino también porque reunir los elementos de convicción puede implicar una costosa inversión de tiempo y dinero.

Inclusive, en la medida en que los daños al ambiente están relacionados con actividades de gran complejidad tecnológica, en muchos casos no existe un acuerdo o consenso científico, entre otras razones porque es muy frecuente la concurrencia de causas o porque éstas ni siquiera pueden ser identificadas con los conocimientos científicos disponibles en el momento en que se producen (Santamaría Ramiro y Braña Aísa, 1994, págs. 20-521).

Por otra parte, es de resaltar que los efectos del daño ambiental son en muchos aspectos desconocidos. No se sabe con certeza su alcance personal o material, es decir el número de sujetos

⁴⁵ Señala Jorge Iturraspe (2000) que *"Con mucha razón se ha escrito: En el daño ambiental hay mucho de sutil, de inasible, de cambiante de un momento a otro en la relación de sus elementos físicos con las personas y cosas, como para limitarlos a una tosca y rutinaria aplicación de los presupuestos jurídicos, sin penetrar con perspicacia en el zohori de la cuestión. Si alguna vez se ha dicho que el juez, a menudo, 'esculpe sobre la niebla', es en esta materia del daño ambiental donde más ha de evidenciarse su espíritu sagaz y sensible, diestro a captar una distinta realidad"*. (Mosset Iturraspe, 2000, pág. 73)

⁴⁶ "El daño ecológico puede ser consecuencia del efecto acumulativo de varios actos contaminantes realizados a lo largo del tiempo y del espacio. Si el daño es consecuencia del efecto acumulativo de las actividades de varios agentes, es imposible determinar cuál de todas ellas es la causante del daño concreto. Esto es lo que ocurre en el caso de las emisiones a la atmósfera que provocan la lluvia ácida. A veces, ninguno de esos actos provoca un daño tal que pueda desembocar en una exigencia de responsabilidad. Por ejemplo, un único vertido autorizado de productos contaminantes en un río quizás no cause un daño identificable, pero el impacto combinado de todos los vertidos autorizados puede causar daños al río" (Comunicación De La Comisión De Las Comunidades Europeas Al Consejo Y Al Parlamento Europeo Y Al Comité Económico Y Social, 1993).

⁴⁷ Swaigen (1993) señala que "Dos de los problemas más significativos que enfrentan los demandantes son el costo y la dificultad de probar la causa". (Swaigen, 1993)

o bienes jurídicos afectados, su alcance temporal referente a cuándo se producirán los daños y si estos pueden reproducirse o tener efectos secundarios más graves que los iniciales⁴⁸. En ocasiones, el daño se ha originado en un pasado tan remoto que no se puede identificar a ningún autor.

Otra de las características esenciales que desde la perspectiva civilista debe cumplir un daño para generar responsabilidad, es el perjuicio a una víctima concreta, esto es, que sea personal. Al respecto Sánchez Frieria (1994), ha indicado que,

"... la individualización previa de los daños producidos opera como presupuesto para el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil. De modo que, no sólo se exige la existencia y la prueba de un daño, como requisito esencial para poder iniciar el proceso jurídico de reparación, sino que el mismo tiene que estar individualizado" (Sánchez Frieria, 1994, pág. 229).

Sin embargo, los daños al ambiente en la mayoría de los casos afectan a una pluralidad de personas⁴⁹, y suelen ser imputables a una colectividad de causantes⁵⁰.

⁴⁸ Sin embargo, como dice Marques (1998), *"...los efectos futuros de determinado acto causador del daño al medio ambiente o a los recursos ambientales deben ser previstos tanto cuanto lo permita el estado del arte y de la técnica, en prueba pericial. No nos parece razonable que asuma de modo absoluto excluir del ámbito de la reparación determinado daño solamente porque él va a ocurrir en un futuro indeterminado"* (Marques, 1998, pág. 230).

⁴⁹ Carlos de Miguel Perales señala al respecto que "No cabe duda de que los daños al medio ambiente, en la mayoría de los casos, afectan a una pluralidad de personas. Este hecho debe hacer pensar que, en el futuro, a medida que la cuestión ambiental vaya adquiriendo mayor relevancia y se haga más asequible a la ciudadanía, habrá que tener adoptadas las medidas necesarias para poder dar satisfacción a todas las demandas presentadas en relación con una misma actividad dañosa.

⁵⁰ Es interesante rescatar lo dicho a este respecto por el autor Iturraspe, a saber: *"Se señala como una particularidad de nuestra materia la confluencia de quehaceres, la multiplicidad de acciones provenientes de personas diferentes que concurren a la producción de un resultado nocivo. El conjunto de industrias, ubicadas en una determinada zona, que concurren a la polución del ambiente, a través del material lanzado desde sus chimeneas; los varios establecimientos que, arrojando desperdicios, desechos, aguas servidas a un río, concluyen contaminando sus aguas; no hay aquí actividad concertada, una autoría plural de un solo hecho, sino autores plurales de hechos diferentes para apuntar a originar un mismo resultado". "El tema plantea dificultades apasionantes como son las*

Esencialmente una de las dificultades de aplicación del derecho civil a la reparación de los daños al ambiente consiste en que el sistema de responsabilidad previsto por los códigos civiles se encuentra concebido y regulado bajo una estructura absolutamente individualista. Ese carácter colectivo de los daños al ambiente puede predicarse tanto respecto de los grupos u organizaciones a quienes los daños puedan imputarse, cuanto de los perjudicados son conjuntos muy numerosos de personas.

Ahora bien, muchas de las actividades relacionadas con eventos que encierran un riesgo ambiental y que por consecuencia son potencialmente dañosas, especialmente cuando se fijan en un proceso económico de producción o distribución de bienes o servicios y el mantenimiento de tales actividades generadoras de daños, producen un beneficio social y existe, de algún modo, una culpa social en los daños que este mantenimiento pueda producir.

Así mismo, es de resaltar que el carácter colectivo de los daños al ambiente también se expresa en el hecho de que este puede ocurrir sin que al mismo tiempo ocurran daños particulares *stricto sensu*, al afectar el entorno o equilibrio ecológico sin dañar a un sujeto en su salud o patrimonio.

Todas estas consideraciones no han sido objeto de preocupación del derecho ambiental y por tanto no existe aún un sistema jurídico de imputación de una responsabilidad propiamente ambiental.

De conformidad con lo anterior, es entonces certero que el daño ambiental tiene características que no hacen fácil probar su ocurrencia. En el presente capítulo se analiza una

relativas a una responsabilidad subsidiaria o en mano común; la determinación del grado, margen o índole de polución atribuible a cada uno; la imposibilidad de llegar a un conocimiento certero, etcétera; las hipótesis de conocimiento de la actividad polucionante, pero ignorancia de la contribución perjudicial, las acciones de regreso, etcétera". MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. Cit. P. 62.

estrategia diferente para la imputación de la responsabilidad basada en la idea del riesgo generado por ciertas actividades como fundamento para asignarles la responsabilidad, aun cuando el daño no haya ocurrido. Sistema denominado así, como responsabilidad sin prueba del daño.

