

DAÑO AMBIENTAL

TOMO II

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Daño ambiental: tomo II / Andrés Mauricio Briceño Chaves... [et al.]. -- Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

274 p.; 24 cm. -- (Universidad Externado de Colombia; 2)
Incluye bibliografía.

ISBN: 978958710404 2

1. Medio ambiente -- Colombia 2. Daño ambiental -- Colombia 3. Control ambiental -- Colombia
4. Protección del medio ambiente. I. Briceño Chaves, Andrés Mauricio II. Universidad Externado
de Colombia Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Medio Ambiente III. Serie

333.7

SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Febrero de 2013

ISBN 978-958-710-404-2

© 2009, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: marzo de 2009

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones
Composición: David Alba
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHAVES

PHILIPPE BRUN

FILIPO ERNESTO BURGOS GUZMÁN

NÉSTOR A. CAFFERATTA

JUAN CARLOS HENAO

CATALINA LÓPEZ JIMÉNEZ

CARLOS EDUARDO NARANJO FLÓREZ

CAROLINA MONTES CORTÉS

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE DAÑO ECOLÓGICO Y DE DAÑO AMBIENTAL. DOS DAÑOS EN UN MISMO ESQUEMA DE RESPONSABILIDAD <i>Andrés Mauricio Briceño Chaves</i>	15
LA REPARACIÓN DEL DAÑO ECOLÓGICO EN LA DIRECTIVA CE DEL 21 DE ABRIL DE 2004 <i>Philippe Brun</i>	75
LAS DIFICULTADES QUE SUSCITA LA REPARACIÓN DEL DAÑO ECOLÓGICO EN EL DERECHO FRANCÉS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL <i>Philippe Brun</i>	89
A PROPÓSITO DE LOS CERROS ORIENTALES: ¿EXISTE UN UMBRAL DE LAS CARGAS PÚBLICAS QUE NO SEA DAÑO ESPECIAL? <i>Filipo Ernesto Burgos Guzmán</i>	111
RÉGIMEN LEGAL DEL DAÑO AMBIENTAL <i>Néstor A. Cafferatta</i>	123
DE LA IMPORTANCIA DE CONCEBIR LA AMENAZA Y EL RIESGO SOBRE DERECHOS AMBIENTALES COMO DAÑO CIERTO. ESCRITO A PARTIR DEL DERECHO COLOMBIANO Y DEL DERECHO FRANCÉS <i>Juan Carlos Henao</i>	187
HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE REPARACIÓN DEL DAÑO ECOLÓGICO (LA CONTAMINACIÓN POR “MAREA NEGRA”: EL CASO “ERIKÁ”) <i>Catalina López Jiménez</i> <i>Carlos Eduardo Naranjo Flórez</i>	223
RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS PROVENIENTES DE MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE DESECHOS PELIGROSOS. EL PROTOCOLO DE BASILEA <i>Carolina Montes Cortés</i>	255
LOS AUTORES	273

Para el Departamento de Derecho del Medio Ambiente, y en especial para el Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia, resulta satisfactorio poder presentar a la comunidad académica el segundo volumen de la colección *Daño ambiental*.

Como se expuso en la presentación del primer volumen, el derecho de la responsabilidad civil está siendo sometido a fuertes y rápidas transformaciones. Por esta razón, es deber de los centros académicos sentir el pulso de la evolución jurídica que se está presentando con los fenómenos inherentes a cambio climático y a calentamiento global. El derecho, en general, tiene la obligación de “leer” los nuevos fenómenos sociales que se están presentando, muchos de los cuales tienen un origen y unas consecuencias ambientales.

Las consecuencias sociales, jurídicas y económicas de los fenómenos ambientales están incidiendo en la calidad de vida de las personas, en la respuesta institucional, en las relaciones contractuales y, por supuesto, en los nuevos escenarios jurídicos en los que se desenvuelven las relaciones interpersonales. Difícil encontrar hoy en día un área del derecho, una entidad pública e inclusive una empresa privada que no esté percibiendo la influencia de los temas ambientales.

En razón de lo anterior, el Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia ha priorizado el estudio del *daño ambiental*, por lo que ha dedicado a dicho tema las IX Jornadas Internacionales que se llevaron a cabo en noviembre de 2007 y propuesto esta colección, que ya se encuentra en su segundo producto editorial.

Antes de presentar los artículos que integran este volumen, agradecemos el esfuerzo de los autores por apoyar y fortalecer esta línea de investigación dedicada al tema del daño ambiental. Algunos de los artículos que aquí se publican son ponencias de las IX Jornadas que no alcanzaron a incluirse en el primer volumen.

ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHAVES, joven y brillante investigador del Grupo, ha remitido el artículo “Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental. Dos daños en un mismo esquema de responsabilidad”. Es un documento muy interesante en el que se hace un análisis comparativo de

los dos conceptos relacionados con el daño en materia de recursos naturales, desde la perspectiva del derecho comparado, el Convenio sobre Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología. El autor insiste en que más que en una distinción, se debe pensar en la integración de los dos conceptos, de tal manera que el perjuicio ecológico comprenda en su propia definición a la contaminación como su dimensión material, con lo cual el juicio de valor se hace no sólo en la esfera teórica, sino en la práctica, y se conjugan todos los factores posibles en su determinación, lo que ahora se extraña en la valoración que realiza la jurisprudencia. En razón de la dificultad que existe para determinar los efectos perjudiciales que se pueden desprender de una determinada contaminación, el autor sugiere establecer umbrales o límites permisibles en función de los cuales se permita realizar un juicio de valor que conduzca a la valoración del daño ecológico.

