

Hugo Andrés Arenas Mendoza 

Reflexiones sobre los lineamientos que debe seguir la ley de responsabilidad medioambiental para los estados latinoamericanos

Reflections on Guidelines to Be Applied for the Development of the Law of Environmental Responsibility in Latin American States

Reflexões sobre as diretrizes a seguir pela lei de responsabilidade ambiental pelos estados americanos

Resumen: El presente artículo intenta responder a la pregunta de investigación sobre: ¿Cuáles son los lineamientos que debe contener una ley interna de responsabilidad medioambiental del Estado, para cada uno de los países latinoamericanos? Con la finalidad de empezar a resolver el anterior interrogante, es necesario hacer una presentación de un marco metodológico temático dirigido a los operadores jurídicos de cada Estado para que conozcan algunas directivas que se deben seguir para facilitar tanto la discusión como la creación de un modelo interno de responsabilidad medioambiental estatal en Latinoamérica.

Con base en lo anterior, con el propósito de contribuir brevemente al fortalecimiento teórico de la disciplina, se han determinado como materias de análisis inicial indispensables para la construcción del régimen de la responsabilidad medioambiental estatal, las siguientes: 1. Establecer los lineamientos puntuales del derecho internacional sobre la materia, para poder implementarlos normativamente; 2. Realizar la presentación de los principales regímenes del derecho comparado del “Common Law” (EEUU) y del Derecho Continental (Comunidad Europea), como fuentes esenciales de la responsabilidad medioambiental; 3. Conocer los principios atribuidos a la responsabilidad medioambiental, para poder orientar las futuras leyes y 4. Destacar los principales elementos para generar la responsabilidad estatal (Daño, comportamiento del agente y relación de causalidad o de imputación)".

 Abogado, Sociólogo y Maestro en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca (España) y Doctor en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos de la Università degli Studi di Trento (Italia). Profesor Principal de Carrera y Coordinador del Área de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario de Bogotá (Colombia). ORCID: 0000-0002-2832-5224

 hugo.arenas@urosario.edu.co

Palabras clave: *responsabilidad, ambiental, Latinoamérica, estado, elementos.*

Abstract: *This article seeks to answer the following question: What guidelines should an internal law of environmental State responsibility be based upon for each country in Latin America? To begin to resolve this question, it is necessary to set out the thematic methodological framework to be directed to the lawmakers of each State. Through this they can be made aware of guidelines that ought to be followed in order to facilitate both the discussion about, and the creation of, internal models of state responsibility for the environment in Latin America.*

Based upon the foregoing, in order to briefly contribute to the theoretical strengthening of the discipline, this article establishes the following as essential ingredients for the initial analysis for the construction of law on state environmental responsibility: 1. Establish specific international law guidelines to be applied to the matter, so as to be able to implement them normatively; 2. Establish the main comparative law regimes of the “Common Law” (USA) and Continental Law (European Community), as essential sources of legal norms on environmental responsibility; 3. Become knowledgeable of the principles attributed to environmental responsibility, in order to guide the development of future law and 4. Highlight the main elements which generate state responsibility (Damages, agent behavior and causal or imputation relationship).

Keywords: *Responsibility, Environment, Latin America, State, Elements.*

Resumo: *Este artigo tenta responder à pergunta de pesquisa sobre: quais são as diretrizes que uma lei interna de responsabilidade ambiental do Estado deve conter para cada um dos países da América Latina? Para começar a resolver a questão anterior, é necessário fazer uma apresentação de um quadro metodológico temático voltado para os operadores legais de cada Estado, para que eles conheçam algumas diretrizes que devem ser seguidas para facilitar tanto a discussão quanto a criação de um modelo interno de responsabilidade ambiental do Estado na América Latina.*

Com base no exposto, para contribuir brevemente para o fortalecimento teórico da disciplina, foram determinados como materiais de análise inicial, essenciais para a construção do regime estadual de responsabilidade ambiental: 1. Estabelecer as diretrizes específicas da lei internacional sobre o assunto, para poder implementá-los normativamente; 2. Realizar a apresentação dos principais regimes de direito comparado da “Common Law” (EUA) e Continental (Comunidade Européia), como fontes essenciais de responsabilidade ambiental; 3. Conhecer os princípios atribuídos à responsabilidade ambiental, a fim de orientar as leis futuras e 4. Realçar os principais elementos para gerar a responsabilidade do estado (dano, comportamento do agente e relação causal ou de imputação).

Palavras-chave: *responsabilidade, ambiente, América Latina, estado, elementos.*

*Recibido: 20200823
Aceptado: 20201020*

Introducción

La conservación del medio ambiente para las futuras generaciones es un tema prioritario tanto para la humanidad⁽¹⁾ (Castillo Daudi y Juste Ruíz, 2014, p. 12) como los Estados⁽²⁾ (García Amez, 2015, p. 31), puesto que de no tomar las medidas adecuadas la tierra se puede convertir en un planeta que no cumpla las condiciones mínimas para la supervivencia de los seres humanos.

El Estado al ser el principal actor de la protección medioambiental tiene que enfrentarse a una serie lineamientos, quedando obligado a lograr el cumplimiento de sus objetivos incorporando los parámetros internacionales, la participación de las organizaciones medioambientales, los intereses de los particulares, y adicionalmente, quedando sujeta su actuación tanto su propio control como a los de los demás actores.

Además, el Estado en materia medio ambiental tiene grandes limitaciones⁽³⁾ (Castillo Daudi y Juste Ruíz, 2014, p. 92) de diferentes tipos, por ejemplo, jurídicas (son impuestas por la legislación nacional como internacional); políticas (cumplir sus acuerdos con los diferente actores públicos, privados, externos, internos); económicas (destinación prioritaria de recursos) o culturales (algunas zonas especiales de protección o intereses de grupos minoritarios). No obstante, se le han asignado múltiples funciones concernientes al medio ambiente, siendo el encargado, entre otras cosas, de generar las políticas públicas, las instituciones ambientales, el régimen jurídico medioambiental, las formas de control, las limitaciones a los particulares, la prevención de desastres, la reparación de los daños, el otorgamiento de las licencias y sancionar a los infractores.

Dentro de todas estas posibilidades de actuación para la materialización de la protección del medio ambiente, uno de los mecanismos que ha tomado gran importancia a nivel mundial es el de la responsabilidad estatal, es decir la creación de un régimen jurídico que permita tanto prevenir como reparar los daños medioambientales, esto porque es indiscutible el grave impacto sobre el entorno que puede tener la ocurrencia de estos daños y la concientización de que algunos de estos pueden ser irreparables.

Esto se demuestra con la lectura de algunos textos internacionales, particularmente, con la “Declaración de Río sobre el medio ambiente de 1992”, donde se reunieron más de 100 países para abordar el tema medio ambiental, concretamente en materia de responsabilidad medioambiental dice:

Principio 13. Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción⁽⁴⁾.

De esta forma, el derecho internacional explicita la obligación de que exista una legislación nacional sobre la responsabilidad medioambiental en cada Estado para reparar los daños medioambientales y, así mismo, lo compromete a participar en la elaboración de nuevas leyes internacionales en la materia.

En este momento, se debe transcribir la noción de responsabilidad medioambiental establecida en el “Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental” de la Comisión Europea que establece: “La responsabilidad ambiental tiene por objeto obligar al causante de daños al medio ambiente (el contaminador) a pagar la reparación de aquellos daños”⁽⁵⁾.

Al aplicarla este concepto al tema de la responsabilidad medioambiental del Estado, hay que hacerle algunas variaciones, proponiendo la siguiente definición: “La responsabilidad medioambiental Estatal es la obligación que tiene el Estado tanto de evitar como de reparar los daños causados por sus agentes (y de los que no se reparan adecuadamente por sus generadores, no se puede determinar su responsable o los realizados por un grupo ilegal) causados al medio ambiente”.

La institución de la responsabilidad estatal medioambiental es la encargada de prevenir, controlar y responsabilizar al Estado, cuando por medio de su actividad o inactividad causa daños al medio ambiente, incluyendo a los recursos naturales. Así, la responsabilidad estatal por daños ambientales proviene de diferentes fuentes, por ejemplo, por la contaminación, los fenómenos naturales, la destrucción de bosques, tierras, aguas, animales, los daños provenientes de la biotecnología y, en general, por las distorsiones nocivas en el ecosistema.

