

Revista Academia & Derecho, Año 5, N° 9, 2014, pp. 51-82
ISSN 2215-8944
Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho
Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones
Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes:
¿existe una respuesta desde la justicia correctiva?
Henry Mauricio Reyes Garcés

Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva?*

The pure ecological damages and the tragedy
of the Commons: ¿is the corrective justice an answer?

Recibido: Noviembre 28 de 2013 - Evaluado: Febrero 10 de 2014 - Aceptado: Abril 4 de 2014

Henry Mauricio Reyes Garcés**

Para citar este artículo / To cite this Article

Reyes Garcés, H. M. (Julio-Diciembre de 2014). Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva?
Revista Academia & Derecho, 5(9), (51-82).

“La esencia de la tragedia no es la tristeza. Reside en la solemnidad despiadada del desarrollo de las cosas”.
(A. N. Whitehead, 1948)

Resumen

Los daños ecológicos puros han adquirido singular relevancia en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Ello se debe a que estos

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto de una investigación de carácter independiente del autor.

** Abogado egresado de la Universidad Industrial de Santander. Especializando en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación.
Correo electrónico: h.reyes@scare.org.co; maorg098@gmail.com.

representan un complejo problema que surge junto al desarrollo económico que el aumento poblacional reclama, pues en esta relación inescindible se presentan daños al ambiente que son la concreción de riesgos inesperados; el resultado del desobedecimiento a normas de conducta; e incluso, a la voluntad de causarlos. Esta situación exige una tratativa legislativa innovadora y una reinterpretación de las figuras jurídicas ya existentes. De tal suerte, el objetivo general de esta investigación es la de utilizar la lógica de la responsabilidad civil en los institutos de responsabilidad administrativa generada por la causación de daños ecológicos puros para dotarlos de sentido, construyendo en su virtud una nueva base hermenéutica. En particular, en su desarrollo se aplicó una lógica relacional –dentro del derecho de responsabilidad civil y/o derecho de daños– como criterio interpretativo para la lectura de los mecanismos compensatorios desarrollados por la ley 1333 de 2009, obteniendo, de esta inteligencia, una interpretación que se acompasa a su teleología reparadora.

Palabras clave: Tragedia de los comunes, daños ecológicos puros, daños ecológicos consecuentes, ley 1333 de 2009, derecho de daños, responsabilidad civil, potestad sancionatoria ambiental, mecanismos compensatorios.

Abstract

Pure ecological damages have acquired a relevant meaning in contemporary legal orders. These damages represent a complex problem that arises along with the economic development associated to the demographic increase. As a result of such relation, environmental damages can occur due to materialization of unexpected risks, disobeying rules of conduct, and even intention of causing them. This situation demands a new legal approach and a reinterpretation of the actual institutions of law. In this context, the objective of this study was to use logical tort liability in administrative sanctions imposed by causation of pure ecological damages, with the aim of providing purport and establishing a new hermeneutic base. To accomplish this objective, this investigation applied a relational logic in tort law as an interpretation criteria to read the compensatory schemes contained in the act 1333 of 2009, giving to those schemes a remedial reading.

Key words: Tragedy of the Commons, pure ecological damages, consequential ecological damage, act 1333 de 2009, damages law, civils torts, administrative environmental sanctions, compensatory schemes.

Introducción

El problema de los daños ambientales ha horadado el espacio jurídico de las sociedades contemporáneas¹. Con lo cual no se indica que allí se agote su efecto, pues esta problemática también tiene consecuencias en los ámbitos culturales, económicos y políticos. Sin embargo, son las normas ambientales el bastión de los mismos, pues a pesar de la aparente trascendencia del tema, pocas acciones tienen relevancia en estas últimas esferas, o al menos no tanto como en el campo jurídico. Ello no significa que en este campo se dé una solución eficaz a eventos como los riesgos ambientales catastróficos a los que se somete nuestra sociedad a diario², o a los daños ambientales irreparables que ocurren en el territorio colombiano, que se pueden ver en el atlas del observatorio de Justicia Ambiental soportado por la Unión Europea³, sino que al menos en este espacio, desde la esfera de la validez, se toman acciones para prevenir, mitigar y precaver dichos eventos. Aun cuando dichas acciones se queden en el espacio normativo.

¹ Se hace referencia al espacio o campo jurídico bajo el entendido de que “un campo es un conjunto de relaciones objetivas e históricas entre posiciones de actores sociales que luchan por poder o capital” Cfr. Bourdieu, P. & Wacquant, LJD. *And Invitation of reflexive sociology*. The University of Chicago Press. 1992. De tal suerte, el concepto sociológico que asume esta investigación identifica al Derecho como un espacio social donde se maneja una lógica particular. El cual se secciona de otros campos sociales, como el cultural, el político, el económico. Etc.

² Sobre los riesgos ambientales y los riesgos a la salud que se observan como anti-jurídicos puede revisarse entre otras la sentencia T-1077 de 2012 proferida por la Corte Constitucional Colombiana, donde se habla de los riesgos antijurídicos por radiación de ondas de teléfono móvil.

³ The Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade is an FP7 project supported by the European Commission that will run from 2011-2015. The project supports the work of Environmental Justice Organizations ejatlas.org. (29 de marzo de 2014). Obtenido de <http://ejatlas.org/>: <http://ejatlas.org/country/colombia>

En ese contexto, los sistemas de responsabilidad ambiental se transforman en un área de especial interés para los ordenamientos jurídicos contemporáneos, pues en su efectividad descansa la percepción de legitimidad del Estado y la subsistencia misma de las sociedades. Afirmación que encuentra sustento en el aumento de actividades que representan riesgo de daños ambientales con efectos catastróficos y que han generado en los distintos ordenamientos –tanto a nivel nacional como internacional– un aumento exponencial de estos sistemas especiales de responsabilidad⁴.

Estos sistemas de responsabilidad ambiental responden a la ocurrencia de daños ambientales puros y consecuentes, conceptos a los que se hará referencia en breve, empero, se debe resaltar en este punto que el interés particular de esta investigación y el problema que aborda se centra en la manera como estos sistemas asumen el daño ecológico puro. De manera que éste se puede definir como “aquel que ha caracterizado regularmente las afrentas al medio ambiente [sin afectar] especialmente una u otra persona determinada, sino exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, “las cosas comunes” que en ocasiones hemos designado como “bienes ambientales” tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Se trata de aquello que se ha convenido en llamar perjuicios ecológicos puros” (Geneviève & Jourdain, 1998). En otras palabras, es el daño que sufre el ambiente, en estructura y resiliencia⁵, sin contar los efectos perjudiciales que representa para los intereses colectivos –daños ecológicos directos– o particulares –daños ecológicos indirectos–.

⁴ Así puede observarse la Resolución de “Responsibility and Liability under International Law for Environmental Damage”, elaborado por el Institut de Droit International el 4 de septiembre de 1997, en Estrasburgo; y el documento A/CN.4/L.601 para la “Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas” elaborado por la Comisión de Derecho Internacional el 1 de agosto de 2001, en Ginebra, Suiza: ONU.

⁵ Con este término se hace referencia a la capacidad que tiene el ambiente de asumir con flexibilidad situaciones límite y sobreponerse a ellas. Es decir, la capacidad que tiene de absorber la contaminación y continuar con todos sus ciclos vitales sin mayor afectación.