PHILIPPE BRUN, profesor de la Universidad de Saboya (Francia), invitado por el Externado para las Jornadas del 2007, nos ha remitido dos artículos. En el primero, titulado “La reparación del daño ecológico en la directiva CE del 21 de abril de 2004”, se hace una presentación del instrumento comunitario, del que el autor resalta su naturaleza mixta, y en el que se entrelazan aspectos de responsabilidad, aspectos de policía administrativa, aspectos de reparación y aspectos de prevención. La Directiva 21 es el primer texto comunitario que trata de forma horizontal y sistemática la cuestión de la prevención y la reparación del daño ecológico. Este instrumento jurídico aplica un sistema original, consistente en hacer recaer, en condiciones variables, la carga financiera de la prevención y de la reparación de las afectaciones al ambiente sobre el explotador de la actividad para quien son necesarias. Ahora las medidas de prevención y reparación operan bajo el impulso de las autoridades administrativas, a instancias de los actores privados. La eficacia del instrumento dependerá de la aplicación que en cada país realice la autoridad competente.

El segundo artículo del profesor BRUN tiene por título “Las dificultades que suscita la reparación del daño ecológico en el derecho francés de la responsabilidad civil”. Comienza por resaltar que el derecho clásico de la responsabilidad civil no está en capacidad de aportar respuestas adaptadas en cuanto al daño ecológico “puro”, es decir los atentados al ambiente en tanto que estos y sus repercusiones afectan al ambiente mismo. Hay una gran dificultad en materia

conceptual, como quiera que la imputación de las consecuencias de una afectación al ambiente a un responsable debe poder operar según los principios clásicos, es decir, que es la actividad la causa, como se expresa en el famoso principio de que “quien contamina paga”. Los principales obstáculos que advierte BRUN, en cuanto a la reparación del perjuicio ambiental en el derecho francés, tienen que ver con las condiciones de la responsabilidad y con sus efectos.

El profesor de derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia FILIPO ERNESTO BURGOS se ha hecho presente en esta publicación con el artículo titulado “A propósito de los Cerros Orientales: ¿Existe un umbral de las cargas públicas que no sea daño especial?”. Es un documento breve, pero importante para entender el complejo fenómeno jurídico que tiene que ver con los Cerros Orientales de Bogotá, especialmente con sus implicaciones jurídicas frente a los conceptos de función social y daño especial.

El siguiente artículo, “Régimen legal del daño ambiental”, es del profesor NÉSTOR CAFFERATTA, sin duda el más importante tratadista que en la actualidad tiene Argentina en materia de daño ambiental. Su colaboración académica, que enaltece esta colección, es un extenso y magnífico documento en el que se presentan conceptos básicos y esenciales del daño ambiental, sus elementos de identificación, el régimen legal de la responsabilidad y temas relacionados con el principio de prevención y el principio de precaución. Concluye diciendo que el daño ambiental no es un daño común, que es difuso, complejo y que comprende dos clases o categorías: el daño ambiental individual y el daño ambiental colectivo. En cuanto a la responsabilidad civil por daño ambiental, el profesor CAFFERATTA señala que esta tiene una naturaleza precautoria, preventiva, y que una vez consumado el daño ambiental se debe hablar de responsabilidad por restauración o recomposición, responsabilidad por compensación ambiental y responsabilidad indemnizatoria.

El profesor JUAN CARLOS HENAO, destacado jurista del Externado, Doctor en Derecho de la Universidad de París II y recientemente exaltado a la magistratura de la Corte Constitucional de nuestro país, nos ha remitido el artículo que lleva por título “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés”. Se trata de demostrar que la amenaza de los derechos y el riesgo sobre estos son de por sí un daño cierto como mecanismos

jurisdiccionales propios que suponen su reparación, lo cual permite predicar que forman parte del objeto de la responsabilidad civil. En la primera parte de su estudio, el profesor HENAO se ocupa de los elementos de la teoría general del daño que permiten justificar por qué la alteración del goce pacífico de los derechos debe también formar parte de la noción de daño cierto; en la segunda parte analiza por qué los conceptos específicos de amenaza y de riesgos de derechos son expresión de la certeza del daño. El riguroso análisis que realiza le permite concluir, por una parte, que la certeza del daño se presenta mínimo por la vía de una amenaza del derecho; y, por otra parte, que el legislador puede perfectamente admitir, de manera excepcional, que en ciertos campos basta la existencia de un riesgo de daño para que se presente su certeza.

