

Criterios para la Reparación Integral de las Víctimas por el Daño Ambiental Producido por la Actividad Minera de Extracción de Oro, Establecidos por la Jurisprudencia Colombiana desde 1991 hasta la Actualidad.

María Fernanda Robles Amorocho

Trabajo de grado para optar por el título de Abogada

Director

Héctor Elías Hernández Velasco

Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad Industrial de Santander  
Facultad de Ciencias Humanas  
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas  
Bucaramanga  
2022

### **Dedicatoria**

A mi familia, Rocío Amorocho Herrera, Gustavo Byrom Robles Guiza, María Paula Robles Amorocho, Luna y Milú, a quienes amo profundamente y sin quienes mi vida no tendría ningún sentido.

Bucaramanga, septiembre de 2022.

### **Agradecimientos**

En primer lugar, agradezco al director de este trabajo de grado, el profesor Héctor Hernández, quien, con su acompañamiento y disertaciones, permitió que mis ideas se aclararan. Él me sirvió como orientador en todo el proceso investigativo hasta hallar una respuesta al problema que me había planteado. También le agradezco por haber transmitido su conocimiento de manera tan completa e interesante desde las clases de responsabilidad que me dictó en el pregrado, pues gracias a eso, nació mi gran pasión por esta área del derecho.

También quiero agradecer al profesor Henry Reyes Garcés, quien fue mi padrino y tutor académico durante 2021 y me animó a desarrollar los sueños que tenía en el ámbito académico. Le agradezco la rigurosidad que sembró en mí con sus observaciones sobre tantas ideas que discutimos.

Además, expreso mi gratitud por mis amigos de universidad, por acompañarme en este proceso y aportar en mi construcción como profesional y persona, semestre tras semestre; en especial a Stella Mary y Rafael, que han sido incondicionales en todo sentido. Los quiero.

Agradezco a Alejandra y a Sofía, por hacer trascender nuestra amistad todo este tiempo y ser un pilar fundamental para mi vida.

Le doy las gracias a mis padres, a mi hermana, a mis abuelas Judith y Alba, a mis abuelos Gustavo y Alfonso, y a mi tía Karime por todo el amor, confianza y apoyo que me han brindado. Gracias por sus oraciones.

Por último, le agradezco a Dios por ser mi impulso y mi lugar seguro.

## Tabla de contenido

	<b>Pág.</b>
Introducción .....	9
1. La actividad minera de extracción de oro en Colombia y la contaminación que produce ....	11
1.1 Contextualización de la actividad minera de extracción de oro en Colombia.....	11
1.1.1 La actividad minera de extracción de oro en la historia colombiana .....	11
1.1.2 Métodos de extracción de oro .....	15
1.1.3 Marco normativo de la actividad minera de extracción de oro en Colombia .....	17
1.1.4 Minería legal y minería ilegal .....	19
1.2 Contaminación al medio ambiente producida por la actividad minera de extracción de oro .....	20
1.2.1 Afectación a las aguas producida por la minería aurífera .....	24
1.2.2 Afectación a la tierra producida por la minería aurífera .....	29
1.2.3 Contaminación al aire producida por la minería aurífera.....	31
2. El régimen de responsabilidad civil extracontractual en Colombia .....	32
2.1 Régimen Subjetivo.....	34
2.2 Régimen Objetivo .....	36
2.3 Elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual.....	38
2.3.1 Daño .....	38
2.3.1.1 Daño Emergente.....	43
2.3.1.2 Lucro Cesante. ....	44
2.3.1.3 Perjuicios Extrapatrimoniales. ....	48
2.3.2 Nexo De Causalidad.....	53
2.3.3 Culpa .....	57
3. La Reparación Integral .....	59
3.1 Restitución .....	65
3.2 Indemnización.....	68
3.2.1 Indemnización Del Daño Emergente .....	70
3.2.2 Indemnización Del Lucro Cesante .....	75
3.2.3 Indemnización Del Daño Extrapatrimonial.....	81
3.3 Rehabilitación .....	83

4. La reparación integral de las víctimas del daño ambiental impuro que produce la minería aurífera .....	83
4.1 El daño ambiental impuro .....	83
4.2 Precisiones generales sobre el elemento del daño ambiental en los procesos de responsabilidad civil extracontractual.....	88
4.3 La reparación integral del daño ambiental.....	90
4.4 Los criterios para la reparación integral del daño ambiental por la extracción minera de extracción de oro.....	96
4.4.1 La reparación integral por el daño ambiental impuro que la minería aurífera genera a las aguas	98
4.4.2 La reparación integral por el daño ambiental impuro que la minería aurífera genera a la tierra .....	101
4.4.3 La reparación integral por el daño ambiental impuro que la minería aurífera genera al aire .....	102
5. Conclusiones.....	103
Referencias Bibliográficas .....	106

**Lista de Tablas**

	<b>Pág.</b>
Tabla 1. Conceptos de daño según doctrinantes destacados.....	42
Tabla 2. Fórmula utilizada por la Corte Suprema de Justicia para la cuantificación del Lucro Cesante Consolidado .....	77
Tabla 3. Fórmula utilizada por la Corte Suprema De Justicia para la cuantificación del Lucro Cesante Futuro.....	78

## Resumen

**Título:** Criterios para la reparación integral de las víctimas por el daño ambiental producido por la actividad minera de extracción de oro, establecidos por la jurisprudencia colombiana desde 1991 hasta la actualidad.\*

**Autora:** María Fernanda Robles Amorocho\*\*

**Palabras Clave:** Responsabilidad civil extracontractual, daño ambiental, reparación integral, minería aurífera.

### Descripción:

Este trabajo de investigación es una aproximación teórica a un asunto no muy explorado en nuestro ordenamiento jurídico colombiano. Se trata de un estudio que pretende identificar los criterios de la reparación integral de las víctimas por daño ambiental causadas por la actividad minera de extracción de oro, la cual es una actividad que se practica en nuestro territorio de manera legal e ilegal y que produce, no sólo repercusiones en el medio ambiente, sino también en la esfera individual de las personas. Lo anterior, a partir de la consulta de jurisprudencia que desarrolla los elementos principales de estudio por separado esto es, de la minería aurífera, la responsabilidad extracontractual y sus elementos constitutivos, la responsabilidad por daño ambiental, y la reparación integral, pues aún no existe una de ellas que abarque la hipótesis que este estudio plantea.

En el texto se explora cómo, desde la responsabilidad civil extracontractual, las víctimas del daño ambiental causado por la actividad minera a sus intereses particulares, pueden entenderse reparadas integralmente, y cómo el daño ambiental entra a ser parte del análisis de responsabilidad. Esto es, se analiza la influencia de la actividad minera contaminante como determinadora del régimen objetivo o subjetivo de responsabilidad extracontractual. Por ello, este texto también es una exploración a la convergencia entre el derecho ambiental y la responsabilidad extracontractual.

---

\*Trabajo de Grado.

\*\*Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Héctor Elías Hernández Velasco.

## Abstract

**Title:** Criteria for the comprehensive reparation of the victims for the environmental damage produced by the mining activity of gold extraction, established by the Colombian jurisprudence from 1991 to the present.\*

**Author:** María Fernanda Robles Amorocho\*\*

**Key Words:** Tort civil liability, environmental damage, comprehensive reparation, gold mining.

### Description:

This research work is a theoretical approach to a subject not very explored in our Colombian legal system. This is a study that pretends to identify the criteria for the comprehensive reparation of victims of environmental damage caused by gold mining activity, which is an activity that is practiced in our territory legally and illegally and that produces, not only repercussions in the environment, but also inside personal life of victims. The above said, based on the consultation of jurisprudence that develops the main elements of study separately, that is, of gold mining, non-contractual liability and its constituent elements, liability for environmental damage, and comprehensive reparation, since it does not yet exist. one of them that covers the hypothesis that this study raises.

The text explores how, from extracontractual civil liability, the victims of environmental damage caused by mining activity to their private interests, can be understood as fully repaired, and how environmental damage becomes part of the liability analysis. That is to say, the influence of polluting mining activity is analyzed as a determinant of the objective or subjective regime of non-contractual liability. Therefore, this text is also an exploration of the convergence between environmental law and non-contractual liability.

---

\*Degree Work.

\*\*Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Science. Director: Héctor Elías Hernández Velasco

## Introducción

La minería aurífera ha provocado un gran impacto en la formación de la sociedad colombiana, y con ello, la ha sometido al sufrimiento de las consecuencias propias de la actividad extractiva y sus técnicas. Cada vez más, las personas integrantes de las comunidades aledañas las zonas en las que se practica la minería aurífera demandan la protección de sus derechos. En su entorno se generan afectaciones a ciclos naturales esenciales para el mantenimiento del ecosistema.

En actividades como la minería poco o nada controladas se liberan sustancias tóxicas porque los métodos que se utilizan para extraer metales así lo disponen, perjudicando a su paso la salubridad de los habitantes aledaños a las zonas de extracción (Procuraduría General de la Nación, 2011). Las afectaciones que esta actividad produce al suelo, agua y aire hacen reclamar la garantía de su derecho al medio ambiente sano, y la protección frente a las repercusiones que pueden percibir en su esfera individual.

Entonces bien, todas estas repercusiones y atropellos a la indemnidad de las personas generan la necesidad de tutela de sus derechos, cualquiera de ellos que se vean vulnerados, mediante acciones constitucionales que eviten la ocasión de un daño. Pero también, el ordenamiento jurídico permite el reclamo de reparación e indemnización por los perjuicios sufridos en caso de que un daño se haya producido.

La virtualidad del daño escapa muchas veces de la posibilidad de su causador de controlar el resultado indeseado. Más aún, el producto de una acción que genere responsabilidad extracontractual puede atentar contra el patrimonio existente o esperado de una persona, su salud, vida de relación, ámbito, moral, etc. Corresponde determinar en cada caso qué elementos se transgreden para así poder establecer cómo se debe cuantificar el daño y la indemnización a pagar al sujeto perjudicado.

Pero el daño ambiental no es una consideración de frecuente desarrollo en los procesos por responsabilidad civil extracontractual. Mucho menos, cuándo se trata del daño producido por la actividad minera de extracción de oro. En este escenario, para hallar una solución restaurativa para las víctimas de perjuicios individuales por el deterioro del medio ambiente, es necesario poner en una misma línea el derecho ambiental que pareciera ser siempre colectivo y el derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Se persigue, entonces, una aproximación a una noción compuesta por conceptos jurídicos dispersos, pero que, comprendidos como un todo, pueden tener aplicabilidad y utilidad real en el marco de las actividades descritas.

Los daños que se producen por la actividad minera de extracción de oro no son pocos. Los impactos de esta actividad podrían afectar la esfera patrimonial y extrapatrimonial de las personas. Para conjurarlos, se requeriría la aplicación de una reparación integral. Pues bien, el entendimiento de los criterios para lograr una reparación integral por daño ambiental en los procesos por responsabilidad civil extracontractual derivado de esta actividad, tiene la potencialidad de orientar a accionantes, accionados y jueces que conozcan de estos asuntos.

Vale resaltar que el estudio que se va a emprender se circunscribirá al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual en todo el sentido de dicho concepto, esto es, los potenciales sujetos responsables serían los causadores directos del daño. Se excluirá el estudio de la reparación integral y de la responsabilidad del Estado por su omisión.

## **1. La Actividad Minera de Extracción de Oro en Colombia y la Contaminación que Produce**

### **1.1 Contextualización de la Actividad Minera de Extracción de Oro en Colombia**

#### **1.1.1 *La actividad minera de extracción de oro en la historia colombiana***

Desde la época precolombina, los indígenas aprovechaban los recursos naturales, entre ellos, los minerales como el barro, plata, el oro, las esmeraldas, entre otros, con la finalidad de utilizarlos en sus ornamentos, rituales, actividades de cerámica y joyería (Guiza et al., 2016). La extracción que se realizaba para estos fines era principalmente rudimentaria y constituía un aspecto fundamental de la vida social, económica y cultural de las comunidades originarias de la región como los quimbayas, cunas, emberas, muiscas y katíos.

Con la invasión del continente por parte de los españoles en el siglo XVI, los indígenas fueron despojados de su propiedad cultural orfebre y el oro, junto con otras piedras preciosas, fue convertido en un elemento de interés económico para los nuevos ocupantes. Así, los españoles fueron responsables de construir minas de socavón de las que extraían una mayor cantidad y, posteriormente, ya en el siglo XVII, la corona comenzó a tecnificar el ejercicio en las minas de Caldas y de Antioquia, con lo cual aumentó la posibilidad de extracción e incluso de inversión extranjera. Así el ejercicio de la actividad minera se ha mantenido vigente, sin ser la actividad económica más relevante de nuestro país. Aun así, véase que esos sistemas instaurados en la América Hispana constituyeron la base del conocimiento que muchos mineros artesanales hoy aplican (Procuraduría General de la Nación, 2011).

La minería, sea de oro o de otros minerales metálicos o no metálicos, ha sido una actividad económica desarrollada, en mayor medida de manera ilegal. De hecho, los esfuerzos y objetivos

de los gobiernos colombianos hoy en día corresponden a reducir la cantidad actividad irregular, que no artesanal. Históricamente, la reglamentación de la minería ha sido insuficiente y es precisamente por esa razón que el desarrollo de la industria minera en Colombia haya tenido un desarrollo irregular y desordenado. Según Urrutia (2008), el valor del oro no provocó un incentivo en la industria del transporte o en la constitución de asentamientos alrededor de las comunidades que se dedicaban a la extracción minera en el siglo XIX. Cosa distinta a lo que sucedió con la industria del café y del petróleo que si implicaba técnicas sofisticadas e incluso mano de obra calificada. Es esto lo que generó que alrededor de las comunidades dedicadas de la extracción del oro se mantuvieran prácticas artesanales y sobre las personas dedicada a esta actividad no se ejerciera un control igual de riguroso.

Ya para el siglo XX, se comenzó a implementar un esfuerzo por innovar en las técnicas de extracción minera y por establecer empresas formales que ejercieran la actividad ordenadamente y en cumplimiento de la poca normativa existente para ese entonces. Así, se fueron generando un crecimiento económico en ciudades como Medellín, centro de comercio de oro en Antioquia, el cual es un departamento en los cuales ha habido más tradición aurífera en Colombia. Según Chaparro y Guiza (2020), el crecimiento de la pequeña industria minera en nuestro país y en la región latinoamericana ocurrió a raíz de la disminución de inversión extranjera provocada por las guerras mundiales de principio de siglo XX. Esta continúa siendo una fuente de ingresos y de oportunidad laboral para las personas pertenecientes a las comunidades aledañas de las minas, sigue habiendo explotación de este estilo, pero sin planificación ni mucho control del Estado (Procuraduría General de la Nación, 2011).

Durante mucho tiempo, los seres humanos hemos considerado que poseemos un ingenio tal que somos capaces de domar, perseguir, conseguir y aprovechar la fauna, la flora, los minerales,

y demás sustancias del ecosistema, tanto así que denominamos “recursos naturales” a todo aquello que creemos que la “madre naturaleza” nos provee. Esa es una visión antropocéntrica de la relación entre la persona y el medio ambiente. Así, se entiende a la naturaleza como un instrumento proveedor de lo que se requiere para subsistir: alimento, energía, recreación y riqueza.