En este orden de ideas, se puede observar que los países han tenido que enfrentar los problemas medioambientales y la forma en que el derecho comparado nos muestra la creación de leyes nacionales sobre responsabilidad medioambiental, apareciendo desarrollos tanto en el “Common Law” como en el derecho continental. También, a nivel latinoamericano es un tema que ha sido incorporado marginalmente en sus agendas.

De este modo, aparecen tres argumentos sólidos que demuestran la necesidad de que los Estados de América Latina establezcan un régimen propio de responsabilidad medioambiental estatal en cada uno de los países, que tenga como base tanto los lineamientos internacionales como su propia normatividad interna. El primero, la evidente necesidad de contar con mecanismos de protección que permitan evitar y corregir los daños medioambientales; el segundo, el compromiso internacional de establecer un sistema de responsabilidad medioambiental y el tercero, la evidencia del derecho comparado de que es necesario dicho mecanismo para avanzar en la protección medioambiental.

El presente artículo intenta responder a la pregunta de investigación sobre: ¿Cuáles son los lineamientos que debe contener una ley interna de responsabilidad medioambiental del Estado, para cada uno de los países latinoamericanos? Con la finalidad de empezar a resolver el anterior interrogante, es necesario hacer una presentación de un marco metodológico temático dirigido a los operadores jurídicos de cada Estado para que conozcan algunos lineamientos que se deben seguir para facilitar tanto la discusión como la creación de un modelo interno de responsabilidad medioambiental estatal en Latinoamérica.

Con base en lo anterior, con el propósito de contribuir brevemente al fortalecimiento teórico de la disciplina, se han determinado como materias de análisis inicial indispensables para la construcción de la responsabilidad medioambiental estatal, las siguientes: 1. Establecer los lineamientos puntuales del derecho internacional sobre la materia, para poder implementarlos normativamente; 2. Realizar la presentación de los principales regímenes del derecho comparado del “Common Law” (EEUU) y del Derecho Continental (Comunidad Europea), como fuentes esenciales de la responsabilidad medioambiental; 3. Conocer los principios atribuidos a la responsabilidad medioambiental, para poder orientar la futura ley y 4. Destacar los principales elementos para generar la responsabilidad estatal (Daño, comportamiento del agente y relación de causalidad o de imputación).

Todo esto, sin desconocer el aporte del derecho interno en materia de responsabilidad estatal en cada país que, al ser más acorde con sus tradiciones y experiencias, es una fuente invaluable de conocimiento que permitiría ser un puente entre los lineamientos internacionales y el derecho nacional.

En este orden de ideas, con el objetivo de avanzar sobre un posible régimen de cada Estado de responsabilidad medioambiental público, el presente artículo se divide en los siguientes tres apartados: 1. Lineamientos internacionales que deben ser analizados; 2. Elementos para que se configure la responsabilidad medioambiental del Estado y 3. Conclusiones.

1. Lineamientos internacionales que deben ser analizados

El derecho internacional ha fijado unos lineamientos básicos que deben ser seguidos por los Estados tanto en materia del medio ambiente como sobre en el régimen de responsabilidad estatal medioambiental. Sobre el tema que nos ocupa, son de gran relevancia la Declaración de río de 1992 y el Acuerdo de Escazú de 2018.

Adicionalmente, se debe tener presente que en el derecho comparado existen dos grandes familias o tradiciones jurídicas, la del continental europeo y la del “Common Law”, donde han desarrollado dos modelos de responsabilidad medioambiental. Estas visiones deben ser el punto de partido para conocer sus fortalezas, sus avances y sus posibilidades de mejora, para a partir de estas crear mejores modelos responsabilidad en cada país latinoamericano.

A su vez, de las anteriores fuentes se puede destacar que se han desarrollado tanto el derecho internacional como el propio de cada Estado, funciones y principios que permiten orientar los desarrollos en materia de responsabilidad estatal del medioambiente.

Con base en lo anterior, en esta primera parte del artículo se presentarán los siguientes temas:

- 1.1. Los principales lineamientos del derecho internacional;
- 1.2. Principales modelos del derecho comparado de responsabilidad medioambiental y
- 1.3. Los principios de la responsabilidad internacional que se debe incorporar.

1.1. Los principales lineamientos del derecho internacional

El derecho internacional ha fijado unos parámetros fundamentales los Estados tanto en materia del medio ambiente como sobre en el régimen de responsabilidad estatal medioambiental. Las directrices establecidas no son todas vinculantes y su obligatoriedad dependerá de cada gobierno, al firmar los respectivos tratados o, en todo caso, si a pesar de no hacerlo consideran conveniente seguir estos lineamientos en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

A partir de lo anterior, se deben mencionar los siguientes: la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1977; la Declaración de Río sobre Medio Ambiente de 1992; los Objetivos del Desarrollo del Milenio del año 2000; la Cumbre Mundial de Johannesburgo de 2002; la Segunda Cumbre de Río de Janeiro de 2012 o Rio + 20; la Agenda de New York o 2030 y 9 el Acuerdo de Escazú.

A pesar de su gran importancia, sólo se hará referencia a los dos más relacionados con el tema de la responsabilidad medio ambiental del Estado:

1.1.1. La Declaración de Río de 1992 y

1.1.2. El Acuerdo de Escazú de 2018.

1.1.1. La Declaración de Río de 1992

La reunión mundial sobre el medio ambiente o segunda cumbre de la tierra organizada por la ONU se realizó, 20 años después de la de Estocolmo, en la Ciudad de Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, donde se reunieron más de 100 países para tratar el tema del medio ambiente. Concretamente, en materia de responsabilidad dice:

Principio 13. Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción⁽⁶⁾.

Este principio es una gran innovación al reconocer la imperiosa necesidad de que los Estados tenga un régimen de responsabilidad medio ambiental como un instrumento adecuado tanto para evitar como para reparar los daños ambientales, causados a las víctimas o al medio ambiente. Esta recomendación obedece a que la experiencia ha demostrado que los daños ambientales son graves y hasta irreparables.

Como se puede observar, los actores internacionales renuncian a crear un marco general sobre responsabilidad medioambiental mundial y escogen continuar con que sea cada país el que decida cómo manejar el tema; sin embargo, les imponen un deber de colaboración expedito y decidido en la elaboración de leyes sobre responsabilidad para reparar los daños que los estados causen en su jurisdicción o bajo su control. De este modo, los obliga a la protección de las víctimas y del medio ambiente.

1.1.2. El Acuerdo de Escazú de 2018

El Acuerdo Regional sobre el Acceso la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, es un tratado internacional conocido como Acuerdo de Escazú, por ser firmado el 4 de marzo de 2018 en esa ciudad de Costa Rica. A pesar de no abordar el tema directamente, en lo concerniente al tema de la responsabilidad estatal, se hace especial énfasis en los principios tanto de prevención como precaución y fija los lineamientos siguientes en relación con las obligaciones de acceso a la justicia:

Art. 6.5. Cada Parte garantizará, en caso de amenaza inminente a la salud pública o al medio ambiente, que la autoridad competente que corresponda divulgará de forma inmediata y por los medios más efectivos toda la información relevante que se encuentre en su poder y que permita al público tomar medidas para prevenir o limitar eventuales daños. Cada Parte deberá desarrollar e implementar un sistema de alerta temprana utilizando los mecanismos disponibles.

Art. 8.3.d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente;

Art. 8.3.e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba;

Art. 8.3.g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

De la lectura de los anteriores apartados, se puede concluir que el Acuerdo de Escazú indirectamente aborda el tema de la responsabilidad, obligando a los Estados a establecer mecanismos que permitan evitar, aminorar los daños causados al medio ambiente y, particularmente, crear un sistema de alerta temprana.

Al mismo tiempo, para prevenir, finalizar, mitigar o recomponer los daños medio ambientales, los estados deben disponer de medidas cautelares y provisionales.

Desde el punto de vista probatorio, también establece una garantía para facilitar la prueba del daño ambiental con el fin de simplificar el proceso de reparación medio ambiental, al proponer mecanismos como la inversión de la carga de la prueba y de la carga dinámica de la prueba.