Los juristas CATALINA LÓPEZ JIMÉNEZ y CARLOS EDUARDO NARANJO FLÓREZ han remitido el artículo titulado “Hacia un nuevo concepto de reparación del daño ecológico (La contaminación por ‘marea negra’: el caso ‘Erika’)”. Se trata de presentar la situación jurídica ocasionada con motivo del derrame de 20 mil toneladas de hidrocarburos sobre el litoral atlántico de Francia, en diciembre de 1999, por parte del barco petrolero *Erika*, que provenía del puerto de Dunkerque y se dirigía a Italia. En este caso, la multinacional petrolera Total S. A., el armador GIUSEPPE SAVARESE, el administrador o gestor del barco ANTONIO POLLARA y la sociedad de registro y control Rina fueron condenados a pagar solidariamente 192 millones de euros por daños y perjuicios. Este fallo producido por el Tribunal Correccional de París es fundamental en el desarrollo de la protección del medio ambiente, pues no solamente reconoce el perjuicio material por daño emergente, con ocasión de los gastos sufridos por las víctimas en todas las acciones emprendidas hacia la salvaguarda y protección de las especies marítimas y aves, sino que también reconoce el “controvertido” perjuicio ecológico puro. Es un artículo bien ilustrado en el que se analizan, entre otros, las disposiciones en materia de protección del medio marino a nivel nacional e internacional, la coexistencia del régimen de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad objetiva por riesgo creado, la coexistencia de múltiples procedimientos indemnizatorios, la constitución en parte civil dentro del proceso penal, la escogencia de las víctimas a favor de una jurisdicción civil, una nueva dinámica en la reparación de los perjuicios y

la protección del medio ambiente, así como la novedosa tesis de las personas morales como titulares de derechos inmateriales.

Por último, está el artículo de la profesora CAROLINA MONTES CORTÉS, sobre “Responsabilidad por los daños provenientes de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos. El Protocolo de Basilea”. Convertida ya en una experta en materia de residuos, la doctora MONTES CORTÉS aborda el polémico tema de la responsabilidad por los movimientos que ocurren entre países en materia de desechos peligrosos. Para alcanzar su objetivo explica los antecedentes, sus alcances y el régimen legal contenidos en el Protocolo de Basilea, así como su aplicación en Colombia, al tenor de lo consagrado en el Ley 945 de 2005. Siendo el fin último del Protocolo garantizar la completa indemnización de los daños causados con ocasión del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos, el Protocolo consagra la figura de la responsabilidad objetiva, y aunque existen eximentes de la responsabilidad, la víctima del daño siempre será indemnizada, por la existencia del fondo internacional creado para dicho efecto. Para el caso de Colombia, persisten aún algunos obstáculos, relacionados básicamente con la incertidumbre que se tiene en materia de criterios de valoración de los daños ambientales y de las coberturas de los seguros.

Estamos convencidos del aporte académico que significa este segundo volumen de la colección de *Daño ambiental*. Como lo pueden confirmar los lectores, hay mayor rigor y profundidad por parte de los autores de los artículos.

Agradecemos especialmente al señor rector de la Universidad, doctor FERNANDO HINESTROSA, por su permanente confianza en las labores de investigación del Grupo y del Departamento de Derecho del Medio Ambiente. Agradecimiento que extendemos al Departamento de Publicaciones de la Universidad, en cabeza del doctor JORGE SÁNCHEZ, por su apoyo permanente a las publicaciones de nuestra área académica.

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Director

Departamento de Derecho del Medio Ambiente

Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente

Universidad Externado de Colombia

ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHAVES

*Aproximación a los conceptos de daño ecológico
y de daño ambiental.
Dos daños en un mismo esquema de responsabilidad**

El día en que seamos fuertes como los primeros revolucionarios franceses, experimentaremos una gran felicidad cuando veamos aclarar los parques nacionales, al ver desaparecer los árboles podridos que llevan ya demasiado tiempo impidiendo el desarrollo de otros que tienen el mismo derecho a crecer durante su período de vida; es decir, gozaremos de una impresión tan liberadora como cuando vemos morir a un enfermo incurable.

August Strindberg

SUMARIO

I. ¿De qué daños hablamos? II. La contaminación es el sustento fáctico, no el daño propiamente. III. Los aportes científico-técnicos a la definición de los daños ecológicos y ambientales. Superación del pensamiento científico-técnico tradicional. IV. La distinción entre el daño ecológico y el daño ambiental. Un solo daño, una doble valoración jurídica y dos consecuencias o perjuicios diferenciados. V. La difícil aprehensión de conceptos complejos para el derecho. A. El daño ecológico. Daño que se produce en el medio natural. B. El daño ambiental. Daño en la esfera patrimonial y personal de los individuos C. La definición de los daños ecológicos y ambientales en el derecho comparado. 1. La singular definición de los daños ecológicos y ambientales en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y en el Protocolo de Cartagena acerca de la seguridad de la biotecnología. 2. Entre el daño ambiental como dimensión de los daños patrimoniales y el daño a la biodiversidad como daño ecológico en el derecho comunitario europeo. 3. La definición del daño tradicional y el encaje de los daños ecológicos y ambientales en el derecho francés. 4. La definición de los daños ecológicos y ambientales reducidos al ámbito de la persona y de las condiciones para la vida en el derecho italiano.

* El presente texto es la evolución del trabajo titulado “Daño ecológico. Presupuestos para su definición”, que ya fue publicado en las *Lecturas de derecho ambiental*, t. v, pero que ofrece una visión actualizada y ajustada solamente de la definición de los daños ecológicos y ambientales, sin exponerse el tema de la imputación y de la reparación de tales daños, que se deja para otro momento.

