

# Responsabilidad civil extracontractual del Estado por el impacto ambiental derivado de la actividad minera

*Jaime Andres Diaz Sanchez\**

*Johnatan Diaz Sanchez\*\**

*Diana Restrepo\*\*\**

**Resumen:** El ambiente es un derecho colectivo protegido constitucional y legalmente. Existen diversos agentes que deterioran el medio ambiente, entre ellos, el uso del mercurio en la minería informal, generando como consecuencia la contaminación de los recursos hídricos que afecta la flora y la fauna acuática, ocasionando incluso daños a las personas (enfermedades) o a sus bienes, de donde surge el deber de reparación, derivado de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, bien por la no adopción de medidas preventivas, por acciones tendientes a la suspensión de la actividad dañosa, por haber permitido la proliferación de explotaciones mineras ilegales o por omitir su deber de vigilancia.

**Palabras clave:** ambiente, derecho colectivo, mercurio, minería informal, recursos hídricos, actividad dañosa, reparación, Estado, responsabilidad civil extracontractual.

**Abstract:** The environment is a collective right constitutional and legally protected. There are various agents that damage the environment, including the use of mercury in the informal mining, generated as a result of water resources pollution affecting flora and aquatic fauna, causing even people (diseases) or damage their property, where comes the duty of repair, derived the State's non-contractual civil liability, either by not taking preventive measures, actions aimed at the suspension of the harmful activity, for having allowed the proliferation of illegal mining developments, or for omitting its alertness duty.

**Keywords:** environment, collective right, mercury, informal mining, water resources, harmful activity, repair, State, non-contractual civil liability.

## Introducción

La crisis ambiental, desencadenada por el evidente deterioro ambiental del planeta, ha impulsado el reconocimiento de los derechos de tercera generación, la constitucionalización de los derechos ambientales y la adopción de políticas públicas en materia socio-ambiental. En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991, se introdujo en el ordenamiento la protección de los derechos ambientales de los ciudadanos como una garantía del Estado. En el artículo 90 de la Constitución Política, se estableció la res-

ponsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión (Constitución Política, 1991).

El presente estudio constituye un aporte a la comunidad en la medida en que alude a disposiciones consagradas tanto a nivel constitucional como legal y jurisprudencial, sobre la protección del medio ambiente y la responsabilidad civil extracontractual del Estado, derivada de su omisión como garante del medio ambiente.

\* Abogado Institución Universitaria de Envigado. jaimeandres089@hotmail.com

\*\* Abogado Institución Universitaria de Envigado. johnatan\_diaz@msm.com

\*\*\* Abogada Institución Universitaria de Envigado. dianis\_Restrepo@hotmail.com

## 1. El ambiente, el daño y el daño ambiental

### 1.1 El ambiente

El ambiente o medio ambiente, como también se le denomina, está conformado por agentes como el aire, el agua, el suelo, el subsuelo, los cerros y los bosques, los ríos y las quebradas, los canales, zonas de manejo y preservación ambiental del sistema hídrico, los parques, las zonas verdes y los jardines, la flora y la fauna silvestre, el paisaje natural y el paisaje modificado, las edificaciones, los cuales constituyen recursos ambientales y son fuente de alegría, salud y vida.

Mosset (2006), citando a Fraga (2006), indica:

Por ambiente, entorno o medio, se entiende la sistematización de distintos valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales que condicionan en un momento y espacio determinados, la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes recursos (p. 33).

### 1.2 El daño

Cabanellas (1982) señala que “daño” es todo perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes, y que sus causas pueden ser el dolo, culpa, negligencia o caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o causalidad entre el autor y el efecto. Osorio (1984) complementa esta idea indicando que si el daño es causado por el dueño de los bienes, el hecho tiene escasa o ninguna relevancia jurídica. La relevancia jurídica se concreta cuando el daño es producido por la acción u omisión de una persona en los bienes de otra. La importancia de esta afirmación es la consecuencia jurídica que genera la consumación del daño por la acción u omisión de esa “otra” persona, quien puede estar, pre-

vio a la generación del daño, vinculada a la víctima o no. Este es el factor que determina que la responsabilidad sea contractual o extracontractual (Osorio, 1984).