El curso y evolución del planeta va obligando a nuestra sociedad a cambiar la ética ambiental que nos ha regido. La naturaleza misma se ha encargado de dar una respuesta a la dinámica que, sin ningún reparo, podría denominarse como intervencionista. Esto lo vemos reflejado en los fenómenos ambientales como el cambio climático, la contaminación de las aguas y su no potabilidad, extinción de especies, etc. Son esas consecuencias que ya empezamos a sufrir las que nos han llevado a proteger el medio ambiente y a reconocer su valía.

Así se va construyendo un nuevo paradigma que permite el desarrollo económico, pero que, a la vez, limita el aprovechamiento de los recursos naturales, para dar un enfoque social y ecológico al sistema productivo. Esto es el desarrollo sostenible, principio que tuvo lugar con la Declaración de Río de 1992 y que ha venido consolidando su importancia, hasta convertirse en un asunto de agenda internacional y de parámetro a seguir para los Estados parte de esta convención, como lo es Colombia. Entonces, si antes se entendía en el argot popular que “lo que no se cultiva se mina” para hacer referencia a que todo en la tierra era aprovechable, ahora se limita ese beneficio económico derivado de la extracción y producción de recursos, para que se mantenga acorde al interés social, la indemnidad del medio ambiente y del patrimonio cultural de la Nación. Bien lo ha considerado la honorable Corte Constitucional en sus providencias, como la sentencia C-449 de 2015:

En la balanza desarrollo económico – preservación del medio ambiente, ha ido restringiendo la amplitud y flexibilidad con que se miraba el concepto bienestar económico,

para adentrarse paulatinamente por una mayor propensión de la protección del medio ambiente, atendiendo el impacto ambiental que generan ciertas actividades sobre el entorno ecológico y sus componentes, además del desconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Ello se ha reflejado en la imposición de una serie de limitaciones y condicionamientos al ejercicio de la libertad de la actividad económica, que buscan hacer compatibles de una manera más justa el desarrollo económico con la necesidad e interés superior de mantener y preservar un ambiente sano. (Corte Constitucional, C-449, 2015)

Pues bien, los límites a imponer sobre las actividades económicas se configuran para evitar efectos nocivos sobre el entorno ecológico. Sobre este punto, principios como el de precaución y prevención son ahora recursos jurídicos indispensables y de obligatorio cumplimiento, para satisfacer las necesidades de subsistencia de las generaciones presentes y futuras. Estos últimos no serán desarrollados en la investigación, pero vale la pena mencionarlos para denotar que desde el ordenamiento jurídico se cuenta con instrumentos para hacer efectivo el desarrollo sostenible.

La actividad económica que se analizará en la presente investigación, con respecto a las repercusiones sobre el medio ambiente que pueda generar y el impacto de éstas en la vida de las personas, es la minería aurífera. Esto es porque, en nuestra región, la comunidad, desde el ejercicio de su derecho de participación, ha iniciado un activismo fuerte para frenar la minería industrial de oro y combatir los posibles efectos nocivos de ésta sobre el agua y las áreas de importancia ecológica como el Páramo de Santurbán.

Por supuesto, no es el único proyecto que se viene adelantando en el país y, de lejos será el último en desarrollarse. De ahí, que, en las regiones, cada vez, las personas se vayan interesando más por conocer los alcances de la minería, no solamente en el ámbito económico, por ser ésta una posible fuente de trabajo estable, sino también por el efecto dañoso que pueda tener, en sus vidas,

el manejo ambiental de los proyectos mineros. Se despierta una alerta de precaución frente a las repercusiones de la minería aurífera en los ámbitos patrimonial y extrapatrimonial de las personas.

A pesar de que este texto desarrolle lo que parece ser una visión biocéntrica del daño ambiental, porque se estudia la forma de compensación a un sujeto por los perjuicios al ecosistema que, a su vez, le afectaron directamente, no se excluye la recomendación de concebir un ordenamiento jurídico ambiental en el que tenga cabida una visión ecocéntrica, que reconozca el valor intrínseco de la naturaleza, sin consideración a su aporte para la humanidad.

### **1.1.2 *Métodos de extracción de oro***

En rasgos generales, la minería aurífera es la actividad que implica la exploración, obtención y explotación selectiva de los yacimientos de roca dura o de los depósitos aluviales en los que reposan las partículas de oro. Para conseguir este mineral y obtener de él un provecho económico, es necesario el despliegue de las etapas de extracción, procesamiento, concentración, amalgamación, quema y refinación (Ayala et al., 2019).

La extracción puede realizarse de depósitos aluviales, mediante la excavación de la superficie, o de yacimientos de roca dura en los que obtiene el mineral de la fragmentación de las piedras. Para agregar precisión al asunto y apreciar que existe diferenciación en el método de extracción y explotación de oro y, por lo tanto, también en los impactos que puede generar en el medio ambiente, se presentan a continuación los tipos de minería que se diferencian en nuestro ordenamiento (Procuraduría General de la Nación, 2011).

- **Minería ocasional:** La ley 685 de 2001 en su artículo 152 establece “La extracción ocasional y transitoria de minerales industriales a cielo abierto, que realicen los propietarios de la

superficie, en cantidades pequeñas y a poca profundidad y por medios manuales, no requerirá de concesión del Estado” (Ley 658 de 2001). Se prohíbe la comercialización del producto, tan sólo se permite el uso del propietario del suelo y el propietario debe prevenir efectos nocivos al medio ambiente.

Como se observa de la descripción de este tipo de minería, la autorización de la extracción está sujeta a tres elementos principales: (i) que quien realice la actividad ocasionalmente sea propietario del suelo del cual va a obtener provecho, (ii) que no se tenga provecho económico o se use el producto en el ámbito comercial o industrial y, (iii) que la extracción se realice dentro de un marco de diligencia y cuidado del medio ambiente, siendo que debe prevenir los daños que la actividad pueda causar al ecosistema. En caso de que ocurriesen los daños, debería, en todo caso mitigarlos o compensarlos conforme al principio “el que contamina, paga”.

- **Minería de subsistencia:** Se desarrolla a través de métodos no técnicos. El minero de subsistencia no pretende obtener mayor beneficio económico más allá de la satisfacción de sus necesidades básicas. Se entiende que, en este tipo de método, si se obtiene un ingreso de subsistencia, este no tiene la magnitud para catalogarse en una actividad comercial o industrial (Ayala et al., 2019).

- **Minería artesanal:** Es difícilmente diferenciable de las categorías anteriores, sin embargo, puede identificarse con los siguientes patrones: incluye tanto a pequeños productores mineros que trabajan de manera individual, o en familia, o agrupados en formas asociativas, cooperativas, pequeñas y microempresas, y en algunos casos, comunidades indígenas y

afrodescendientes que explotan oro como una actividad de tradición (Ministerio de Minas y Energía, 2003).

En cuanto a la escala de producción, se comprende en esta categoría desde la minería de subsistencia hasta auténticas operaciones de pequeña producción minera, pasando por distintos niveles de minería artesanal.

- **Barequeo:** La ley 685 de 2001 en su artículo 155 la define como “actividad popular de los habitantes de terrenos aluviales actuales”. Se caracteriza por la realización de lavados a arenas que contienen minerales preciosos sin la utilización de maquinarias y medios mecánicos. El trabajo de extracción es manual (Ley 685 de 2001).

### **1.1.3 Marco normativo de la actividad minera de extracción de oro en Colombia**

Desde el ámbito de la consagración normativa, es posible advertir que la minería de oro, como actividad extractiva, es una de las actividades económicas de mayor relevancia para el Estado colombiano. Esto es porque, con ella, se busca el rendimiento de un recurso natural no renovable. Precisamente, el artículo 80 de la Constitución Política establece que es el Estado es el encargado de planear el aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, y su conservación, restauración y sustitución (Procuraduría General de la Nación, 2011).

En concordancia con lo anterior, el artículo 334 de la norma superior dicta que el Estado debe intervenir en la explotación de los recursos naturales con fines de sostenibilidad fiscal, mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, distribución equitativa de oportunidades y beneficios de desarrollo, y preservación de un medio ambiente sano. De esto se sigue que el

constituyente mismo reconoció que el objeto y ejecución de la actividad económica de la minería de oro podría provocar ciertas consecuencias y afectaciones en la comunidad. Por eso, dispuso que el Estado debía supervisar la explotación de los recursos naturales no renovables y procurar la mantención de la integridad de la nación (Aragón, 2018).

Desde la convencionalidad, se resalta uno de los instrumentos más relevantes: La Conferencia de Rio de Janeiro de 1992, en la cual se consagran los principios del derecho ambiental como el de desarrollo sostenible, precaución, prevención. Esto, como se señaló guarda la misma línea que nuestra Constitución Política, pues también pretende sacar rendimiento de los recursos con los que cuenta la nación, pero dando garantía a los derechos e intereses consagrados en el ordenamiento (Chaparro y Guiza, 2020).

Ya en el desarrollo normativo, la Ley 20 de 1969 fijó algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos. En primer lugar, esta norma establece la propiedad de las minas en Colombia, esto es, que le pertenecen a la Nación. Únicamente por excepción pueden ser propiedad de terceros. Refiere cuáles son los sistemas de explotación minera, los cuales son la adjudicación, la concesión, el aporte minero y el permiso (Chaparro y Guiza, 2020).

También está la Ley 99 del 1993, por la cual por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA. Sobre ella, el Decreto 1753 de 1994, le reglamenta parcialmente los Títulos VIII y XII, sobre licencias ambientales.

Por su parte, la Ley 685 de 2001, actual Código de Minas, fomenta la actividad económica de la minera, siempre y cuando ésta sea desplegada en armonía con los principios de desarrollo sostenible y explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente. Esta

norma diferencia las zonas reservadas, excluidas y restringidas para la realización de la actividad minera y contempla aspectos como la sostenibilidad y la inclusión de la gestión ambiental y licenciamiento.

Los anteriores son cuerpos normativos que han completado el contenido, La Ley 1658 de 2013, por medio de la cual se establecen las disposiciones para la comercialización y el uso de mercurio en las diferentes actividades industriales del país, se fijan requisitos e incentivos para su reducción y eliminación; contamos con el Decreto 2133 de 2016, por el cual se establecen medidas de control a la importación y comercialización de mercurio y los productos que lo contienen, en el marco de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1658 de 2013.

#### **1.1.4 *Minería legal y minería ilegal***

Según Robert Alexy (1993), los principios jurídicos son mandatos de optimización. Son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo tanto, son mandatos de optimización. Para Dworkin (1995), los principios son estándares que han de ser observados, no porque favorezca o aseguren una situación económica, política o social que considere deseable, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad. Son estándares que han de ser observados por ser una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

En ese sentido, la minería se relaciona con el principio de legalidad, pues se divide en minería legal e ilegal. El principio de legalidad es entonces, un postulado que tiene como fundamento el establecimiento de determinados hechos, acciones u omisiones como prohibidos o permitidos de forma expresa en las normas que conforman el sistema jurídico.

A pesar de que, efectivamente existen cuerpos normativos como el Código de Minas, la Resolución 40391 de 2016, el Decreto 4134 de 2011, la Ley 1955 de 2019, entre otros, y también autoridades que establecen los requisitos para explotar el oro de manera acorde a lo previsto en el ordenamiento, pretendiendo controlar las actividades extractivas, la realidad es que estas leyes, históricamente, han demostrado no tener el carácter de efectividad que las debe caracterizar. Esto es porque no persuaden con sus contenidos descriptivos y sancionatorios a que las actividades mineras se realicen con sujeción a ellas (Procuraduría General de la Nación, 2011). La minería ilegal ocurre cuando estas actividades extractivas ocurren sin el otorgamiento de los permisos respectivos, desconociendo de quién es la titularidad del suelo y subsuelo, pero también los asuntos de interés general que son atendidos y salvaguardados con la vigilancia del Estado. Básicamente, se desconoce el principio de legalidad que deben todos los asociados seguir al desarrollar cualquier actividad.

## **1.2 Contaminación al Medio Ambiente Producida por la Actividad Minera de Extracción de Oro**

En este punto, como lo que se pretende es estudiar cuáles son las repercusiones en materia de ambiental de la actividad minera de extracción oro, se partirá por determinar a qué se hace referencia en el presente trabajo cuando se dice “medio ambiente”. Esto es necesario, por supuesto, porque, debe existir claridad respecto del elemento que primeramente recibe el daño, esto es, el que inicialmente sufre una vulneración en su integridad y que, por ello, se afectan los intereses particulares de las personas que lo disfrutaban.

El medio ambiente es un frente activo de análisis desde todos los ámbitos del conocimiento, incluido el derecho. Su deterioro representa actualmente una de las alertas que demandan más

atención a nivel global porque implica una doble consecuencia. De una parte, la afectación a los intereses jurídicamente protegidos de los individuos o colectividades como la propiedad o la salud, y de otra, las afrentas que perjudican al ambiente en sí mismo considerado. Desde el punto de vista jurídico, esto se refleja en la cantidad de tratados internacionales que regulan la actividad humana como respuesta a la destrucción y pérdida de los ecosistemas que ella genera.

En general, el llamado de la comunidad internacional a los Estados radica en la promoción de una conciencia para la prevención de la destrucción o detrimento al medio ambiente y a la creación y adopción de normas y protocolos para tomar acción en caso de que deba repararse un daño.

En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por implementar un modelo de desarrollo sostenible desde su Constitución Política que se funda en la protección de la integridad y diversidad del medio ambiente y su conservación. Diversos análisis tomados en cuenta por nuestra jurisprudencia hacen referencia a que tenemos una constitución ecológica. He ahí el notable interés del Estado Colombiano por resguardar y proteger el medio ambiente en sus distintas acepciones. Se habla incluso de la mención de este elemento esencial para la vida en treinta y ocho artículos de nuestra carta política. No es una conjetura sustentar que nuestra sociedad, representada por los constituyentes de 1991, dieron importancia al medio ambiente y quisieron protegerlo a través de disposiciones que le atañen a la persona, al medio ambiente en sí mismo y al desarrollo sostenible (Corte Suprema de Justicia, SC 52835, 2011).

La Constitución Política de 1991 consagra que el derecho al medio ambiente tiene una triple incidencia (Corte Constitucional, T-733, 2017): Es un principio que irradia al ordenamiento jurídico, un derecho constitucional fundamental y colectivo, y también implica una obligación en cabeza del Estado (Const.,1991, Art.79) y los particulares para su salvaguarda. Todos estos

enfoques son igualmente relevantes porque, de su entendimiento como un todo, es posible extraer las nociones que sustentan el modelo de desarrollo sostenible que se persigue (Const., 1991, Art.80).

En palabras de la Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2017, se entiendo por desarrollo sostenible “el modelo de desarrollo que permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas propias”. (Corte Constitucional, C-644, 2017)

El desarrollo sostenible es un enfoque que apunta hacia una dinámica económica y de consumo que no perjudique la integridad ambiental, pues permite el aprovechamiento de los recursos naturales para tales fines, siempre y cuando, esto se haga dentro de los estándares de sostenibilidad que soportan al modelo. Se trata de incorporar a las prácticas humanas la sostenibilidad ecológica, social, cultural y económica (Corte Constitucional, C-644, 2017).

Claramente, el desarrollo sostenible es el norte, pero, su consecución requiere de servirse de otros institutos que aterricen y conduzcan la actividad humana hacia allí, aún con la indeterminación que ello implique. Ejemplo de esto son los principios de “el que contamina paga”, “prevención” y “precaución”, los cuales junto con otras herramientas normativas abstractas rigen el derecho ambiental.