Los Estados han asumido la prevención, mitigación y, especialmente, la reparación de los daños ecológicos puros de forma principal a través de herramientas de responsabilidad administrativa y penal (Gómez Pavajeau, 2011)⁶. Esto ocurre porque el ambiente es un bien constitucional de naturaleza colectiva, definido en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 1° del Decreto Ley 2811 de 1974, como “patrimonio común”; siendo apropiado que el Estado represente los intereses de este patrimonio común. En esa ilación de argumentos, también es lógico pensar que el hecho de que un particular reclame en nombre de un bien común es ilegítimo, y aún más, que obtenga una suma a título de indemnización o compensación. Empero, frente a la urgente necesidad de curatela del ambiente está “lógica” se pone en duda, de tal suerte que se encuentre en boga la pregunta sobre la posibilidad de que la acción de responsabilidad civil funja como un mecanismo para reparar daños ecológicos puros⁷. Sobre este punto Ruda Gonzales indica, al hablar de la responsabilidad civil como mecanismo impropio para la protección de daños ecológicos:

Ningún daño constituye aquí un punto de partida o *punctum saliens* que dé vida a una reclamación privada de daños. Por ende, la vertiente colectiva o comunitaria del deterioro del medio ambiente contrasta con el hecho de que el Derecho de la responsabilidad civil adopte un punto de vista antropocéntrico e individualista. Al mismo no le interesa lo que acontezca realmente en la naturaleza, ni lo que le suceda al colectivo de modo reflejo o indirecto, a menos que ello se traduzca al mismo tiempo en un daño a personas concretas o a sus bienes.

⁶ Por este tipo de responsabilidad se hace referencia a las acciones ejercidas por el Estado, en representación de la sociedad, en contra de particulares; bien sea por la vulneración a bienes jurídicos tutelados de amplia importancia, objeto del derecho penal; o la afectación a un orden normativo, precisado vía reglamento, que protege el bienestar general y el orden social, objeto del derecho administrativo sancionador y disciplinario. Al respecto puede leerse Gómez Pavajeau, A. (2011). Dogmática del derecho disciplinario (Quinta ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁷ Constituye una cuestión fundamental, sin la que tratar sobre todo lo demás pierde sentido (véase Willem H. VAN BOOM, «Edward H.P. Brans, Liability for Damage to Public Natural Resources», RM Themis 2002, 343-347, p. 347).

Ésta acusada divergencia pasa por alto el hecho de que las personas también forman una parte integrante de ese ecosistema único. La distinción entre el *cives* y el medio ambiente puede existir en el plano de las ideas o conceptos, pero es menos evidente que exista cesura alguna en la realidad física. Suele decirse que todo en la naturaleza es ordenado y progresivo, sin que existan cortes claros y absolutos entre sus componentes, sino un continuo de estados intermedios (*naturanon facit saltus*). Si esto es así, una distinción rígida entre las personas y el medio que las rodea sería un sueño ilusorio. (Ruda González, 2005)

Esta utilización de la responsabilidad civil se puede observar en el ordenamiento jurídico colombiano tímidamente, en algunos apartes de la regulación normativa de las acciones públicas, que instituidas en principio para precaver la amenaza de daños a bienes fundamentales –individuales y colectivos–, pueden fungir como mecanismos de reparación de aquellos eventos dañosos que atraviesan su punto de no retorno, en particular los que atentan contra derechos como el ambiente. Verbo y gracia, la acción popular o la acción de tutela⁸, e incluso, las acciones de reparación de daños consumados, ya sean de carácter contencioso administrativo o puramente civiles (Henaó Pérez, 2010).

La trascendencia de esto es que dichos institutos adquieren una función novísima, y de suma utilidad para la problemática que se ha descrito brevemente, la reparación del ambiente y de los derechos colectivos. Aun así, estos eventos no son aceptados de forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia, que tradicionalmente ha entendido que los mecanismos mencionados son útiles para la reparación de los daños ecológicos indirectos, encontrando que los particulares carecen de legitimación en la causa para

⁸ Sobre el carácter reparador de los daños en bienes colectivos se puede observar el artículo 2 de la ley 472 de 1998, que al establecer el objeto de las acciones populares indica que estas acciones “son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para [...] restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”. A su vez, la Corte Constitucional en sentencia T-659 de 2007, indica los eventos en los cuales, de forma excepcional la acción de tutela procede para proteger intereses colectivos, en presencia de un posible perjuicio irremediable.

pedir a favor del medio ambiente, por los motivos expresados. En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 34 de la ley 472 de 1998, consagró como receptor exclusivo de la indemnización de los daños colectivos a la entidad pública encargada del respectivo interés colectivo, siempre que ella no fuera la culpable⁹; esto pareciera poner en evidenciar que en Colombia la acción de reparación de daños ecológicos puros se encuentra en cabeza del Estado.

El anterior debate que se plasmó tangencialmente importa al objeto de la investigación en la medida en que denota lo significativo de la discusión sobre el riesgo y los daños ambientales, demostrando la fuerza que la realidad ejerce sobre el Derecho y que lo obliga a mutar sus instituciones clásicas. Sobre este punto, especialmente sobre el efecto de la situación ambiental en el Derecho indica Zornosa Prieto: “La legislación civil se ocupa de la propiedad y la salud de las personas, que opera cuando se afecta el derecho de un particular, y [...] si bien el régimen de la responsabilidad no fue instituido, en sus orígenes como instrumento jurídico apto para la defensa del medio ambiente, la realidad social ha obligado a la legislación a afinar los mecanismos sustanciales y procedimentales para la efectividad de su protección” (2012). Desde allí, se esboza el papel fundamental que puede desempeñar la responsabilidad civil como herramienta principal, no sucedánea, en la solución del problema de la contaminación; toda vez que

⁹ Guayacan Ortiz indica que este artículo confunde la noción de interés público e interés colectivo, que nunca tuvo inconvenientes en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente porque las acciones populares desde siempre se han encontrado en cabeza de los civiles –Artículos como 1005 del Código de Andrés Bello, establece que los particulares tendrán sobre los lugares de uso público, “los mismos derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”– lo cual pone en evidencia que ciertos intereses de la comunidad pueden ser defendidos por los particulares, pues a ellos les asiste interés directo en estos bienes; lo cual es distinto al interés público, “interés cuya titularidad está en cabeza del Estado” (Guayacan Ortiz, Juan Carlos, 2007). Tema que toca tangencialmente el interés del presente artículo, pero no es de su núcleo, razón por la cual valdrá la pena dilucidar más al respecto en otros apartados, toda vez que a mi juicio el hecho de que exista la divergencia entre interés público y colectivo interesa al Derecho desde el punto de vista de la legitimación, pero la lógica reparadora y relacional, de una acción de responsabilidad, es igual de útil frente a ambos tipos de derechos.

promulga por la reparación de un *status quo ante* más que la sanción de un comportamiento negativo.

Ahora bien, de su evidente utilidad se resalta que la lógica de la responsabilidad civil –ya no sus institutos– también puede fungir como una herramienta para la tratativa jurídica de los daños ecológicos puros, pues su fundamento filosófico puede utilizarse para concretar las herramientas normativas que el derecho administrativo ha utilizado tradicionalmente en la atribución de consecuencias jurídicas a eventos de daño ambiental, en particular en lo que se refiere al daño ecológico puro.

En ese orden de argumentos se plantea con suficiencia un problema jurídico que esta investigación tiene pretensión de resolver, y que se podría formular de la siguiente forma: ¿Cómo fungiría la lógica filosófica de la responsabilidad civil en los institutos de responsabilidad administrativa por daños ecológicos puros si esta es usada como una base hermenéutica?