Finalmente, el apartado más expreso sobre el tema de la responsabilidad estipula la obligación de establecer mecanismos de reparación de daños medioambientales, por ejemplo, restitución al estado previo del daño, restauración, compensación, pago, sanciones económicas, la satisfacción, la no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para la reparación.

1.2. Principales modelos del derecho comparado de responsabilidad medioambiental

Existen dos grandes regímenes o tradiciones jurídicas la del derecho continental y la del Derecho Anglosajón o “Common Law”⁽⁸⁾ (Santofimio Gamboa, 2017, p. 151). La primera, denominada romano-germánica, conformada tanto por los países de Europa continental como los latinoamericanos, se basa en el derecho escrito y en las leyes⁽⁹⁾ (Valencia Tello, 2020, p. 3) mientras que, la segunda, desarrollada en Inglaterra y sus colonias, no tienen como fundamento las grandes codificaciones⁽¹⁰⁾ (Bobbio, 1997, p. 36), sino que, su fuente principal es la jurisprudencia⁽¹¹⁾ (Valencia Tello, 2020, p. 7).

Cada uno de los países pertenecientes a estas familias jurídicas ha generado una disciplina propia de responsabilidad general o particular en materia medioambiental;

no obstante, con el fin de presentar un panorama de derecho comparado se hará referencia a los dos principales modelos que son el europeo y el estadounidense. En este sentido, por cuestiones temporales se abordarán estos temas en el siguiente orden:

1.2.1. Estados Unidos: Ley de Responsabilidad, Compensación y recuperación ambiental de 1980 o (Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act of 1980) y

1.2.2. Unión Europea: El libro blanco sobre responsabilidad de la Comisión de 2000 y la Directiva del Parlamento de 2004.

1.2.1. Estados Unidos: Ley de Responsabilidad, Compensación y Recuperación ambiental de 1980 o (“Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act of 1980”)

El régimen de responsabilidad civil norteamericano se construye con base en el derecho de los Environmental Tort⁽¹²⁾, específicamente en materia medio ambiental se crea la Ley de Responsabilidad, Compensación y recuperación ambiental de 1980.

Esta ley, con claros efectos retroactivos⁽¹³⁾ (Rocasalva, 2018. p. 619), también es conocida por sus siglas como CERCLA o Super Fondo (“Superfund”) debido a que, además de fijar los lineamientos esenciales en materia de responsabilidad medio ambiental, crea un fondo especial para los daños producidos al medio ambiente.

Como lo recuerda Carlos Rosacalva: “El CERCLA constituyó de esta forma un régimen de responsabilidad para hacer frente a las *liberaciones* —o amenazas de éstas— de *sustancias peligrosas*, que pueden causar daños a las *personas* o al medio ambiente”⁽¹⁴⁾ (Rocasalva, 2018, p. 63).

Sobre los agentes responsable los clasifica en cuatro categorías: 1. El propietario y el operador actual; 2. Los anteriores propietario y operador; 3. Los interesados en la realización de actividades tóxicas y 4. Transportadores de sustancias tóxicas⁽¹⁵⁾ (García Amez, 2015, pp. 225-233).

Finalmente, se debe precisar que el régimen de responsabilidad estadounidense es complementado por leyes federales, leyes de los estados miembros y la reglamentación de otras entidades medioambientales como las agencias.

1.2.2. Unión Europea: El libro blanco sobre responsabilidad de la Comisión de 2000⁽¹⁶⁾ y la Directiva del Parlamento de 2004⁽¹⁷⁾

El régimen de responsabilidad ambiental para Europa está contenido en el Libro Blanco de responsabilidad y la Directiva, como lo recuerda Esteve Pardo: “La Unión Europea, en efecto, mostró hace ya tiempo su disposición a establecer un marco normativo común sobre la responsabilidad por daños al medio ambiente. Algunos casos particularmente graves y significativos, que además ponían en evidencia la propagación de efectos dañosos a varios Estados europeos, hicieron que esa favorable disposición se transformara en una resolución firme de elaborar una directiva”⁽¹⁸⁾ (Esteve Pardo, 2017, p. 111).

Con base en esta necesidad, surgió el libro Blanco sobre responsabilidad medio ambiental de la Comisión Europea de 2000 establece los lineamientos esenciales sobre el tema que debe estudiar los diversos Estados miembros con el propósito al establecer su régimen interno sobre el tema.

Así, como temas principales, se pueden destacar, por ejemplo:

1. Los antecedentes,
2. La noción de responsabilidad ambiental,
3. El propósito de la responsabilidad,
4. Los tipos de daños medioambientales,
5. Argumentos que justifican un régimen Comunitario y 6. Sus características principales.

Dentro de las características principales es destacan:

- a) Carácter no retroactivo,
- b) Daños y actividades cubiertas,
- c) Tipos de responsabilidad,

- d) Atenuantes,
- e) Eximentes,
- f) Carga de la prueba,
- g) Responsables,
- h) diferentes tipos de daños,
- i) descontaminación y restauración efectiva del medio ambiente,
- j) Acceso a la justicia y
- k) Garantías financieras.

La Directiva 35 del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales. Por medio de esta directiva se establece un marco común para la prevención y la reparación de los daños medioambientales a un coste razonable para la sociedad, que ayude a los estados miembros tanto a prevenir como a enfrentar los daños medioambientales.

Concretamente la directiva en su texto desarrolla los siguientes artículos:

1. Objeto;
2. Definiciones;
3. Ámbito de aplicación;
4. Excepciones;
5. Acción Preventiva;
6. Acción reparadora;
7. Determinación de las medidas reparadoras;

8. Coste de prevención y reparación;
9. Imputación de los costes en caso de varios responsables;
10. Plazo para la recuperación de los costes;
11. Autoridad competente;
12. Solicitud de acción;
13. Procedimientos de recurso;
14. Garantía financiera;
15. Cooperación entre los Estados Miembros;
16. Relación con la legislación nacional;
17. Aplicación temporal;
18. Informes y examen;
19. Incorporación al Derecho Interno;
20. Entrada en Vigor y
21. Destinatarios.

1.3. Los principios internacionales de la responsabilidad que se debe incorporar

Con el fin de avanzar en los parámetros que debería seguir una propuesta de ley de responsabilidad medio ambiental del Estado para un país determinado, se debe destacar que la tradición jurídica ha determinado como básica la inclusión de los principios de responsabilidad.

Son los lineamientos que no se han acogido uniformemente en todos los regímenes mundiales sobre el tema; sin embargo, del estudio que se ha hecho tanto de los

tratados internacionales como de los modelos principales (norteamericano y europeo) se puede concluir que si existen algunos que han sido establecidos como esenciales.

Así, en este apartado se debe destacar que en materia de responsabilidad medioambiental se han desarrollado los principios internacionales⁽¹⁹⁾ (Rebollo Puig, 2010, p. 1525) y especialmente los ambientales⁽²⁰⁾ (Esteve Pardo, 2017, p. 32) que son seguidos por la mayoría de las legislaciones y dentro de los que se destacan los de:

1.3.1. El principio de responsabilidad;

1.3.2. El que contamina paga y repara;

1.3.3. Prevención y

1.3.4. Precaución.

1.3.1. El principio de responsabilidad

La responsabilidad implica que el causante de los daños responda por su comportamiento⁽²¹⁾ (Esteve Pardo, 2018, p. 106), particularmente busca que el agente infractor devuelva las cosas a la situación anterior a su acción u omisión y si no es posible que materialice una situación similar a la previa a su intervención. En derecho medioambiental los alcances son más amplios, puesto que los daños pueden ser gravísimos y hasta irreparables. Por ejemplo, si se produce la destrucción de un hábitat natural de una especie de tortugas siendo imposible su utilización por parte de estas, es necesario que se desplacen a un entorno adecuado y se inicie la recuperación de los animales que murieron en el incidente.

1.3.2. El que contamina paga y repara

Este principio se aplica para que el causante del daño tenga la obligación de responder por sus acciones u omisiones que han deteriorado el medioambiente. En un primer momento se pensó que simplemente el que el que contaminaba debería indemnizar; sin embargo, posteriormente, debido a la importancia de los bienes protegidos, lo que se busca es que realmente tenga la carga de reparar todos los daños causados⁽²²⁾ (Betancor Rodríguez, 2018, p. 31). Por ejemplo, si una fábrica arroja inadecuadamente tóxicos a un humedal debe tanto pagar económicamente los daños como realizar el proceso de descontaminación y de recuperación del acuífero.