3.1 De los principios e indicios sobre la responsabilidad sin prueba del daño

La reparación de los daños ambientales no siempre es posible mediante la aplicación del sistema de imputabilidad de la responsabilidad propio del derecho civil, por diversas razones que se enlistan a continuación:

- La mayoría de los daños que tienen esas características no pueden ser imputados a un solo individuo sino a la sumatoria de varias conductas contaminantes imputables, normalmente, a varios.
- Los daños al ambiente pueden afectar individualmente el punto de interés de un individuo, pero sus efectos sobre el patrimonio colectivo son de mayor relevancia.
- En la medida en que el ambiente no es apropiable resulta difícil determinar a quién corresponde el derecho a demandar la reparación.
- El carácter colectivo del daño ambiental complica todavía más la difícil tarea de establecer el vínculo causal exigido por los sistemas de responsabilidad civil.
- El carácter incierto del daño ambiental pone en tela de juicio las reglas tradicionales sobre prescripción de la acción.
- Aceptando que la restauración del estado previo al daño es la única forma de reparación a la que debe aspirar el derecho ambiental, no existen aún reglas para determinar cuando el ambiente dañado ha sido restaurado.

- Cuando la reparación *in natura* no es posible, resulta muy difícil determinar el valor del bien dañado y con ello el monto de la indemnización.

De lo anterior, en los últimos años ha comenzado a observarse una transformación de las políticas ambientales en varios países que pretende cumplir dos objetivos fundamentales. Por un lado, requerir a los contaminadores a asumir el costo de su actividad contaminante y, contar con los recursos suficientes para restaurar aquellos bienes ambientales que han sido dañados por la actividad contaminadora de un agente en particular. Ambos aspectos son dos aspectos de lo que se conoce como el principio “*el que contamina paga*”.

Por otra parte, la magnitud suelen alcanzar en términos financieros los daños al ambiente, la incertidumbre presente al momento de imputar las causas a algún posible demandado así como la dificultad de probar el nexo causal, han llevado a plantear la necesidad de establecer mecanismos colectivos de reparación, que van más allá de la simple idea de la responsabilidad solidaria y que plantean la socialización de la responsabilidad de los daños ambientales con base en el principio de solidaridad⁵¹.

⁵¹ Cuando puede haber más de un responsable de un daño o de parte de un daño, puede surgir el problema de la distribución de esa responsabilidad. Para facilitar al perjudicado la tarea de demandar a varias partes, los ordenamientos jurídicos suelen autorizar una acción contra más de un posible responsable a la vez. La distribución de esa responsabilidad entre las partes responsables se hace en función de que la responsabilidad sea colectiva o solidaria. En virtud de la responsabilidad colectiva, el responsable debe indemnizar sólo la parte que pueda realmente imputarse a su actividad concreta. En el caso de la contaminación acumulada, puede ser imposible establecer soluciones tan precisas. Con arreglo a la responsabilidad solidaria, cada parte es responsable por la cantidad total, pero puede solicitar la contribución de las demás partes responsables, lo cual plantea varios problemas como la multiplicidad de procesos judiciales. Se pueden también dar casos evidentemente injustos si es que la perjudicada demanda en primer lugar a la parte con más recursos económicos en lugar de demandar a la parte que ha causado mayores daños. Esto se conoce como efecto del bolsillo sin fondo. La responsabilidad solidaria puede asimismo tener como consecuencia que el perjudicado busque la jurisdicción más favorable, si las partes responsables son de países distintos y la legislación de uno de ellos es más propicia.

Es decir, en la medida en que el interés último de la sociedad es la protección de la víctima (el ambiente) a fin de procurar una reparación integral ante el daño causado, el derecho debe proporcionar mecanismos a través de los cuales se llegue a la exigencia de la reparación prácticamente sin lugar a discusión. Los seguros, los impuestos y los fondos ambientales pueden ser instituciones jurídicas que permitan esa socialización de la responsabilidad por el daño ambiental (Hebrero Álvarez, 2002, pág. 66).

Ahora bien, extender la responsabilidad por daños ambientales a todo posible contribuyente de tal daño, no requiere probar la actualización del daño sino solo probar la capacidad que tienen ciertas actividades de contribuir a generarlo. Consecuentemente, este nuevo enfoque no requiere la prueba del daño como requisito para asignar responsabilidad.

Existen tres mecanismos que podrían permitir la asignación de responsabilidad sin tener que probar la ocurrencia del daño: impuestos ambientales, fondos de restauración y seguros ambientales. Nos referiremos de estos instrumentos en los siguientes apartados posterior al análisis de caso y lo concerniente a políticas públicas en materia de compensación y restauración.

3.2 Mecanismos financieros de responsabilidad ambiental sin prueba del daño

Mediante el uso de instrumentos económicos es posible asignar responsabilidad de manera más eficiente que usando el sistema de responsabilidad objetiva. La implementación apropiada de los impuestos ambientales, seguros y fondos ambientales permitiría a los gobiernos recolectar suficientes ingresos de quienes están potencialmente contribuyendo a generar daños ambientales futuros y dirigir dichos ingresos hacia la restauración del ambiente dañado sin tener que probar el daño ni enfrentar las inconveniencias procesales propias del sistema de responsabilidad civil.

3.3 El seguro ambiental.

La aplicación del seguro al ámbito de la responsabilidad ambiental implica una suerte de socialización del concepto de responsabilidad civil, en la que se pase del otorgamiento de una cobertura del asegurado responsable, a la cobertura de la “víctima”, en este caso la del ambiente. Sin embargo, cabe precisar que, cuando se abarca el tema de aseguramiento de los riesgos ambientales, su cobertura se prevé como una modalidad de los seguros patrimoniales de responsabilidad civil que pretende solventar las posibles condenas compensatorias que circulen sobre el patrimonio del asegurado, causante del perjuicio ambiental (Robledo, 2014, pág. 2).

Según Robledo (2014), esta cobertura se encuentra circunscrita a acciones u omisiones involuntarias del asegurado, materializadas en hechos súbitos y accidentales, que produzcan de manera inmediata un daño ambiental que, consecuentemente, se excluyen los perjuicios ambientales resultantes de conductas graduales, repetidas o continuadas, durante un lapso de tiempo⁵² (Robledo, 2014).

Se podría pensar entonces que, este tipo de seguros podrían operar bajo modalidades de ocurrencia o de reclamación, pero, en la práctica, el mercado se ha inclinado por la primera, de manera que sólo se cubren los daños ocurridos durante el término de la póliza y, estas, respecto a la reparación, tienen en cuenta solo prestaciones adicionales a la de indemnización básica, como por ejemplo, los gastos de limpieza en caso de derrames.

Autores como Sánchez Sáez (2021), señala que los seguros en materia ambiental son una manera de revertir en las empresas el costo del daño que producen al medio ambiente (Sánchez Saez, 2021). Sin embargo, y en consecuencia con lo referido en el párrafo anterior, hoy, todavía

⁵² Frente a esto, Robledo (2014) precisa que estas conductas no necesariamente tienen que contravenir normas en materia ambiental, sino que deben, simplemente transgredir el principio de *alterum non laedere*, no dañar a otros.

puede decirse que el seguro tradicional de responsabilidad civil por daños materiales ofrece resistencia a cubrir los daños causados por la contaminación⁵³ ya que, como indica Sánchez Cabanillas (1994), existen dificultades para cubrir el riesgo de contaminación como progresivo y duradero, aunque en países industrializados operan en este sector determinados “pools” de aseguradores que suponen el acuerdo de numerosas entidades aseguradoras y reaseguradoras para asumir conjuntamente el riesgo (Sánchez Cabanillas, 1994, págs. 12,27).

Uno de los principales problemas que ofrece entonces el seguro como mecanismo tendiente a la reparación del daño, es que aún se le asocia con responsabilidad civil, debido a que la tendencia considera a la responsabilidad por el daño ambiental, como una responsabilidad objetiva en los términos del derecho civil. Es decir, al no existir una adecuada adaptación del tema a la figura del seguro, se generan fallas en el proceso mismo de asimilación en donde, una barrera es incorporar los temas ambientales a las estructuras tradicionales y utilizadas en los contratos de seguros, sin tener en cuenta los elementos característicos de esta clase de riesgos⁵⁴.