Metodología

La pretensión de la investigación es la de utilizar la lógica filosófica de la responsabilidad civil en los institutos de responsabilidad administrativa generada por la causación de daños ecológicos puros, para dotarlos de sentido, construyendo en su virtud una nueva base hermenéutica. Para el desarrollo de este objetivo general se hizo necesario, en un primer momento, (1) seleccionar un basamento epistemológico de las visiones filosóficas de la responsabilidad civil –desde el análisis económico del derecho y de las visiones correctivas de la justicia– explicando cuál es la comprensión que mejor sirve a la finalidad de resarcir daños ecológicos puros. Una vez hecho esto, (2) se estudia la ley por medio de la cual se estableció el procedimiento administrativo sancionador (Ley 1333, 2009), seccionando sus instituciones para elegir aquella que más se acerca a la visión de la responsabilidad civil escogida. Finalmente, (3) se relacionan ambas variables, para explicar con esta dialéctica la forma como su lógica puede ayudar a la aplicación de dicha institución de derecho administrativo.

Para el logro de los anteriores objetivos generales y específicos se planteó una investigación de corte reflexivo, que exploró fuentes principales como la ley y la jurisprudencia, junto a fuentes secundarias –artículos de investigación– para a partir de allí precisar y describir los conceptos que se reinterpretan en el cuerpo del trabajo. En general, se puede decir que es una investigación jurídico-dogmática, ya que “investiga la norma jurídica en su contenido abstracto, su fin es la determinación del contenido normativo del orden jurídico en el contexto de validez” (Clavijo Cáceres, Guerra Moreno, & Yáñez Meza, 2014); sin embargo, más que descriptivo el interés de este texto es propositivo, pues a la luz de la percepción que el ordenamiento jurídico tiene de la institución estudiada se hará una propuesta de lectura hermenéutica, que tendría efectos más benéficos en la realidad. De tal suerte, se adopta una visión holística de la epistemología del derecho. Al respecto se puede decir que “el derecho no es algo que existe por sí, intocable o inmutable. El derecho es algo que se hace; la norma sola, sin su aplicación en la realidad social no constituye Derecho. Sin embargo, los métodos que usará esta investigación para acercarse al fenómeno objeto de estudio, le dan la connotación de jurídica, sin que dejen de estudiar la realidad en la cual la norma se desarrolla” (Witker, 2008).

1. La lógica interna de la responsabilidad civil: una distribución adecuada de bienes constitucionales o una corrección de situaciones eminentemente injustas

La teleología que guía la responsabilidad civil –o derecho de daños– no es un asunto decantado o unívoco dentro de la dogmática jurídica de corte global, y es un asunto que surge de forma paralela a la justificación de su existencia dentro de los ordenamientos jurídicos. Esta afirmación tiene mejor recepción dentro de los sistemas de *common law*, pues en los sistemas normativos de corte romano germánico, que han bebido del código civil francés, la estructura de la obligación de reparar se caracteriza por ser individual, limitada a la entidad real del daño, y, especialmente por hallar su basamento “en un principio general [...] fundado en la noción de culpa civil” (Geneviève, 2010); así autores como Suarez, indican que:

“El desarrollo teórico propio de países con tradición continental ha encontrado por lo general una única justificación filosófica para la responsabilidad extracontractual: la existencia de la culpa o motivo de reproche en el actuar del agente, y sólo cuando dicha censurable a su vez deriva en un daño a terceros” (Suárez, 2013). Empero, lo expresado no es óbice para estudiar las dos corrientes que pugnan por dotar de contenido a la obligación de reparar, pues si bien en nuestro ordenamiento jurídico al hablar de fundamento de la responsabilidad civil, se entienden todas las características previamente enunciadas, lo cierto es que la finalidad que se busca con el análisis del fundamento del derecho de daños es encontrar la lógica que mejor se adecua a la reparación de los daños ecológicos puros. De tal suerte, tanto las visiones económicas de la responsabilidad civil, como aquellas que se acercan a la justicia correctiva, son útiles para los efectos deseados en el objetivo de la investigación.

Expuesto lo anterior, debe reducirse el ámbito de estudio, pues cada una de las corrientes nombradas tiene distintos exponentes. De tal suerte, por el análisis económico del derecho de daños se ha seleccionado la concepción de Kaplow y Shavell, toda vez que estos son de los pocos juristas de la denominada “tercera generación” que han intentado una teoría propia fundamentada en el análisis económico del derecho (Fabra Zamora, 2013); y para decantar la lógica de la responsabilidad correctiva se ha seleccionado la exposición de Weinrib, pues su concepción a pesar de que se hace desde el mundo anglo-americano, explica magistralmente los elementos del sistema de responsabilidad pensando en los ordenamientos jurídicos romanos germánicos.

1.1. El análisis económico del derecho como una distribución de riesgos

Las teorías que estudian el derecho de daños desde una perspectiva económica no centran su análisis en la relación que existe entre dañador y dañado, sino que parten de un consecuencialismo ético¹⁰ y una concepción

¹⁰ Por tal se hace referencia a un utilitarismo, como teoría moral; el cual califica el valor o desvalor de las acciones humanas, de acuerdo a la utilidad positiva o negativa que genera. Sin que dichas conductas tengan un valor per se.

instrumental de las normas jurídicas; con las cuales se pretende maximizar un objetivo determinado (Fabra Zamora, 2013).

Con lo previo en mente, puede indicarse que para Shavell, “La responsabilidad extracontractual es el área del derecho que se ocupa de los daños no intencionales causados por personas sin relaciones contractuales previas. El modo como esta área del derecho genera eficiencia es a través de la creación de incentivos para que los dañadores y las víctimas disminuyan los riesgos” (Shavell, 1987). Lo anterior, porque a juicio de Shavell y, posteriormente de Kaplow, el basamento que justifica la institución de la responsabilidad, y de toda política pública o regla jurídica, es en últimas la maximización del bienestar de los individuos. De tal suerte “la responsabilidad civil solo es relevante porque afecta el bienestar de los individuos de dos formas: por un lado, las normas de responsabilidad generan incentivos para que los dañadores potenciales tomen cuidado o ajusten su comportamiento para evitar tener que pagar daños, y, por otra parte, el derecho de daños distribuye el riesgo de las pérdidas de los accidentes” (Fabra Zamora, 2013).

De manera que, el hecho de que un sujeto determinado compense a una víctima es correcto si esto significa una maximización del bienestar social; bien porque dicha compensación tenga un efecto positivo en la prevención de comportamientos dañosos, o si la forma en que se compensa una posición distribuye mejor la concreción de determinados riesgos.

1.2. La visión correctiva de la responsabilidad civil.

Contrario a la teoría económica que se acaba de explicar, las teorías del derecho de daños que se fundamentan en visiones de justicia correctiva se construyen sobre tres acuerdos: “la correlatividad, el no instrumentalismo, y el no consecuencialismo” (Fabra Zamora, 2013).

Desde tal lógica, la teoría de Ernest J. Weinrib gira sobre la idea de que la responsabilidad “Refleja una relación normativa entre un demandante particular y un demandado particular. La idea de daño en la responsabilidad extracontractual debe ser entendida como la expresión jurídica de los requisitos de equidad (*fairness*) entre las partes y de coherencia conceptual

en su relación (Weinrib, 2013). En ese orden de ideas, para este autor, “la estructura de la responsabilidad es igual a la estructura de la injusticia que corrige. La responsabilidad es una respuesta apropiada a la injusticia solo porque esa injusticia también está estructurada de forma correlativa. Como se advierte por el hecho de que el fallo judicial corrige ambos lados de la injusticia, la injusticia causada por el demandante y la injusticia sufrida por el demandado no son ítem independientes. En vez de ello, son los polos activos y pasivos de la misma injusticia, de forma tal que lo que el demandante ha causado es la base de la responsabilidad solo porque el demandado ha sufrido, y viceversa” (Weinrib, 2013).