Lo que se indicó líneas arriba fue un contexto de la importancia que tiene la acepción del medio ambiente en nuestro ordenamiento jurídico y su trascendencia en la esfera individual, colectiva, económica y cultural de nuestra sociedad. Es prudente, entonces, presentar una aproximación su significado y precisar a qué se hace referencia cuando se dice “medio ambiente”. Esto puede realizarse a partir de lo expresado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana porque, como se dijo, nuestra constitución le da importancia al factor medio ambiental,

y aquella es el órgano encargado de interpretar ese texto superior. De ahí la importancia de atender su criterio. No sobra mencionar que todos los jueces son de especialidad constitucional y también están llamados a aplicar la Carta Política. Sin embargo, aquí se privilegia el criterio de la corporación indicada por ser la que interpreta la norma. Para ella, el medio ambiente es un:

Bien constitucional que constituye un objetivo de principio dentro del Estado social de derecho (artículos 1, 2 y 366 superiores), un derecho fundamental por conexidad al estar ligado con la vida y la salud (artículo 11 y 49 superiores), un derecho colectivo (ser social) que comprende a la comunidad (artículo 88 superior) y un deber constitucional en cabeza de todos (artículos 8, 79, 95 y 333 superiores)... también tiene el carácter de servicio público... forma parte de los derechos colectivos... cuya vía judicial de protección son las acciones populares (art 88 superior)..., y cuya importancia en la Constitución es de tal magnitud que implica para el Estado “unos deberes calificados de protección.(Corte Constitucional, C-595, 2010)

Queda más claro, entonces, todo lo que, en efecto, representa el medio ambiente, desde el punto de vista jurídico que ha reconocido su valor. Pero como todo, en una experiencia de vida no jurídica, se tiene otra noción, lo que no quiere decir que ella sea incoherente con lo que legalmente se interpreta. Al contrario, deben ir bien alineadas ambas nociones para gozar de legitimidad y efectividad, pero es otra discusión.

El ambiente, desde el punto de vista práctico, se ha definido de muchas maneras. Casi siempre se tiene por él como un conjunto heterogéneo de elementos materiales e inmateriales como lo son los recursos naturales bióticos y abióticos, el aire, el agua, el suelo, la vegetación, la fauna, la flora. Sobre él también se tiene la idea de que es, cuando no un sinónimo, una interacción entre

hábitat natural, ecosistema, y biodiversidad (Alpa, 1999). Todas ellas acepciones acertadas y reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico.

Teniendo claro en este punto, de un lado, qué comprende la actividad minera de extracción minera de oro, sus modalidades, el marco jurídico que la envuelve y, de otro lado, el concepto de medio ambiente que concibe nuestro sistema normativo es viable entrar a estudiar las repercusiones del primer factor sobre el segundo. Esto es, en qué consiste la contaminación al medio ambiente producida por la actividad minera de extracción de oro. Sólo así se comprenderá la dimensión de los daños que puede causar al medio ambiente la minería aurífera.

### **1.2.1 *Afectación a las aguas producida por la minería aurífera***

Desde 1974 en nuestro ordenamiento existen disposiciones referentes a la preservación ambiental relativas a el control de elementos ajenos a los recursos naturales como lo son los productos químicos, sustancias tóxicas y radioactivas que pueden utilizarse en actividades industriales como lo es la minería aurífera. El Decreto 2811 del mencionado año establece que para prevenir el “deterioro ambiental o daño en la salud del hombre y de los demás seres vivientes” (Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2811, 1974, Art. 32), se realizaría un control constante de imponer ciertos requisitos para la importación, fabricación, transporte, manejo y comercialización de sustancias tóxicas o peligrosas. Esta limitación planteada en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, fue respaldada por el Código Sanitario Nacional, esto es, la Ley 9 de 1979, cuando en su artículo 130 también limita cualquier tipo de utilización de sustancias peligrosas. Esto lo que deja ver es que desde la perspectiva de salud se reconoce que la protección del medio ambiente es la base para preservar, restaurar y mejorar las condiciones de salud humana (Código Sanitario Nacional, 1979, Art. 1).

Estas normas pretenden controlar al máximo el tratamiento de sustancias peligrosas para que los recursos como el agua, la tierra y el aire no se vean contaminados y eso genere un impacto irreparable. Buscando con ello no perjudicar a los seres vivos que también conforman el ecosistema.

En el caso del agua, el Decreto 2222 de 1993 por el cual se expide el Reglamento de Higiene y Seguridad en la Labores Mineras a Cielo Abierto, prohíbe el vertimiento de materiales radioactivos o sustancias consideradas altamente contaminantes por parte del Ministerio de Minas y Energía y del Ministerio de Salud, sobre las fuentes hídricas (Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2222, 1993). El mismo nombre de las sustancias “tóxicas” da pistas de la nocividad del elemento. Pero para precisar por qué no pueden verterse estas sustancias sobre los mares, ríos, ciénagas y lagos es porque se quiere evitar la destrucción de fuentes hídricas.

Cuando en la actividad minera ilegal se utiliza el mercurio en el proceso de obtención de oro, y dicha sustancia tóxica es vertida a las aguas, se dispersa y puede afectar cientos metros cuadrados de agua. Así se contamina la fauna y la flora del lugar. Lo dramático del asunto es que son las comunidades que viven aguas debajo de la zona en la que se realizó el vertimiento aquellas que sufren consecuencias. (Defensoría del Pueblo, 2015)

El interés de las comunidades al respecto es que los peces que son un alimento integrante en las dietas de las comunidades o la fuente de la actividad económica de la pesca resultan envenenados y no pueden, ni comerlos ni venderlos. En palabras mucho más sencillas, la afectación además de ser a la salud, también lo es al patrimonio, derecho constitucional de todas las personas y cuya protección puede realizarse a través de la acción de responsabilidad extracontractual.

Sobre este punto, las consideraciones tenidas en cuenta por la Corte Constitucional para fallar la sentencia T-622 de 2016 que reconoce al río Atrato como un sujeto de derechos, en el marco del deterioro ambiental causado en esta cuenca por parte de la explotación intensiva de recursos mineros y forestales, estuvieron orientadas por informes de la Defensoría del Pueblo, que claramente identificó que:

Los ríos en los que se desarrolle minería constituyen un riesgo para la salud humana y el ambiente, han cambiado su coloración, debido a la sedimentación, la presencia de materiales sólidos suspendidos en el agua, de grasas, aceites, residuos de combustible y de mercurio, resultado de los procesos de minería del oro. Cada entable aporta aproximadamente 36 kilos/año de mercurio. Adicionalmente, la explotación minera en los cuerpos de agua genera la formación de cárcavas, en las que se anidan los mosquitos, ocasionando problemas de salubridad pública. Migración y destrucción de especies de fauna íctica, avifauna y fauna terrestre... (Corte Constitucional, T-622, 2016)

Pero, en la minería, no sólo a causa de la disposición de materiales tóxicos se generan daños al medio ambiente. La destrucción de las fuentes hídricas tras la actividad minera de extracción de oro puede darse, según la Defensoría del Pueblo en la Sentencia T-622 de la Corte Constitucional, a causa de:

La acción del dragado y debido al aporte aproximado promedio de 3.100 toneladas/año de sedimentos por entable, se reduce el cauce navegable de los mismos y se pone en riesgo el abastecimiento de agua y alimentos, así como la comunicación fluvial. Adicionalmente, como lo observó la Defensoría en su recorrido se pueden encontrar montañas de piedra en

la mitad de un río, con lo cual se está afectando la velocidad del mismo y la oxigenación del agua. (Corte Constitucional, T-622, 2016)

Aquí se hace referencia a la forma de hacer minería de dragado, siendo que ella, como se dijo líneas arriba, consiste en la excavación bajo el agua de un depósito aluvial para remover los suelos o sedimentos de la fuente hídrica y de allí separar el material buscado. Siendo que el dragado implica dificultades para la comunicación fluvial, piénsese, por ejemplo, en las dificultades que podría experimentar una persona que utiliza el río como medio transporte para ir de pueblo en pueblo a vender su mercancía o el producto de la pesca que realizó. Si el tráfico fluvial se paraliza por razón de los problemas causados por el minero a la fuente hídrica, esta persona se vería afectada grandemente y podría quedarse sin la oportunidad de realizar su actividad económica. Estos eventos fueron registrados en los Inventarios Mineros Nacionales realizados por INGEOMINAS, hoy servicio Geológico Colombiano, indicando:

Afectación al agua por drenaje minero que no es tratada, aumentando sólidos en suspensión y en algunos casos modificando características físico-químicas. También por residuos finales del proceso de beneficio (lodos y arenas) que sedimentan cauces afectando la navegabilidad de los ríos. Cuando se utilizan retroexcavadoras en los cauces, se modifica su sección y su dinámica y se aportan sedimentos. (Ayala et al., 2019, p. 44)

La contaminación al agua, por causa de la minería aurífera tiene entonces grandes implicaciones. La Corte Constitucional concreta esto en la vulneración al derecho al agua como fuente hídrica. Recordando que ella hace es merecedora por sí misma, si se tiene en cuenta que la nuestra constitución en su artículo 8 la establece que es una obligación el Estado y de la sociedad

velar por el cuidado de las riquezas naturales. Pero si esto no es preservado, entonces el acceso agua conlleva una gran cantidad de consecuencias:

El acceso al agua salubre, la preservación de las fuentes naturales y los recursos hídricos constituye una de las garantías esenciales para asegurar el nivel de vida adecuado, en cuanto condición indispensable para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua (contaminada) y para satisfacer las necesidades de consumo, cocina, higiene personal e higiene doméstica. Dichas garantías también implican preservar al mismo tiempo las funciones hidrológicas, biológicas y químicas de los ecosistemas, adaptando las actividades humanas a los límites de la capacidad de la naturaleza y combatiendo los vectores de las enfermedades relacionadas con el agua.(...) Adicionalmente, no puede dejar de observarse que el derecho al agua es un requisito sine qua non para el ejercicio de otros derechos, en tanto “el agua es necesaria para producir alimentos (derecho a la alimentación); para asegurar la higiene ambiental (derecho a la salud); para procurarse la vida (derecho al trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (derecho a participar en la vida cultural)”. Por tanto, la contaminación -en especial con mercurio y cianuro- y la realización de actividades de minería ilegal en la cuenca del río Atrato y sus afluentes no solo vulnera el derecho al agua y otros componentes del derecho al medio ambiente sano (como ya se ha visto) sino que además vulnera los estándares esenciales de disponibilidad, accesibilidad y calidad del agua establecidos en la Observación General Núm. 15 por cuanto dicha clase de minería perjudica la producción de alimentos (árboles, cultivos y peces), las condiciones sanitarias, las formas tradicionales de vida y las prácticas culturales de las comunidades étnicas accionantes.(Corte Constitucional, T-622, 2016)

### **1.2.2 *Afectación a la tierra producida por la minería aurífera***

Véase que los minerales, incluido el oro, se encuentran en la tierra. La minería implica la remoción de la capa superficial de la tierra y, con ello, la cobertura vegetal del suelo. Un primer impacto o afectación a describir, causada por la minería aurífera es la activación de procesos erosivos sobre la tierra. Así expuesto como queda el terreno erosionado, el riesgo de desprendimiento incrementa por la acción de la lluvia y el sol (Ministerio de Minas y Energía y Ministerio de Medio Ambiente, 2002). Al respecto se ha advertido la consecuencia de la explotación minera de oro:

Eliminación de la capa vegetal por barequeo y “motobombeo” a las márgenes de los cauces; modificación de la sección hidráulica de los cauces; aporte de gran cantidad de sólidos al cauce generando contaminación y sedimentación; aporte de mercurio a las aguas (Ayala et al., 2019, p. 44).

No es fútil la remoción de la masa y la pérdida del suelo. Lo que sucede es que, durante la explotación aurífera, se disponen escombros, residuos sólidos y líquidos que degradan las propiedades de la tierra (Ayala et al., 2019). Lo que el suelo erosionado puede producir abarca desde deslizamientos de tierra hasta derrumbes. La ocurrencia de una catástrofe natural como las anteriores mencionadas no estaría determinada por un asunto de fuerza mayor, sino que, podría deberse a la actividad minera de explotación de oro.

Vale aclarar que además de la erosión, pueden ocasionarse movimientos de tierra debido a la fracturación de la roca causada por el deslucido diseño de las minas, la modificación de la topografía en el proceso de explotación (Ayala et al., 2019).

Es frecuente en la explotación ilícita de oro mediante el uso de motobomba, la socavación de los taludes para provocar el colapso del material, obteniendo una forma cóncava con condiciones de inestabilidad de alta propensión a la generación de procesos de remoción en masa, no registrados sistemáticamente dentro de las investigaciones.

Se agrega a este ejemplo, el hundimiento y colapso de túneles excavados para la extracción del mineral, que han ocasionado hasta la muerte de las personas que operan la mina. (Ayala et al., 2019)

La erosión también genera que la tierra se torne improductiva, si no se somete a un plan de manejo ambiental. Por supuesto, se trata del suelo sobre el cuál se realizó la actividad de explotación el que sufriría la ausencia de propiedades para el crecimiento de vegetación sobre el recobramiento de las características propias que lo harían fértil. Este deterioro del suelo no es pasajero. De hecho, la contaminación con sustancias tóxicas, como el cianuro o el mercurio, implica la imposibilidad de recuperar el terreno (Ayala et al., 2019). Si se analiza este impacto ambiental para establecer cómo podría afectar a personas que no usen o disfruten el terreno, sería difícil establecer que el daño le podría afligir sus intereses. Sin embargo, una tierra infértil o improductiva podría alterar, por ejemplo, el paisaje que una comunidad disfruta. En ese sentido, es relevante destacar que la improductividad de la tierra explotada también puede lesionar intereses de terceros que ninguna relación tienen con el suelo minado.

Ahora, en caso de que se trate de explotación minera en terrenos de gran extensión y sobre los cuales grupos étnicos hayan establecido una dependencia, sobre todo por el funcionamiento del ecosistema para abastecer sus necesidades básicas, económicas y culturales (Corte Constitucional, T-622, 2016), el impacto medioambiental trascendería a la esfera

sociocultural de las personas afectadas. En esos términos podría acudir a acciones constitucionales como la acción popular o la acción de grupo dependiendo del fin que se persiga.

Los daños sobre la tierra pueden generar alteraciones en la biodiversidad de la zona o problemas asociados con ciclos naturales (Procuraduría General de la Nación, 2011). La concentración de las sustancias que se utilizan para extraer materiales puede alterar las propiedades del suelo.

### **1.2.3 Contaminación al aire producida por la minería aurífera**

El derecho al medio ambiente sano también contempla la conservación de una buena calidad del aire. El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente en su artículo 7 así lo establece. De hecho, indica expresamente que la contaminación del aire se considera un factor de deterioro al ambiente (Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2811, 1974, Art. 7). Lo anterior a manera general. Pero de forma específica, en el ámbito minero, el Decreto 2222 de 1993 procura la protección del medio ambiente en estas actividades, indicando la necesidad de los estudios previos de impacto ambiental y la planeación de sistemas correctivos ambientales. Esto, sobre todo, en la minería a cielo abierto con la cual se emiten sustancias contaminantes que afectan la calidad del aire.