Es entonces como, la falta de dimensionar el daño que se puede presentar, el desconocimiento de la probabilidad de ocurrencia, la estipulación de los costos de reparación y el establecimiento

⁵³ En opinión de Real Ferrer (1993), el aseguramiento en esta materia está plagado de dificultades. En primer lugar, porque para que el seguro cubra los daños es preciso que se establezca el nexo causal entre daño y hecho que lo produzca, que no exista intencionalidad y que la posible concurrencia de factores contaminantes permita una válvula de escape". Real Ferrer; Gabriel. Loc. Cit.

Por otro lado, las aseguradoras suelen excluir el referido supuesto de contaminación ambiental, por la complejidad de determinar a ciencia cierta el daño ambiental, su preexistencia, la forma de cuantificarlo y dimensionarlo, y la dificultad de establecer claramente el riesgo objeto de cobertura, delimitar su alcance y responsabilidad en los casos de la expansión de los perjuicios por razones naturales (Alba, 2009).

⁵⁴ Tal y como afirma Real Ferrer, “ante los riesgos con que la industria se ha tenido que enfrentar, es natural que hayan pretendido conseguir una cobertura aseguradora que asume tanto los riesgos ordinarios como los extraordinarios” (Real Ferrer G., 1993, pág. 7).

de los límites de la cobertura, las principales dificultades que se presentan en el ámbito de los seguros para que desde la figura de los “seguros ecológicos” resulte inaplicable.

Las legislaciones ambientales suelen imponer seguros obligatorios para determinadas actividades o procesos que involucran el llamado riesgo creado. Por ejemplo, en Chile, en materia de actividades sujetas al sistema de evaluación de impacto ambiental, está previsto que, si el responsable de cualquier proyecto o actividad presentase, junto al Estudio de Impacto Ambiental, una póliza de seguro que cubra el riesgo por daño al medio ambiente, podrá obtener una autorización provisoria para iniciar el proyecto o actividad bajo su propia responsabilidad, sin perjuicio de lo que la autoridad resuelva en definitiva sobre el estudio presentado.

En el caso de Colombia, la Ley 99 de 1993 en su artículo 60 dispone que en la explotación minera a cielo abierto se exigirá la restauración o la sustitución morfológica y ambiental de todo el suelo intervenido, con la explotación, por cuenta del concesionario o beneficiario del título minero, quien la garantiza con una póliza de cumplimiento con garantía bancaria⁵⁵ (Valenzuela, 1994, pág. 116).

En ese sentido, y hasta lo mencionado, puede decirse que el seguro sólo contribuye a resolver el problema menoscabo que, en el patrimonio del sujeto responsable del pago de la reparación o la indemnización, puede significar el ser condenado civilmente. Como afirma Gomis Catalá (1996), la cobertura de las indemnizaciones por daños personales y materiales para la reparación del medio ambiente afectado por medio de seguros contribuye a fortalecer, desde un plano

⁵⁵ Es fundamental resaltar que, en 1999, con la Ley 491, se instituyó el seguro ecológico, que estaba encaminado a cubrir el daño ambiental indirecto imputable al asegurado. Esta póliza se planteó como obligatoria para todas las actividades que pudieran causar daños al ambiente y que requieran licencia ambiental. No obstante, lo anterior, el seguro realmente nunca se consolidó en la práctica, por falta de reglamentación. En la actualidad, por parte del sector asegurador, se otorga cobertura para riesgos ambientales aislados, por solicitud expresa de autoridades específicas o por medio de anexos a las pólizas de responsabilidad civil (Robledo, 2019, pág. 4).

exclusivamente teórico, la institución de la responsabilidad por daños al medio ambiente: en primer lugar, el seguro supone una ventaja tanto para la víctima, quien tendrá garantizada la compensación del daño, cuanto para el propio responsable, desde el momento en el que se ve liberado del pago de las sumas normalmente inasumibles por la mayoría de las pequeñas y medianas empresas; en segundo término, el seguro ambiental constituye un instrumento destacado de política ambiental al configurarse como mecanismo eficaz de control de riesgos: en la medida en la que el importe de la prima del seguro está vinculado a la calidad en la gestión de riesgos por parte de la empresa se puede afirmar que el seguro dirigirá los esfuerzos de esta última hacia el campo de la prevención a la vez que fomentará la internalización de los costes, devolviendo, de este modo, el lugar que le corresponda al principio “quien contamina paga” verdadero eje de la responsabilidad por daños al medio ambiente⁵⁶ (Gomís Catalá, 1996, pág. 133).

Ahora bien, el ordenamiento jurídico colombiano, con la expedición de la Ley 491 de 1999 que estableció el seguro ecológico, evidencia una serie de falencias que dificultan la implementación de dicho seguro. Como primera medida y en cuanto al riesgo asegurable, éste se restringe exclusivamente a los daños particulares causados por el daño ambiental, excluyendo la obligatoriedad de incorporar dentro de la cobertura del seguro ecológico, el daño al medio ambiente en sí mismo o daño ambiental puro⁵⁷. A su vez, a pesar de que se concibe como beneficiarios de la indemnización en caso de presentarse el daño ecológico, tanto a los particulares titulares de los derechos afectados por el daño ambiental como a entidades estatales⁵⁸, únicamente en este último supuesto se dispone que el monto de la indemnización debe destinarse a la

⁵⁶ En este sentido, autores como Martin Rebolo (1994) (“Reflexiones...”, cit., p. 10), al referirse a los “mecanismos colectivos de financiación” (seguros y fondos de indemnización), advertía que los mismos no constituían mecanismos de “desresponsabilización” (Rebollo, 1994, págs. 11-104).

⁵⁷ Artículos 1 y 2, Ley 491 de 1999.

⁵⁸ Artículos 5 y 7, Ley 491 de 1999.

reparación, reposición, o restauración de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados. Esta última opción legislativa es criticable por cuanto desconoce el principio de reparación integral del medio ambiente, el cual implica el restablecimiento a la situación preexistente antes de haberse ocasionado los daños tanto a las personas como a los elementos (Alba, 2009).

Al respecto, Alba, A & Rodríguez, S (2009) señalan que a pesar de que en dicha normativa se determina el deber del Estado de expedir la reglamentación correspondiente a las condiciones de la póliza ecológica y la manera de establecer los montos asegurados⁵⁹, a la fecha no se ha expedido; así como, tampoco se ha definido qué entidad debe cumplir las funciones que se le asignan a la Autoridad Ambiental de que trata la Ley 491 de 1999, en cuyo caso, su función principal se traduce en verificar la existencia misma del seguro en los casos en que éste es obligatorio y adoptar los correctivos respectivos en aquellos supuestos en que no se cumplan las disposiciones de la ley (Alba, 2009), aspectos que comprometen y dificultan la operatividad del seguro ecológico.

De este modo, cuando se parte del concepto del daño en seguros, como aquel hecho repentino e imprevisto que genera una pérdida patrimonial, es posible entender el daño ambiental como la pérdida patrimonial que sufre una persona por la contaminación o la potencialidad de perjuicio que se pueda llegar a generar por la misma.

De acuerdo con Alba, A & Rodríguez, S (2009), lo que hace tan especial al daño ambiental es la coexistencia de efectos colectivos e individuales que se generan por la ocurrencia de un único hecho, ocasionando de esta forma, una modificación del concepto mismo de daño en el mundo del seguro dado que el perjudicado puede ser el patrimonio de una colectividad (Alba, 2009); surgiendo entonces, la necesidad establecer las diferencias los daños que se pueden generar en un siniestro ambiental, como línea base para la limitación del riesgo asegurable por las aseguradoras.