En ese orden de ideas, a juicio del autor mencionado, para que un sistema normativo de responsabilidad civil atienda a las exigencias de la teoría planteada debe cumplir dos requisitos: El primero, que la injusticia causada al demandante tome la forma del incumplimiento de un deber por parte del demandado, correlativo a un derecho del demandante. El segundo, que los conceptos jurídicos relevantes a la responsabilidad se deben interpretar desde el mismo tipo de injusticia.

Sí se observan con detalle los anteriores requisitos, es claro que estos dan cuenta, por sí mismos, del esquema lógico de la responsabilidad civil en el derecho colombiano, y en general, en los sistemas de responsabilidad de corte romano germano. Inicialmente, el fundamento del razonamiento del autor revela no sólo la relación entre demandante y demandado en un proceso de responsabilidad civil, sino también el fundamento personal de dicha obligación jurídica —aquel que causó el daño es el único legitimado para ser convidado al proceso, de la misma forma en que aquel que sufrió este daño es el único que puede realizar dicho llamado—. Seguidamente, el primero de los requisitos, trasladado a nuestro sistema normativo, responde a las estructuras dogmáticas de la obligación de reparar; la ilicitud y carácter personal del daño¹¹, y al

¹¹ Cfr. Henao Pérez, J. C. (2007). El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Sobre el carácter personal del daño, que en concepto del autor se dotan de contenido a través de la ilicitud del mismo, y de que sea padecido por aquel que le reclama.

concepto, tanto de nexo de causalidad, como de culpa civil, que justifica la declaración de responsabilidad. Finalmente, el segundo de los requisitos, no es otra cosa que la justificación del límite de la reparación, en la entidad real del daño, y a su vez, el argumento normativo que sustenta figuras que influyen en la disminución de dicho monto por fenómenos como la obligación de la víctima de mitigar el daño (San Martín Neira, 2012).

Propongo apenas un ejemplo de cómo esta teoría y sus requisitos se cumplen en las estructuras normativas contenidas en el Código Civil de Bello. En el artículo 1494, donde se establecen las fuentes de las obligaciones, se indica: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones”. Así, cuando se analiza en concreto, para entender la obligación de reparar en materia de responsabilidad contractual deben leerse de forma concomitantes el artículo 1613, que ordena “La indemnización de perjuicios [...], ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”, y el artículo 1604, inciso primero, que preceptúa los deberes de conducta en el marco de un contrato de la siguiente forma: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”. De tal suerte, en la primera norma se observa el derecho del demandante –afectado a través de un daño–, y en la segunda, el incumplimiento correlativo y proporcional de un deber de conducta esperado del demandado; lo cual genera la obligación de indemnizar y hace efectiva la consagración de esta norma en el artículo 1494 del código civil.

1.3. La divergencia entre daños ecológicos puros y consecuentes, debate necesario para comprender la clase de lógica que reclama su indemnización.

De lo manifestado hasta este punto se puede abstraer la comprensión que se tiene de los daños ambientales en general. Pese a ello, es necesario concretar dicho concepto. Si bien dentro de nuestro sistema jurídico no

hay una precisión clara en torno al concepto de daño ambiental, la ley 99 de 1993, eje principal de la política ambiental colombiana, nos ofrece una aproximación a través del artículo 42 que define este concepto para efecto de tasas retributivas y compensatorias:

[...] c) El cálculo de la depreciación incluirá la evaluación económica de los daños sociales y ambientales causados por la respectiva actividad. Se entiende por daños sociales, entre otros, los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante. Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes [...].

De allí se puede aprehender la divergencia manifestada: Los daños ecológicos puros son aquellos que se causan con una determinada actividad contaminante al ambiente –como patrimonio común– en sus elementos; mientras que los daños ecológicos consecuentes son aquellos que a partir de la misma actividad contaminante tienen efecto en bienes que hacen parte del patrimonio colectivo o individual de un ser humano.

De esta forma, ambos tipos de daño, por su efecto, pareciera que reclaman una lógica jurídica distinta, como se expone a continuación: Los daños ecológicos consecuentes, surgen de una relación, ocasional o contractual, entre dos sujetos –bien sea una organización empresarial o una persona natural– que se encuentran en equivalencia jurídica; es decir, ocupan el mismo rol social y no existe en cabeza de ninguno, al menos en el plano jurídico, una superioridad o capacidad para coaccionar al otro. En ese orden de ideas, cuando ocurre un daño ambiental consecuente esta relación de equilibrio se desbalancea, pues surge un daño ilícito sufrido por el demandante, que es equivalente al deber jurídico desatendido por el demandado; siendo necesario que el derecho de daños, como herramienta de la justicia correctiva, equilibre dicha situación; imponiendo al demandado una obligación, consecuencia del incumplimiento del deber, que una vez ejecutada restablecerá el patrimonio del demandante.

Por otro lado, los daños ecológicos puros no rompen la armonía de ninguna relación, pues el ambiente al ser considerado un bien constitucional

no es sujeto de derechos; en consecuencia, lo que el ordenamiento jurídico espera del particular respecto a este bien es que aquel no “afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes”; de manera que, si la contaminación producida por el particular no genera este efecto, no es considerado por el derecho un daño relevante. Así, puede decirse que el ordenamiento jurídico le concede al particular una “porción” de este bien constitucional a través de normas legales y reglamentarias, en donde establece límites máximos de contaminación y conductas que debe observar. De tal suerte, la justicia que guía este campo es en principio distributiva, y busca más que asignarle una obligación de indemnizar, prevenir que los demás particulares asuman un comportamiento ajeno a la distribución de dichos bienes sancionando a aquel que se exceda en su utilización.

Pese a que lo anterior es la lógica que en línea de principio rige dichos daños, lo cierto es que no es la única que aplica, pues los sistemas normativos no guardan una única intención con los sistemas de responsabilidad. Al respecto es pertinente el siguiente aparte de BERNAL PULIDO:

Toda sociedad que pretenda alcanzar un umbral de justicia adecuado debe solucionar de algún modo el problema de la responsabilidad por los daños causados por la responsabilidad humana. Este problema no existiría en un mundo (hipotético) de individuos virtuosos, en el que cada persona asumiera plena responsabilidad moral por sus acciones. En dicho mundo hipotético, la responsabilidad civil extracontractual sería superflua. A diferencia de otros autores, no creo que la responsabilidad civil extracontractual deba restringirse a institucionalizar un único principio: ni el de justicia correctiva, [...] ni la eficiencia en la prevención y reparación de daños. [...] Antes bien, este tipo de responsabilidad debe entenderse como un instrumento cuyo fin es compensar las deficiencias que la responsabilidad moral enfrenta para resolver el problema de la reparación de los daños causados por la acción humana. Dichas deficiencias son: la falta de certeza acerca de que daños deben ser reparados y acerca de quién debe reparar qué daños; la falta de integridad moral de los individuos que rehúsan asumir responsabilidad por los daños que han causado; la imposibilidad para prever el daño; la falta de recursos para reparar los daños resarcibles y la falta de la debida diligencia para evitar los daños. (2013).