5. La definición del daño ambiental en el derecho alemán. VI. Los daños ecológicos y ambientales definidos a partir de la legislación en el derecho colombiano. VII. Consideraciones finales

ABSTRACT

When we think about the ecological damages will be asking, is it possible that the ecological damages to be esteemed for the law? This paper to be afforded explains how can the ecological and environmental damages integrated into the law, beginning the pollution definition and your difference with respect to damage definition. At length, to be expose how can explain the ecological and environmental damages in law, and I will want assert that the ecological damages they are definite by the ecosystem, and the environmental damages they are definite by the patrimonial condition, or by the life quality. In this paper, I use the comparative law method, with special reference about its treat in the Colombian law.

I. ¿DE QUÉ DAÑOS HABLAMOS?

En la realidad jurídica, legislación y jurisprudencia sólo miran por los “daños ambientales”, esto es, por los daños que afectan la esfera personal, patrimonial y moral. Es prácticamente imposible encontrar pronunciamientos en los que se decida la reparación de los “daños ecológicos”, salvo que se encuentre en conexión con el derecho a la salud, o con el pseudo-derecho a la “calidad de vida”.

Las razones, como los condicionantes, son variadas: la teoría general define el daño como el menoscabo, depreciación o vulneración de intereses individuales o que pueden ser individualizables; la lógica del daño exige que se demande la vulneración de un derecho subjetivo radicado en cabeza de un determinado sujeto; la relación de causalidad obedece a premisas ligadas a la acción material concreta y a la lesión patrimonial (o bien a la actividad y el daño).

Hasta ahora, la legislación y la jurisprudencia han podido –con dificultad– deducir la lesión en el patrimonio de las personas cuando se producen concretos fenómenos de contaminación: por ruido, contaminación atmosférica, del agua. En dichos casos, se deduce que los daños causados por tales fenómenos de contaminación tienen ciertos y determinables efectos en las personas y

en los bienes (incluso se reconocen efectos en la esfera moral, cuando resulta afectado el paisaje).

Se convierte el daño en límite arbitrario y abusivo de derechos como a la propiedad, a la salud, a la vida, o a la inviolabilidad del domicilio. En otras ocasiones, en una dimensión intermedia entre lo colectivo y lo individual, se aborda la cuestión identificando la afectación en la “calidad de vida” de las personas, de modo que sin requerirse la identificación concreta de la vulneración en un derecho, se entiende que el normal desenvolvimiento y desarrollo de las personas se ve vulnerado.

La dificultad está en que los “daños ecológicos” son ajenos a la racionalidad jurídico-antropocéntrica. Se trata de daños que se causan en los ecosistemas, en los recursos naturales, en la biodiversidad. Se trata de afectar bienes y sistemas que hacen parte de todos los patrimonios, pero que no se contienen completamente en ninguno. De ahí que se identifique a los bienes ambientales como componentes de lo que se denomina “patrimonio común” o “patrimonio de la humanidad”. Sin embargo, si en muchas ocasiones se logra delimitar ciertos efectos como lesivos de derechos individuales, ¿por qué no cabe pensar en deducir daños para una comunidad o para un colectivo, así sea apoyados en el concepto de “calidad de vida”?

Quizás la respuesta se encuentre en el planteamiento según el cual cabe deducir la existencia de tales daños no porque correspondan a intereses concretos, o a un patrimonio determinado, sino porque se convierten en la compensación que cabe exigir al Estado por no asumir su papel activo de protección, de tal manera que sea la comunidad o grupo la que tenga que asumir los efectos nocivos de los daños, de la contaminación, cuando debía ser el Estado el que adelantándose a su ocurrencia promoviese y exigiese la adecuación o ajuste de las actividades a las “condiciones mínimas ambientales”.

Como se trata de eventos en los que concurren daños tanto ambientales como ecológicos, frente a estos últimos se prescriben obligaciones de prevención con el objetivo de impedir que se reproduzcan aquellos en el futuro.

Por supuesto que el daño ecológico y el daño ambiental son conceptos que superan la lógica tradicional del derecho, que superan los contornos de la norma jurídica, que superan los razonamientos jurisprudenciales, que hacen

ver que las instituciones jurídicas y sociales son imperfectas para su asunción y comprensión.

El daño como presupuesto básico de todo régimen de responsabilidad se convierte en la última frontera que no debe superarse en virtud de la protección del ambiente¹. Debe estudiarse con cuidado la concepción tradicional del daño², de modo que no se confunda el régimen de los daños ecológicos y ambientales como aquel asociado a la idea de sanción, represión o compensación³ (en los últimos años los ensayos realizados en la materia se inclinan por asociar este tipo de daños con las tasas ambientales y con el régimen sancionatorio ambiental). Tampoco se puede asimilar los daños ecológicos y