⁵⁹ Artículo 2 Parágrafo, Ley 491 de 1999.

Como parte de la clasificación de los daños y continuando con la postura de Alba, A & Rodríguez, S (2009), es relevante traer a colisión cuales abordaremos para entrar en contexto:

- Daños accidentales. Son aquellos que surgen como consecuencia de los daños inferidos a terceros en razón a los cambios de aguas, atmósfera, suelos, subsuelos o ruidos de modo súbito, accidental e imprevisto.
- Daños graduales. Los cuales se caracterizan por ser los generados por el desarrollo normal de una actividad. Frente a estos daños es indispensable diferenciar aquellos que pueden llegar a interferir con el bienestar y salud de las personas o atentar y degradar la calidad del medio ambiente, de aquellos que, al no ser de tal cantidad, concentración y niveles, no lo afectan.
- Daños preexistentes. Son aquellos perjuicios que se generaron con anterioridad a la cobertura del seguro, los cuales no son cubiertos por las pólizas de daños.

De acuerdo con los autores, los primeros, pueden ser asegurados por no ser previsible su ocurrencia y por no surgir de la intención directa de producir el perjuicio. Respecto a los segundos, se parte de la diferenciación en lo que respecta a la generación del deber de reparación que nace en cabeza de las personas que realizan el hecho generador de daño ambiental, siendo sólo asegurables y reparables aquellos daños que producen el perjuicio por interferir en el bienestar y la salud, o por producir la degradación. Los otros casos suponen la existencia de cargas que toda persona tiene que soportar por el hecho de vivir en sociedad y de velar por el desarrollo de la misma.

Es así como, siendo los daños graduales aquellos ocasionados por el normal desarrollo de las actividades, se considera que en la medida en que esta clase de riesgos debieron ser previsibles al

momento de realizar los estudios para la obra u actividad determinada que genera el perjuicio ambiental, el agente encargado de ésta, debió conocer y aceptar la ocurrencia de los mismos, siendo consciente de la responsabilidad asumida a éste. Así mismo, en los casos en que el titular de obra no previera la ocurrencia de dichos perjuicios ambientales, existe el control por parte de las autoridades ambientales que, a través de las licencias, controlan, prevén y evitan la ocurrencia de daños ambientales previsibles⁶⁰.

En consecuencia, es claro que esta clase especial de daños no son susceptibles de ser transmitidos a las aseguradoras toda vez que se trata de daños generados con la conciencia y la intención de producirlos. Lo que sí podría ser posible, es asegurar los daños que se puedan ocasionar en los casos en que los planes implementados produzcan un daño repentino e imprevisto, por cuanto en este caso, dicho daño generado por una falencia en los modos de restablecimiento, sería un daño accidental (Narvaez Bonnet, 2001).

Este horizonte pone de manifiesto el problema respecto al daño del seguro ecológico, y es la falta de clasificaciones⁶¹ y a la vez de la insuficiencia de datos disponibles que permitan a las aseguradoras plantear los modelos y métodos necesarios.

⁶⁰ Incluso, al ser previsibles y al haber una posibilidad de ocurrencia de los daños que se van generando en el desarrollo mismo de la obra u actividad, tanto el titular como las autoridades tienen el deber de implementar planes de conservación y de recuperación con el fin de amortiguar los daños ambientales que la sociedad tiene que soportar o de resarcir los producidos.

⁶¹ A falta de información, se han ido generando propuestas de estimación, que buscan ampliar la visión de las aseguradoras con el fin de valorar el riesgo de una forma científica, es decir, teniendo en cuenta todos los aspectos que puedan llegar a afectarse sin que se limite el análisis al costo y a la viabilidad. Es así como, modelos como el que plantea WEGERHOFF son importantes si se tiene en cuenta que es precisamente en razón a la incertidumbre y a la carencia de datos e información veraz y suficiente que las aseguradoras se encuentran reacias a la implementación de esta clase de seguro. Lo anterior, en la medida en que no es posible diseñar un producto o graduar el riesgo sin contar con la información estadística sobre la ocurrencia del siniestro, su indemnización y los métodos que deben ser utilizados para la descontaminación (Wegerhoff, 2007).

Una traslación de la institución mercantil del seguro al campo de la reparación ambiental significa que empresas sujetas a un riesgo latente deban contratar una póliza de seguro, pero no únicamente para los efectos de que en caso de ocurrir el siniestro, la compañía de seguros asuma la obligación de indemnizar a nombre del asegurado, cuestión que nada tiene de particular, sino, para que sin tener que averiguar a quién de los sujetos asegurados se imputa la responsabilidad, dicha compañía asuma el coste necesario tomando para ellos los recursos provenientes de todas las primas recaudadas por los sujetos obligados a asegurarse. En ese sentido el seguro socializa la responsabilidad frente al daño ambiental y se convierte en un instrumento que previene la reparación de este, al tiempo que recauda de los posibles causantes de daños, sumas que ninguno de ellos en lo particular podría desembolsar, contribuyendo así también a resolver los problemas de magnitud de la reparación del daño al ambiente⁶².

⁶² En Colombia, como bien se mencionó, en el artículo 60 de la Ley 99 de 1993, se establece que, en la explotación minera a cielo abierto se exigirá la restauración o la sustitución morfológica y ambiental de todo el suelo intervenido, con la explotación, por cuenta del concesionario o beneficiario del título minero, quien la garantizará con una póliza de cumplimiento con garantía bancaria. Así mismo, en la Ley 491 de 1991 se establece en el artículo 1 que el objeto de la ley es crear seguros ecológicos como un mecanismo que permita cubrir los perjuicios económicos cuantificables a personas determinadas como parte o como consecuencia de daños al ambiente y a los recursos naturales y la reforma al Código Penal en lo relativo a los delitos ambientales, buscando mejorar la operatividad de la justicia en este aspecto, lo anterior en desarrollo del artículo 16 de la Ley 23 de 1973; en su artículo 2 indica que el seguro ecológico tendrá por objeto amparar los perjuicios económicos cuantificables producidos a una persona determinada como parte o a consecuencia de daños al ambiente y a los recursos naturales, en los casos del seguro de responsabilidad civil extracontractual, cuando tales daños hayan sido causados por un hecho imputable al asegurado, siempre y cuando no sea producido por un acto meramente potestativo o causado con dolo o culpa grave; o, en los casos de los seguros reales como consecuencia de un hecho accidental, súbito e imprevisto de la acción de un tercero o por causas naturales. El daño ambiental puro podrá establecerse en estas pólizas como causal de exclusión de la obligación de amparar, salvo que se logre la colocación del reaseguro para determinados eventos de esta naturaleza. En el artículo 3 de la Ley en mención se contempla que, el seguro ecológico será obligatorio para todas aquellas actividades humanas que le puedan causar daños al ambiente y que requieran licencia ambiental, de acuerdo con la ley y los reglamentos. En los eventos en que la persona natural o jurídica que tramite la licencia tenga ya contratada

Aplicar seguros al daño ambiental entonces, permitiría la expansión del concepto de responsabilidad sin probar la existencia del daño si ese seguro se define como alternativa para hacer que las compañías paguen los costos de futuros daños al ambiente. Ello solo es posible, si la legislación ambiental reglamenta el seguro ecológico, haciéndolo obligatorio para aquellos que conducen ciertas actividades que involucren un nivel de riesgo considerable para el ambiente y a su vez, si las compañías de seguros están obligadas por la ley a pagar el costo de los daños ambientales generados por tales actividades sin inquirir quién, entre el grupo de contaminadores asegurados, ha causado el daño.