La Organización Mundial de la Salud considera que el aire limpio es un elemento constituyente de salud y bienestar de los seres humanos. Esto se define a partir de los estándares establecidos en la Resolución 2254 de 2017. Obsérvese que un aire contaminado con sustancias tóxicas puede ocasionar enfermedades respiratorias.

En el caso de la magnitud del impacto sobre la calidad de aire en el caso de minería de oro existe un reporte en la zona de Segovia, Antioquia donde el beneficio artesanal ocasiona concentraciones de mercurio que afectan no sólo a los operarios sino a la población en general con valores que superan el estándar normativo vigente. (Ayala et al., 2019, p. 40).

La minería ilegal que utiliza sustancias prohibidas como el mercurio o el cianuro y lo liberan de forma gaseosa al aire no son el único facto contaminante. También existen otras fuentes que afectan la calidad del ambiente. Por ejemplo, el combustible que utilizan en el trabajo de explotación del oro libera material particulado y los gases que resultan de la combustión de los vehículos. Son vehículos que se utilizan con frecuencia y, por ello, elevan el riesgo de afectación del aire. Véase que son artefactos necesarios en la actividad para, por ejemplo, adecuar las vías de acceso, realizar perforaciones al suelo, abrir túneles o trincheras, etc. (Ministerio de Minas y Energía y Ministerio de Medio Ambiente, 2002).

## **2. El Régimen de Responsabilidad Civil extracontractual en Colombia**

La responsabilidad extracontractual es una institución que figura en los ordenamientos jurídicos de los Estados liberales para garantizar los derechos y deberes de indemnidad de los individuos en el ámbito de sus relaciones con otros. En el estadio de naturaleza, el riesgo de ser perturbado por las acciones de otro es constante, aún más, la posibilidad de conflicto es siempre latente. Los Estados distribuyen equitativamente una cuota de bienes primarios entre sus asociados para que cada uno pueda desarrollar su vida de manera digna (Papayannis, 2012).

Como la agencia de cada persona o incluso la del Estado en el desarrollo de sus funciones tiene repercusiones en las condiciones de los demás, es necesario fijar reglas que funcionen como

límites para prevenir que un daño ocurra o como disposiciones que equilibren las cuotas de bienes primarios alterados por un daño ya causado. En las interacciones y acciones de las personas o del Estado, no se deben utilizar los recursos primarios de los terceros sin su permiso, ni instrumentalizarlos en la búsqueda por lograr sus fines propios. Téngase en cuenta que la institución de la responsabilidad extracontractual se despliega por la interacción entre dos partes en la que una ocasiona un perjuicio moral o fáctico a los intereses de la otra injustamente, de ahí que deba compensarse dicho sufrimiento (Papayannis, 2012).

De esta forma, es claro hasta ahora que la responsabilidad extracontractual comprende una vinculación normativa derivada del principio de justicia entre las partes que implica la relación que se crea cuando se produce el daño entre la víctima del mismo y su causador. Asimismo, esta situación desafortunada e injusta crea la obligación de compensación.

En ese sentido, la responsabilidad extracontractual compromete dos formas de justicia autónomas pero coexistentes en este asunto: la justicia distributiva y la justicia correctiva. La primera de ellas, porque distribuye los deberes y derechos de indemnidad de no dañar y no ser dañado, respectivamente, y, la segunda, porque rectifica las interacciones injustas. La responsabilidad del agente dañador de compensar surge cuando genera un perjuicio a los bienes o intereses primarios de un tercero, los cuales le corresponden por la dinámica de la justicia distributiva. La justicia correctiva actúa entonces porque existe una asignación previa de los derechos vulnerados. En otras palabras, el propósito de la responsabilidad extracontractual es tanto sancionar el daño injustamente causado como compensar el daño injustamente sufrido (Papayannis, 2018).

Ahora bien, puede señalarse que la obligación de redistribuir y rectificar surge por la causación de un perjuicio producido por el incumplimiento de un contenido obligacional por parte

del agente dañador, o porque éste ejecutó una actividad que la sociedad misma, mediante su poder legislativo, determinó como extremadamente peligrosa y, por esa razón, los terceros no deben soportar sus potenciales efectos. En este último supuesto, la ley misma establece si se evaluará el acatamiento o no de estándares genéricos o específicos de conducta. Esta distinción es notable pues corresponde precisamente a los regímenes de responsabilidad extracontractual que, dada su relevancia en los asuntos relacionales cotidianos y en la carga de la prueba que le signifique a la víctima del daño se estudiará a continuación.

## **2.1 Régimen Subjetivo**

Como se señaló, el régimen subjetivo de la responsabilidad extracontractual, a diferencia del régimen de tipo objetivo, se relaciona con la evaluación del elemento de la culpa para determinar la responsabilidad del agente que, presuntamente, causó un daño o perjuicio injusto a un tercero con su actuar. En otras palabras, la culpa es el elemento que distingue los dos regímenes, pues el subjetivo la considera en su juicio, mientras que el objetivo no lo hace. La noción de culpa ha sido ampliamente estudiada y conceptualizada, al punto de que su definición parece ahora muy clara. Se trata de la propiedad irrazonable en el comportamiento del causador del daño. Es el apartamiento del estándar de diligencia generalizado que social o legalmente ha sido impuesto y, por esa razón, se hace exigible. Dicho apartamiento puede abarcar, tanto llevar a cabo la concreción de una acción que debía omitirse, como también prescindir de la toma de precauciones al realizar una actividad (Papayannis, 2021).

La doctrina ha identificado dos tipos de estándares para determinar la culpa de un sujeto: los estándares genéricos y los estándares específicos de conducta. De un lado, los estándares

genéricos son pautas evaluativas muy amplias, pues los conceptos que los integran cuentan con una vasta carga semántica. Requieren de un gran esfuerzo deliberativo para diagnosticar su acatamiento, en tanto su contenido diverge según el contexto en el que se encuentre. Lo anterior se debe a que constituyen estándares variables o radicalmente indeterminados. A manera de ilustración, se presentan los más mencionados: el actuar diligente, prudente y razonable. No son estos todos los tipos de estándar genérico, pues esta categoría puede abarcar cualquier indicador de razonabilidad de la conducta de acuerdo con las circunstancias dadas. Vale precisar que los estándares variables son utilizados, generalmente, como técnica normativa para introducir responsabilidades que apunten a deberes de rol o de asignación de funciones (Papayannis, 2021).

De otro lado, los estándares específicos se identifican con normas minuciosamente definidas de comportamiento. Esto es, una regla cuyo contenido establece una prescripción concreta que sólo puede ser cumplida o incumplida. Para descubrir si una acción cumple con los estándares específicos exigibles, basta tan solo con verificar si la actuación concuerda o no con el postulado de la disposición en materia. Los estándares de diligencia genéricos y específicos son ambos relevantes porque funcionan como conceptos orientadores de proceder razonable y proponen esquemas que hagan reflexionar a los agentes sobre la posibilidad latente de generar una afectación al derecho de un tercero. Como es deducible en este punto, los estándares de conducta son útiles, entre otras cosas, porque contribuyen a regular la frecuencia de ocurrencia de daños (Papayannis, 2021).

Lo anterior, deja entre ver la importancia que tiene la institución de la culpa dentro del ordenamiento jurídico. Con los estándares que la componen, mantiene los valores sociales deseables en una sociedad y contribuye a la salvaguarda de la libertad, indemnidad y relaciones justas entre los sujetos.

## 2.2 Régimen Objetivo

Como se había mencionado, no todos los regímenes de responsabilidad están contemplados para dar respuesta a los eventos de daños provocados por el incumplimiento de una premisa. El factor de atribución objetivo consta de imputar responsabilidad a sujetos que actúan de manera lícita pero que de alguna manera causan un daño. No se evalúa si la persona infringió o no un estándar de conducta establecido por la norma para sus destinatarios. A diferencia del régimen subjetivo en el que el demandante debe probar el daño causado, el nexo de causalidad entre la producción del daño y la acción del presunto agente dañador y, la culpa de éste, el factor de atribución objetivo no evalúa el último elemento referido (Papayannis, 2021).

Claramente, el hecho de que no se valore la diligencia y cuidado del sujeto, no significa que éste no haya actuado contrario a las reglas de interacción. De nuevo, simplemente, la culpa es un elemento irrelevante en este marco y probar que no se actuó contrariando estándares de diligencia no exonera la responsabilidad del agente dañador como sí ocurriría si se tratara de un juicio bajo estándares subjetivos.

El fundamento de este factor de atribución es la clase de riesgo que supone para la sociedad la ejecución de una actividad lícita y permitida. Se dice “clase de riesgo” porque no puede tratarse de todos los riesgos inherentes a la actividad humana o a los peligros a los que pueda enfrentarse una persona a lo largo de su vida.

La existencia conlleva el sometimiento a ser perturbado en gran o menor medida, pues nuestras acciones implican un impacto ineludible en el entorno. El riesgo del que se ocupa la responsabilidad objetiva es aquel de naturaleza relevante para la puesta en peligro de la vida, la salud, el entorno y los bienes de la sociedad; en otras palabras, de la indemnidad.

Si una actividad supera los estándares medios del riesgo vital y causa en la sociedad un estado permanente de prevención, tormento, angustia y preocupación por sus virtuales repercusiones, vale preguntarse ¿por qué es lícita? Pues bien, se permite porque los intereses preponderantes para el mantenimiento y desarrollo del bien común así lo demandan. Bajo este criterio, se trata de acciones útiles y necesarias, y el legislador así debe identificarlo.

Si se plasmara un esquema en el que se observaran las proporciones de asuntos sometidos a los dos regímenes de responsabilidad, con toda seguridad, aquellos que se juzgan de acuerdo con el régimen de responsabilidad objetiva no serían una mayoría. Esto es porque el factor de atribución objetivo no es la regla general. Su aplicación está determinada por una manifestación legal que lo establezca. El legislador debe identificar los ámbitos en los cuales la responsabilidad por culpa generaría consecuencias inadmisibles y, por consiguiente, sujetan su estudio y juicio a un régimen de responsabilidad objetiva. La Corte Suprema de Justicia lo ha definido en los siguientes términos:

En la responsabilidad objetiva, como se observa, no anida alegar ni probar la culpa, menos por vía de “presunción”, pues el criterio de imputación centrado en la negligencia queda completamente descartado. Por esto, numerosos autores se refieren a la responsabilidad objetiva como una “responsabilidad sin culpa. (Corte Suprema de Justicia, SC-2111, 2020)

Todo lo anterior no quiere decir que el régimen de imputación objetivo no permita que el acusado como responsable no pueda elevar algún tipo de alegación que le haga ver al juzgador que no tiene por qué indemnizar o reparar integralmente al sujeto dañado. El ingrediente constitutivo de la responsabilidad que debe desvirtuar, si quiere que se le exonere de las pretensiones, es el nexo de causalidad. Así, este se ve interrumpido cuando se constata la existencia de una causa

extraña: (i) fuerza mayor o caso fortuito, (ii) intervención de un tercero, o (iii) el hecho exclusivo de la víctima (Corte Suprema de Justicia, SC-2111, 2020).

Se reitera que no puede perderse de vista que la presunción de responsabilidad solo abarca el elemento de la culpabilidad. El damnificado aún debe demostrar la ocurrencia del hecho perjudicial y el nexo de causalidad entre éste y el daño o perjuicio que sufrió.

Si la exoneración del demandado, como es conocido, deviene únicamente por la ruptura del elemento causal, ante la presencia de una causa extraña, el requisito de la culpa no resulta consustancial en un sistema de responsabilidad objetiva.

## **2.3 Elementos Constitutivos de la Responsabilidad Civil Extracontractual**

### **2.3.1 *Daño***

El daño es el elemento que origina, si no la responsabilidad, si su juicio. Sucede cuando un sujeto daña, causa un detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia a otro (Real Academia Española, s.f.). Ninguno de ellos, efectos que pasan desapercibidos por quien resultó alterado en su integridad o indemnidad. Entonces, el daño hace que, por primera vez, se dé lugar al estudio de si existe algún sujeto originador de su causación y de si éste es responsable o no. Pero no quiere decir ello que cada vez que alguien sufra un daño, habrá de surgir un problema de responsabilidad y una obligación de reparación.

Una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de

un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio. (Corte Suprema de Justicia, SC 10297, 2014)

El daño consiste, pues, en la afectación, sea total o parcial, de un bien material o inmaterial. Un daño puede ser la causación un perjuicio al patrimonio de una persona directa o indirectamente, a su integridad física, o a sus derechos. La Corte Suprema de Justicia definió al elemento de daño de la siguiente manera:

En el ámbito normativo, la noción de daño comprende toda lesión a un interés tutelado, ya presente, ora posterior a la conducta generatriz, y en lo tocante al daño patrimonial, la indemnización cobija las compensaciones económicas por pérdida, destrucción o deterioro del patrimonio, las erogaciones, desembolsos o gastos ya realizados o por efectuar para su completa recuperación e íntegro restablecimiento, y el advenimiento del pasivo (*damnum emergens*), así como las relativas a la privación de las utilidades, beneficios, provechos o aumentos patrimoniales frustrados que se perciben o percibirían de no ocurrir los hechos dañosos (*lucrum cessans*), esto es, abarca todo el daño cierto, actual o futuro. (Corte Suprema de Justicia, SC 10297, 2014)

La anterior es una definición bastante completa de lo que puede comprender un daño. Tanto es así, que la Corte Suprema continúa citando en sus fallos de responsabilidad civil extracontractual esta definición para dotar de contenido la noción de daño. Aun así, es preciso

señalar que éste para que sea objeto de reparación como resultado de la determinación de un responsable, debe cumplir con dos requisitos: el daño debe ser cierto y debe ser directo.

Que sea cierto entraña que el daño debe ser real, perceptible y verificable. De esa forma podrá acotarse su magnitud e impacto en el bien. No puede ser de naturaleza eventual, contingente o hipotética. La certeza implica que es inminente y que su existencia fue, es o será segura (Pantoja, 2017).

Ahora bien, no se trata de una certeza absoluta o científicamente comprobada. Este se sigue conforme a los estándares probatorios de valoración de la prueba, es decir que se enmarca dentro del ámbito de lo razonable, lo altamente probable o previsible, o de aquello que por ser verosímil es susceptible de ser tenido en consideración (Corte Suprema de Justicia, SC 1103, 2012). Así las cosas, es el juez, en la valoración probatoria de la ocurrencia del daño el que determinará si éste es cierto.

En este punto, es importante recalcar que se hacía referencia a la necesidad de que el daño reclamada para indemnización sea objeto de prueba y se determine su certeza. Pero probar que un daño fue causado, no esclarece su cuantificación. Por ejemplo, puede demostrarse que, en efecto, un sujeto atropelló a un peatón en una vía concurrida porque hubo cámaras o testigos que así lo probaron, pero esto no será suficiente para establecer qué repercusiones tuvo el accidente de tránsito en la salud, patrimonio y esfera extrapatrimonial del peatón. Estos elementos deberán ser demostrados mediante otras pruebas.