-
- 1 La “[...] protección del ambiente, pone en escena los elementos de la naturaleza frente a la voluntad humana, obliga a nuevas reflexiones acerca de las relaciones que comprenden a la ciencia y al derecho”. MICHEL PRIEUR. “Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l’environnement”, en *Actes du Séminaire de L’Institut Fédératif “Environnement et eau”*. *Incertitude juridique, incertitude scientifique* (Limoges, 5 de abril de 2000), Limoges, Pulim, 2000, p. 9.
 - 2 FERNANDO HINESTROSA afirma que el “[...] daño es, por cierto, un fenómeno inherente al ser humano, a partir de la lesión a su integridad psicofísica, siguiendo con el menoscabo de su patrimonio, hasta llegar a otras manifestaciones más sutiles, más refinadas o complejas de la lesión a derechos o a intereses suyos”. FERNANDO HINESTROSA. “Prólogo”, en JUAN CARLOS HENAO. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, pp. 13 y 15. TAMAYO JARAMILLO considera que es el “[...] menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extramatrimonial”. JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *De la responsabilidad civil. De los perjuicios y su indemnización*, t. II., p. 5. Para ESCOBAR GIL se trata de “[...] todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales”. RODRIGO ESCOBAR GIL. *Responsabilidad contractual de la administración pública*, Bogotá, Temis, 1989, p. 165.
 - 3 Nos agrada constatar como en el preámbulo de la Ley española 26/2007, de la responsabilidad medioambiental, precisamente se señala que la “[...] responsabilidad medioambiental es, además, una responsabilidad ilimitada, pues el contenido de la obligación de reparación (o, en su caso, de prevención) que asume el operador responsable consiste en devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes a los que asciendan las correspondientes acciones preventivas o reparadoras. Al poner el énfasis en la restauración total de los recursos naturales y de los servicios que prestan, se prima el valor medioambiental, el cual no se entiende satisfecho con una mera indemnización dineraria” (t, apdo. 3.º).

ambientales debidos de la contaminación con los daños clásicos. No se comparte lo que sostiene la doctrina nacional, según la cual la definición clásica de daño opera para la cuestión ambiental, porque lejos de ser el “receptáculo” de derechos y obligaciones, se estaría desfigurando la idea misma del daño. ¿En realidad existe una aminoración patrimonial?, y si fuere así, ¿a qué patrimonio nos estamos refiriendo?⁴ Como no se puede compartir la idea según la cual el régimen de daños ecológicos y ambientales es la mejor herramienta para alcanzar la protección del ambiente, sino que debe ser –como ya se dijo– la última frontera, y en su lugar convertirse en medio inspirador de medidas preventivas por parte de todos los partícipes en su ocurrencia⁵.

El daño ecológico y el daño ambiental superan la concepción patrimonialista que se ha venido edificando desde el derecho romano⁶. La lógica de tales daños no se expresa conforme al concepto de patrimonio, sino que se

-
- 4 ÁLVARO OSORIO SIERRA. “Responsabilidad por daños ambientales transfronterizos”, en AA. VV. *Daño ambiental*, 1.ª ed. t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 19.
- 5 Así se señala en el preámbulo de la Ley española 26/2007, de responsabilidad medioambiental, cuando afirma que la “[...] dimensión reparadora del nuevo régimen de responsabilidad medioambiental no debe, en ningún caso, minusvalorar su dimensión preventiva. Antes al contrario, debe ser objeto de especial atención, tanto en su regulación como en su aplicación administrativa, pues no hay mejor política conservacionista que la política de prevención frente a los daños medioambientales. Esta visión justifica la universalización que de las obligaciones en materia de prevención y evitación de daños medioambientales realiza la Ley, haciendo extensiva su adopción para todo tipo de actividades y frente a todo tipo de comportamientos, tanto dolosos o negligentes, como meramente accidentales o imprevisibles” (1, apdo. 5.º).
- 6 CABANILLAS SÁNCHEZ nos recuerda que la responsabilidad por los daños derivados de imisiones tuvo su origen en la Lex Aquilia de danno “[...] que hace responder civilmente a quien inmita humos excesivos – *Liceo immittere fumum non gravem*, decía Pomponio en el texto recogido en el D. 8, 5, 8, 6”. ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ. “El daño ambiental”, en *Revista de Derecho Ambiental*, n.º 12, 1994, p. 14. Precisamente la Ley española 26/2007, de responsabilidad medioambiental, en su artículo 5.º excluye del régimen de responsabilidad que regula los “[...] daños que sufran los particulares en sus personas, bienes y derechos (daños no medioambientales), pero dispone, con el fin de evitar la doble recuperación de costes, que tales perjudicados no podrán exigir reparación por los daños que se les haya irrogado en la medida en la que los mismos queden reparados por la aplicación de esta Ley”.

indaga si el concepto de “patrimonio de la humanidad” puede dar cobertura a su alcance⁷. La fórmula básica nos indica que toda contaminación amenaza un patrimonio colectivo⁸. Una de las claves para dilucidar a qué concepto responde este tipo de daños radica en la distinción entre la afectación del “patrimonio colectivo” o del “derecho colectivo”, pero no en la conformidad del concepto genérico de daño y, menos en atención a lo que se viene a definir como la “aminoración de un derecho colectivo”⁹.

Se trata de avanzar en la férrea e invariable concepción antropocéntrica que orienta el derecho, que liga todo a fórmulas cerradas¹⁰, a términos concretos

7 PATRICK GIROD. *La réparation du dommage écologique*, París, LGDJ, 1974, p. 20.

8 Ídem. La doctrina jurisprudencial española viene señalando que “[...] el daño puede referirse también, sin ceder por ello en individualización, a un grupo de personas”. Tribunal Supremo español. Sentencias del 27 de enero de 1971; del 14 de febrero de 1972; del 16 de marzo de 1972; del 28 de noviembre de 1973 y del 10 de marzo de 1994.