Al implementar el seguro ecológico como un seguro de carácter obligatorio, el legislador y el Estado buscarán reiterarles a los empresarios el riesgo al que se encuentran expuestos dada la realización de determinadas obras o actividades que generarían riesgos potenciales para el medio ambiente. De igual forma se involucrarían a las empresas aseguradoras en el proceso de protección, recuperación y especialmente, la prevención del deterioro ambiental, haciéndolas un agente activo como medio de control y de dispersión del riesgo, aminorando la eventualidad de daños ambientales (Narvaez Bonnet, 2001, pág. 22).

una póliza de responsabilidad civil extracontractual para amparar perjuicios producidos por daños al ambiente y a los recursos naturales, la autoridad ambiental verificará que efectivamente tenga las coberturas y los montos asegurados adecuados. En su artículo 4 indica que los particulares o las entidad públicas o privadas podrán igualmente contrata el Seguro Ecológico, bajo la modalidad de una póliza de daños para amparar perjuicios económicos determinados en sus bienes e intereses patrimoniales que sean parte o consecuencia de daños ecológicos, producidos por un hecho accidental, súbito e imprevisto, por la acción de terceros o por causas naturales. En el artículo 5 hace mención a que, serán beneficiarios directos del seguro ecológico los titulares de los derechos afectados por el daño o sus causahabientes. Y en el artículo 11 señala que, quien estando obligado a contratar la póliza ecológica y no contare con ella o no estuviese vigente, al momento de la ocurrencia del daño, podrá ser multado por la respectiva autoridad ambiental hasta por el equivalente a la mitad del costo total del daño causado.

Es entonces como, a pesar de las dificultades y en algunos casos del impedimento mismo de restablecer la situación en la que se encontraba el medio ambiente antes de la generación del daño ambiental, se concibe la prevención como el modo más adecuado y eficaz para atender los daños ambientales. Dicha prevención desde este punto de vista se concibe como la adopción de conductas que, de acuerdo con el estado del conocimiento técnico y científico, se consideran como las más adecuadas para evitar el daño ambiental o para disminuir el riesgo de su ocurrencia (Soto, 1996).

Las aseguradoras podrían contribuir entonces, a aliviar la carga de pagar por la restauración del daño ambiental a través del seguro, así como, de implementar incentivos para aquellos casos en que los tomadores implementen medidas de prevención de daños disminuyendo la potencialidad de un daño ambiental; incluso la ausencia de dichas medidas podrían conducir a una especie de “sanción”⁶³, con el adicional de incluir en la póliza ciertas garantías que deba cumplir quien desarrolle la obra o actividad potencialmente perjudicial para el medio ambiente.

3.4 Los impuestos ambientales o tributaciones

Dado que el daño ambiental esta frecuentemente asociado con contaminantes difusos, que hacen casi imposible determinar la causa que lo genera, los impuestos ambientales podrían proporcionar un instrumento a través del cual los contaminadores paguen por daños ambientales futuros que podrían generar. En ese sentido, muchos países han aprobado legislaciones fiscales que, además de contribuir a la generación de ingresos tratan de regular las actividades contaminantes.

⁶³ Como la perdida de la cobertura del seguro.

Al respecto, hay que precisar que existen diferentes concepciones sobre los impuestos ambientales en los cuales, autores como Ezcirra (2003) señala que, Se considera tributo ecológico aquél cuya finalidad principal es servir a la protección del medio ambiente. Desde la perspectiva de la Economía Política, algunos planteamientos se centran en el vínculo entre tributo y actividad contaminante mientras otros se apoyan en la teoría del doble beneficio (Ezcirra, 2003, págs. 123-137).

En cuanto a la creación de los impuestos medioambientales, la OCDE precisa que:

Los impuestos verdes deben recaer en los contaminantes o en la acción dañina al medio ambiente; su cobertura debe ser tan amplia como lo es el contaminante en sí y deben tener la magnitud del daño que causan, a fin de acarrear mejoras en el entorno (Bedoya, 2017, pág. 47).

Los impuestos verdes constituyen las políticas ambientales adoptadas por los países latinoamericanos a fin de resarcir en algo los impactos que sufre el medio ambiente por las emisiones de gases y contaminantes en general debido a la producción de bienes y servicios a gran escala, estas tasas impositivas buscan que productores y fabricantes tomen conciencia de su entorno y sean más amigables con la naturaleza, la finalidad de la creación de impuestos verdes en América Latina no es solo la recaudación fiscal si no la concientización de los contribuyentes al consumo ecológico, y que dicha recaudación fiscal se destine a la adopción e inversión en infraestructura de nuevas tecnologías alternativas más eficientes y amigables con el medio ambiente (Bastidas, 2017)

Así, los impuestos ambientales ofrecen una amplia posibilidad de construir un nuevo sistema de responsabilidad por daños ambientales, ya que los ingresos generados por estos podrían usarse para restaurar ambientes dañados sin la necesidad de canalizar la responsabilidad a un causante del daño en los términos de los códigos civiles.

Bajo esta perspectiva, es que en muchos países han comenzado a establecerse contribuciones que no tiene un carácter recaudatorio tradicional, sino que persigue la modificación de las conductas contrarias al ambiente, y en ese sentido, si su eficiencia es mayor su recaudación será menor. Sin embargo, este postulado no está reñido con la idea de que haya ciertos niveles de tributación que permitan recaudar ingresos, caso en el cual éstos deben destinarse a finalidades eminentemente ambientales.

En suma, los impuestos ambientales buscan no solamente incrementar la recaudación sino fundamentalmente evitar la producción de daños al ambiente y, en todo caso, si éstos se producen, contar con los recursos suficientes para afrontar la restauración. El problema es entonces la vinculación de los tributos últimos con la restauración del daño que produce en el ambiente la ejecución de la cobertura gravada.

La solución de este posible problema acarrea dos posibles soluciones. En primer lugar, conferir a las contribuciones ambientales un destino propio; y la segunda, la creación de los llamados fondos de reparación que se alimentan entre otras fuentes de las contribuciones ambientales.

3.5 Los fondos de reparación.

No siempre es posible identificar al causante de un daño al ambiente, y por otra, la recuperación del equilibrio ambiental perdido a consecuencia de un daño ambiental, puede rebasar la capacidad de iniciativa de quienes lo causaron, lo cual no conduce necesariamente a buscar la colectivización de la responsabilidad por el daño ambiental, dejando atrás los múltiples problemas que representa para la reparación del daño el tratar de individualizar al causante (Martín Mateo, 2014, pág. 19).

Ahora bien, el paso de un sistema tradicional de reparación del daño ambiental, basado en el principio clásico de la responsabilidad individual, a un sistema moderno de reparación que surja en el principio de responsabilidad compartida, tiene su máximo exponente en la creación de los fondos de reparación⁶⁴ (González Márquez, 2003).

Los fondos de reparación son entonces, instrumentos ambientales para resarcimiento de los daños una vez producidos éstos, a través de los cuales el daño se solidariza o colectiviza, pero de una manera subsidiaria, cuando por cualquier motivo no se ha encontrado a los causantes de la lesión, o cuando sabido quien es el potencial contaminado no ha podido imputar el daño por debilidad del nexo causal (Herrero Álvarez, 2002, pág. 174). En consecuencia, a través de los fondos se produce un reparto equitativo de la carga financiera entre todos aquellos cuyas actividades no pueden ser causa del daño ambiental.