La legislación civil colombiana, con respecto a la institución jurídica *daños*, aunque no la define, hace alusión en varias normas, por ejemplo, en el artículo 2341, en relación con la responsabilidad extracontractual, señala: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido *daño* a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (Código Civil, art. 2341). En el artículo 1613 *ibidem*, se establece: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento (...)” (Código Civil, art. 1613).

### 1.3 El daño ambiental

Teniendo claro qué es ambiente y en qué consiste el daño, necesario es precisar qué es el daño ambiental. La ley 99 de 1993, en el artículo 42, define el daño ambiental como “el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes” (Colombia, ley 99, 1993, art 42).

Con fundamento en la anterior definición, por daño ambiental puede entenderse como aquellos perjuicios que se causen o pudieren causar al medio ambiente, es decir, a los recursos naturales, al ecosistema, independientemente de que, como consecuencia de dicho daño (contaminación del aire, por ejemplo), se ocasionen daños a las personas (enfermedades) o a sus bienes. Así, pues, el daño ambiental recae sobre cualquiera de los componentes del medio ambiente. De ahí que, ocasionado un daño ecológico, se pueda hablar de impacto ambiental.

Con relación a la evaluación del impacto ambiental, y haciendo un estudio a partir de los efectos para llegar a las causas, se puede establecer que, si bien las repercusiones negativas sobre los recursos naturales no se pueden reflejar de manera aislada sobre una sola parte del complejo sistema ambiental, también lo es que, conceptual y académicamente, la única forma de entender la problemática ambiental es estructurando metodologías que permiten determinar los efectos inmediatos y mediatos sobre la vida natural.

Existen diferentes componentes en los cuales se pueden enmarcar los distintos hechos de la naturaleza o de las actividades humanas, que desencadenan efectos nocivos al ambiente:

- **Componente atmosférico:** perjuicios sobre el aire (contaminación originada por la emisión de gases tóxicos).
- **Componente acuífero:** perjuicios sobre ríos, mares y aguas interiores (contaminación originada por el derramamiento del crudo de petróleo).
- **Componente del suelo y subsuelo:** perjuicios sobre la superficie y capas profundas de la tierra (deterioro originado por el uso de explosivos).
- **Componente de fauna y flora:** perjuicios sobre los animales y vegetales (destrucción de hábitats naturales de reproducción, producto de la tala de bosques, incendios forestales o sequías).
- **Componente humano:** perjuicios sobre la población humana (contaminación auditiva por el uso de maquinaria especial en obras públicas; uso inadecuado del mercurio en actividades mineras, entre otros).

## 2. Tutela al medio ambiente

La Constitución Política de Colombia, en el artículo 79, bajo el título de los Derechos Colectivos y del Ambiente, consagra el de-

recho al goce de un ambiente sano (Constitución Política, 1991). De igual forma, este derecho está relacionado en la lista enunciativa que trae el artículo 88 *ibídem*, como objeto de las Acciones Populares con fines concretos. La Corte Constitucional, en sentencia T-528 de 1992, en relación con el medio ambiente, indicó:

La Carta de 1991 consagra el “Derecho al Goce de un Ambiente Sano”, no como un derecho constitucional fundamental, sino como un derecho y un interés constitucional de carácter colectivo; en este sentido la Acción de Tutela no es procedente para obtener de manera autónoma su protección, pues aquella procede para obtener el amparo específico de los derechos constitucionales fundamentales y no el de otros derechos que, como los colectivos, deben perseguirse judicialmente por virtud del ejercicio de las Acciones Populares (Corte Constitucional, 1992).

## 3. Consecuencias del uso inadecuado del mercurio en la actividad minera

Han sido diversos los estudios realizados por organizaciones reconocidas a nivel mundial, a través de los cuales se han determinado los daños ocasionados por el mercurio.

El mercurio es un elemento que no se puede destruir. Por lo tanto, cabe la posibilidad de reciclar y destinar a otros usos el mercurio que ya está en circulación, sin necesidad de seguir extrayéndolo de las minas. El uso de mercurio en las pequeñas minas auríferas de tipo artesanal es especialmente peligroso y tiene importantes consecuencias para la salud de las poblaciones vulnerables. Hay que promover y aplicar técnicas de extracción del oro sin mercurio (sin cianuro), y allí donde todavía se utilice mercurio hay que emplear métodos de trabajo más seguros para prevenir la exposición (Organización Mundial de la Salud, 2013, p. 150).