Sin embargo, una es la prueba del daño, o sea la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado, y otra, la prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio. De ahí que la doctrina haga alusión al contenido patrimonial del daño para referirse a su intensidad, es decir, a su valor en moneda legal (dinero), (...). Desde luego que demostrada

la lesión como tal, la falta de la prueba de la intensidad para efectos de la cuantificación reparatoria, debe ser suplida por el juzgador de primera o segunda instancia, cumpliendo con el deber de decretar pruebas de oficio, de acuerdo con lo preceptuado para tal efecto por los incisos 1º y 2º del art. 307 del C. de P. Civil, so pena de incurrir en ‘falta sancionable conforme al régimen disciplinario’, pues dicho texto legal vedó como principio general, las condenas en abstracto o in genere. (Corte Suprema de Justicia, SC 4897 de 1999)

Por su parte, que sea directo implica que se haya lesionado un interés legítimo de una persona (Tamayo, 2007). Se precisa que se usa la palabra interés legítimo, y no un derecho porque en ocasiones se lesionan asuntos que no se han causado y no siempre se trata de beneficios adquiridos lícitamente. Podría hacer referencia a los derechos perjudicados como el patrimonio para determinar el carácter de “directo” dentro del daño. Sería simple indicar que, si se genera un daño sobre el vehículo de una persona, la titularidad del mismo acreditaría el elemento directo del daño. Sin embargo, en situaciones que involucran un lucro cesante, que tratan de derechos no adquiridos de manera efectiva, se deben reconocer esas expectativas mediante indemnizaciones.

Que sea directo también se traduce en que se cause la legitimación en la causa por activa para reclamar una indemnización. Según el doctrinante Juan Carlos Henao (1998): “La lesión del derecho es entonces un elemento para apreciar el perjuicio reparable” (p. 103). Debe haber un interés en la reparación, siendo que, si no lo hay, no habría lugar a una acción.

Para concluir y, por si no quedase claro, se procede a exponer una pequeña recopilación de los conceptos de daño expuestas por algunos de los doctrinantes más destacados en materia de responsabilidad civil extracontractual:

**Tabla 1.***Conceptos de daño según doctrinantes destacados*

<b>Arturo Valencia Zea</b>	“cuando se destruye o menoscaba alguno de los derechos subjetivos de las personas” (Valencia Zea, 1960, p. 196)
<b>Fernando Hinestrosa</b>	“daño es la lesión del derecho ajeno consistente en el quebrante económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima y en el padecimiento moral que la acongoja” (Hinestrosa, 1967, p. 529)
<b>Adriano De Cupis</b>	“daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable” (De Cupis, 1970, p. 81)
<b>Juan Carlos Henao</b>	“daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima” <sup>10</sup> (Henao, 1998, p. 84)
<b>Javier Tamayo Jaramillo</b>	“Daño civil indemnizable es el menoscabo o pérdida patrimonial o extrapatrimonial, derivada de la lesión a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial (económico) o extrapatrimonial (no económico). Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima” (Tamayo, 2008, p. 332).
<b>Luis Felipe Botero</b>	“(…) aquella amenaza, privación o alteración al núcleo de protección (NP) de un sujeto de derecho, individual o colectivo, de tal intensidad, que un sistema de derecho justo no puede aceptar como irrelevante, tenga o no un efecto económico mensurable. Al considerarlo digno de tutela, el sistema dota a la víctima (daño individual), víctimas (daño masivo) o al actor

---

popular (daño difuso y colectivo) de una serie de remedios que le(s) permiten prevenir el daño, hacerlo cesar, obtener su reparación, restitución, compensación y en algunos casos, legal o contractualmente previstos, su castigo”. (Botero, 2017, p. 74).

---

**2.3.1.1 Daño emergente.** Nuestro Código Civil establece que la causación de un daño, hace surgir la obligación de indemnizar los perjuicios causados. El artículo 1613 de la obra citada establece que son dos los tipos de daños sujetos a indemnización. Desde ya se advierte que no son estos las únicas categorías que se reconocen en el ordenamiento, pues los perjuicios extrapatrimoniales también han sido considerados por la jurisprudencia. (Código Civil Colombiano, 1887)

El artículo 1614 del Código Civil dicta que el daño emergente debe entenderse como “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento” (Código Civil Colombiano, 1887). Esto hace más referencia a los perjuicios derivados de las obligaciones contractuales, pues señala el elemento del cumplimiento. Es como si se tratara de la corrección económica por no haber llevado a cabo una acción acordada con anterioridad. Pero el daño emergente es más que eso. Corresponde al valor o precio del elemento que ha sufrido daño o que ha desaparecido. Se dice que hay daño emergente si un bien económico de propiedad de la víctima sale de su patrimonio. Objeto del daño emergente pueden ser el dinero, las cosas o los servicios que tenga la víctima.

Este tipo de daño puede ser actual o futuro. Esto quiere decir que puede causarse inmediatamente después de la acción y omisión que generó el daño o no. Un tipo se distingue del otro según el momento en el que se pueda advertir o apreciar y éste, a su vez, ocurre en el momento

de la sentencia, pues es el juez el que declara esta situación de hecho. Un daño consolidado tendrá por supuesto una prueba dotada de mucha más certeza que una prueba por daño futuro. Sin embargo, pese a que los eventos del futuro son inciertos, el daño emergente ocurrido en este tiempo puede reclamarse a partir de pruebas con un alto grado de probabilidad objetiva sobre su ocurrencia.

**2.3.1.2 Lucro cesante.** El lucro cesante, según el artículo 1614 del Código Civil, es “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, retardado su cumplimiento” (Código Civil Colombiano, 1887). Esto es, que si un sujeto que esperaba percibir alguna riqueza cierta en el futuro, por la acción de otro, no lo hace, tiene derecho a que se le indemnice por la ausencia de lucro que tiene que afrontar.

El significado de la palabra “lucro” indica que este atañe a un provecho, una ganancia o una utilidad. Así las cosas, un bien o una actividad es lucrativa si de ella se puede obtener un rendimiento. Los rendimientos, generalmente, se estiman en dinero o utilidades.

Según el doctrinante Javier Tamayo (2007), las ganancias a que hace referencia el artículo 1614 pueden referirse a los dineros o las cosas que resultan de una fuerza de trabajo o de un capital, mientras que los provechos, pueden entenderse como las ganancias que se generen para una persona. Esto es que, los términos “ganancias” y “provechos” guardan una relación de género-especie, siendo el género el último mencionado.

El mismo autor también refiere que en el lucro cesante no solo se contemplan los bienes producidos por el hombre, sino que también se incluyen los bienes de la naturaleza (Tamayo, 2007).

Por ejemplo, un bien inmueble como una finca puede ser lucrativo si se utiliza para la agricultura, en tanto que su ejecutor cultiva los frutos de la tierra para venderlos y obtener por ellos

dinero. Si dicha tierra deja de cultivarse, evidentemente, dejará de ser lucrativa porque de ella ya no se pueden obtener ganancias o beneficios (Trigo, 2014).

Lo que se recién indicó, hace referencia al componente cesante de la actividad lucrativa. No es más que la imposibilidad de continuar recaudando utilidades a partir de un bien o actividad que las producía en el pasado. En otras palabras, corresponde a la frustración de ventajas económicas esperadas y con ello la pérdida del enriquecimiento patrimonial previsto.

Como se dijo, esta categoría del daño hace referencia a los bienes o actividades. Pues bien, cuando se trata de actividades que desarrollan las personas, como trabajar, se analiza la disposición que dejó de tener una persona para ser productivo en su empleo y oficio, para establecer cuál es la dimensión del daño causado. La dimensión implica, a su vez, la pérdida de ingresos de la persona, o la variación de las circunstancias personales que tuvo que atravesar la víctima como consecuencia de la actividad dañosa.

Quedando esbozado el concepto de lucro cesante, se procede a indicar que éste puede ser reconocido de dos formas al momento su indemnización. Vale aclarar que el criterio para la reparación de un lucro cesante será desarrollado más adelante.

La jurisprudencia ha hecho referencia a que el lucro cesante puede ser consolidado o futuro. El factor diferenciador entre uno u otro tipo es el momento del reconocimiento. Un proceso de responsabilidad civil extracontractual no necesariamente es iniciado a al día siguiente en que se causó el daño, pero más allá de eso, a lo que se va es a que las sentencias decretan la causación de un daño y su cuantificación y en ella tendrá que discriminarse que uno fue el lucro cesante que se causó hasta el fallo, y otro, el de ulterior efecto a él. La Corte Suprema indicó lo siguiente al respecto:

El lucro cesante actual no ofrece ninguna dificultad en cuanto hace a la certidumbre del daño ocasionado, pues, como viene de explicarse, se trata de la ganancia o del provecho no reportado al patrimonio del interesado, como hecho ya cumplido. En cambio, en el lucro cesante futuro, precisamente, por referirse a la utilidad o al beneficio frustrado cuya percepción debía darse más adelante en el tiempo, su condición de cierto se debe establecer con base en la proyección razonable y objetiva que se haga de hechos presentes o pasados susceptibles de constatación, en el supuesto de que la conducta generadora del daño no hubiere tenido ocurrencia, para determinar si la ganancia o el provecho esperados, habrían o no ingresado al patrimonio del afectado. En oportunidad reciente, la Sala reiteró que '[e]n tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión. (Corte Suprema de Justicia, SC 17042, 2010)

Como se dijo anteriormente, la certeza del daño es una carga probatoria para el demandante, siendo que, en tratándose de un lucro cesante futuro, por ser este ulterior y no haberse causado, sólo puede apreciarse y hacerse relativamente evidente. Esto es, porque no se puede predecir lo que sucederá. Será entonces una cuestión que se someterá a valoración según las normas jurídicas, la sana crítica, las reglas de la experiencia, la lógica y el sentido común.

y recordó que 'la jurisprudencia de esta Corte cuando del daño futuro se trata y, en particular, del lucro cesante futuro, ha sido explícita 'en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho', acudiendo al propósito de determinar 'un mínimo de razonable certidumbre', a

‘juicios de probabilidad objetiva’ y ‘a un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del lucro cesante y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daño en la medida en que obre en autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido. (Corte Suprema de Justicia, SC 17042, 2010)

La consideración sobre el daño patrimonial futuro es importante reconocerla porque implica la apreciación de que la realidad va más allá de un fallo judicial y el efecto de reparación para que sea integral debe comprender todos los aspectos para restablecerle la indemnidad a la víctima. Según la Corte Suprema de Justicia “la jurisprudencia califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual” (Corte Suprema de Justicia, EXP. 5002, 1998).

**2.3.1.3 Perjuicios extrapatrimoniales.** Las personas no solamente se relacionan con elementos que les hagan percibir o integrar un patrimonio. De hecho, el patrimonio es en proporción, tan sólo una pequeña parte del interés del ser humano. Recuérdese que, en los Estados de Derecho, se reconoce, precisamente, eso, los derechos. Y son muchos. El patrimonio es sólo uno de ellos.

La jurisprudencia ha distinguido distintos tipos de perjuicios extrapatrimoniales, siendo el más consolidado el daño moral, el daño a la vida de relación y el más reciente, denominado daño a bienes constitucionalmente amparados. Además de los anteriores, en ocasiones se han reconocido perjuicios como el “daño estético”, el “daño psíquico” o el “perjuicio fisiológico. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha limitado esta cantidad de denominaciones por resultar poco prudente y porque el abuso de estas figuras, o crear nuevas contraría la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual, que es resarcir el perjuicio causado y no enriquecer o lucrar a la víctima. Se trata de procurar llevar las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad a la ocurrencia del daño, y no mejorar las condiciones económicas de la víctima.

Se proclame la necesidad de ir con prudencia a la hora de implementar o establecer nuevos perjuicios de ese linaje en tanto los mismos no se encuentren técnicamente definidos de modo tal que, más que el bien directamente afectado, se mire y precise el interés jurídico lesionado, de suerte que no sea objeto de múltiple reparación por encontrarse protegido o solapado en dos o más clases, pues, como ya es sabido, la responsabilidad civil es meramente resarcitoria, de modo que no puede convertirse en fuente de lucro para el damnificado ni en factor de expoliación para el dañador. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 512, 2018)

Queda entonces claro que se mantiene la consideración de las tipologías básicas, que no implican una múltiple reparación a la víctima. Como se indicó, el daño moral es uno de los más reclamados en los procesos por responsabilidad civil extracontractual y consiste en las lesiones que impactan la esfera de los sentimientos y afectividad de la víctima. Se dice que hay daño moral cuando hay una alteración en el aspecto subjetivo e íntimo del individuo que le causa perturbación, dolor, sufrimiento espiritual, pesar, desolación, zozobra, etc. Todo ello se ve traducido en un menoscabo de la moral, la cual repercute en el estado de ánimo de las personas (Corte Suprema de Justicia, EXP. 11001-3103-035-1999-02191-01, 2010).

Es importante diferenciar que, a pesar de que estos sentimientos o sensaciones puedan ser experimentados a partir de otras tipologías de daño extrapatrimonial como lo es, por ejemplo, el daño a la salud, la Corte Suprema ha dispuesto que la lesión a estos intereses es un aspecto independiente cuya reparación no debe condicionar al daño moral. Éste como se dijo, comprende la órbita interna y no la externa.

Puede darse la ocurrencia del daño moral, por ejemplo, con la muerte de un familiar o persona muy cercana, cuyo vínculo resultare fundamental para la armonía, paz y bienestar de la víctima. Para estos casos, existe una especie de presunción de afectación cuando quien fallece tiene un vínculo de parentesco civil, sanguíneo o de afinidad. Esto ha sido producto de la experiencia, pues es ella la que ha marcado que en la mayoría de casos en los que se presenta un presupuesto como el mencionad líneas arriba, hay sufrimiento profundo. No ocurre lo mismo, cuando se trata de amigos o de líneas lejanas de parentesco. Al respecto la Corte suprema ha dicho:

Por el aspecto de los perjuicios morales es obvio que la muerte o la invalidez accidentales de una persona puede herir los sentimientos de afección de muchas otras y causarles sufrimientos más o menos intensos y profundos. En principio, todos estos ofendidos

estarían legitimados por el daño que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente, pero (...) la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar ese derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo. Obvio es, que, derivándose fundamentalmente este derecho de las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento de daños morales sólo ha de legitimarse en causa mediante la demostración de tales relaciones con las respectivas partidas del estado civil. (Corte Suprema de Justicia, ID: 344479, 1976)

Con lo anterior, no es complicado deducir que una pérdida de una persona querida resultara sientto devastadora o, al menos, trastocara a quien considerara a la persona fallecida como alguien de su vínculo cercano. Pero no es lo mismo deducir la existencia de un daño moral, derivado de la destrucción de un bien material. Allí es necesario fijar un enfoque cultural y filosófico de la persona que reclama el daño con la cosa. Se torna más complejo, probatoriamente hablando, establecer este tipo de afectación, pues no se presume el daño moral en estos casos y no existe una reparación automática para los mismos (Tamayo, 2007).

Hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral, sin importar su origen, inclusive el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, siempre que, como sucede en relación con cualquier clase de perjuicios, aquellos sean demostrados en el proceso. Para que haya lugar a la reparación del perjuicio, basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. (Consejo de Estado, EXP. AG-2002-00226, 2004)

Un ejemplo simple, pero muy ilustrativo, puede encontrarse en la sentencia del Consejo de Estado del 12 de julio de 2014, en la que el Consejero Ponente Enrique Gil Botero, reconoció la indemnización por daño moral a una persona que había sustentado sentirse perjudicado por la construcción de un muro frente a su casa que le impedía observar el paisaje que antes podía admirar (Consejo de Estado, NR: 2094832 05001-23-31-000-1996-01308-01 26841, 2014).