La realidad es que los sistemas normativos, de una u otra forma, sin importar la rigurosidad de su adscripción a una teoría de la responsabilidad, suman a sus pretensiones de justicia correctiva, pretensiones de prevención y de reparación de los distintos daños, incluidos los ecológicos, bien sean puros o consecuentes. Lo expuesto se ejemplifica con los eventos dañinos descritos previamente. Es claro que en los daños ecológicos consecuentes –y en general en la responsabilidad bilateral entre particulares– las autoridades además de fijar la obligación de reparar, que restablece el equilibrio entre las partes, instituyen sistemas objetivos de responsabilidad, morigeran cargas de la prueba, y fijan altos límites de indemnización en algunos rubros del daño, como mecanismos para distribuir ciertos riesgos en virtud de esta especie de justicia.

De la misma suerte, es esencial que la responsabilidad por los daños ecológicos puros comprenda también una suerte de lógica correctiva, pues no basta con que se instauren mecanismos preventivos y punitivos para sancionar una utilización inadecuada del ambiente, como bien constitucional, sino que también se imponga en el sujeto que ha ocasionado daños la obligación de reparar los mismos en su entidad real, siempre que con su comportamiento haya infringido un deber de conducta esperado por el sistema normativo. No es óbice para lo anterior que el ambiente sea un bien común y que carezca de personería jurídica, es más, esto funciona más como justificación que como argumento contrario, pues permite justificar que el Estado, en nombre de la sociedad, imponga una obligación resarcitoria al particular que cause un daño ecológico puro, que no necesita tipificación previa, ni tiene límites predeterminados, más que los daños probados en el proceso.

En conclusión, para cumplir la pretensión de resarcir daños ecológicos puros debe dejarse de lado la lógica del derecho administrativo sancionador, que impone una determinada sanción por la vulneración a un orden normativo definido reglamentariamente; y pasar a una visión correctiva de la justicia, que estudia la entidad real del daño, junto a un fundamento normativo para responder, estableciendo un nexo lógico entre estos dos conceptos, para obtener un restablecimiento de los ciclos ecológicos vulnerados.

2. Análisis de la Ley 1333 de 2009: de un contenido económico de los daños ambientales a una institución reparadora de los daños ecológicos

Precisada la lógica de la responsabilidad que se aplicará en el siguiente segmento se procede a estudiar los institutos de responsabilidad administrativa diseñados para manejar los daños ecológicos puros, con la intencionalidad de dotarlos de un sentido de justicia reparadora. A este efecto, se procede a estudiar la Ley 1333 de 2009, para allí seccionar aquel instituto de responsabilidad que sea más compatible con dicha lógica. A través de esta norma, el legislador colombiano en ejercicio de su facultad reguladora estableció una institución esencial en la asunción de los daños ambientales dentro de los ordenamientos jurídicos: la potestad sancionadora ambiental. Institución jurídica que le concede al Estado, especialmente, la potestad de sancionar a los particulares que con su comportamiento afectan un orden ambiental predeterminado normativamente, en otras palabras, que excede con su comportamiento los límites de contaminación aceptados democráticamente¹².

Como se explicó brevemente, la lógica de esta normatividad parte de una distribución de bienes constitucionales, lo cual no obsta para concretar tal explicación por medio de un análisis económico más profundo. Entonces, la potestad sancionadora ambiental es un mecanismo que da respuesta a lo que se ha denominado “la tragedia de los comunes”; pretendiendo influir en las elecciones que toman los particulares en torno a la contaminación.

¹² Los estatutos de protección ambiental parten de la delimitación de una cantidad específica de contaminación permitida que si es superada faculta a la administración a aplicar sanciones administrativas. Al respecto puede observarse el caso *Thomas v. Peterson*, decidido por United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. En febrero 11 de 1985. En donde se demandó al Chief of the Forest Service de un parque nacional por la concesión de una licencia ambiental para la construcción de una vía, toda vez que al concederla solo consideró los daños ambientales directos, sin tener en consideración los indirectos, en el Environmental Impact Statement (EIS), estos últimos también se encontraban regulados en el NEPA –National Environmental Policy Act–.

2.1. La tragedia de los comunes como fundamento teórico de las instituciones de protección ambiental. Comprensión conceptual de la potestad sancionadora ambiental: una respuesta a la tragedia de los comunes.

En 1968 Garrett Hardin expuso su preocupación por lo que denominó “la tragedia de los comunes”; analogía con la que explica el direccionamiento del hombre hacia el consumo y contaminación de los recursos que le pertenecen a la sociedad. Esto, según el autor, se debe a que cada hombre, impulsado por el bienestar propio, incrementa exponencialmente su posesión en un mundo de recursos limitados o, de forma inversa, “encuentra que su parte de los costos de los desperdicios que descarga en los recursos comunes es mucho menor que el costo de purificar sus desperdicios antes de deshacerse de ellos” (Hardin, 1968). En otras palabras, con su actuación supera la tasa de resiliencia de los recursos naturales renovables, buscando que su ganancia sea mayor y que el costo ambiental sea distribuido entre todos.

Problema que crece de forma exponencial y al unisonó con el aumento de la población global. En virtud de lo anterior, se hizo evidente para los países con alto nivel de desarrollo –aquellos que tenían en su patio trasero el problema de contaminación– la necesidad de producir leyes para salvaguardar el patrimonio ambiental garantizando la supervivencia de sus sociedades. Esto dio como resultado algunos de los estatutos más estrictos en materia ambiental¹³. Dicho interés legislativo se ha compartido no sólo por la comunidad internacional, sino también por los ordenamientos jurídicos nacionales. Al punto que los principios que guían cómo las sociedades se aproximan al problema se han consagrado en instrumentos de índole internacional, y más importante aún, en las constituciones contemporáneas.

En particular, la Constitución colombiana ha estructurado un sistema normativo para responder a esta exigencia de la realidad; creando, el constituyente primario, un entramado normativo que cimentan una

¹³ Como son: National Environmental Policy Act (1968); Clean Air Act (1963); Federal Water Pollution Control Act Amendments o (1972) entre otros.

constitución ecológica (T-411, 1992), y que sobre el particular comparte dicha visión. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-632, de 2011 expuso que:

La preservación de un medio ambiente sano para las generaciones presentes y futuras, se ha convertido así, en un objetivo de principio, y en el punto de partida de una política universal a través de la cual se busca lograr un desarrollo sostenible, entendido éste como aquél desarrollo que “satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades”.

Precisamente, a efecto de garantizar un desarrollo sostenible -resolver la tragedia de los comunes-, el ordenamiento jurídico colombiano creó figuras e instituciones jurídicas para garantizar un aprovechamiento idóneo de los recursos renovables; es decir, uno que no supere el nivel de resiliencia de los mismos.

En principio, desde el nivel constitucional, se ha concebido al ambiente como un bien jurídico de incommensurable importancia, dándole la categoría de principio, de derecho, de servicio público y de finalidad del Estado (C-632, 2011) –categorías que se consideran compendiadas en el concepto de bien constitucional–; y seguidamente, desde el nivel legislativo, consagrando la potestad sancionadora ambiental, entendida como una herramienta para que la administración garantice el uso moderado del mencionado bien constitucional, previniendo la causación de cualquier tipo de daño ambiental. Dicha potestad no es más que una competencia, que le otorga a la autoridad administrativa una facultad de policía para, a través de herramientas administrativas –la declaración de responsabilidad ambiental, la utilización de medidas cautelares, o el uso de medidas correctivas–, haga más gravoso para el hombre aprovecharse de los bienes comunes. En otras palabras, se determina normativamente un comportamiento técnicamente adecuado para el ser humano –a través de estatutos administrativos–, que le permiten explotar los bienes públicos sin afectar la capacidad del ambiente para regenerarse, y en caso de que debido a un beneficio económico decida salirse de dichos parámetros, la autoridad pertinente le impone una sanción que le haga más gravoso hacerlo.