Del mismo modo, la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME (2007), indicó:

La mayor contaminación se lleva a cabo durante la etapa de amalgamación y quema de esta, causando así la emisión y vertimiento de este metal al aire y a los cuerpos de agua; generando un alto riesgo para los trabajadores, sus familias y la población cercana en general (p. 121).

#### 4. Teoría de la responsabilidad civil

La obligación de “responder” por los daños causados tiene su origen en el principio universal y justicia que pretende la restitución del patrimonio de la víctima al estado anterior a la concreción del acto dañoso. De la responsabilidad civil deviene la obligación de indemnizar a otro por el daño que se le ha inferido por el cometimiento de un delito o cuasidelito, dando el derecho para exigir su cumplimiento. O también la obligación de resarcir a la víctima de la infracción del orden jurídico, o a los causahabientes de la misma, de todo quebranto de orden económico, resarcimiento que se completa con la indemnización de perjuicios.

#### 5. Responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual consiste en la obligación de resarcir o reparar, y nace para una persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual legal. Su origen se remonta al Derecho romano. Ha tenido dos enfoques, de un lado, la *romana*, denominada *subjetiva*, que se erige sobre la existencia de la culpa en el accionar del agente dañoso, y de otro lado, la *anglosajona*, que se denomina *objetiva*, que se erige sobre el riesgo y la efectiva existencia del daño, y en cuya determinación no se tiene en cuenta la culpa de quien genera el daño, sino únicamente como atenuante para la imputación del deber resarcitorio.

Los elementos que configuran este tipo de responsabilidad son:

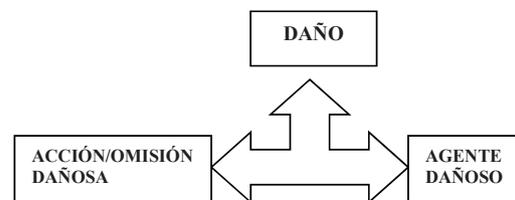
**Una acción u omisión antijurídica:** en el artículo 90 de la Constitución Política se estableció la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión (Constitución Política, 1991). Como consecuencia de ello, la responsabilidad en

general descansa en dos elementos: *el daño antijurídico y la imputación*.

Del mismo modo, el artículo 140 de la Ley 1437 de 2013, contempla la acción de reparación directa para obtener la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado (Colombia, ley 1437, 2013).

**Efectiva existencia de un daño:** hace referencia al perjuicio, esto es, un daño cierto y real, asociado al mal que se ocasione a una persona o cosa, o la pérdida de ganancia o utilidad, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse por la comisión u omisión de un hecho.

**Relación de causalidad y el nexo causal:** consiste en la relación causa-efecto entre el agente dañoso, el acto que se presume dañoso, y el daño.



En ocasiones surgen problemas para la terminación del agente dañoso, cuando por ejemplo existe pluralidad en la autoría, siendo necesario determinar a aquel para efectos de la imposición de la responsabilidad civil y de la obligación de indemnizar. De ahí la importancia de determinar el factor de atribución, a efectos de distinguir la teoría de la responsabilidad civil *subjetiva* de la *objetiva*. El factor de atribución es el “motivo” para el nacimiento de la responsabilidad civil, en la responsabilidad civil *subjetiva* lo constituye la existencia de culpa en la actuación del autor del daño. En diversas ocasiones la doctrina se ha pronunciado para que la responsabilidad civil derivada de daños ambientales sea *objetiva*, dejando atrás la difícil demostración para las víctimas de la

intencionalidad culposa del autor del daño (teoría subjetiva), siendo más viable lograr el resarcimiento y la reparación.