El Derecho Latinoamericano muestra que, varios países han recurrido a la constitución de fondos de reparación, cuyos recursos pueden provenir del cobro de un tributo por una actividad que se considera en sí misma contaminante, como es el caso de Ecuador, de las indemnizaciones

⁶⁴ La justificación de los Fondos de reparación puede encontrarse también en el principio de solidaridad que Real Ferrer expone de la siguiente forma: "la solidaridad puede presentarse como un remedio jurídico necesario para abordar los abundantes supuestos en que la responsabilidad no tiene cabida. En efecto, especialmente en el campo ambiental resulta absolutamente evidente que los mecanismos de atribución de responsabilidad (inclusive de responsabilidad objetiva o sin culpa) son ineficaces o por lo menos insuficientes, para afrontar la reparación de daños y esta realidad se pone de manifiesto abiertamente tanto en los casos de contaminación difusa como en la mayor parte de los accidentes polucionantes. Las dificultades inherentes a la determinación de responsabilidad en los casos de daños ambientales, tales como la de conocer a ciencia cierta la fuente contaminante, o los posibles efectos sinérgicos, o la ausencia de titular de los bienes afectados, o, en fin, la propia cuantía de las sumas en juego –absolutamente inabordables para la mayoría de los contaminadores -, han supuesto, entre otros resultados, el fracaso del sistema de seguros ambientales y la puesta en evidencia de la inoperancia de los mecanismos de responsabilidad. En esta línea, la creación de Fondos – una de cuyas vías de engrose pueden ser los impuestos verdes o ecotasas - parece hasta ahora la mejor solución al problema de aportar recursos para la recuperación del medio, pero es claro que, aparte del juego de otros principios, el de solidaridad también gravita sobre la idea de los Fondos." (Real Ferrer G., 2021, pág. 19)

obtenidas en sentencias por daño ambiental, como ocurre en Bolivia, o de las sanciones administrativas impuestas por violaciones a la ley, como puede ser el caso de México y Nicaragua.

En algunos países existen los fondos de reparación o fondos comunes, es decir una institución, ya sea de carácter privado o mixto, cuyo objetivo primordial es que las víctimas de daños al medio ambiente tengan derecho a la reparación frente al mismo fondo. La manera como funcionan estos fondos es a través de cargas impuestas a los sujetos potencialmente contaminantes. Al respecto, Miguel Perales señala que los supuestos en que los fondos son útiles son:

- Los fondos permiten la reparación cuando no es posible ejercitar la acción de responsabilidad ya que basta con que la víctima pruebe que ha sufrido un daño como consecuencia de una determinada contaminación, para que tenga derecho a la reparación
- En los casos en que existe la dificultad de determinar la relación de causalidad, o que hay una superioridad económica del agente frente a la víctima, puede resultar muy complicado o injusto para la víctima el llevar a cabo un juicio, por lo que mediante los fondos se puede garantizar la reparación de la víctima y una adecuada imputación de la responsabilidad.
- En casos en donde toda una población se puede ver afectada por una alteración al medio ambiente, como consecuencia de fuentes distintas, puede servir para que se adopten más rápido medidas preventivas ([UNAM], págs. 8-9).

Se podría llegar a concluir que estos tres supuestos coinciden con los problemas o dificultades que la mayoría de los autores resaltan de los daños ambientales y que son frecuentes, por lo que se considera que los fondos podrían ser un instrumento muy útil para lograr la reparación de dichos daños.

Para el caso de Colombia, con la expedición de la Ley 491 en 1999 se disponía de la creación de un seguro ecológico para algunas actividades. Desafortunadamente por la forma en la que fue concebido el seguro, no se logra una gran protección al medio ambiente. En tal sentido: El objetivo del seguro es cubrir los perjuicios económicos cuantificables a personas determinadas como parte o como consecuencia de los daños al medio ambiente; Es un seguro que puede contratarse bajo dos modalidades: Como un seguro de responsabilidad civil, de cuya cobertura se podrá excluir los daños causados por un acto meramente potestativo del asegurado, por dolo o culpa grave y adicionalmente, se puede establecer como exclusión la cobertura del daño ambiental puro.

También se puede contratar como un seguro de daños para amparar los perjuicios económicos determinados en sus bienes e intereses patrimoniales, que sean parte o consecuencia de daños ecológicos, producidos por un hecho accidental, súbito e imprevisto, por la acción de terceros o por causas naturales. Como seguro de responsabilidad civil será obligatorio para todas aquellas actividades humanas que le puedan causar daños al ambiente y que requieran licencia ambiental, de acuerdo con la ley y los reglamentos; y, Los beneficiarios serán los titulares de los derechos afectados por el daño o sus causahabientes (Jaramillo, 2007, pág. 41).

Cuando el beneficiario sea una entidad estatal el monto de la indemnización deberá destinarse a la reparación, reposición, o restauración de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados. Cuando las actividades de reparación, reposición o restauración no sea posible realizarlas, el monto de la indemnización será invertido directamente en proyectos ecológicos o ambientales de especial interés para la comunidad afectada.

Teniendo en cuenta las características mencionadas, podemos concluir que este seguro concentra su cobertura en los daños ambientales consecuenciales, está diseñado para indemnizar a los terceros o al estado cuando sufren perjuicios de carácter económico, de hecho solo cuando el

beneficiario del seguro es el estado, está en obligación de destinar la indemnización a la reparación de los recursos afectados, en los demás casos los particulares no están obligados a utilizar la indemnización para reparar el recurso natural afectado.

En consecuencia, no existe una relación clara entre los fondos, los tributos y los seguros, ni tampoco entre los fondos y las acciones por daños al ambiente, por lo que la consolidación de este instrumento de política ambiental como un mecanismo para la socialización de la responsabilidad por daños al entorno es también una tarea pendiente.

En resumen, una combinación adecuada de seguros, impuestos ambientales y fondos de restauración podría ayudar en el proceso de construir un nuevo sistema de responsabilidad ambiental que elimine la necesidad de probar el daño como condición para obtener la restauración del ambiente dañado.

En esta propuesta de responsabilidad, todo posible colaborador en la producción de los daños ambientales estaría obligado a pagar impuestos dirigidos a un fondo ambiental y los recursos del fondo se utilizarían para restaurar daños ambientales ocurridos. La remediación sería directamente conducida por el gobierno y sin necesidad de tener que asignar la responsabilidad a persona alguna, pues ésta ha sido ya asignada previamente a través del tributo.

Así mismo, las actividades que generen riesgo ambiental estarían obligadas a contar con un seguro para enfrentar la restauración de daños ambientales futuros. En este caso, los recursos económicos recolectados por las compañías de seguros también estarían enfocados al fondo ambiental y éste ante la eventual ocurrencia del daño, se encargaría de la restauración sin interrogación de la causa del daño.

4. CONCLUSIONES

En Colombia, la tendencia de la legislación a adaptar la responsabilidad civil para aplicarla a los problemas derivados de la generación de daños al medio ambiente, muestra progresos importantes pero insuficientes. A pesar de que se propende por revertir la carga de prueba, establecer un largo período de prescripción e incluso reconocer un amplio *locus standi*, el núcleo del problema permanece: la dificultad de probar el daño ambiental.

Para resolver este escenario, es necesario pensar en un sistema de responsabilidad por daños ambientales al largo plazo, a futuro. Así como la introducción del sistema de responsabilidad civil significó una revolución en la Ciencia Jurídica, resolver los problemas que plantea el Derecho, el daño ambiental demanda una evolución en cuanto a la presunción de la responsabilidad, en la cual la imputación de la responsabilidad no deba requerir prueba del daño.