1.3.3. Prevención

Uno de los principios que mayor desarrollo ha tenido en el derecho medio ambiental busca que los daños no se produzcan⁽²³⁾ (Garner Rojas, 2015, p. 42); puesto que, las afectaciones al entorno natural pueden ser irreparables o al menos retornar al estado previo es muy difícil. El principio ha ampliado su contenido jurídico para que pueda lograr sus objetivos de prevenir, mitigar y evitar los daños⁽²⁴⁾ (García Amez, 2015, p. 35). Por ejemplo, cuando se produzca un derrame de petróleo evitar que llegue a un río.

1.3.4. Precaución

Este principio es una orientación para los poderes públicos para que en sus decisiones sean conscientes de los impactos sobre los derechos de los particulares, en contextos de incertidumbre científica, para casos en que se puedan producir graves afectaciones y, por tanto, su utilización es excepcional dentro del derecho medioambiental⁽²⁵⁾ (Gil Botero y Rincón Córdoba, 2013, p. 669). Por ejemplo, al no tener claros estudios sobre si el glifosato produce cáncer, prohibir su aspersión aérea hasta tener mayor información.

2. Elementos para que se configure la responsabilidad medioambiental del estado

La regla general de la responsabilidad patrimonial es que quien causa un daño debe repararlo, en materia de medioambiente, sucede lo mismo, como lo precisa Esteve Pardo: “El medio ambiente como realidad objetiva, como patrimonio común si se quiere, también ha de ser objeto de protección y reparación por el deterioro que pudiera sufrir”⁽²⁶⁾ (Esteve Pardo, 2017, p. 108).

Con base en eso, se ha creado un régimen de responsabilidad medioambiental para reparar este tipo de daños, que depende de cada país y momento histórico que se analice. Sin embargo, si es posible hacer una definición general que es: “La responsabilidad medioambiental Estatal es la obligación que tiene el Estado tanto de evitar como de reparar los daños causados por sus agentes al medio ambiente”.

A partir de esta noción se ha establecido algunas clasificaciones de los elementos de la responsabilidad patrimonial; aunque, existe un acuerdo entre los juristas, por lo menos mayoritario, en cuanto a los siguientes tres: 2.1. Daño; 2.2. Compor-

tamiento de un agente que puede generar la responsabilidad estatal y 2.3. La relación de causalidad o imputación entre los dos anteriores.

2.1. Daño

El daño es un concepto que determinará cada Estado, puesto que casi la totalidad de las acciones humanas generan daño ambiental e incluso el medio ambiente se afecta a sí mismo⁽²⁷⁾ (García Amez, 2015, p. 107). No obstante, son muy indicadoras las palabras de Andrés Briceño, para quien: “Los daños son daños, en cuanto cambio adverso y pérdida de utilidad; la clave, en relación con los ambientales, radica en el ‘objeto’ y, sobre todo, tiene unas consecuencias sobre las personas, ‘humanizándolo’ definitivamente: hay un *continuum* indestructible que va desde la naturaleza a los seres humanos y de estos a aquella; el *continuum* de la vida, pero también, de la responsabilidad, dependencia”⁽²⁸⁾ (Betancor Rodríguez, 2018, p. 569).

El daño medioambiental relevante a efectos de responsabilidad medioambiental es: “El daño, o la amenaza de su ocurrencia, de manera significativa a un bien jurídicamente protegido por la normatividad medio ambiental y que hace que surja la obligación de restaurarlo”.

A partir de esto, el daño ambiental que se debe indemnizar no es cualquiera, sino que debe tener una serie de características especiales⁽²⁹⁾ (Nogueira López, 2013, p. 1225). Al respecto Jorge Guerrero aclara: “[...] un daño medioambiental debe reunir tres condiciones iniciales: adverso, mensurable y significativo; la falta de alguna de estas condiciones haría imposible considerar que nos encontramos ante un daño medioambiental”⁽³⁰⁾ (Guerrero Zaplana, 2010, p. 52).

Además, se debe explicar que la doctrina ha elaborado diversas tipologías de daño ambiental y el criterio esencial de esta categorización consiste en diferenciar que existen tanto bienes a personas como al medio ambiente, así como concluye Henao Pérez: “Se observa entonces que en el derecho del medio ambiente existe la particularidad de que siempre hay un daño a un bien de la colectividad, y que en ocasiones ese daño al bien de la colectividad repercute sobre un bien apropiable por un patrimonio particular, así tenga, obviamente, que cumplir con su función social o ecológica”⁽³¹⁾ (Henao Pérez, 2000). Con base en las anteriores precisiones, se puede hacer la siguiente clasificación tripartita de los tipos de daños:

- 1) Daños ambientales a un sujeto determinado;
- 2) Daños al medio ambiente por afectaciones a las especies, hábitats o por biotecnología ambiental y
- 3) Daños ambientales por contaminación de lugares.

1) Daños ambientales a un sujeto determinado:

Existen ocasiones en que se afectan directamente derechos tanto materiales como inmateriales de una persona en particular, afectando algunos bienes protegidos por el derecho medio ambiental de su propiedad o atacando su derecho a la salud. Esto no implica que se reconozca solo el derecho del sujeto determinado, sino que se debe responder por la totalidad de los daños causados al medio ambiente⁽³²⁾ (Guerrero Zaplana, 2010, p. 999).

2) Daños al medio ambiente por afectaciones a las especies, hábitats o por biotecnología ambiental

Estos daños, también conocidos como a la biodiversidad, son los que se efectúan contra los animales o los lugares donde vivan o por ingeniería genética⁽³³⁾ (García Amez, 2015, pp. 123-124), alterando su número, salud o entorno⁽³⁴⁾ (Beltrán Castellanos, 2018, p. 1271).

3) Daños ambientales por contaminación de lugares

Por último, aparece la tipología según el medio natural contaminado, es decir aguas, tierra o aire. Esta clasificación es una de las más útiles al reconocer el impacto del daño en ambiente.

2.2. Comportamiento de un agente que puede generar la responsabilidad estatal

El segundo elemento de la responsabilidad ambiental estatal es la presencia de un agente que pueda generar la responsabilidad⁽³⁵⁾ (Parada, 2004, p. 634), es decir que sea una de las personas naturales o jurídicas que haga parte de la estructura estatal, que sean particulares que desempeñan función administrativa⁽³⁶⁾ (Beladiez Rojo, 1997, pp. 49-50), según lo dispuesto en la normatividad o por algún agente

externo por el que el Estado esté obligado a responder.

El Estado por sus funciones será el principal agente generador de la responsabilidad estatal, puesto que, entre otras cosas, es titular del medio ambiental, obligado a su defensa, a su restauración, seleccionar a los receptores de las licencias ambientales, controlar la actividad de los operadores, sancionar a los infractores. Así, también sucede cuando el Estado es el operador⁽³⁷⁾ del servicio como tal o cuando se trata de funciones públicas desempeñadas por particulares⁽³⁸⁾ (Nogueira López, 2013, p. 1240).

Además, el Estado a pesar de no ser el causante directo del daño, debe responder por las acciones u omisiones en estos casos:

1. Cuando el causante no tiene dinero para reparar los daños o se declara insolvente;
2. En los casos en que el agente no quiere repararlos y mientras sale la sentencia han transcurrido varios años;
3. El causante no logra una reparación adecuada;
4. No se puede determinar el causante del daño o
5. Cuando lo realiza un grupo ilegal; sin embargo, por cuestiones metodológicas este curso se concentra en los daños que ha causado el Estado en su papel de garante del medio ambiente.

La responsabilidad estatal en los casos en que actúa o deja de actuar se debe enmarcar el comportamiento de los agentes como un comportamiento culposo o como una conducta generadora de riesgo, por lo que se han desarrollado dos regímenes. El primero, para que haya responsabilidad estatal se requiere culpa⁽³⁹⁾ (Arenas Mendoza, 2018) o una acción u omisión inadecuada por parte del agente; mientras que, en el segundo, se requerirá que el comportamiento de la persona sea considerado como riesgoso⁽⁴⁰⁾ (Arenas Mendoza, 2017).