Por otra parte, el daño a la vida de relación, que también ha sido denominado “daño fisiológico, corresponde a la disminución de las oportunidades para disfrutar la vida de la forma en que se venía haciendo hasta antes de recibir la afrenta. Se trata de la privación del chance de continuar el proyecto de vida en las mismas condiciones que se hacía, o en las mismas condiciones de los congéneres. Esto no necesariamente implica que se tenga que probar que la persona, por ello, estuviera afectada a futuro de manera patrimonial también. Eso sería un análisis desde el lucro cesante. Aquí se trata de la disminución de la percepción de la existencia como algo agradable (Isaza, 2018).

El doctrinante Javier Tamayo (2007), diferencia el daño a la vida de relación del daño moral diciendo que el primero es un perjuicio extra patrimonial a la vida exterior, mientras que el segundo es un daño extra patrimonial a la esfera interior del ser humano. Pero además de ello, aclara que en el caso del daño a la vida de relación debe ser reparado en la anulación de las actividades vitales, mientras que el daño moral debe ser reparado por el descontento psíquico o dolor que sufre la víctima.

Las llamadas actividades vitales pueden ser entendidas como aquellas áreas de la vida a las cuales la víctima se dedicaba. Llámese empleo o pasatiempo. Esto es, en lo que la persona invertía su tiempo antes de resultar afectada. En otras palabras, se trata de las actividades que conformaban el contexto del diario vivir.

Cuando hay un daño a la vida de relación, se debe establecer claramente cómo la afectación a las facultades físicas o psíquicas de la víctima afectan a su desempeño en su contexto. Debe dejarse claro cuál es esa pérdida de capacidad para llevar la vida como lo hacía antes.

Según la Corte Suprema de Justicia, en resumen, las características del daño a la vida de relación se caracteriza porque (i) tiene naturaleza de carácter extra patrimonial, por su incidencia en los intereses, derechos o bienes de inasible apreciación, pues la intensidad de dolor es difícil de traducir en términos monetarios, (ii) se proyecta sobre la esfera externa del individuo, (iii) se comprende tras las privaciones, limitaciones, vicisitudes o alteraciones que se sufren en el entorno familiar, profesionales, social o personal de la persona, (iv) puede ser originado en las lesiones físicas, o psíquicas, o incluso en derechos fundamentales o elementos de la personalidad, (v) puede recaer tanto en el afectado directamente con la lesión, o en otros terceros, (vi) es un daño autónomo al daño moral (Corte Suprema de justicia, EXP. 170013103005, 2009).

Por último, la afectación a bienes convencional o constitucionalmente amparados ha sido una tipología de perjuicio extrapatrimonial de reciente desarrollo. Se trata de un agravio autónomo que se causa a los derechos personalísimos y que se deben garantizar como fin propio del Estado de Derecho.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que la reparación de estos daños no requiere más que probar que hubo una violación del derecho personalísimo, sin indicar que hubo consecuencias más allá de eso, pues se entiende que la reparación debe estar orientada a la volver la garantía de derecho de estirpe constitucional que se estima vulnerado (Corte Suprema de justicia, Sentencia 10297, 2014).

De lo anterior que se entienda como un daño autónomo. Pues no es necesaria la repercusión de la afectación del derecho personalísimo para que se considere que debe haber una indemnización a la persona.

Debe precisarse que puede reclamarse la reparación en tratándose de lesiones a diversos derechos constitucionales, pero sin que esto de lugar a que haya una multiplicidad de indemnizaciones (Consejo de Estado, RAD. 66001-23-31- 000-2006-00672-01, 2014). Se trata de una reparación única para restablecer el componente completo de los derechos personalísimos de los afectados.

### **2.3.2 *Nexo de causalidad***

La causalidad en materia de la responsabilidad civil extracontractual se representa en el llamado “nexo de causalidad”. Cuando se habla de este término, se comprenden dos aspectos, esto es, la causa y el efecto. Interesa en todos los casos en que se evalúa la responsabilidad civil extracontractual que se identifique qué acción generó el daño. No se estudian acciones aisladas, ni daños aislados.

Si se genera un perjuicio, naturalmente, lo primero que se quiere resolver es quién lo causó, y cuál fue la acción determinante. Lo anterior es por una sencilla razón. Si no se determina la causa del daño junto con su causante, no se tiene a quién reclamar una reparación por el mismo. Entonces, en una construcción lógica de un proceso indemnizatorio, es crucial determinar el sujeto causador del daño y su acción. Esa acción tuvo que tener la virtualidad suficiente para estropear el interés de la víctima. De lo contrario, no se le podría endilgar o exigir obligación alguna derivada de su culpa o dolo.

El artículo 2341 del Código Civil establece que “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...” (Código Civil Colombiano, 1887). Así las cosas, nuestro legislador ha dispuesto que se debe analizar la acción de cometer o causar un daño. Pero entiéndase que no solo se trata de acciones positivas. Por supuesto, las omisiones también tienen repercusiones en el mundo y serán objeto de responsabilidad cuando se tenga algún deber jurídico de actuar para evitar una lesión (Corte Suprema de Justicia, EXP. 11001-31-03-028-2002-00188-01, 2012). Así la responsabilidad podrá tener lugar por realizar una acción y por abstenerse de ella.

Es necesario destacar que la causalidad, con todo y los problemas filosóficos que suscita, debe ser examinada desde el contexto jurídico. No sería lo mismo que si se analizara desde un contexto de hecho. Esto es porque la causalidad jurídica, a diferencia de la fáctica no es, en estricto sentido, naturalista. La sociedad que se encarga de definir las normas, también establece qué valores culturales escoge como preponderantes. Sólo aquellos que considera verdaderamente reprochables son los que censurará endilgando responsabilidad. De ahí que se hable de una causalidad adecuada (Corte Suprema de Justicia, EXP. 11001-31-03-028-2002-00188-01, 2012).

No en todos los casos, un hecho que es consecuencia del otro tiene la virtud de imponer la obligación de indemnizar los daños que derivó. Incluso, puede establecerse que una persona debe reparar por la causación de un perjuicio generado por una acción en la que no intervino.

Por eso, en el ordenamiento se aplica el concepto de juicio de imputación que define cuando una persona señalada como responsable tiene influencia en el flujo causal y, por ello, adquiere la obligación resarcitoria.

Pero el asunto de la causalidad se torna más complejo cuando se examinan hechos desencadenados por una pluralidad de circunstancias que no siempre son identificables. Es el caso

de la contaminación al medio ambiente. Pero no se trata de regresarse infinitamente para dosificar el histórica causal de un hecho. Eso sería un imposible. La jurisprudencia ha denominado este fenómeno como “concausas” y el problema que deriva se dirime si se aplica la imputación objetiva.

En realidad, la pluralidad de circunstancias generadoras de una consecuencia es un problema de causalidad. Cada una de ellas con una solución prevista por parte del ordenamiento. Para zanjar a este asunto, la norma agrupa algunos presupuestos con bases comunes y así marca la pauta de la determinación del nexo. Más claramente y, en primer lugar, cuando existen varios hechos que cooperan y generan un perjuicio sobreviniente, se habla de causalidad conjunta, y esta se encuentra prevista en el artículo 2344 del Código Civil. Allí se alude a que los cooperantes responden de manera solidaria por los perjuicios ocasionados, pues tuvieron un grado de participación en ese delito o culpa que generó consecuencias. La causalidad conjunta, básicamente, describe que un solo daño puede ser causado por varias personas mediante una única acción.

Por su parte, la causalidad acumulativa explica aquellos casos en que acciones independientes, pero sin cooperación, generan un daño, cuando aún al haber actuado aisladamente, el resultado se habría producido de todas formas. Para ello, el artículo 2537 del ordenamiento civil dispone que se reducen las apreciaciones del daño cuando la víctima misma interviene de alguna manera y tuvo una cuota de participación para provocar la producción del daño.

Por último, se habla de causalidad disyuntiva cuando se dan hechos o actuaciones, que no son jurídicamente relevantes, aun cuando tuvieron injerencia en el resultado indeseado. Allí debe entrar el juzgador a dirimir cual de todas las acciones tuvo la virtualidad determinante para así poder endilgar la responsabilidad.

La complejidad de los flujos causales puede provocar innumerables suposiciones imposibles de prever en su totalidad. Pero esta diferenciación trazada ayuda a que la valoración de

nexo causal al menos tenga un protocolo. En los dos primeros casos, el paso a seguir lo dicta la norma misma. El legislador se encargó de establecer el supuesto de hecho y la forma en que se debe proceder cuando se esté en presencia de él.

No ocurre lo mismo cuando se trata de causalidad disyuntiva, pues cada caso particular de causas probablemente eficientes para producir un daño, requieren de un análisis más detallado. Es el juez quien debe escoger la acción más relevante y determinante en cada caso. Esto lo hace acudiendo a las reglas de la experiencia, probabilidad y razonabilidad. En su ejercicio, necesariamente debe hacer una reconstrucción histórica y establecer un silogismo coherente, lógico y comprobable para dilucidar la existencia y composición del nexo de causalidad en cada caso. Al respecto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia:

cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquéllos que la practican– y que a fin de cuentas dan, con carácter general las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen

de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan. (Corte Suprema de Justicia, SC 6878, 2002)

En esa conformación del nexo causal, pueden advertirse circunstancias que lo interrumpen y, por ende, excluyen cualquier adecuación de responsabilidad que pueda realizarse. Específicamente, en tratándose de nexo causal, encontramos que este puede romperse en situaciones de fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima, y hecho exclusivo de un tercero.

### **2.3.3 Culpa**

Como se expuso anteriormente, la culpa es un elemento de la responsabilidad civil extracontractual que no se estudia en todos los juicios de adecuación. En los casos a los que debe aplicárseles el régimen de imputación objetivo, se prescinde de la argumentación y prueba de la existencia de la culpa. Pero, cuando se trata del régimen subjetivo, si debe ahondarse en este aspecto. Por ello, es importante traerlo a colación, aunque el caso de que trata la presente investigación no lo necesite por tratarse la minería aurífera de una actividad peligrosa.

Pues bien, la culpa se define, generalmente, como el actuar negligentemente, sin tener el cuidado que se requiera para desplegar la acción que generó el daño. Esto es, se actúa culposamente cuando se realizan las acciones sin los estándares de diligencia que cualquier otra persona en la misma situación hubiera adoptado.

En la definición de culpa, históricamente, se ha hecho referencia a que se actúa correctamente si se hace como lo haría el “buen padre de familia”, pues se tenía la concepción de que el único ser útil y capaz de realizar las actividades con trascendencia en el mundo del derecho

eran los hombres. Hoy, nuestra sociedad reconoce la igualdad y el enfoque de género, de ahí que nuestra constitución así lo consagre en el artículo 13 del texto. Por ello, y reconociendo que los enfoques discriminatorios en el derecho deben transformarse, se plantea y rectifica dentro de estos espacios que ese tipo de expresiones deben quedar proscritas. No se trata de lo que haría el buen padre de familia, o el buen hombre de negocios. Se trata de los que hacen las personas prudentes y diligentes.

Habiendo superado la precisión anterior, es importante resaltar que este elemento de la responsabilidad es tremendamente indeterminado. Así lo ha visto la doctrina, pues cuando se hace referencia a la culpa, se indican estándares genéricos de conducta, y sólo en algunas ocasiones estándares específicos de conducta. Casos últimos en los cuales no hay un nivel de indeterminación tan amplio.

Pero la indeterminación no es necesariamente un valor a desechar, pues los estándares específicos de diligencia son su incluyentes y eso no garantiza la indemnidad de la autonomía de las personas. Los estándares específicos de conducta, como lo serían, por ejemplo, las normas que limitan la cantidad de sustancia que se puede utilizar en una actividad económica, por ser tóxica o contaminante, no contemplan todas las eventualidades que pueden producir el hecho de utilizar dicha sustancia. Incluso si hubiera una regulación muy extensa de este tipo de prohibiciones, habrán circunstancias que se escapen de la norma.

Los estándares genéricos, entonces, cumplen un valor normativo fundamental en la práctica de la responsabilidad civil. Esto es porque exigen que la conducta de las personas se adecúe a las circunstancias en que se encuentre. Para establecer que una persona actuó como debía, esto es, razonablemente, se atiene a establecer en qué medida el daño que se ocasionó con su actuar era previsible o probable, que tan grave fue el daño, la importancia del bien jurídico afectado, el grado

de peligrosidad e importancia de la actividad realizada, y las medidas precautorias que se tomaron. Así siempre se apela a conceptos valorativos positivos o negativos (Papayannis, 2021).

El tema de los estándares en la culpabilidad lo que deja ver es que unos y otros, es decir, tanto genéricos como específicos se complementan, esto es porque son el balance entre la sub-inclusión y sobre exclusión de prohibiciones que debe concentrarse en el derecho civil, el cual propende por la libertad de actuar de las personas. Es cierto que el derecho marca pautas, pero no las agota todas. Es la persona quien debe hacer su razonamiento en cada una de las circunstancias que se le presente para decidir cómo actuar correctamente o, por lo menos, como lo haría el resto de la gente.

### **3. La Reparación Integral**

El por qué se estudia la reparación integral en la presente investigación tiene que ver con la acción y modelo de responsabilidad civil extracontractual como una forma para obtener justicia, que es uno de los fines propios del derecho. En este punto, luego de haber advertido el problema que pueden atravesar las personas que sufren un perjuicio a raíz del daño ambiental que produce la actividad minera de extracción de oro, no queda otra cosa que preguntarse cómo pueden esas víctimas obtener justicia. Y es que la reparación integral es un principio que orienta a la consecución de este valor primordial.

La justicia ha sido siempre objeto de interés y por ello su naturaleza ha sido examinada una y otra vez. Aristóteles, quien ha sido uno de los filósofos con más trascendencia en la historia occidental, la ha tratado de definir. En el libro V de la obra “Ética a Nicómaco” él refiere que la justicia, no puede ceñirse a un solo sentido, sino que, dependiendo del contexto, se entiende de

una u otra forma. Para ser más claros, véase que, para Aristóteles, la justicia entre los particulares se da al corregir o enmendar los daños generados por el agente dañador, sustrayendo de su haber las ganancias generadas por la acción dañosa.

Esto es una definición de justicia que contiene mucho de la sustancia de la responsabilidad extracontractual. Véase que el elemento del “daño” se encuentra presente y es la clave que origina el concepto. En esta forma de entender la justicia, las ganancias y los daños son equivalentes y correlativos, de manera que entregando las ganancias obtenidas por el sujeto dañador al sujeto dañado se reduce la injusticia producida y se lleva la desigualdad a la igualdad (Aristóteles, 2001).

Por supuesto, en el escenario de la realidad, difícilmente existirá una equivalencia entre ganancias y daños, porque no siempre que se infringe un daño se genera una ganancia y, si sí se obtiene, las ganancias pueden ser de mayor o menor magnitud que los daños provocados (Papayannis, 2012).

Ahora bien, algunos autores como Papayannis (2012) sugieren que la justicia en la responsabilidad civil extracontractual es una de tipo correctiva, pero con ingredientes de la distributiva. La justicia distributiva corresponde a la repartición de las honras e intereses comunes en proporciones que se calculan de acuerdo con los parámetros que decida o interesen a la sociedad. Las normas de responsabilidad civil extracontractual proporcionan la garantía de derechos y deberes de indemnidad entre los particulares (Aristóteles, 2001).