## 6. Reparación del daño ambiental

### 6.1 Bienes afectados y/o sujeto pasivo daño ambiental

Mientras que el daño civil afecta directamente a las personas o a sus bienes, el daño ambiental afecta a los elementos del patrimonio ambiental y colateralmente genera perjuicio en el individuo. Si se trata de una responsabilidad civil extracontractual objetiva derivada de daños ambientales o ecológicos, la persona o colectividad afectada directa o indirectamente, están legitimadas por activa para acceder a los órganos de la justicia y lograr la adopción de medidas tendientes a la preservación o reparación del medio ambiente.

La reparación del daño ambiental dista mucho de una restitución patrimonial o económica, dada la indeterminación de titularidad del medio ambiente, en cuanto es considerado un derecho colectivo, en virtud de ello, lo que se pretende es la suspensión inmediata de la actividad lesiva y la adopción de medidas tendientes a la restitución “in natura” e “in integrum” al tiempo anterior a la comisión del mismo, independientemente de sus repercusiones sobre las personas o las cosas, en todo caso si, aunado a ello, se genera responsabilidad patrimonial que posibilite la indemnización de los perjuicios que el daño ambiental generó en los bienes particulares de los directamente afectados, entonces la reparación sería integral.

### 6.2 Elementos de la reparación

**Daño emergente:** es aquel que pretende reparar la pérdida económica ocasionada al patrimonio del afectado que se ha visto deteriorado, menoscabado o destruido materialmente por acciones u omisiones del

autor. Cabanellas (1982) lo define como el detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine. En la reparación ambiental, el daño emergente se indemniza con el resarcimiento económico previamente determinado de los bienes afectados a causa de aquel, o con el valor de los bienes particulares que colateralmente se vieron afectados por la presencia del daño ambiental.

**Lucro cesante:** es el perjuicio económico para los intereses propios de una persona por la incertidumbre de lo que hubiera percibido el afectado de no haber existido el incumplimiento de la obligación de un tercero.

**Daño moral:** Cabanellas (1982) lo define como la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otro.

**Restitución “in natura”:** el sistema de reparación del medio ambiente procura fundamentalmente la restitución de las cosas, objetos o bienes al estado anterior al de la concreción del daño, el cual debe ir acompañado de medidas correctoras para la prevención de futuros daños.

## 7. Títulos que permiten la imputación al estado por los daños ocasionados

**7.1 Falla del servicio:** imputación que hace al Estado una persona pública cuando este no actúa frente a determinado caso o circunstancia, no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente.

**7.2 El daño especial:** para que surja la responsabilidad del Estado por este tipo de imputación se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: que la administración despliegue una actividad legítima, que se produzca en cabeza de un particular la rup-

tura de la igualdad de las cargas públicas, y que entre la actuación de la administración y el rompimiento de esa igualdad exista un nexo de causalidad.

**7.3 El riesgo excepcional:** de acuerdo con la teoría del riesgo excepcional, la administración debe responder por los daños que cause con su actuación legítima, siempre que constituyan la materialización de un riesgo creado por ella.

## 8. Conclusiones y recomendaciones

### 8.1 Conclusiones

La antijuridicidad del daño como criterio para establecer la responsabilidad del Estado colombiano, tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, donde se establece que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)” (Constitución Política, 1991, art. 90).

La responsabilidad civil extracontractual se fundamenta en una acción u omisión antijurídica, la efectiva existencia del daño y la relación de un nexo causal entre el acto dañoso y el daño en sí. De acuerdo con los títulos que permiten la imputación al Estado por los daños ocasionados, podría entrarse a considerar la teoría del “daño especial” en el caso concreto, por el impacto ambiental ocasionado por el uso inadecuado del mercurio en la minería informal, dada la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas y el Estado, al otorgarse concesiones mineras y desprenderse de su deber de vigilancia, no obstante que dicha industria es inherentemente peligrosa, sometiendo de esta forma a la comunidad al riesgo de un daño ambiental que no está en el deber jurídico de soportar. Si bien no pretende indicarse que no sea posible explotar la riqueza mineral de una manera sostenible, sí se

resalta el deber de vigilancia del Estado sobre este tipo de actividades potencialmente contaminantes, lo cual lo constituye en responsable del perjuicio que se ocasione a la comunidad.