Por un lado, el comportamiento del agente puede ser culposo o no y en todo caso se puede generar la responsabilidad estatal. Así, se ha clasificado según la actuación u omisión del agente en daños causados con la culpa o falla de servicio o por la actividad por riesgo.

En las sociedades occidentales la idea de culpa ha estado muy ligada a la de responsabilidad, resultando evidente que en caso de que el agente cuando se comporta de manera inadecuada⁽⁴¹⁾ (Villa Leguina, 2007, p. 677). “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 136, octubre-diciembre. p. 677 y causar un daño medio ambiental está en la obligación de repararlo.

Así, la falla del servicio se ha consolidado como la regla general para que el Estado esté obligado a indemnizar por sus actuaciones, es decir, la presencia de la culpa o del comportamiento incorrecto es uno de los elementos indispensables para atribuir la responsabilidad a las Administraciones Públicas, de este modo puede haber falla de servicio tanto por acción⁽⁴²⁾ (Lorenzetti y Lorenzetti, 2019, p. 381) como por omisión⁽⁴³⁾ (Bernejo Vera, 2001, p. 1274).

Por el otro, el daño medioambiental puede ser generado por la materialización de un riesgo, es decir no necesita la presencia de la culpa, que surge con la revolución Industrial al generar nuevas actividades peligrosas⁽⁴⁴⁾ (Tamayo Jaramillo, 2011, p. 935) para las personas como consecuencia de la utilización de máquinas, la introducción de productos peligrosos, los nuevos medios de transporte, el desarrollo de nuevas fuentes de energía y la producción en masa.

De este modo, quien se beneficia con el desempeño de estas actividades debe asumir los daños que cause más fácilmente al exponer a las personas al contacto de sustancias, máquinas o elementos nocivos para la salud o que pueden generar más fácilmente daños. Por esto, en materia medioambiental en los casos de actividades riesgosas cuando se produzcan daños, se producirá tanto la innecesidad de la demostración de la culpa y se invierte la carga de la prueba.

La teoría del riesgo ha desarrollado una tipología propia que explica que existen riesgos relevantes e irrelevantes en materia de responsabilidad, destacando que solo los primeros pueden causar daños al medio ambiente, clasificándolo en: Riesgo creado⁽⁴⁵⁾ (Roxin, 1997, p. 363); Riesgo aumentado⁽⁴⁶⁾ (García Amado, 2013, p. 131) y Riesgo no disminuido⁽⁴⁷⁾ (González Pérez, 2006, p. 474).

2.3. La relación de causalidad o imputación entre los dos anteriores

El tercer elemento para que se produzca la responsabilidad medioambiental del Estado es la existencia de un nexo casual o de imputación, entre el daño y el comportamiento del agente. Es una relación causa-efecto⁽⁴⁸⁾ (Liberati, 2009, p. 579) que busca responder a las preguntas “¿de no haber sido por...?” o “¿de no haber mediado...?”⁽⁴⁹⁾ (Medina Alcoz, 2009, p. 86).

Sea cual sea la teoría causal que se elija, se debe probar la relación de causalidad (o de imputación) en todos los procesos medioambientales estatales, sin importar si se trate de un caso que para generar la responsabilidad estatal requiera de la culpa o no; puesto que, en los casos de responsabilidad objetiva se mantiene como elemento esencial la relación de causalidad⁽⁵⁰⁾ (Guerrero Zaplana, 2010, p. 72).

Antes de pasar a analizar la relación de causalidad o de imputación se debe destacar la gran importancia que tendrá en los próximos años la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance en materia ambiental, la que tendrá una fuerte aplicación para solucionar casos tanto de amenazas como ocurrencias de daños.

Con el propósito de presentar las dos principales teorías de atribución de la responsabilidad, una de causalidad y una de imputación, se debe hacer referencia a la teoría de la causalidad adecuada y a la imputación objetiva. Además, se debe recordar que a partir de estas teorías se han introducido factores que disminuyen o exoneran la responsabilidad, es decir, si se presentan, pueden hacer que la responsabilidad cambie de agente o simplemente que no haya responsabilidad.

2.3.1. Teoría de la Causalidad adecuada

La casualidad adecuada pretende seleccionar dentro de las diferentes causas la causa principal que originó el daño, con el propósito de poder determinar al responsable⁽⁵¹⁾ (De Ángel Yaguez, 2014, p. 132). Al respecto Ludovico Berti sostiene: “A nivel aplicativo, es necesario realizar un juicio de previsibilidad *ex ante*, poniéndose mentalmente en las condiciones del sujeto que ha determinado uno de los antecedentes y evaluar si, en aquel momento, el evento del daño fuese o no abstractamente previsible según la mejor ciencia y experiencia”⁽⁵²⁾ (Berti, 2013, p. 45). Las casuales que rompen la casualidad adecuada son las tradicionalmente desarrolladas en el derecho de daños, tanto civil como público, traspasadas al derecho medioambiental, en concreto las de fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima y hecho de tercero⁽⁵³⁾ (Arenas Mendoza, 2019, pp. 236-250).

2.3.2. Imputación objetiva

Esta teoría desarrollada por la dogmática alemana se separa de las teorías que sostienen que la comprobación de la relación de causalidad debe hacerse desde una perspectiva fáctica o naturalística, sin consideraciones jurídicas que puedan distorsionar las conclusiones a las que lleguen los jueces. Al contrario, propone que la verificación de la causalidad es una cuestión jurídica⁽⁵⁴⁾ (Medina Alcoz, 2007, p. 253).

Las causales de exoneración de la teoría de la imputación, a pesar de tener diferentes nombres, en ocasiones se pueden encuadrar dentro de las causales de exoneración de fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o intervención de tercero. Sin embargo, se debe tener presente que concretamente son: Riesgo permitido y no permitido; el fin de protección de la norma; la prohibición de regreso y la autopuesta y la asunción del riesgo por la propia víctima⁽⁵⁵⁾ (Arenas Mendoza, 2020, pp. 170-174).

Conclusiones

1. El medio ambiente es una de las principales preocupaciones de la humanidad, lo que se demuestra con la gran proliferación de acuerdos, organizaciones y manifestaciones sociales sobre el tema. Así, al Estado se le ha reconocido como el principal actor medioambiental fijándole fuertes obligaciones para su protección y unos lineamientos que tiene que cumplir.

2. Particularmente, a los países se le ha encargado de establecer un régimen de responsabilidad medioambiental, es decir la creación de un régimen jurídico nacional que permita tanto prevenir como reparar los daños medioambientales, esto porque es indiscutible el grave impacto sobre el entorno que puede tener la ocurrencia de estos daños.

3. En el derecho comparado se evidencian algunos avances tanto el derecho continental como el de los países anglosajones; sin embargo, el tratamiento en los países latinoamericanos ha sido bastante tímido, por lo que se genera un grave vacío jurídico y una clara necesidad de iniciar el difícil trabajo de su construcción en cada país, con el propósito de evitar y reparar los daños ambientales y, sobre todo, avanzar en la protección medioambiental.

4. Este artículo presenta la siguiente propuesta de definición como punto de partida: *La responsabilidad medioambiental Estatal es la obligación que tiene el Estado tanto de evitar como de reparar los daños causados por sus agentes (y de los que no se reparan adecuadamente por sus generadores, no se puede determinar su responsable o los realizados por un grupo ilegal) causados al medio ambiente.*

5. El presente artículo intenta responder a la pregunta sobre: ¿Cuáles son los lineamientos que debe contener una ley interna de responsabilidad medioambiental del Estado, para cada uno de los países latinoamericanos? A lo que se responde que se deben empezar por estudiar los siguientes temas:

- 1) Establecer los lineamientos puntuales del derecho internacional sobre la materia;
- 2) Realizar la presentación de los principales regímenes del derecho comparado;
- 3) Conocer los principios atribuidos a la responsabilidad medioambiental; y
- 4) Destacar los principales elementos para generar la responsabilidad estatal (Daño, comportamiento del agente y relación de causalidad o de imputación).

6. Sobre los lineamientos internacionales esenciales que se deben seguir, hay que recordar tanto el Principio 13 de la Declaración de Río como algunos apartados del artículo 8 del Acuerdo de Escazú. Estas orientaciones demuestran la obligatoriedad para los estados latinoamericanos de instaurar un sistema de responsabilidad medioambiental y fija unos parámetros puntuales que deben ser tenidos en cuenta por los diferentes países al construirlo.