Esa igualdad e ingrediente de justicia distributiva hace que cuando se infrinja el deber de indemnidad, deba aplicarse la justicia correctiva para reducir la injusticia. Podría decirse que la justicia, dentro del el escenario en el que interfieren las normas de responsabilidad, procura enmendar los daños, desde su forma correctiva, y mantener la indemnidad que por justicia distributiva se obtuvo.

Pero decir esto, podría significar una abstracción si no se comprende la aplicación real de la justicia en casos de la vida diaria, como lo es el acaecimiento de un daño por la actividad minera de extracción de oro. Es interesante porque, del análisis del caso concreto, puede entenderse cómo las personas se relacionan con el sistema de justicia de la responsabilidad. Esto es, qué derechos otorgados por la justicia distributiva pretenden mantener indemnes y, también, qué derechos reclaman para su reparación integral cuando terminan por ser víctimas por el daño ambiental producido por la actividad minera de extracción de oro.

En nuestro ordenamiento, la justicia es entendida como aquella virtud consistente en dar a cada uno lo que le corresponde, siendo necesario determinar a quién le pertenece que cosa para garantizárselo. La justicia es el deber ser de las cosas (Corte Constitucional, s.f.). Claramente, ese “deber ser” es el contenido mismo de nuestro sistema normativo, incluyendo la Constitución Política, las leyes y la jurisprudencia.

Pero la justicia no es un valor inmóvil. El preámbulo de la constitución dicta que el pueblo colombiano, en ejercicio de su poder soberano, fortalece y asegura la justicia dentro del marco jurídico (Const., 1991). Así, ella debe ser administrada para dotarse de eficiencia. Por ello, la Ley 446 de 1998, en su artículo 16, estableció que “dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. En este sentido, la aproximación a la reparación integral es valiosa porque es medio por el cual se puede lograr la materialización de la justicia.

El fundamento precursor del artículo citado se encuentra en nuestro marco de convencionalidad. Colombia es Estado Parte de la Organización de Estados Americanos, de manera que este ordenamiento se acoge a los estatutos promulgados por ella, pues el artículo 93

de nuestra constitución así nos vincula a los tratados y convenios internacionales que son ratificados por el Congreso de la República. Pues bien, la reparación integral tiene origen en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que a su tenor reza:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Art. 63)

Lo que deja ver este artículo de la Convención es la búsqueda de la reducción de los alcances que tuvieron los daños, pérdidas y perjuicios ocasionados a las víctimas.

También, el artículo 283 del Código General del Proceso establece, que “En todo proceso jurisdiccional de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (Código General del Proceso, 2012, Art. 283).

Se dice que la reparación es integral porque los perjuicios que se ocasionan a las personas tienen un impacto multidimensional. Al tiempo que se genera un perjuicio económico, puede darse una afectación corporal y sentimental. Que sea integral conlleva que recoge todos estos aspectos y persigue devolver al sujeto dañado a la situación en la que antes se encontraba, sin dejar escapar cuestiones que, aunque no generen un impacto económico negativo si implican una huella por lo acontecido que debe suavizarse o borrarse.

Recuérdese que las víctimas cuentan con intereses lícitos de distintas entidades. La misma valoración del concepto de persona ha hecho que entendamos que a ella la acompañan una serie

de atributos de distintas naturalezas y también cuenta con valores, sentimientos, intereses y angustias.

La reparación integral es un principio y un derecho que permite a las personas, no sólo relacionarse con la justicia, sino también gozar de ella mediante su administración. Y esto, es perfectamente aplicable en los procesos por responsabilidad civil extracontractual, en los cuales el daño y su valoración son un elemento primordial. Sin embargo, la reparación integral, en el marco de la responsabilidad civil extracontractual, es aún una materia por regular. Su alcance debe ser aún tipificado por el legislador. Pero ello no quiere decir que no se pueda acudir a lo determinado por la jurisprudencia para comprender cuáles son sus criterios y componentes, sobre todo cuando se persigue para obtener una aproximación real a la justicia.

La adaptación de la “reparación integral” a los casos concretos es una tarea dificultosa, pero a pesar de ello, el legislador, los jueces y la doctrina la promulgan para consolidar la justicia a través del derecho. Y esto es adoptable en la responsabilidad civil porque son casos en los que se está ante un hecho que exige una reacción jurídica, precisamente por las afrentas que se causan a los derechos fundamentales (Suárez, 2015).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que este asunto de la reparación integral, si bien si ha sido desarrollada por la jurisprudencia, la mayoría de los casos en los que los altos jueces han profundizado en su contenido, ha sido para asuntos de vulneración de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Ejemplo de ello, todo el despliegue e importancia que recobró el tema por el reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado.

La sentencia T-083 de 2017 que resolvió la demanda de tutela interpuesta por un ciudadano ante la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas – UARIV,

por lo que estimó una vulneración a sus derechos fundamentales de petición y de igualdad, tuvo que precisar el concepto de reparación integral para proferir su fallo.

En ella se indicó claramente que uno de los derechos de las víctimas era la reparación integral, el cual, en primer lugar, busca restablecer la dignidad de las víctimas a quienes se les han transgredido sus derechos constitucionales, y en segundo, por tratarse de un derecho complejo, relacionado con la verdad y la justicia, se traduce en cinco pretensiones de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y medidas de no repetición (Corte Constitucional de Colombia, T- 083, 2017). Contrario a lo que generalmente se cree, esto deja ver que la compensación económica representada por la indemnización es sólo uno de los criterios para que se tenga como reparada integralmente.

Con lo anterior, se advierte que con todas esas pretensiones se persigue garantizarle a la víctima el retorno al estado en el que se encontraba antes de que se le ocasionaran los perjuicios.

Por su parte, el Consejo de Estado, a propósito del derecho a la reparación integral de las víctimas del conflicto, estableciendo que mediante la reparación integral, se busca la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas (Consejo de Estado, EXP. 149, 2019). Esa restauración plena implica el restablecimiento de la víctima a la situación de garantía de sus derechos fundamentales.

La reparación integral incluye además de la restitución y de la compensación, una serie de medidas tales como la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición. Así, el derecho a la reparación integral supone el derecho a la restitución de los derechos y bienes jurídicos y materiales de los cuales ha sido despojada la víctima; la indemnización de los perjuicios; la rehabilitación por el daño causado; medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; así como medidas de no

repetición para garantizar que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que las vulneraciones continuas, masivas y sistemáticas de derechos se repitan. (Consejo de Estado, EXP. 149, 2019).

Sobre estos criterios, el Consejo de Estado realizó una diferenciación para su aplicación en cada caso, la cual ha sido reiterada en diversos fallos. Esto, a partir de la dimensión de los daños irrogados. Así, cuando se trata de daños de dimensión individual, la reparación incluye medidas tales como la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Mientras que, en tratándose de la causación de daños de dimensión o índole colectiva, la reparación se obtiene a través de medidas de satisfacción y carácter simbólico o medidas que se impacten y resarzan lo causado a la comunidad (Consejo de Estado, EXP. 149, 2019).

Y esto es importante traerlo a colación porque si lo que se pretende es establecer los criterios de reparación integral aplicables a los casos de responsabilidad civil extracontractual, pues es preciso diferenciar que los derechos que por su acción se reclaman son los de naturaleza individual. Siendo que, los criterios para que se entienda que una persona fue reparada integralmente, son la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Por lo anterior, en el presente trabajo no se estudia la satisfacción ni tampoco las medidas simbólicas que se proyectan a la comunidad.

### **3.1 Restitución**

Este elemento también ha sido desarrollado principalmente en el ámbito del desplazamiento forzado y el proceso de restitución de tierras, en el cuál se estableció que era el

criterio o componente principal para la reparación integral de las víctimas del conflicto armado (Corte Constitucional de Colombia, C-715, 2012). Para la Corte constitucional, la restitución implica restablecer plenamente a la situación anterior a la violación. Sea esto el retorno de la familia, la casa, el automóvil, empleo, forma de obtener recursos, etc.

La sentencia C-715 de 2012 definió la restitución de la siguiente manera:

En consonancia con lo anterior, los estándares internacionales sobre el derecho a la restitución de las víctimas como componente preferente y principal del derecho a la reparación integral se desprenden algunos principios que deben orientar la política pública en materia de restitución a víctimas, tales como:

- (i) La restitución debe establecerse como el medio preferente para la reparación de las víctimas al ser un elemento esencial de la justicia restitutiva.
- (ii) La restitución es un derecho en sí mismo y es independiente de que se (sic) las víctimas despojadas, usurpadas o que hayan abandonado forzosamente sus territorios retornen o no de manera efectiva.
- (iii) El Estado debe garantizar el acceso a una compensación o indemnización adecuada para aquellos casos en que la restitución fuere materialmente imposible o cuando la víctima de manera consciente y voluntaria optare por ello.
- (iv) Las medidas de restitución deben respetar los derechos de terceros ocupantes de buena fe quienes, de ser necesario, podrán acceder a medidas compensatorias. (Corte Constitucional de Colombia, C-715, 2012)

Además de ello, el órgano constitucional resaltó que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que para el logro de la reparación integral es necesaria la restitución y que, de no ser esto posible, deben buscarse otras medidas que protejan el derecho

conculcado, reparándose las infracciones y se establezca el pago de las indemnizaciones a que haya lugar para compensar el daño causado. Esto lo que deja ver es que, cuando de reparación integral se trata, lo primero que se procura es parar la causación del daño para volver a quien estaba siendo afectado al momento en el que no lo estaba siendo. No puede hablarse de restitución si persiste el daño.

Posteriormente, se enmiendan los perjuicios causados para volver a la víctima al estado en el que no tenía estos problemas. Y es a partir de allí en que se evalúa si lo realizado fue suficiente para restablecer al afectado su dignidad e intereses conculcados. En caso negativo, se pasaría a poner en práctica otros tipos de criterios o formas de reparación integral.

En los casos por responsabilidad civil extracontractual, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que para que se dé un desarrollo del principio de reparación integral, es necesario que se restituya la integridad de la víctima o se le lleve lo más cerca posible al estado anterior.

Se impone partir de esta premisa en desarrollo del principio de reparación integral reconocido normativamente en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual ordena «que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio’. (Corte Suprema de Justicia, RAD. 2004-00172-01, 2012)

Es por la mención expresa de la “restitución” en estos casos que se entiende que el juez pueda ordenar en su fallo de responsabilidad extracontractual que el victimario adelante acciones positivas encaminadas a restablecer la situación de la víctima del daño.

Como se observa, el análisis del enfoque restitutivo de la reparación integral es mucho más completo en los casos de reparación víctimas del conflicto armado porque, como se dijo, es en estos casos que se ha ahondado más en el estudio de la reparación integral. Pero ello no quiere decir que en los casos de responsabilidad civil extracontractual no pueda darse aplicación. De hecho, se aplica a ellas y a los demás procesos en que se evalúen los daños tal y como lo consagra el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Al respecto, la sentencia C-1008 de 2010 establece que los criterios de la reparación, incluyendo la restitución, son perfectamente aplicables a los procesos de responsabilidad civil extracontractual además de porque así lo dispuso el legislador, porque el principio de reparación integral no puede interpretarse aisladamente, sino que debe incorporarse sistemáticamente (Corte Constitucional de Colombia, C-1008, 2010).

Es importante precisar que la reparación integral va más allá del enfoque financiero con que se asuma el tratamiento en un daño. Por eso, los criterios no económicos no tienen un carácter excepcional, sino que toman igual predominancia que los demás criterios de reparación. La restitución debe tenerse en cuenta de manera ordinaria y complementaria.

### **3.2 Indemnización**

La indemnización o compensación económica es el criterio al que más se alude o al que más importancia se da cuando se hace referencia al resarcimiento de un perjuicio. Esto se comprueba con la lectura de los fallos de responsabilidad civil extracontractual que hacen mucho énfasis en la cuantificación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

La indemnización es el alivio económico que se proporciona a la víctima para corregir o subsanar todos los daños, perjuicios causados, daños físicos, psicológicos, etc. Como se advirtió

anteriormente, el legislador ha establecido en el artículo 1613 del Código Civil Colombiano (1887) que la indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante. Pero la reparación del daño también implica el resarcimiento de perjuicios de naturaleza extrapatrimonial. Por ello es integral.

La materialización de la indemnización encuentra relación directa con la tipología de los daños descrita en el capítulo anterior.

Es muy importante tener siempre presente que la indemnización no es una forma de enriquecimiento para la víctima del daño. Tiene unos límites fijados por el principio de enriquecimiento sin justa causa y la base de la responsabilidad extracontractual es la justicia correctiva, la cual no tiene nada que ver con premiar al damnificado por consuelo: “La indemnización del daño patrimonial tiene como fin remediar el detrimento económico sufrido por la víctima, por lo que una condena excesiva puede ser fuente de riqueza o ganancia injustificada” (Corte Suprema de Justicia, SC 10297, 2014).

La cuantificación del daño se relaciona, entonces, con un límite. Para cada caso, la jurisprudencia ha definido los alcances que se expondrán a continuación conforme a los tipos de daños que pueden generarse a las personas.

Como se vio, el daño que es transversal a la justicia, a la reparación integral y a la responsabilidad civil extracontractual, no está plenamente definido por el legislador, ni tampoco su cuantificación. Ciertamente, si estos elementos estuviesen tipificados en una ley, la ruta dirigida a la consecución de la justicia sería sencilla. Es cierto que nuestro Código Civil determina una tipología de daños para la reparación, siendo estos el daño emergente y el lucro cesante. Pero no incluye los perjuicios extrapatrimoniales, ni tampoco la forma de cuantificarlos y resarcirlos.

Por eso, la jurisprudencia ha fijado algunos parámetros que deben ser tenidos en cuenta al definir la reparación integral. Así, lo que se debe reparar son tanto los perjuicios patrimoniales de

daño emergente y lucro cesante, como la extrapatrimoniales. Pero, además, para evitar la arbitrariedad del juzgador en la valoración de cada caso, es necesario que se fijen las reglas para la cuantificación del daño, o bien sea criterios orientadores de límites variables, topes fijos razonables y proporcionados, etc.

Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados. (Corte Constitucional de Colombia, C-344, 2017)

### **3.2.1 *Indemnización del daño emergente***

Como se mencionó en el capítulo anterior, la indemnización por daño emergente comprende la compensación económica por los perjuicios causados a la víctima. A continuación, se exponen algunos casos considerados por las altas cortes, para demostrar cómo se materializa el criterio de la indemnización de este tipo de perjuicios.

Una sentencia ilustrativa es la de la Corte Suprema de Justicia del 05 de marzo de 2018 del magistrado ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Se trata de un proceso por responsabilidad civil extracontractual adelantado por parte de Lucía Neira Ospina, contra el Fondo de Cultura Económica Ltda y otros (Corte Suprema de Justicia, SC 512, 2018).