Es entonces como, la definición de un régimen jurídico de responsabilidad por el daño ambiental es sin duda una tarea pendiente del Estado puesto que, aunque se aprecia una cierta evolución de las disposiciones normativas del derecho administrativo, penal y civil con una orientación hacia este sentido, en la mayoría de los casos se confunde la protección de los intereses jurídicos particulares o públicos con la relativa a los intereses ambientales que son de carácter colectivo. Es por esto por lo que se podría concluir que:

1. Pese a que esta tarea no es sencilla y por supuesto no se agota en la simple remisión a la aplicación de la presunción de la responsabilidad, amerita una reestructuración de los cimientos jurídicos que soportan a la tutela del ambiente. Supuestos fundamentales para esto son: el reconocimiento del ambiente como un bien susceptible de tutela por sí mismo, diferenciándolo de los elementos que lo conforman y, la distinción entre las categorías jurídicas del daño civil y del

daño ambiental, puesto que el primero se refiere a la afectación de intereses jurídicos individualizados, mientras que el segundo trasciende a la esfera legal de la persona para insertarse en el ámbito de la colectividad.

2. Se hace necesario puntualizar que el reconocimiento pleno del ambiente como bien jurídico no se resuelve sólo con la inclusión del concepto en las leyes, ni tampoco mediante la simple consagración del denominado derecho al medio ambiente adecuado como ha ocurrido en nuestro país. La consideración del ambiente como bien jurídico exige como primera premisa que el orden legal distinga con claridad entre éste y los elementos que lo integran, o, en otras palabras, que lo reconozca como un bien unitario en el cual confluyen todos los recursos naturales.

3. Es indispensable también que se reconozca el carácter colectivo de su titularidad, diferenciando ese carácter de la apropiación de los elementos de base que lo conforman cuya apropiación puede ser privada pública o común, dependiendo del elemento de que se trate.

Por otro lado, frente a un panorama mundial que propende cada vez más por una reparación integral del daño ambiental, especialmente concentrado en el restablecimiento de los bienes colectivos; el mercado asegurador mundial ha reaccionado para proporcionar herramientas que permitan hacer viable económicamente para las empresas, la reparación de estos daños. Esto, como se ha mencionado con anterioridad no puede lograrse mediante la aplicación de responsabilidad civil, sino a través de mecanismos de carácter colectivo tales como impuestos, fondos y seguros ambientales que requieren:

1. Partir del hecho que no somos ajenos al riesgo ambiental y a pesar de que nuestra normatividad no ha profundizado tanto en la regulación de esta responsabilidad, existen herramientas jurídicas para promover la reparación del daño ambiental; en ese orden de ideas, el mercado asegurador colombiano, por ejemplo, que no es ajeno e independiente del mercado

internacional, puede promover la inclusión de productos especializados para la responsabilidad ambiental, ajustando sus esquemas tradicionales de aseguramiento, para promover no solo la protección de las empresas que se pueden verse envueltas en esta responsabilidad, sino también como lo hacen a nivel mundial las aseguradoras, que toman medidas preventivas y de gestión del riesgo ambiental por parte de las empresas.

5. BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

[UNAM], U. N. (s.f.). La reparación del daño ambiental. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3496/14.pdf>.

Alba, A. R. (12 de abril de 2009). Seguro ambiental: Situación actual e inconvenientes en su implementación. *RIS*, 30(18), 89-119.

Bastidas, A. (2017). *Análisis comparativo de impuestos ambientales en América Latina*.
Obtenido de Recuperado:
<http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/10856/1/ECUACE-2017-CA-DE00567.pdf>

Beck, U. (1999). *La sociedad del riesgo global, Siglo XXI*. Madrid.

Bedoya, M. B. (2017). Análisis del Impacto del Impuesto Ambiental en el Ecuador, Zona 3. *Ojeando la agenda*, (47) 6.

Beristain, C. (2011). El derecho a la reparación en los conflictos socioambientales. Experiencias, aprendizaje y desafíos prácticos. Bogotá: Departamento de publicaciones, Universidad Santo Tomás.

Bernard J. Nebel, R. T. (1993). *Environmental science. The way the world works*.

Betancor Rodríguez, A. (2001). *Instituciones de Derecho Ambiental*. Madrid.

Briceño, A. (2009). *Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental*.
En: Daño Ambiental, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Chacón, M. P. (2005). *Daño, responsabilidad y reparación ambiental*. Veracruz, México.

Cohen, M. A. (2017). *Environmental risk: Ulrich Beck's contribution*.

Comisión de las Comunidades Europeas. (2000). *El Libro Blanco de la Responsabilidad*.

Comunicación De La Comisión De Las Comunidades Europeas Al Consejo Y Al Parlamento Europeo Y Al Comité Económico Y Social. (1993). Libro verde sobre reparación del daño ecológico. *Libro verde sobre reparación del daño ecológico, en: Revista de derecho ambiental, Publicación técnica-jurídica de Medio Ambiente*, 11.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 99 de 1993.

Ezcirra, M. (2003). Desarrollo Sostenible y tributos ambientales. *Crónica tributaria*, <https://www.economistas.es/Contenido/REAF/gestor/05-villar.pdf>.

García, D. (2009). *Manual de responsabilidad civil y del Estado*. Librería Ediciones.

García, D. (2009). *Manual de responsabilidad civil y del Estado*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Gil, E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá.

Gloria Amparo Rodríguez, I. A. (2012). Temas de Derecho Ambiental: una mirada desde lo público. *Colección textos de jurisprudencia. Universidad del Rosario*.

Gomís Catalá, L. (1996). *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Tesis doctoral de la Universidad de Alicante.

Gomis Catalá, L. (1996). *Tesis doctoral. Responsabilidad por daños al medio ambiente*.

González Márquez, J. (2003). *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*. México, D.F.: (1ra edición) Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

González, J. E. (2007). *La indemnización dentro de los procesos de acciones populares por daños al medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

González, J. E. (2007). *La indemnización dentro de los procesos de acciones populares por daños al medio ambiente. En: Daño ambiental. Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hebrero Álvarez, J. I. (2002). *El aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Dykinson.

Henao Pérez. (2000). *Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Henao Pérez, J. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Henao Pérez, J. C. (2000). *Responsabilidad del Estado colombiano por daños al medio ambiente. En: Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Henao Pérez, J. E. (1996). *Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.

Herrero Álvarez, J. I. (2002). *El aseguramiento de la Responsabilidad Civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Dykinson.

Jaramillo, I. (2007). *La responsabilidad por daño medioambiental y su aseguramiento a la luz de la directiva de la comunidad europea 2004/35/CE*. *Universidad EAFIT*, 48.

Loperena Rota, D. (1996). *El derecho al medio ambiente adecuado*. Madrid: Civitas-IVAP.

López, F. (2006). *Derecho Ambiental*. México: IURE editores.

Macías, L. F. (2007). *El daño ambiental. Hacia una reflexión conceptual desde la filosofía y el Derecho Ambiental. En: Daño ambiental. Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Marques, J. F. (1998). *Responsabilidade Civil e Reparação de Danos ao Meio Ambiente. Atualizado de acordo com a Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1988*. Río de Janeiro: Editora Lumen Juris.

Márquez Gonzáles, J. J. (2003). *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*. Col. Lomas Virreyes C.P.11000 México, D.F.: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Boulevard de los Virreyes No. 155.

Martín Mateo, R. (2014). Op. Cit.

Morello, A. M. (2004). *Las inversiones de la carga de la prueba en la sociedad del riesgo y el principio preventivo*. DJ.

Mosset Iturraspe, J. (2000). *El daño ambiental en el derecho privado*. Buenos Aires: Editores.

Munévar Q., C. A. (2014). *El alcance de la responsabilidad por daños ambientales*. Bogotá: Criterio Libre.

Naciones Unidas [ONU]. (5 de junio de 1972). *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales*.
Obtenido de División de Desarrollo sostenible:
<https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

Narvaez Bonnet, J. (2001). De la responsabilidad civil por el daño ambiental y el seguro ecológico. (P. U. Javeriana, Ed.) *Ibero-Latinoamericana de Seguros*, II (16).