7. El estudio de los regímenes de derecho comparado es esencial, para conocer los avances y mejoras que se pueden realizar sobre el tema. Concretamente, se deben analizar el régimen de los Estados Unidos (representante del derecho anglosajón) y el de la Comunidad Europea (perteneciente al derecho continental). La revisión de estos modelos es muy importante porque facilitan la implementación de un modelo propio porque traen definición, procedimiento, medidas de reparación, conceptos innovadores como el de operador, tipologías y otras ideas, como la creación de los superfondos ambientales o la determinación de los elementos de la responsabilidad.

8. Otro punto indispensable es determinar los principios esenciales de la responsabilidad ambiental, dentro de los que se deben incluir los de responsabilidad; el que contamina paga y repara; prevención y precaución. Además, se debe revisar la conveniencia de incluir otros.

9. Quizá uno de los temas más difíciles de determinar es el de los elementos de la responsabilidad, con lo que se proponen los del daño; comportamiento del agente y relación causal (o imputación). El primero, el daño o la amenaza de la producción de este, debe tener una clara definición, sus elementos y los tipos; el segundo, el comportamiento del agente, donde se debe tener claro que el Estado debe responder tanto por los daños que origina directamente como por aquellos que no son reparados por los agentes que los causan y recordar que el régimen de responsabilidad medioambiental debe contener tanto un modelo subjetivo (con culpa) como un objetivo (riesgo) y el tercero, se debe seleccionar si se utilizará un esquema de causalidad o de imputación, con sus respectivos factores de exoneración. Todo esto teniendo en cuenta la gran importancia que debe tener la teoría de la pérdida de oportunidad o chance en el derecho medioambiental latinoamericano.

10. La obligatoria tarea de la creación de un sistema de responsabilidad estatal para cada Estado latinoamericano es bastante compleja; no obstante, ya se ha avanzado sobre sus principales cimientos. Todo esto, sin desconocer el aporte del derecho interno en materia de responsabilidad estatal en cada país que, al ser más acorde con sus tradiciones y experiencias, es una fuente invaluable de conocimiento que permitiría ser un puente entre los lineamientos internacionales y el derecho nacional.

Referencias

- Arenas Mendoza, H. A. (2018). *El Régimen de la responsabilidad subjetiva*. Segunda ed. Legis.
- Arenas Mendoza, H. A. (2017) *El Régimen de la responsabilidad objetiva*. Segunda ed. Legis.
- Arenas Mendoza, H. A. (2019). *La responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por las fumigaciones con glifosato*. Ibáñez.
- Arenas Mendoza, H. A. (2020). *La responsabilidad medioambiental del Estado*. Primera edición. Legis.
- Beladiez Rojo, M. (1997). *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Tecnos.
- Betancor Rodríguez, A. (2018). *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales. El caso Prestige*. Colección Derecho Económico Ambiental. Boletín Oficial del Estado.
- Beltrán Castellanos, J. (2018). *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*. Universidad de Alicante-Aranzadi.
- Bermejo Vera, J. (2001). *Derecho administrativo. Parte especial*. Quinta edición. Civitas.
- Berti, L. (2013). *Il nesso di causalità in responsabilità civile Nozione, onore de allegazionie e onore della prova*. Giuffrè Editore.
- Bobbio, N. (1997). *Teoría General del Derecho*. Segunda Ed. Editorial Temis.
- Castillo Daudi, M., y Juste Ruíz, J. (2014). *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch.
- De Ángel Yaguez, R. (2014). *Casualidad en la responsabilidad extracontractual del Estado. Sobre el árbitro judicial, la imputación objetiva y otros extremos*. Civitas.

- Esteve Pardo, J. (2017). Derecho del medio ambiente. Cuarta edición. Marcial Pons.
- Esteve Pardo, J. (2018). Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario Sistemático. Marcial Pons.
- García Amado, J.A. (2013). Sobre algunos mitos del derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas. Derecho de daños. Mariano José Herrador Guardia (dir.). Aranzadi.
- García Amez, J. (2015) Responsabilidad por daños al medio ambiente. Thomson Reuters.
- Garner Rojas, C. (2015). Análisis jurídico conceptual de los principios de prevención y precaución en materia ambiental. Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental. Universidad Externado de Colombia.
- Gil Botero, E., y Rincón Córdoba, J. (2013). Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia. Serie Derecho Administrativo. Núm. 20. Universidad Externado de Colombia.
- González Pérez, J. (2006). Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Cuarta edición. Thomson-Civitas.
- Guerrero Zaplana, J. (2010). La responsabilidad medioambiental en España. Editorial La Ley.
- Henao Pérez, J. (2000). Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental, en Responsabilidad por daños al medio ambiente. Universidad Externado de Colombia.
http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/doc/henao_responsabilidad_ambiental_es.htm
- Liberati, A. (2009). *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Cedam.
- Lorenzetti, R., y Lorenzetti, P., (2019). Teoría del derecho ambiental. Grupo Editorial Ibáñez.

- Medina Alcoz, L. (2009). La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (II). Elementos. Factores de exoneración. Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. De las garantías de los ciudadanos y el control de las administraciones públicas, t. IV. Iustel.
- Medina Alcoz, L. (2007). La teoría de la pérdida de la oportunidad. Aranzadi.
- Nogueira López, A. (2013). Responsabilidad por daños ambientales, La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Segunda edición. Tirant Lo Blanch.
- Parada, R. (2004). Derecho administrativo I. Parte general. Decimoquinta ed. Marcial Pons.
- Rebollo Puig, M. (2010). Los principios generales del derecho. Atrevimiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción. Los principios jurídicos del derecho administrativo. La Ley.
- Rocasalva, C. (2018). *La responsabilidad medioambiental*. Altier.
- Roxin, C. (1997). Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Civitas.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Tamayo Jaramillo, J. (2011). *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*. Legis.
- Valencia Tello, D. C. (2020). Revoluciones liberales y culturas jurídicas. *Revista de la Facultad de Derecho*, (49).
- Villa Leguina, J. (2007). Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (136).

Páginas Web

<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>

https://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_es.pdf

<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

https://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_es.pdf

https://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/factsheet/ELD%20factsheet_ES.pdf

<https://www.boe.es/boe/dias/2007/10/24/pdfs/A43229-43250.pdf>

Notas

¹ “La protección del medio ambiente constituye actualmente una de las mayores preocupaciones de la humanidad. Aunque los orígenes del problema ambiental son antiguos, sus efectos más dramáticos se han manifestado abiertamente en tiempos recientes, poniendo en evidencia la necesidad de una acción concertada para responder a este nuevo desafío de dimensión ecuménica”. Castillo Daudi, M. y Juste Ruíz, J. (2014). La protección del medio ambiente en el ámbito internacional de la Unión Europea. Tirant Lo Blanch. Valencia. p. 12.

² “La preocupación por la preservación del medio ambiente en un estado óptimo para las generaciones futuras, constituye uno de los principales problemas ante los que se enfrentan las Administraciones Públicas”. García Amez, J. (2015) Responsabilidad por daños al medio ambiente. Thomson Reuters. Navarra. p. 31.

³ “En los países desarrollados, las instancias gubernamentales y administrativas son proclives a eludir las exigencias de las normas ambientales que pueden tener una repercusión negativa en la economía o afectar a sectores industriales estratégicos o sensibles. En los países en desarrollo, el cumplimiento de las normas ambientales adoptadas en el marco internacional se hace todavía más difícil, dado que las implicaciones económicas de las mismas vienen a agravar una situación que es ya de por sí cercana a lo insostenible”. Castillo Daudi, M. y Juste Ruíz, J. (2014). La protección

del medio ambiente en el ámbito internacional de la Unión Europea. Tirant Lo Blanch. Valencia. p. 92.

⁴ <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>

⁵ https://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_es.pdf

⁶ <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>

⁷ https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

⁸ “Históricamente se distinguen dos grandes e importantes tipos de sometimiento de la administración al derecho: el sistema administrativo o continental, desarrollado en el centro de Europa y expandido a gran cantidad de ordenamientos jurídicos de su área de influencia; y el sistema Anglosajón, que corresponde a las características propias y autónomas que lograron en Inglaterra la evolución de su derecho, y que al surgir el fenómeno de la administración le fue aplicado de manera similar al de otros sujetos de derecho”. Santofimio Gamboa, J. O. (2017). Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. p. 151.