9 OSORIO SIERRA. “Responsabilidad por daños ambientales transfronterizos”, cit., p. 20. Existe el riesgo de confundir el alcance de los derechos colectivos y la asunción de cargas colectivas por los ciudadanos. En la doctrina, se considera que “[...] cuando por afectar a extensos sectores de individuos su reparación rebasa las posibilidades de las finanzas públicas, obliga a calificarlas de cargas colectivas”. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. II, pp. 383-384.

10 GIROD señalaba que emprender “[...] un estudio de la responsabilidad en materia ecológica, en principio supone que los daños de la contaminación constituyen una categoría homogénea que será posible individualizar”. GIROD. *La réparation du dommage écologique*, cit., p. 18. No obstante, la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado recuerda, citando a ADRIANO DE CUPIS, que “[...] los daños demostrados son antijurídicos porque se produjeron con una conducta que quebranta la norma que tutela el interés ajeno. En relación con la concepción antijurídica del daño, Adriano de Cupis, dice: ‘En cuanto al hecho jurídico, el daño constituye, como se ha expresado, una especie del daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico. El que no todos los fenómenos del orden físico obtengan relevancia jurídica, es un principio general válido también en lo concerniente al daño. El derecho elige los hechos que quiere investir de una calificación propia... Antijurídico puede ser solamente el acto que viola la norma que tutela el interés de otro, que lesiona el interés ajeno; el daño antijurídico lo constituye la lesión del interés ajeno [...]’. El daño antijurídico se caracteriza por la especial naturaleza de la reacción jurídica que se origina en contra de él [...]”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª. Sentencia del 22 de abril de 2004 (C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ), rad. 4420.

con los que se pueda delimitar hasta dónde debe alcanzar la obligación de reparar los daños causados¹¹.

Este debate puede solventarse intentando delimitar qué puede entenderse como “perjuicio”, esto es, el detrimento, pérdida o disminución patrimonial, de aquello que se entiende como “lesión”, esto es, aquel perjuicio al que se agrega el juicio de antijuridicidad¹² que cabe hacer del detrimento o disminución patrimonial¹³.

Puede, también, intentar abordarse la cuestión pensando que los daños ecológicos y ambientales nos plantean la distinción entre lo que se define como “perjuicio privado”, esto es, como pérdida o detrimento en el patrimonio o propiedad de un determinado individuo, y aquello que se entiende como “perjuicio público”, esto es, el detrimento o disminución para un colectivo¹⁴, o para

-
- 11 Es un acierto pensar que la reparación de los daños ecológicos y ambientales debe corresponderse con ideas como las de *conservación, defensa y mejora del ambiente*, términos cuyo fundamento se encuentra en el principio de prevención. TOMÁS HUTCHINSON. “La responsabilidad por omisión en cuestiones ambientales”, en AA. VV. *Daño ambiental*, cit., p. 58.
- 12 El “[...] perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y sólo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo; la antijuridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad referida al perjudicado”. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., pp. 378–379. El Consejo de Estado, en sentencia del 13 de abril de 2000, sostiene (doctrina reiterada) que “un daño por ser general no adquiere legitimidad. Mas bien, en algunos eventos a pesar de haberse causado un daño general no hay lugar a la indemnización del mismo porque no es antijurídico, es decir, que el afectado se encuentra en la obligación de soportar el daño, por cuanto existe una norma jurídica que le impone dicha carga o sufrimiento”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª. Sentencia del 13 de abril de 2000 (C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE), rad. 11892.
- 13 Para “[...] que exista lesión en sentido propio no basta que exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial; es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico, antijuridicidad en la que está el fundamento [...] del surgimiento de la obligación reparatoria”. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., vol. II, pp. 378–379. Luego, “[...] *Lesión sería el perjuicio antijurídico*”. GARCÍA DE ENTERRÍA. “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva ley de expropiación forzosa”, en *Anuario de derecho civil*, t. III, fascículo IV, octubre-diciembre de 1955, p. 1125.
- 14 Puede equivocarse aquél que invoca este daño como un perjuicio común, ¿cómo puedo determinar este tipo de perjuicio?, salvo que se refiera a las posibilidades de aprovecha-

el conjunto de ciudadanos de determinados bienes ambientales –considerados bienes públicos–, o del patrimonio ambiental propiamente¹⁵.

Se advierte, y ya se citó en otra oportunidad, que las “[...] investigaciones contenciosas no tienen alcance más que sobre el daño ecológico entendido en su sentido más estricto, a saber la degradación de los elementos naturales: los diferentes tipos de contaminación concernientes al agua, al aire, al nivel sonoro”¹⁶.