Navarret, A. F. (febrero de 2022). Obtenido de Recuperado:
<https://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/48/2019/03/Arti%CC%81culo-para-la-RED-actividades-peligrosas.pdf>

Prieur, M. (1991). *Droit de L'environmental*. Paris: 2ª: ed. Paris, Dalloz.

Prieur, M. (1991). *Droit de L'environnemental* . Paris: 2ª: ed. Paris, Dalloz.

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente [UNEP]. (2003). *Environmental Liability and Compensation Regimes: A review, Nairobi, UNEP-Division of environmental policy implementation*. ISBN Number 92-807-2395-4.

Ramos, L. R. (1985). *Delitos contra el medio ambiente*. La reforma del Código Penal de 1983. Tomo V, vol 2º, Madrid. pp. 829-830.

Real Ferrer, G. (1993). *Cobertura de riesgos ambientales*. Obtenido de Conferencia impartida en 1993. Inédita. Universidad de Alicante: <https://dda.ua.es/cobertura.htm>

Real Ferrer, G. (2021). Obtenido de El principio de solidaridad en la Declaración de Río.: <http://www.ua.es/dda/cobertura.htm> <http://www.ua.es/dda/solidrio.htm>. P. 2

REAL FERRER, G. (2021). *El principio de solidaridad en la Declaración de Río*.

Rebollo, M. (1994). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*. Documentación Administrativa, exp: 237/238.

Robledo. (2019). El seguro ambiental en Colombia. Aproximación Inicial. *Fasecolda*, 4.

Robledo, L. (2014). El seguro ambiental en Colombia. Aproximación inicial. *Fasecolda*, 156, 32-35. Recuperado el 07 de Febrero de 2022, de Recuperado: <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/102>

Sánchez Cabanillas. (1994). *Antonio. El daño ambiental*. Madrid: Revista de Derecho Ambiental. Publicación técnico-jurídica de Medio Ambiente.

Sanchez Frieria, M. d. (1994). *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*. Barcelona: Bosh Editor.

Sánchez Frieria, M. D. (1994). *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Sánchez Saez, A. J. (2021). *La "restitutio in pristinum" como mecanismo deseable para la reparación de los daños al medio ambiente*. Obtenido de <http://www.cica.es/ariens/gimadus/saezLoc.cit>.

Sandoval, C. S. (1995). *De los derechos personales. de crédito obligacione*. Monterrey: Editorial Font.

Santamaría Ramiro y Braña Aísa, E. a. (1994). *Análisis y reducción de riesgos en la industria química*. Madrid: Fundación MAPFRE.

Sentencia T-080, Expediente T-4.353.004. (Corte Constitucional 2015).

Sève, J. I. (Marzo de 2002). A Discussion Paper on Environmental and Natural Resources Accounting and Potential Applications in African Countries. Africa: International Resources Group, Winrock International, and Harvard Institute for International Development.

Soto, H. M. (diciembre de 1996). El seguro como instrumento eficaz para la prevención y reparación del “daño ambiental y de los “daños particulares” derivados del mismo (conveniencia de adaptar el ordenamiento jurídico a las exigencias que plantea el aseguramiento de tales daños). *Ibero-Latinoamericana* (9).

Swaigen, J. Z. (1993). *The role of the Civil Courts in resolving Risk and Uncertainty in Environmental Law*, en: *Canadian Institute for the Administration of Justice. Law and the environment. Problems of risk and uncertainty*. Quebec: Les Editions Thémis.

Valenzuela, R. (1994). *Memorias del seminario Nacional de Derecho Ambiental*. México: CEPAL / FUNDACIÓN FRIEDRICH EBERT.

Vazquez Garcia, A. (26 de 09 de 2003). Ponencia: La legislación ambiental y su aplicación, en Primer Encuentro de Jueces. Desarrollo Sustentable. Villa La Angostura, Neuquén, Argentina.

Wegerhoff, U. (2007). Planteamientos iniciales en Alemania para la valoración de los riesgos de responsabilidad civil derivados de la directiva europea sobre responsabilidad de responsabilidad civil derivados de la directiva europea sobre responsabilidad ambientales. Gen Re(15).

NORMATIVA

Constitución Política de Colombia [CP] (1991). Artículo 29 [Título I] (2da Ed.) Legis

Constitución Política de Colombia [CP] (1991). Artículo 79 [Título I] (2da Ed.) Legis

Constitución Política de Colombia [CP] (1991). Artículo 80 [Título I] (2da Ed.) Legis

Constitución Política de Colombia [CP] (1991). Artículo 88 [Título I] (2da Ed.) Legis

El Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (24 de mayo de 1873) Artículos 66, 2341, 2347, 2349 y 2356. Código Civil [Ley 80 de 1873] DO: 2.867

Presidencia de la República. (18 de diciembre de 1974). Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente [Decreto Ley 2811 de 1974]. DO: 34.243

Congreso de la República. (12 de diciembre de 1973). Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de los Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones [Ley 23 de 1973]. DO:34.001

Congreso de Colombia. (22 de diciembre de 1993). Por el cual se crea el Ministerio de Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se reorganiza el sistema nacional ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones [Ley 99 de 1993]. DO: 41.146

Congreso de Colombia. (9 de enero de 1996). Por medio de la cual se aprueba el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos y los desechos peligrosos y su eliminación, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989 [Ley 253 de 1996]. DO: 42.668

Congreso de Colombia. (13 de enero de 1998). Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el código penal y se dictan otras disposiciones [Ley 491 de 1999]. DO:43.477

Congreso de la República. (21 de julio de 2009). Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones [Ley 1333 de 2009]. DO: 47.417

JURISPRUDENCIA

- Sala de Casación Civil. Expediente No. 4109. Sentencia No. 14 del 16 de febrero de 1994
[M.P: Carlos Esteban Jaramillo Schloss]
- Corte Constitucional. (22 de agosto de 1996). Exp: LAT.070. Sentencia C-377/1996 [M.P:
Antonio Barrera Carbonell]
- Corte Constitucional. (01 de abril de 1998). Exp: D-1794. Sentencia C-126/1998. [M.P:
Alejandro Martínez Caballero]
- Corte Constitucional. (06 de agosto de 2002). Exp: D-3860. Sentencia C-616/2002 [M.P:
Manuel José Cepeda Espinosa]
- Corte Constitucional. (28 de julio de 2005). Exp: D-5574. Sentencia C-669/2005 [M.P:
Álvaro Tafur Galvis]
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 18
de octubre de 2007. Rad: 25000-23-27-000-2001-00029-01. [M.P: Enrique Gil Botero]
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009.
Exp: 11001-3103-038-2001-01054-01 [M.P: William Namén Vargas]
- Corte Constitucional. (27 de julio de 2010). Exp: D-7977. Sentencia C-595/2010 [M.P:
Jorge Iván Palacio Palacio]
- Corte Constitucional. (06 de septiembre de 2010). Exp: D-8019. Sentencia C-703/2010
[M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]
- Consejo de Estado. (24 de enero de 2011). Exp: 73001-23-31-000-1999-00265-01.
Sentencia 19548 [M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa]
- Corte Constitucional. (24 de agosto de 2011). Exp: D-8379. Sentencia C-632/2011 [M.P:
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Consejo de Estado. (20 de febrero de 2014). Exp: 41001-23-31-000-2000-02956-01.
Sentencia 29028 [M.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero]

Corte Constitucional. (20 de febrero de 2015). Exp: T-4.353.004. Sentencia T-080/2015
[M.P: Jorge Iván Palacio Palacio]