⁹ “Por otro lado encontramos, el derecho de Europa continental o Civil Law, que es caracteriza por la centralización del poder primero en el Rey y luego en la Ley, (...)”. Valencia Tello, D. C. (2020). “Revoluciones liberales y culturas jurídicas”, en Revista de la Facultad de Derecho de Uruguay. Número 49, julio a diciembre. Montevideo. p. 3.

¹⁰ “No hay que olvidar que los países anglosajones están naturalmente inclinados a las teorías sociológicas del derecho por el lugar que el derecho consuetudinario (common law) en sus ordenamientos jurídicos que no conocer grandes codificaciones”. Bobbio, N. (1997). Teoría General del Derecho. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá. p. 36.

¹¹ “(...) el modelo inglés se emancipa del resto de Europa y, adicionalmente, introduce un nuevo elemento dinámico: la jurisprudencia, como verdadero factor de unidad, donde los jueces, -y no los príncipes o legisladores-, son quienes construyen el derecho común inglés o Common Law”. Valencia Tello, D. C. (2020). “Revoluciones liberales y culturas jurídicas”, en Revista de la Facultad de Derecho de Uruguay. Número 49, julio a diciembre. Montevideo. p. 7.

¹² “El Environmental Tort abarca cuestiones de responsabilidad civil ambiental, que son acciones privadas por daños y perjuicios que frecuentemente se superponen a la línea tradicional entre los agravios tóxicos y los litigios ambientales referidos a denuncias de contaminación de los recursos naturales tales como: el aire, aguas subterráneas y las aguas superficiales”. Rocasalva, C. (2018). La responsabilidad medioambiental. Editorial Altier. Barcelona. p. 61.

¹³ “De este modo, la CERLCA se aplica retroactivamente, fundamentalmente a la limpieza de sitios contaminados anteriores a la segunda guerra mundial, una época en la cual la protección ambiental no era considerada como un elemento fundamental dentro de las políticas de los Estados. De cara a entender esta posibilidad es necesario conocer y comprender el contexto en el cual se elabora la CERLCA, que, como generalmente ha reconocido la doctrina americana, es una norma cuyo objetivo principal es la restauración de sitios que ya están contaminados, es una norma cuyo carácter no es prospectivo, sino todo lo contrario, retroactivo, aplicándose a hechos que acaecieron con anterioridad a su entrada en vigor el 11 de diciembre de 1980”. García Amez, Javier, Responsabilidad por daños al medio ambiente, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 70-71.

¹⁴ Rocasalva, C. (2018). La responsabilidad medioambiental. Editorial Altier. Barcelona. p. 63.

¹⁵ Ver García Amez, J. (2015). Responsabilidad por daños al medio ambiente. Aranzadi. Cizur Menor. Navarra. pp. 225-233.

¹⁶ https://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_es.pdf

¹⁷ https://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/factsheet/ELD%20factsheet_ES.pdf

¹⁸ Esteve Pardo, J. (2017). Derecho del medio ambiente. Cuarta edición. Marcial Pons. Madrid. p. 111.

¹⁹ “Los principios generales del derecho son las ideas directrices de un ordenamiento jurídico, las que inspiran, orientan, relacionan y estructuran sus distintos elementos”. Rebollo Puig, M. (2010). “Los principios generales del derecho. Atrevimiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción”. Los principios jurídicos del derecho administrativo. Editorial La Ley. Madrid, p. 1525.

²⁰ “El derecho del medio ambiente es una disciplina jurídica que ha conocido en las dos últimas décadas una expansión espectacular, pero su recorrido en el tiempo es todavía corto. Se trata de una disciplina que está todavía por articular en torno a unos principios propios y alcanzar así su previsible y verdadera autonomía en el plano dogmático y académico”. Esteve Pardo, J. (2017). *Derecho del medio ambiente*. Cuarta edición. Marcial Pons. Madrid. p. 32.

²¹ “Esta es sin duda la regla que se funda en el principio básico de la responsabilidad en virtud del cual quien causa un daño ha de responder de él con su patrimonio”. Esteve Pardo, J. (2018). “Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario Sistemático”. Marcial Pons. Madrid. p. 106.

²² “Se impone la reparación íntegra de los daños porque lo que se pretende es que el daño ambiental no se produzca. No se trata de que quien paga contamina, sino que pagando se evite la contaminación, el daño”. Betancor Rodríguez, A. (2018). *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales. El caso Prestige*. Colección Derecho Económico Ambiental. Boletín Oficial del Estado. Madrid. p. 31.

²³ “Definitivamente la mejor manera de enfrentar los problemas en materia ambiental es impedir que ocurran. La idea de prevención es indisoluble de la conciencia ecológica que alimenta el trasfondo del derecho ambiental”. Garner Rojas, C. (2015). “Análisis jurídico conceptual de los principios de prevención y precaución en materia ambiental”. *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. p. 42.

²⁴ “[...] la intervención de la Administración en aquellas actividades que presentan incidencia ambiental se hace necesaria, mediante la imposición de deberes y obligaciones que eviten la causación de daños o la propagación de aquellos ya causados”. García Amez, J. (2015) *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Aranzadi. Cizur Menor. Navarra. p. 35.

²⁵ “El principio de precaución se materializa a través de la toma de decisiones por parte de las autoridades administrativas que ordenan la inacción cuando no existan pruebas científicas sobre las potencialidades de generación de riesgos de una actividad o cuando dichas pruebas no despejen las dudas respecto del posible acaecimiento de daños”. Gil Botero, E. y Rincón Córdoba, J. (2013). *Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia*. Serie Derecho Administrativo. Núm. 20. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. p. 66.

²⁶ Esteve Pardo, J. (2017). Derecho del medio ambiente. Cuarta edición. Marcial Pons. Madrid. p. 108.

²⁷ El concepto de daño objeto de reparación constituye un concepto legal, es el legislador la persona encargada de delimitar qué daño debe ser o no reparable. La práctica totalidad de las acciones humanas generan algún tipo de daño ambiental, e incluso el propio medio ambiente se daña así mismo”. García Amez, J. (2015). Responsabilidad por daños al medio ambiente. Thomson Reuters. Navarra. p. 107.

²⁸ Betancor Rodríguez, A. (2018). Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales. El caso Prestige. Colección Derecho Económico Ambiental. Boletín Oficial del Estado. Madrid. p. 56.

²⁹ “En definitiva, existen toda una serie de problemas jurídicos específicos en los supuestos de daños ambientales que deben ser abordados para determinar cómo, cuándo y frente a qué lesiones puede exigirse la responsabilidad administrativa”.

Nogueira López, A. (2013). “Responsabilidad por daños ambientales”, La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Segunda edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. p. 1225.

³⁰ Guerrero Zaplana, J. (2010). La responsabilidad medioambiental en España, Editorial La Ley, Madrid, p. 52.

³¹ Henao Pérez, J. (2000). “Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental”, en Responsabilidad por daños al medio ambiente. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Disponible en: http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/doc/henao_responsabilidad_ambiental_es.htm

³² “Lo fundamental y primario en la reparación de los daños particulares nunca elimina la obligación de reparación del daño ambiental; por eso se establece que las reclamaciones de los particulares perjudicados en cualquier proceso o procedimiento nunca exonerarán al operador responsable de la adopción plena y efectiva de las medidas de prevención, evitación o reparación [...]”. Guerrero Zaplana, J. (2010) La responsabilidad medioambiental en España. Editorial La Ley. Madrid. p. 99.

³³ “Una dificultad que se encuentra no en la valoración del daño, sino en la reparación, que es una utopía que no puede convertirse en realidad, ya que una vez la estructura

genética de un elemento ambiental ha sido modificado, el proceso es irreversible. Otro problema añadido es la distancia temporal existente entre el momento en el cual la acción causante del daño es realizada, y el momento en que el daño se manifiesta, ya que entre uno y otro puede existir una enorme dilatación temporal”. García Amez, J. (2015). Responsabilidad por daños al medio ambiente. Thomson Reuters. Navarra. pp. 123-124.