En cuanto al daño ecológico, cabe hacer varias consideraciones: parece encuadrar mejor en la definición objetiva de “lesión”, aunque esta se encuentra limitada a determinar la antijuridicidad del detrimento o disminución del patrimonio. En cuanto al ambiente, al ecosistema, ¿a qué patrimonio se hará referencia?, teniendo en cuenta que los bienes ambientales, por regla general, hacen parte de lo que se ha dado en llamar “patrimonio de la humanidad” o “bienes de interés común”¹⁷, ¿es posible segmentar el juicio de antijuridicidad

miento del ambiente, de los recursos naturales, en cuyo caso no podrá estandarizarse su valoración para todos los colectivos, debiendo operar un criterio de discriminación positiva si se quiere encuadrar este tipo de daños o perjuicios en toda su dimensión jurídica. Apoya la idea de perjuicio común HUTCHINSON. “La responsabilidad por omisión en cuestiones ambientales”, cit., p. 62.

15 “En la acepción comúnmente admitida, los términos *private nuisance* caracteriza una “atentado ilegal al uso o a los beneficios que una persona saca de su propiedad inmobiliaria o algún derecho sobre ella o en relación con ella”. En tanto que designaba como *public nuisance* a las “[...] infracciones penales ‘cuyo elemento común (es) causar un daño o de ocasionar inconvenientes a un conjunto de ciudadanos [...] Constituyen principalmente *public nuisances* el hecho de tener una casa de tolerancia (de prostitución), vender productos alimenticios dañados o de entregarse a un comercio peligroso [...] perjuicios causados a la salud pública, o por la contaminación del aire, y por el ruido”. FRANCIS CABALLERO. *Essai sur la notion juridique de nuisance*, París, LGDJ, 1981, pp. 2–3.

16 GIROD. *La réparation du dommage écologique*, cit., p. 19.

17 La “[...] idea romana de *res communes* o *minimum* conquista un relieve no de tipo patrimonial, pero que individualiza una relación jurídica del todo nueva: los recursos naturales, prescindiendo de su pertenencia, son protegidos jurídicamente en su mismo ser, en su existencia como tales, en su identidad, en su cualidad, porque pueden servir a la vida de la comunidad”. AMEDEO POSTIGLIONE. “Ambiente: Suo significato giuridico unitario”, en *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, fasc. 1, 1985, p. 50.

para poder determinar el detrimento que específicamente le corresponde a cada persona?¹⁸

Antes de la mencionada definición, procede distinguir entre los daños ecológicos y ambientales y la contaminación como fenómeno o situación fáctica de la que derivan tales daños.

II. LA CONTAMINACIÓN ES EL SUSTENTO FÁCTICO, NO EL DAÑO PROPIAMENTE

La “contaminación”, pues, puede entenderse como *el cambio en el estado físico, químico o biológico del medio natural, en conjunto, o de alguno o algunos de los elementos o unidades físicas que lo componen*¹⁹.

No es el concepto de *contaminación* el que define el daño ecológico y ambiental²⁰, este sólo viene a definir la situación fáctica, las condiciones y

18 Quizás en conexión con este interrogante, se ha criticado la aplicación del principio “quien contamina, paga”, en la medida en que es “[...] erróneo por esencia, y no mira realmente a la protección y reparación de daños al medio ambiente, sino a la propiedad u otros bienes de contenido patrimonial”. MANUEL PIÑAR DÍAZ. *El derecho a disfrutar del medio ambiente en la jurisprudencia*, Granada, Comares, 1996, p. 147 (Colección Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica).

19 Singular es la definición de la contaminación como la “[...] expresión concreta del bloqueo de los procesos naturales de eliminación o de asimilación de los desechos”. GIROD. *La réparation du dommage écologique*, cit., p. 19. JOUVENEL planteó la distinción entre “daño” y “contaminación”. En cuanto al primero, consideró que denota “[...] un juicio subjetivo, inspirado por una molestia sentida, y que se traduce por una cualificación desfavorable a aquello que se reconoce como causa de la molestia”. En tanto que la contaminación “[...] denota un cambio objetivo en el medio físico, cambio mensurable en unidades físicas”. Y agrega que “[...] toda contaminación no es sentida como un daño. También es menos cierto que todo daño haya tenido su fuente en una contaminación”: Luego, propone que en cuanto a los efectos producidos por la contaminación resulta recomendable utilizar el adjetivo “dañoso o perjudicial”, el cual “[...] se aplica a todos los cambios del medio físico, aportados por la acción humana y generalmente sentidos como desfavorables”. Luego cabe entender que con el término daño se comprenden tanto a la contaminación, como a la devastación que puede producirse sobre el medio natural. BERTRAND DE JOUVENEL. “Le thème de l’environnement”, en *Analyse & Prévision*, n.º X, 1970, pp. 517-518.

20 No obstante, para cierto sector de la doctrina, con esta definición se ha querido “[...] dar

los factores que inciden en la alteración, modificación o degradación²¹ de la naturaleza o del ambiente, y la proyección de estos en los diferentes ámbitos en los que se manifiesta²². Con la contaminación, pues, se trata de determinar *todas las formas de deterioro al medio físico, biológico, natural y artificial*²³.