2.2. Dogmática de la responsabilidad ambiental: comprensión técnica de la potestad sancionadora ambiental.

Los instrumentos que se han mencionado cumplen las funciones de prevención, mitigación, indemnización, punición y reparación del daño ambiental. Para esta potestad, dicho daño se transforma en el centro de atención; lo cual es desarrollo del principio 10 de la Declaración de Rio de Janeiro de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo, donde se establece que el Estado “Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes” (Ley 164, 1994). En ese orden de ideas, la potestad sancionadora ambiental pierde interés en los perjuicios que con el daño ambiental pueden ocasionarse a patrimonios individualmente considerados (Henaó Pérez J. C., 2007)¹⁴, como se ha explicado previamente. Por ende, se concentra en el ambiente como objeto de protección.

Así, para efecto de esta investigación, se concibe el daño ambiental como cualquier acción antrópica que altere los ciclos vitales que se dan en el ambiente. Daño que tampoco fue definido en la Ley 1333 de 2009, pero que legislaciones foráneas, como la argentina, lo ha conceptualizado como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos” (Ley General del Ambiente, 2002). Igualmente, la Corte Constitucional ha calificado que éste puede afectar dos tipos de intereses: los personales y los naturales (C-632, 2011), siendo estos últimos, los que por medio de los instrumentos administrativos se restablecen a través de “la compensación o restauración para garantizar y asegurar los derechos de la naturaleza, concretamente, en relación con los derechos a mantener y regenerar sus ciclos vitales”.

Como se mencionó la ley consagra tres procedimientos administrativos para responder al daño ambiental: *El procedimiento sancionador ambiental*,

¹⁴ Esta diferenciación, entre daño y perjuicio, subyace para el tema de interés en que el ambiente se protege de los daños que puedan ocasionarse a sus ciclos vitales, por el contrario los perjuicios, como noción subjetiva, se concretan en la esfera de los individuos: en los seres humanos.

que se fundamenta en una declaración de responsabilidad ambiental; *la imposición de medidas preventivas*, que tiene como función impedir que continúe ocurriendo un hecho que atente contra el medio ambiente –sin que esta herramienta sea de alguna forma un tipo de declaración de responsabilidad–, y *las medidas compensatorias*, que cumplen una función de restitución o restauración ecológica.

Así las cosas, el artículo 4 de esta legislación instituye las finalidades –o funciones– que estas deben perseguir, así indica que “Las sanciones administrativas en materia ambiental tienen una función preventiva, correctiva y compensatoria, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, los Tratados Internacionales, la ley y el Reglamento” de otro lado, precisa que “Las medidas preventivas, por su parte, tienen como función prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana”. De allí se aduce lo que se afirmó en la sección precedente, que ambos tipos de medidas tienen finalidades, tanto correctivas, como distributivas. Empero, esta norma que tiene efectos al momento de seleccionar una u otra herramienta para solucionar un problema, no hace referencia a las medidas compensatorias.

Frente a ello, y con miras a comprender estas últimas medidas, es necesario estudiar la estructura dogmática de cada uno de los mecanismos para aducir la finalidad primigenia que persiguen. Arguyéndose que en principio todas las medidas mencionadas guardan un núcleo dogmático común, pese a que su causa o motivación sea distinta, pues las consecuencias que acarrea la declaración de responsabilidad bajo una u otra medida distan notablemente. Empezando porque no todas son un tipo de declaración de responsabilidad, y a su vez, aquellas que lo son, no comparten la misma finalidad y objetivo.

El primero de los mecanismos mencionados significa la imputación de un hecho que configura una infracción ambiental, la cual, según el artículo 5 de la Ley 1333 de 2009, se establece de dos formas: con la infracción a la normatividad vigente o por un daño ambiental, que cumpla, según el mismo artículo...

Las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil.

Pese a su contenido que pareciera reparador –por compartir los requisitos dogmáticos de la responsabilidad civil-, lo cierto es que si se declara la responsabilidad ambiental en aplicación de una sanción administrativa, el resultado será la imposición de una de las sanciones contempladas en el artículo 40 de la normatividad, es decir: “Multas diarias hasta por cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio; revocatoria o caducidad de licencia ambiental, autorización, concesión, permiso o registro; demolición de obra a costa del infractor; decomiso definitivo de especímenes, especies silvestres exóticas, productos y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción; *restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres; trabajo comunitario según condiciones establecidas por la autoridad ambiental*”. De tal suerte, se observa que la naturaleza restitutiva de este mecanismo es mínima, y solo las dos últimas consecuencias plausibles tienen un contenido encaminado a restablecer el equilibrio roto con la conducta dañosa.

Las segundas herramientas, consagradas en los artículos 12 al 16 de la ley de marras, como afirma Prieto Botero (2010) tienen por fin “evitar que ocurra un hecho, se realice una actividad o exista una situación que ponga en peligro el ambiente”. La imposición de estas medidas deben estar precedidas de la comprobación del hecho dañoso, imputable fácticamente al sujeto vinculado al procedimiento administrativo, junto a ello, es necesario un ejercicio argumentativo de la administración donde se establezca la determinación discrecional de su necesidad; lo que se expresa en un acto administrativo motivado. Por otro lado, en caso de flagrancia, la medida preventiva se impone a través de un acta, que adquiere mérito ejecutivo inmediatamente y debe ser legalizada a través de un acto administrativo posterior.

Debe resaltarse que este mecanismo no es una declaración de responsabilidad, sino un mecanismo preventivo que responde a los criterios de peligro en la mora y apariencia de buen derecho, por ser una medida preventiva –de tal suerte que un estudio más profundo no es objeto de esta investigación–; de allí que no se exija un incumplimiento a un deber instituido normativamente por el ordenamiento jurídico, situación que tiene efecto en sus consecuencias, pues esta institución sólo está encaminada a prevenir daños ambientales. De manera que el artículo 36, en su inciso final establece las siguientes como posibles medidas adoptadas por la administración: Amonestación escrita; decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción; aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres; suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental o ejecutado incumpliendo los términos de los mismos.

Finalmente, las medidas compensatorias consagradas en la ley 1333 de 2009, son singulares, toda vez que requieren para su determinación una valoración técnica del daño por cuenta de la autoridad ambiental competente. Para la doctrina “[l]as medidas compensatorias en asuntos ambientales se han entendido como aquellas tareas que la administración asigna a quien genera un impacto ambiental con el fin de retribuir *in natura* por el efecto negativo generado” (Amaya Navas & Pachon., 2010) y han sido reguladas de la siguiente forma en el artículo 31 de la citada normatividad:

ARTÍCULO 31. MEDIDAS COMPENSATORIAS. La imposición de una sanción no exime al infractor del cumplimiento de las medidas que la autoridad ambiental competente estime pertinentes establecer para compensar y restaurar el daño o el impacto causado con la infracción. **La sanción y las medidas compensatorias o de reparación deberán guardar una estricta proporcionalidad.** (Negrilla y cursiva fuera de texto original)

De aquí su particularidad, pues no están consagradas de forma taxativa, lo cual no podría ser de otra forma, ya que caso por caso, la autoridad ambiental competente, según el nivel del daño ambiental, debe determinar la que es procedente. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-632 de 2011 afirmó que:

En efecto, el componente tecnológico e incluso científico que identifica el manejo medio ambiental, exige que la medida compensatoria a adoptar, solo pueda determinarse una vez se establezca la clase y magnitud del daño sufrido por el ecosistema en cada situación particular y concreta. De este modo, la naturaleza, alcance y tipo de medida, corresponde definirlo a la entidad técnica ambiental de acuerdo con la evaluación que ésta haga de cada daño, lo cual asegura además, que la misma resulte equilibrada y coherente y permita cumplir el objetivo de restituir in natura el valor del activo natural afectado. La circunstancia de que las medidas compensatorias no se encuentren descritas en la ley, no significa, en todo caso, que su imposición quede a la simple discrecionalidad de la autoridad ambiental competente, pues éstas solo se ordenan una vez surtido el respectivo juicio de proporcionalidad. A este respecto, el propio artículo 31 de la Ley 1333 de 2009 es claro en señalar que la sanción y las medidas compensatorias “deberán guardar una estricta proporcionalidad”, lo que permite entender que el alcance de la medida compensatoria es limitado, pues se circunscribe a la proporción del daño ambiental y, en todo caso, no podría ser excesivamente más gravosa que la sanción misma. Además, en cuanto se trata de medidas adoptadas por una autoridad técnica ambiental, éstas pueden ser sometidas a los respectivos controles administrativos y jurisdiccionales, por parte de quienes se consideren injustamente afectados con ellas. (Negrilla y cursiva fuera de texto original)

Frente a la norma transcrita y a su interpretación constitucional luce la naturaleza reparadora de las medidas compensatorias, y como tal, deben beber de la lógica de la justicia correctiva para que el ejercicio de su aplicación resulte adecuado a la finalidad de restablecer el equilibrio ambiental. De tal suerte, esta es la institución que se estudiará en el siguiente acápite.

3. Las medidas compensatorias a luz de la justicia correctiva, un sistema lógico que permite la satisfacción de los objetivos de la Ley 1333 de 2009

Las características de las medidas compensatorias fueron precisadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-632 de 2011; en ella se estudia la constitucionalidad de dicha norma bajo dos cargos de inconstitucionalidad. El demandante consideró, que esta institución vulneraba el principio de *non bis in ídem* al permitir por esta vía la reparación de perjuicios causados al medio ambiente, y, al mismo tiempo, permitir el ejercicio de la acción civil para reparar los mismos daños. A su vez, que el deber jurídico de reparar los perjuicios ocasionados por el daño al medio ambiente, así como el monto de la indemnización a cargo del particular responsable, es una función jurisdiccional que ha sido asignada de manera exclusiva a los jueces de la República. Y, de otro lado, que la enorme discrecionalidad que permite el artículo contraría el principio de legalidad.

Estos cargos fueron resueltos por la Corte Constitucional poniendo en evidencia que las medidas compensatorias tienen una pretensión reparadora como no punitiva, a partir de tal inteligencia, concluye que el *non bis in ídem* no se contraría, toda vez que los bienes jurídico protegidos son distintos. Así mismo, concluye que los daños que se procuran reparar con esta medida son aquellos que sufre el ambiente, de tal suerte, la Administración tiene la prerrogativa de representar dicho bien común. Situación distinta a la de un particular que padece un daño como consecuencia de una afectación al medio ambiente, y reclama la reparación de sus derechos –evento que sí reclama la parencia de una autoridad en ejercicio de facultades judiciales–; finalmente, que los criterios jurídicos indeterminados que preceptúa el artículo, y que se concretan a través de un ejercicio de facultades discrecionales, son esenciales para el funcionamiento de la institución. Los cuales, lejos de permitir arbitrariedades, encuentran sus límites en la entidad real del daño y en la proporcionalidad sanción - medida correctiva.

En virtud de lo anterior, el alto tribunal constitucional describe las características de las medidas correctivas, de la siguiente forma:

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 imponibles 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. (C-632, 2011).

Características que dan cuenta de uno solo de los elementos normativos contenidos en la institución, el límite de las medidas compensatorias en la entidad real del daño. Es decir, la necesidad de probar cuál fue la afectación antrópica al equilibrio ambiental y el cálculo técnico de las acciones necesarias para reestablecerlo. Empero, la regla tiene otro contenido normativo, la obligación de que el monto de la medida compensatoria guarde una estricta relación de proporcionalidad con la sanción impuesta. ¿Cómo se explica esto desde la lógica de la justicia correctiva?

Para responder el interrogante deben recordarse los dos requisitos descritos por Weinrid: (1) que la injusticia causada sobre un derecho sea correlativa a la forma del incumplimiento de un deber exigible al particular juzgado; y (2) que los conceptos jurídicos relevantes a la responsabilidad se deben interpretar desde el mismo tipo de injusticia. El primero de los requisitos tiene dos componentes: En primer lugar, la injusticia causada sobre un derecho, que se explica, en las medidas compensatorias, con lo expresado hasta este punto respecto de la entidad real del daño, sin necesidad de hondar más en ello. En segundo lugar, la forma del incumplimiento de un deber exigible al particular juzgado, que se observa con la necesaria proporcionalidad entre sanción y daño, de la siguiente forma:

Normalmente, en la estructura normativa de la responsabilidad –ya no civil o de daños sino en general– se exige la presencia no solo del incumplimiento de un deber general –de no hacer daños, de no incurrir en un comportamiento típico, no incurrir en una falta–, sino también de un deber relativo al sujeto; que sea exigible a este ente, por la situación y posición en la que se encontraba al momento de incumplir el deber general. En otras palabras, que no se le pudiese exigir un comportamiento distinto, más prudente o más preparado. Deberes que tienen un contenido normativo diverso según la noción de justicia que guíe el tipo de responsabilidad, bien sea distributiva, retributiva o correctiva. Este concepto es nominado como culpabilidad en la mayoría de los sistemas de responsabilidad, especialmente en aquellos que nacen en el seno de un ordenamiento jurídico de corte romano germano. A su vez, se exige una relación directa entre dicho incumplimiento particular del deber normativo específico y el incumplimiento general.

La responsabilidad administrativa ambiental que tiende hacia la sanción, no es ajena a esto, pues en la misma normatividad se establece una culpabilidad que se presume¹⁵, tanto en las medidas preventivas como en las sancionatorias. Sin embargo, este deber relativo al sujeto se omite –al menos de un primer paneo– en la regulación de las medidas compensatorias. De allí, surgiría un sistema objetivo de responsabilidad para el particular, ajeno a la justicia correctiva, pues solo se exigiría la demostración del monto del daño ambiental y de la imputación de los hechos que ocasionaron el mismo a un particular, para declarar responsable al sujeto juzgado. En realidad en la norma este funcionamiento no se le atribuye a la institución jurídica, pues el deber relativo al sujeto se llena

¹⁵ Como se observa en el párrafo único del artículo 1, de la ley 1333 de 2009: [...] En materia ambiental, se presume la culpa o el dolo del infractor, lo cual dará lugar a las medidas preventivas. El infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales.” Así mismo, en el párrafo 1 del artículo 5, de dicha normatividad: “En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla”.

relacionando sanción y medida compensatoria. Con esto se quiere decir que si el particular es juzgado y declarado responsable administrativamente –a la luz de la responsabilidad sancionatoria–, ello significa de suyo que se estableció un comportamiento doloso o culposo en el marco del procedimiento sancionador, y es este incumplimiento del deber relativo al sujeto el que habilita a la Administración a imponer una obligación de reparar. Limitando la misma, de acuerdo a la justicia distributiva, al grado de disvalor que el ordenamiento jurídico le concede a dicho incumplimiento, que se puede cuantificar en la sanción que dicho sistema ha impuesto.