³⁴ “En el caso de los daños a las especies y los hábitats, serán significativos cuando los cambios experimentados por el receptor produzcan efectos adversos que afecten al mantenimiento de un estado favorable de conservación o la posibilidad de que este sea alcanzado”. Beltrán Castellanos, J. (2018). Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental. Universidad de Alicante-Aranzadi. Cizur Menor. p. 127.

³⁵ “[...] la cuestión se resuelve ordinariamente con una interpretación amplia, bastando la circunstancia de que el agente de la Administración esté por uno u otro título, de una u otra manera, inserto en la organización administrativa para que a aquella se imputen los daños originados por el agente”. Parada, R. (2004). Derecho administrativo I. Parte general. Decimoquinta edición. Marcial Pons. Madrid. p. 634.

³⁶ “En resumen: en mi opinión, hoy en día la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos debe comprender: por una parte, a toda actividad de titularidad pública, tanto si la realiza un sujeto de derecho público o de derecho privado, y con independencia de que este último sea una empresa pública o no, pues la Administración también puede contratar con particulares su realización o prestación; y, por otra, a las actividades privadas que objetivamente puedan ser consideradas como actividad de servicio público”. Beladiez Rojo, M. (1997). Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Tecnos. Madrid. pp. 49-50.

³⁷ La definición de operador aparece en la Ley 26 de 2007 de responsabilidad medioambiental española del 23 de octubre, en el numeral 10, del artículo 2º, los siguientes términos: “2.10. ‘Operador’: cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. Para su determinación se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 14.1.b), no quedan inclui-

dos en este concepto los órganos de contratación de las Administraciones Públicas cuando ejerzan las prerrogativas que les reconoce la legislación sobre contratación pública en relación con los contratos administrativos o de otra naturaleza que hayan suscrito con cualquier clase de contratista, que será quien tenga la condición de operador a los efectos de lo establecido en esta ley”. <https://www.boe.es/boe/dias/2007/10/24/pdfs/A43229-43250.pdf>

³⁸ “Igualmente la interpretación extensiva que ha venido realizando tradicionalmente la jurisprudencia en cuanto a los sujetos privados que realizan funciones públicas –muy frecuentemente en el terreno de control de seguridad de productos y procesos– puede conducir a que daños ambientales que inicialmente deberían ser reclamados por la vía civil encuentren satisfacción en el orden contencioso-administrativo”. Nogueira López, A. (2013). “Responsabilidad por daños ambientales”. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Segunda Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. p. 1240.

³⁹ Ver Arenas Mendoza, H. A. (2018). El Régimen de la responsabilidad subjetiva. Segunda edición. Legis. Bogotá.

⁴⁰ Ver Arenas Mendoza, H. A. (2017) El Régimen de la responsabilidad objetiva. Segunda edición, Legis, Bogotá.

⁴¹ “[...] comprende también, y sobre todo, el funcionamiento ilegal, irregular o anómalo, o si se prefiere, el funcionamiento objetivamente culpable del servicio público, aquel que se sitúa por debajo de los niveles legales o socialmente exigibles”. Villa Leguina, J. (2007). “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 136, octubre-diciembre. p. 677.

⁴² “En el terreno medioambiental, por tratarse de la tutela de bienes de uso común, es dable requerir a cualquier sujeto un obrar prudente, diligente y precautorio tendiente a adoptar todas las medidas posibles de evitación de daños en forma previa a la realización de cualquier actividad susceptible de modificar negativamente el entorno”. Lorenzetti, R. y Lorenzetti, P., (2019). Teoría del derecho ambiental. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. p. 381.

⁴³ “[...] para que la simple inactividad sea una omisión y, por tanto, jurídicamente equivalente a la acción generadora de daño, han de darse dos requisitos: que al agente le fuese posible impedir el evento dañoso y que tuviese la obligación legal de hacer-

lo”. Bermejo Vera, J. (2001). Derecho administrativo. Parte especial. Quinta edición. Civitas. Madrid. p. 1274.

⁴⁴ “Para nosotros, peligrosa es toda actividad que, una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos”. Tamayo Jaramillo, J. (2011). Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Legis. Bogotá. p. 935.

⁴⁵ “Un resultado causado por el agente solo puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto”. Roxin, C. (1997). Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Civitas. Madrid. p. 363.

⁴⁶ “En otras palabras, lo que incrementa el riesgo es la parte de los hechos que se debe a la culpa. Todo riesgo que se incrementa sin culpa, por algún tipo de azar, y que por ese incremento no culposo se convierta en daño, es un riesgo perfectamente irrelevante a efectos de imputación al demandado”. García Amado, J.A. (2013). “Sobre algunos mitos del derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas”. Derecho de daños. Mariano José Herrador Guardia (dir.). Aranzadi. Navarra. p. 131.

⁴⁷ “[...] si el funcionamiento normal del servicio se traduce en una disminución del peligro ya existente, el daño que pudiera ocasionarse del funcionamiento normal no sería indemnizable”. González Pérez, J. (2006). Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Cuarta edición. Thomson-Civitas, Madrid, p. 474.

⁴⁸ “Entre los elementos necesarios, para la configuración de la responsabilidad de la administración, está, también, la demostración de la relación de causa-efecto”. Liberrati, A. (2009). La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Cedam. Padua. p. 579.

⁴⁹ “Se dice que hay causalidad cuando, representado idealmente el curso de los acontecimientos, como si no hubiera mediado el hecho lesivo, resulta, lógicamente, que el daño no se habría producido. Es la regla llamada en el derecho norteamericano *but for*

test (examen ‘de no haber sido por’ o ‘de no haber mediado’ —el hecho lesivo—), según la cual hay causalidad cuando puede responderse positivamente a la pregunta ¿se habría verificado el daño de faltar la conducta del demandado? (would the plaintiff’s harm have occurred ‘but for’ the defendant’s conduct?). Es también la que el derecho europeo, partiendo de las aportaciones del científico inglés John Stuart Mill y del penalista alemán Maximilian Von Buri, denomina teoría de la *conditio sine qua non*, de la equivalencia de las condiciones, de la equivalencia (Äquivalenz-theorie) o de la condición (Bedingungstheorie)”. Medina Alcoz, L. (2009). “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (II). Elementos. Factores de exoneración”. Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. De las garantías de los ciudadanos y el control de las administraciones públicas, t. IV. Iustel. p. 86.

⁵⁰ “Que no se exija la concurrencia de dolo, culpa o negligencia quiere decir que lo fundamental es la relación causal entre la actividad del operador y el resultado dañoso que se trata de reparar o prevenir, puesto que no se exige la concurrencia de dolo ni culpa (en ninguno de sus grados) para generar responsabilidad. Se trata de una forma de responsabilidad de naturaleza objetiva que se caracteriza por la existencia fundamental del nexo causal como elemento generador del mecanismo previsto en la ley”. Guerrero Zaplana, J. (2010). La responsabilidad medioambiental en España. Editorial La Ley. Madrid. p. 72.

⁵¹ De Ángel Yaguez, R. (2014). Casualidad en la responsabilidad extracontractual del Estado. Sobre el árbitro judicial, la imputación objetiva y otros extremos. Civitas. Navarra. p. 132.

⁵² Berti, L. (2013). Il nesso di causalità in responsabilità civile Nozione, onore de allegazione e onore della prova. Giuffrè Editore. Milano, p. 45.

⁵³ Sobre las causales tradicionales de rompimiento de la relación causal ver: Arenas Mendoza, H. A. (2019). La responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por las fumigaciones con glifosato. Ibáñez. Bogotá. pp. 236-250.

⁵⁴ “La teoría está todavía en desarrollo y no ha alcanzado una formulación dogmática unitaria y definitiva, habiendo casi tantas versiones como autores. Pero, en lo que aquí interesa, todos comparten la idea de que una cosa es la causalidad física, para cuya definición hay que remitirse a las ciencias naturales; y otra la imputación objetiva, que es el terreno dentro del cual el derecho introduce criterios con que decidir si el daño puede ponerse a cargo del sujeto que lo causó materialmente”. Medina Alcoz, L.

(2007). La teoría de la pérdida de la oportunidad. Aranzadi. Pamplona. p. 253.

⁵⁵ Para profundizar sobre los factores de exoneración de la teoría de la imputación objetiva ver: Arenas Mendoza, H.A. (2020). La responsabilidad medioambiental del Estado. Primera edición. Legis. Bogotá. pp. 170-174.