Sin duda, la noción de contaminación comprende sólo aquello que cuantitativamente es estimable, entendido como situación o fenómeno que se mide en unidades físicas. Esto no pasa con la definición de daño o perjuicio, que es cualitativa y supone apreciar, realizar un juicio de valor y determinar

una alcance suficientemente amplio hasta cubrir la noción de “daño al ambiente en otros Estados”, considerado por la declaración de Estocolmo”. ALEXANDRE CHARLES KISS. “L’état du droit de l’environnement en 1981: Problèmes et solutions”, en *Journal de Droit International*, año 108, n.º 2, abril-mayo-junio, 1981, p. 504.

21 La “[...] degradación ambiental, puede considerarse del todo “neutra” respecto a la naturaleza, adquiere relevancia sólo cuando se confronta con el hombre”. NICOLÒ LIPARI et ál. “Il problema dell’uomo nell’ambiente”, en NICOLÒ LIPARI (coord.). *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma, Laterza, 1974, pp. 73 a 76.

22 Por ejemplo, se define la “contaminación del mar” como la “[...] introducción, por el hombre, de forma directa o indirecta, de sustancias o energía en el medio marino, incluidos los estuarios, que supongan riesgos para la salud humana, puedan deteriorar los recursos biológicos y los ecosistemas marinos, puedan afectar a los valores deportivos o recreativos o amenazar otras utilidades legítimas del mar”. MARÍA TERESA ESTEVAN BOLEA. “El deterioro del medio natural”, en *Documentación Administrativa (Ecología y Medio Ambiente)*, n.º 190, extraordinario, abril-junio, 1981, pp. 61-62. La contaminación derivada de la actividad de generación de energía eólica produce “[...] un efecto paisajístico negativo al introducirse en el entorno natural artilugios no forzosamente antiestéticos pero sí extraños y distorsionantes. El aprovechamiento de la biomasa también presenta eventuales consecuencias que habría que evitar. La utilización indiscriminada de las especies vegetales sin un plan de repoblación y reposición adecuado puede dañar nuestras ya disminuidas reservas forestales con grave daño para la biosfera”. RAMÓN MARTÍN MATEO. “El medio ambiente y la crisis económica: consecuencias jurídicas”, en *Documentación Administrativa (Ecología y Medio Ambiente)*, n.º 190, extraordinario, abril-junio, 1981, p. 402. En la jurisprudencia constitucional se llegó a considerar que la “[...] contaminación por basuras afecta de manera grave el ambiente, porque produce no sólo la alteración del aire, de las aguas y en general de los ecosistemas, sino del entorno físico y del paisaje”. Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-257 del 11 de junio de 1996. (M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL), exp. T-91086 (acción de tutela). Actor: HANS RICARDO TIUSO MALAGÓN.

23 ESTEVAN BOLEA. “El deterioro del medio natural”, cit., pp. 61-64, 70-71 y 73.

los efectos jurídicos que se producen²⁴. Se señala que los procesos naturales condicionan la valoración de lo que puede definirse o no como contaminación, o la extensión de esta misma.

Desde el punto de vista filosófico, se plantean las señas que distinguen a la contaminación: en cuanto produce una inadecuación estética, resulta peligrosa para el hombre y pueda destruir la vida salvaje, las plantas o los animales²⁵.

La contaminación como fenómeno físico siempre ha existido –se habla de contaminantes naturales–, antes de que la ciencia y la técnica corroborara los eventos en los que determinadas actividades generaban efectos que alteraban las condiciones físicas, biológicas o naturales de determinadas zonas.

La contaminación nos indica, pues, las manifestaciones que se producen en el ambiente, en un ecosistema, o en los recursos naturales como consecuencia de la existencia o realización de las actividades humanas –especialmente aquellas que tienen sustancial incidencia–. Por medio de la valoración de la contaminación, lejos de estimar si es o no antijurídica –juicio de valor que no cabe hacer–, se permite estimar científica y técnicamente el alcance de la degradación, de la alteración, del deterioro que se produce, así como permite estimar la posibilidad de reutilización –cuando se refiere a un recurso natural²⁶– o de regeneración –cuando se refiere a un proceso natural.

24 CABALLERO. *Essai sur la notion juridique de nuisance*, cit., pp. 6-7. En la determinación de la contaminación, pues, es necesario constatar que “[...] la modificación deba ser [...] apreciable. Esto implica no solamente que sea perceptible, sino sobre todo que engendre efectos indeseables que lo sean igualmente. El efecto es más importante que la causa. Más que la modificación del medio importa la perturbación que engendra. Ella sola, en definitiva, suscita una reacción jurídica”. MARTINE RÉMOND-GOULLAUD. *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l’environnement*, p. 41 (cita n.º 21).

25 JOHN PASSMORE. *La responsabilidad del hombre frente a la naturaleza. Ecología y tradiciones en Occidente*, Madrid, Alianza, 1978, p. 64 (trad. de ÁLVARO DELGADO; título original: *Man’s responsibility for nature – Ecological problems and Western traditions*).

26 M. KEY. “Étude générale de la pollution des eaux en Europe”, en GILLES MARTIN. *Le droit à l’environnement: de la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l’environnement*, París, Publications Périodiques Spécialisées, 1976, p. 3 (col. Droit et Économie de l’Environnement). El “[...] manejo inadecuado de los materiales peligrosos en las distintas fases de su ciclo de vida, ha traído consigo, entre otras consecuencias, la contaminación de los suelos y de los cuerpos de agua... debido a prácticas indeseables que se traducen