En este punto se debe aclarar que la estricta proporcionalidad que ordena la norma en la relación entre sanción y medida compensatoria no quiere decir una equivalencia aritmética; ello sería contrario a la lógica de la justicia correctiva que debe guiar esta institución de derecho administrativo. Significa, por el contrario, en términos de la Corte Constitucional, que la obligación reparadora “no podría ser excesivamente más gravosa que la sanción misma” (C-632, 2011), pues como se ha indicado en una eventual declaración de responsabilidad administrativa ambiental, después de establecer la sanción adecuada al incumplimiento de las prescripciones de los reglamentos, más o menos gravosa, la Administración procederá a imponer ya no una sanción, sino la obligación de reparar, que iniciará con la precisión técnica del daño –que se hará con análisis científicos y periciales–, imputando a su vez la causa de este efecto en las mismas acciones que dieron origen a la sanción administrativa, para posteriormente establecer un plan de manejo de dichos daños; en otras palabras, las acciones que deberán iniciarse para restablecer el equilibrio ambiental; acciones que tendrán un costo, mayor o menor a la sanción.

De tal suerte, la administración deberá declarar, a la luz de la medida compensatoria, la cantidad que de ese rubro pagará el particular, que será la totalidad, en caso de un comportamiento sancionado de la forma más estricta, o solo un porcentaje, si su comportamiento fue sancionado levemente.

Conclusiones

Se abordó la problemática de la aplicación normativa y comprensión hermenéutica de las medidas compensatorias dentro de la potestad sancionatoria ambiental a través del lente de la justicia correctiva. Esta lógica, que parte de un análisis interno de la relación existente entre dañador y dañado, es útil para comprender instituciones normativas que tienen la finalidad de restituir un *status quo* anterior al evento dañoso.

A la luz de tal inteligencia, la investigación delimitó, en primer lugar, la necesidad de mecanismos jurídicos que contribuyan con la prevención, mitigación, y reparación de los daños ecológicos puros, pues estos tienen un efecto sumamente negativo en bienes comunes de especial relevancia constitucional como el ambiente. Posterior a ello, se indicó que la lógica de la responsabilidad civil, en particular la de la justicia correctiva, es esencial para comprender estos mecanismos, pues arroja una lógica que le imputa a un particular la obligación de reparar daños ambientales, restableciendo el equilibrio vulnerado, sin imponer cargas excesivas pues tiene en cuenta, para sus consecuencias, obligaciones relativas al sujeto, y no solo daños antijurídicos. En último lugar, se estudió la potestad sancionadora ambiental, y de ella se sustrajeron las medidas compensatorias por su afinidad a esta lógica, para proceder a su análisis desde las anteriores estructuras.

En ese orden de ideas, se comprende que dicha institución es un mecanismo que tiende más que a una sanción o a la prevención de ciertos comportamientos, a la restitución del *status quo* vulnerado; así las cosas, su análisis debe hacerse desde dos extremos, en primer lugar el daño causado junto con los comportamientos necesarios para afrontarlo, y desde el grado de vulneración de las obligaciones que le eran exigibles, para así, establecer un *quatum* exigible al administrado. Estructura que conjuga el loable objetivo de afrontar los daños ambientales, con la imposibilidad de exigir a un solo sujeto la restitución de bienes comunes, obligación que de otra forma sería de imposible cumplimiento.

En último lugar, debe decirse que las instituciones jurídicas actuales no son suficientes para evitar la tragedia que se acerca con solemnidad

hacia la humanidad, y que no necesita estudios objetivos para ser intuita. Como se ha advertido, el derecho se queda corto frente a la realidad, y los mecanismos con los que se cuenta no son suficientes, aun comprendiéndolos desde la lógica apropiada. Así las cosas, son acciones políticas que instituyan nuevas formas de asumir los riesgos catastróficos ambientales y de atribuir la obligación de repararlos, no sólo desde la percepción individual de deberes exigibles a un sujeto, sino también desde la solidaridad –valor que se perfila como esencial para asumir las dificultades del mundo moderno que hemos labrado– lo que podría evitar el trágico desenlace.

Referencias

- A. N. Whitehead. (1948). *Science and the Modern World*. New York: Mentor.
- A/CN.4/L.601 para la “Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas” CDI Ginebra. 1 de agosto de 2001.
- Amaya Navas, O. D., & Pachon., G. (2010). *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2013). *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosofico-juridicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bordieu, P., & Wacquant, L. J. (1992). *And Invitation of reflexive sociology*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Clavijo Cáceres, D., Guerra Moreno, D., & Yáñez Meza, D. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicadas al derecho*. Bogotá: Ibañez.
- Decreto Ley 2811 de 1974. *Diario Oficial* N° 34243. Bogotá D.C. 18 de diciembre de 1974
- ejatlas.org. (29 de marzo de 2014). Obtenido de <http://ejatlas.org/>: <http://ejatlas.org/country/colombia>.

- Fabra Zamora, J. (2013). Estudio introductorio. Estado del arte de la responsabilidad extracontractual. . En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora, *Filosofía de la Responsabilidad Civil* (págs. 23-117). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Geneviève, V. (2010). *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la Responsabilidad.* (F. M. Mateus, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Geneviève, V., & Jourdain, P. (1998). *Tratado de Derecho Civil. Las condiciones de la responsabilidad.* Paris: LGDJ.
- Gómez Pavajeau, A. (2011). *Dogmática del derecho disciplinario.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guayacan Ortiz, Juan Carlos; (2007). El receptor de la indemnización del «daño ambiental puro» en las acciones populares y la prueba del «daño ambiental consecutivo» en las acciones de grupo. En *Daño Ambiental, Tomo I* (págs. 255-279). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hardin, G. (1968). “The Tragedy of Commons”. *Science*, 1243-1248.
- Henao Pérez, J. (2010). El derecho al ambiente sano desde la perspectiva constitucional colombiana. En F. K. Adenauer, *Anuario de derecho constitucional N°16* (págs. 573-601). Montevideo: Konrad Adenauer.
- Henao Pérez, J. C. (2007). El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ley 1333 de 2009. Diario Oficial No. 47.417, Bogotá. 21 de julio de 2009.
- Ley 164 de 1994. Diario Oficial No. 41.575, Bogotá. 28 de octubre de 1994.
- Ley 472 de 1998. Diario Oficial No. 43.357, Bogotá. 6 de agosto de 1998.
- Ley 99 de 1993. Diario Oficial No. 41146, Bogotá. 22 de diciembre de 1993.
- Prieto Botero, M. (2010). Boletín N° 151. Bogotá: Instituto de ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga.

- Resolution of Responsibility and Liability under International Law for Environmental Damage". Institut de Droit International. Estrasburgo. 4 de septiembre de 1997.
- Ruda González, A. (2005). El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente. Girona: Universitat de Girona.
- San Martín Neira, L. (2012). La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Shavell, S. (1987). *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Suárez, P. (2013). Acerca de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora, *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 155-172). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia T-1077, T-3.286.371. 12 de diciembre de 2012.
- Sentencia T-411, REF: Expediente N° T-785. 17 de junio de 1992
- Sentencia C-632, Expedientes D-8379. 24 de agosto de 2011.
- Weinrib, E. (2013). Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora, *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 327-334). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Witker, J. (2008). Hacia una investigación jurídica integrativa. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 943-964.
- Zornosa Prieto, H. (2012). Riesgo, globalización y justicia. Ensayo sobre la aproximación a los fundamentos teóricos para la reconstrucción de las categorías básicas en el régimen de responsabilidad civil. En H. E. Zornosa Prieto, *Escritos sobre riesgos y seguros*. (págs. 197-225). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.