A pesar de que no existe en Colombia un precedente de condena al Estado por daños ambientales ocasionados por terceros, en países como Argentina existen pronunciamientos donde se ha condenado al Estado a la indemnización de daños ambientales ocasionados por la empresa privada, por tener el Estado el dominio originario sobre los recursos naturales existentes en su territorio, por constituir los recursos naturales en el área de su jurisdicción un bien de su dominio público y, además, por estar obligado a utilizar equitativa y razonablemente los recursos naturales, sin causar o permitir que se causen perjuicios a los particulares correspondiéndole preservar la flora y la fauna de su ecosistema.

La realización de actividades productivas caracterizadas por su peligrosidad implícita y el reconocimiento de la situación de las víctimas de los daños y de su estado de indefensión frente a las actividades empresariales, han provocado en la humanidad la toma de conciencia que además ha impulsado la constitucionalización de los derechos ambientales.

Uno de los objetos de la ley 685 de 2001, Código de Minas, se propende

fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada, buscando que el aprovechamiento de estos recursos se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente dentro de un concepto real de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país (Colombia, ley 685, 2001, art. 1).

De ahí que dicha normatividad consagre una serie de obligaciones en cabeza del Estado

para el control y vigilancia de la actividad minera, así como también contempla el trámite de los amparos administrativos por parte de las autoridades competentes, *so pena* de conductas constitutivas de faltas disciplinarias y en la eventual responsabilidad civil extracontractual derivada de la omisión en materia de protección del medio ambiente.

## 8.2 Recomendaciones

Capacitar a la ciudadanía en general sobre el impacto ambiental derivado del uso inadecuado del mercurio en la actividad minera, y los daños colaterales que trae en perjuicio de los individuos.

Difundir, a través de diferentes medios, las responsabilidades que tienen las autoridades ambientales, urbanas, regionales y de desarrollo sostenible, así como las secretarías de salud y las direcciones territoriales de trabajo, en torno al control y vigilancia a las medidas que el gobierno nacional reglamentamente de acuerdo con sus competencias, en relación con el uso del mercurio, de conformidad con lo establecido en la ley 1658 de 2013.

Hacer efectivos los incentivos a la población en general para la reducción y eliminación del uso de mercurio en el sector minero, a fin de lograr la reducción y posterior eliminación del uso de mercurio en el beneficio del mineral de oro.

Realizar campañas preventivas, por parte de los entes territoriales y autoridades administrativas, advirtiendo sobre los potenciales agentes dañinos al medio ambiente, así como las sanciones y multas establecidas en la legislación ambiental.

## Bibliografía

Cabanellas, G. (1982). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

Mosset, J. (1999). *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

Organización Mundial de la Salud (2013). *El mercurio y la salud (Nota descriptiva N° 361)*. Recuperado de <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs361/es/>

Osorio, M. (1984). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.

República de Colombia (1991). *Constitución Política*.

República de Colombia (1998). Código Civil.

República de Colombia. Congreso de la República (2013). Ley 1658 de 2013. Por medio de la cual se establecen disposiciones para la comercialización y el uso de mercurio en las diferentes actividades industriales del país, se fijan requisitos e incentivos para su reducción y eliminación y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: [https://www.minambiente.gov.co/images/Atencion\\_y\\_participacion\\_al\\_ciudadano/Consulta\\_Publica/LEY%201658%20DEL%2015%20DE%20JULIO%20DE%202013.pdf](https://www.minambiente.gov.co/images/Atencion_y_participacion_al_ciudadano/Consulta_Publica/LEY%201658%20DEL%2015%20DE%20JULIO%20DE%202013.pdf)

República de Colombia. Congreso de la República (2011). Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>

República de Colombia. Congreso de la República (1993). Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=297>

República de Colombia. Congreso de la República (1973). Ley 23 de 1973. Por el 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. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9018>

República de Colombia. Congreso de la República (2001). Ley 685 de 2001. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.

Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9202>

República de Colombia. Corte Constitucional (1992). Sentencia T-528 de 1992. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Unidad de Planeación Minero Energética, UPME. (2007). *Producción más limpia en la minería del oro en Colombia. Mercurio, cianuro y otras sustancias*. Bogotá: Unidad de Planeación Minero Energética.