El caso concreto constó de un reclamo a la parte demandada por ocasión de unos perjuicios producidos al inmueble de propiedad de la demandante, tras la demolición y posterior construcción

de un edificio en Bogotá. En el análisis de esta providencia no se entrará a analizar a fondo el régimen objetivo que entraña la actividad de demolición y construcción de edificios por catalogarse como una actividad peligrosa. De todas formas, el hecho de que se esté frente a un régimen objetivo a uno subjetivo, no distingue el derecho que tiene la víctima del perjuicio de verse reparada integralmente (Corte Suprema de Justicia, SC 512, 2018).

Específicamente, el daño emergente fue reclamado por cuanto la parte demandante tuvo que asumir una serie de gastos de reparación, de servicios de arquitectura y experticia, de conciliaciones prejudiciales y peritajes realizados. Todos los anteriores se reclamaron porque fueron gastos que se efectuaron para restablecer su situación anterior y volver a gozar de un inmueble apto para su habitación. Esto, por supuesto, fue solicitado conforme a su valor indexado (Corte Suprema de Justicia, SC 512, 2018).

Para dotar de más claridad el asunto, la demolición y construcción del edificio al lado del inmueble de propiedad de la parte demandante ocasionó que la vivienda de la señora Neira sufriera daños como la ruptura de las redes de televisión y telefonía, de las tuberías de agua, además de grietas en las paredes de la casa, y el incendio de las líneas de energía. Pero también el peso de la nueva edificación construida provocó un desplazamiento lineal de la vivienda de la demandante y eso desencadenó la inclinación de la misma. Esto último fue determinado a partir de una prueba pericial aportada por la demandante, la cual no fue objetada por la contraparte (Corte Suprema de Justicia, SC 512, 2018).

La Corte reconoció que la demandada tenía responsabilidad por encontrarse probado la producción de los daños y del nexo de causalidad. Por ello, consideró que se debía indemnizar por los daños tanto cosméticos del edificio traducidos en las reparaciones de fisuras, grietas, rupturas, y desprendimiento de los elementos de la vivienda como puertas, paredes y ventanas, pero también

indicó que debía responderse por la inclinación causada y los costos de esa reparación estructural, esto es, los defectos de nivelación (Corte Suprema de Justicia, SC 512, 2018).

En este aspecto, se resalta el hecho de que el daño emergente se calculó a partir de las pruebas aportadas el demandante. Esto es, como en el caso concreto, tanto con facturas y cotizaciones de los daños cosméticos, así como con la tasación de la reparación que arrojaban los peritajes arquitectónicos. Es entonces el debate probatorio fundamental para fijar la valoración de los daños producidos, sin que tengan que fijarse otras fórmulas. Esta es una premisa general que puede aplicarse a cualquier caso de responsabilidad civil extracontractual. Así, la definición de este tipo de perjuicios se somete la prueba del demandante y los dineros que tuvo que invertir o tendrá que pagar para restaurar su patrimonio.

Además de la pauta anteriormente señalada, esta sentencia en particular resalta que la cuantificación de los daños emergentes puede verse disminuida según el comportamiento que la víctima adopte para mitigar o atenuar el daño. Según la Corte Suprema de Justicia, este deber es connatural al principio de reparación integral, pues también el afectado debe optar por correctivos que eviten que las consecuencias del daño aumenten o no se detengan. Esto es fundamental considerarlo en la cuantificación del daño emergente porque una conducta omisiva por parte del afectado puede generar que la afectación sea progresiva y, con el tiempo, implique mayores dificultades, costos y trabajo para el restablecimiento del bien.

En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos

perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.

Una actitud contraria, como es lógico entenderlo, al quebrantar el principio que se comenta, tendría que ser calificada como “una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que desconoce al otro e ignora su particular situación, o sus legítimos intereses, o que está dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido, la cual, por consiguiente, es merecedora de desaprobación por parte del ordenamiento y no de protección o salvaguarda. (Corte Suprema de Justicia, SC 1989, 2010).

En ese sentido, puede suceder que se reduzca en un porcentaje el monto del *cuántum* indemnizatorio si se estima que la víctima ha actuado de manera desleal y contraria a la buena fe del artículo 83 de nuestra Constitución Política. En el caso concreto, la Corte resolvió confirmar la disminución del 20% de la cuantificación del daño que se había estimado por parte del a quo, siendo que la víctima en contadas ocasiones se negó a las propuestas de arreglo formuladas por el fondo, y por no realizar ninguna labor de reparación.

Otro caso ilustrativo de la cuantificación del daño es el que se expone en la sentencia SC 282 de 2021, en la que se decide un recurso de casación interpuesto por parte de Luis Evelio Márquez Bustos frente a la sentencia de segunda instancia. Se reclamaba la declaratoria de responsabilidad civil de la parte demandada, la empresa Castro Tcherassi S.A., la cual, la hacer parte del Consorcio Emergencia Puerto Niño, celebró un contrato de arrendamiento con la parte demandante sobre dos embarcaciones. Pues bien, la responsabilidad se originó tras el hundimiento de uno de los barcos arrendados, producido por el descuido de la embarcación, no asegurándolo en debida forma. Habiéndose comprobado el daño, el nexa y la culpa, se constató que el daño

emergente se debía reparar mediante el pago de la suma de \$120'000.000 correspondiente al valor de la embarcación que se perdió, en las mismas condiciones en las que estaba al momento del naufragio. Esto es, con la misma vida útil.

Vale la pena recalcar que no se obligó al pago del valor del bien nuevo, o de última generación. Sino que se estimó el valor en razón al precio que tendría esa misma embarcación en el mercado quedándole la vida útil que le quedaba a que naufragó.

Esta sentencia además expone la prohibición de doble reparación que vale la pena resaltar. Sobre todo, porque es frecuente que se reclame daño emergente y lucro cesante, por cuanto además de perder el bien, se impide la posibilidad de seguirlo explotando. Al respecto, la Corte precisó que “el resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado (Alpa, 2006, p. 797)”.

Así, se guarda estrecha relación con el principio de reparación integral pues volver al estado anterior de las cosas no se logra condenando de manera excesiva al culpable del daño. En este caso concreto, se reclamaba que la empresa Castro Tcherassi S.A. respondiera por un lucro cesante correspondiente a los valores que podría obtener el demandante de tener la embarcación funcionando. Al respecto, la Corte consideró que la doble reparación, precisamente, evitaba que, aun cuando el perjuicio hubiera desaparecido, la víctima fuera indemnizada. No es posible que una víctima acumule diversas indemnizaciones por el mismo perjuicio (Corte Suprema de Justicia, SC 282, 2021).

La jurisprudencia fijó como norte que si ya se satisfizo la obligación del deudor, no es procedente la acumulación de indemnizaciones para lograr una nueva reparación, salvo en los casos en que los resarcimientos tengan su fuente en una causa jurídica distinta. (Corte Suprema de Justicia, SC 4866, 1998)

Por esa razón, en el caso concreto, la Corte confirmó lo considerado por el juez de segunda instancia, ateniendo a que, al recibir la indemnización correspondiente al valor de la embarcación, por concepto de daño emergente, la víctima podría comprar una nueva nave con la misma vida útil que la anterior y, en el futuro, obtener los réditos que dejó de percibir en aquel entonces, lo cual, excluye una nueva indemnización por lucro cesante (Corte Suprema de Justicia, SC 282, 2021). Esto se explica porque los bienes no tienen una vida útil extensible indefinidamente en el tiempo. Entonces, al devolver a la víctima un bien con la misma vida útil también se estaría indemnizando su lucro cesante.

Lo anterior no quiere decir que el daño emergente y el lucro cesante no puedan ser reclamados de forma concomitante. Lo que sí señala es que si una acción que se le ordene al demandante para paliar una de las tipologías de daño, también sana la otra, no será necesario que adelante más acciones para cumplir con el criterio de reparación integral.

### **3.2.2 *Indemnización del lucro cesante***

Para efectos de exponer la forma en cómo se materializa la cuantificación del lucro cesante se expondrá un caso claro en el que la corte Suprema de Justicia estimó la forma correcta en la cual debía establecerse el valor a pagar a la víctima.

Se trata de la sentencia del 08 de agosto de 2013 de la magistrada ponente Ruth Marina Díaz Rueda que explora la responsabilidad civil extracontractual de la empresa constructora “Construcciones Capital Tower S.A. por la muerte del señor Pedro Antonio Bustos Ángel. En el caso concreto, se estudió la cuantificación de los perjuicios causados a la hija del señor Bustos. El supuesto fáctico que originó esta sentencia es la responsabilidad que surge por los daños provocados tras las cosas que caen.

Resulta que el señor Bustos falleció tras recibir un golpe en su cabeza por parte de un objeto contundente que cayó del edificio “100 Street” el cual estaba en construcción a cargo de la ya mencionada parte demandada. Esto constituyó el elemento de la ocurrencia del daño y de la existencia del nexo. La culpa, en este caso, ocurrió por cuanto a que la constructora no cumplió con las normas mínimas de protección a los peatones, y la invasión al espacio público.

Pero la cuantificación del daño, en este caso, el lucro cesante comienza por llamar la atención y consolidar su necesaria valoración porque el difunto tenía unas obligaciones alimentarias naturales para con su hija, la víctima. Esta, con la muerte de su padre, además del daño moral que la pérdida de una persona tan fundamental podría implicar para su persona, quedó desamparada económicamente siendo que el señor Bustos era el encargado de su sustento económico.

Al respecto, la Corte precisó que cuando se trata de la liquidación de los perjuicios que sufren los hijos en razón del fallecimiento de sus progenitores, los cuales estaban encargados de su sustento económico, la cuantificación no puede verse ilimitada en el tiempo, pues ese sostenimiento que es una obligación para los padres, solo debe hacerse hasta que los hijos cuenten con las condiciones para encargarse de su propia subsistencia, lo que, según criterios generales trazados por la Corte Constitucional, se logra al cumplimiento de los veinticinco años (Corte Suprema de Justicia, EXP. 11001-3103-003-2001-01402-01, 2013).

Pero, además, y lo que sigue es una consideración de aplicación más generalizada, y enfocada a la pérdida de la posibilidad de obtener ingresos a futuro, el cálculo de los lucros cesantes debe hacerse de manera razonada. Esto es, deben tenerse en cuenta los ingresos que percibía la persona para la época en que perdió la vida, el porcentaje del dinero que el difunto podría destinar para la persona que fuera reconocida como víctima, los años de vida probable que le quedaban a

quien falleció y el periodo de tiempo en el que fuera probable que la víctima pudiera recibir el dinero (Corte Suprema de Justicia, EXP. 11001-3103-003-2001-01402-01, 2013).

Las siguientes fueron las fórmulas utilizadas por la Corte Suprema de Justicia para el cálculo del lucro cesante. La primera de ellas para el consolidado, y la segunda de ellas para el futuro.

**Tabla 2.**

*Fórmula utilizada por la Corte Suprema de Justicia para la cuantificación del lucro cesante consolidado*

<b>VA= LCM x Sn</b>	
<b>VA</b>	Valor actual, incluidos réditos del 0.5%
<b>LCM</b>	Lucro cesante actualizado
<b>Sn</b>	Valor acumulado de la renta periódica
	Fórmula del valor acumulado
	$Sn = \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$
<b>(i)</b>	Valor de la tasa de interés
<b>(n)</b>	Número de veces que se paga la renta periódica

**Tabla 3.**

*Fórmula utilizada por la Corte Suprema de Justicia para la cuantificación del lucro cesante futuro.*

<b><u>VA = LCM (1 + i) <sup>n</sup> -1</u></b>	
<b>i (1 - i) <sup>n</sup></b>	
<b>VA</b>	Valor actual del lucro cesante futuro
<b>LCM</b>	Lucro cesante mensual
<b>(i)</b>	Valor de la tasa de interés
<b>(n)</b>	Numero de meses al cual se extiende el lucro cesante en el futuro

En el caso concreto, estas fórmulas fueron implementadas con los datos proporcionados por la parte demandante, de manera que se tuvieron en cuenta valores como el salario devengado por el progenitor de la víctima a la fecha del accidente, sus gastos personales y de subsistencia (Corte Suprema de Justicia, N.P. 11001-3103-035-1999-02191-01, 2010), el tipo de contrato laboral que tenía, esto era, de tipo indefinido. También se utilizó el criterio de los veinticinco años como límite para establecer la extensión del perjuicio en el tiempo.

No en pocas situaciones el lucro cesante se encuentra ligado a la productividad de una persona (Corte Suprema de Justicia, SC 506, 2022). Así, en muchos casos lo que implica la generación de esta tipología de perjuicio se encuentra relacionado con la muerte de la persona o la disminución de sus ingresos por la variación de las circunstancias personales que le implican la pérdida de un empleo o la pérdida de su capacidad laboral.

Por eso, la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que un elemento útil para tasar el lucro cesante es el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Con ello y los criterios actuariales que se señalaron anteriormente se establece el monto de la indemnización.

En la sentencia SC 4322 de 2020 consistió del proceso por responsabilidad civil extracontractual en el que, entre otros perjuicios, la demandante solicitaba la indemnización por lucro cesante, pues, tras haber sufrido lesiones en su cuerpo por un accidente de tránsito, y haber perdido su capacidad laboral en un 36.40%, no podría seguir ejerciendo su profesión con normalidad. La Corte tomó en cuenta la suma mensual que percibía la demandante como salario y la vida profesional activa probable para establecer el valor del perjuicio. Así, calculó que, como la pérdida de su capacidad había sido el mencionado líneas arriba, ese sería el porcentaje del salario que debía reponerse como lucro cesante. Entonces, como la demandante devengaba \$11'605.606, su pérdida económica a indemnizar era de \$4'224.440 (Corte Suprema de Justicia, SC 4322, 2020).

Ahora bien, esto no implica que no se reconoce el lucro cesante si no se certifica o queda probado en el proceso que la persona tenía unos ingresos producto de su actividad laboral sea esta formal o informal. Pero si es necesario acreditar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral pues “las reglas de la experiencia indican que una persona adulta, concluido el débito alimentario, realiza actividades redituables como mecanismo para garantizar su sustento persona” (Corte Suprema de Justicia, SC 3919, 2021). En este sentido, cuando no se certifican los ingresos de la persona, puede acudir al criterio del salario mínimo mensual vigente establecido.

No es menester exigir al afectado que demuestre el desarrollo de un laborío redituable para acceder a su pretensión, pues basta con encontrar acreditada la pérdida de su capacidad laboral -temporal o permanente-, salvo que su aspiración sea una tasación mayor. (Corte Suprema de Justicia, SC 4803, 2019)

Puede suceder también que el lucro cesante se origine por la obstaculización, derivada de la ocurrencia de un daño, para realizar una actividad comercial que, antes del menoscabo, representaba un activo para la víctima, sea esta una persona natural o jurídica. Por ejemplo, en la sentencia ya mencionada, la SC512-2018, la demandante, además de reclamar la indemnización por los daños cosméticos y estructurales sobre su inmueble por la demolición y construcción de un edificio vecino, requirió que se le reconociera, como lucro cesante los cánones de arrendamiento que se habían dejado de percibir sobre otro inmueble, también de su propiedad, por razones de tener que cambiar de morada. Resultó probado en el proceso, a través de una prueba pericial, que el inmueble sobre el cual se produjeron los daños tras la construcción se había vuelto inhabitable.

En ese sentido, la actora se vio impedida para seguir residiendo en su caso, y tuvo que tomar medidas que le permitieran vivir en mejores condiciones. Resolvió solicitar a la inquilina de un apartamento de su propiedad que desocupara el inmueble para que ella pudiera vivir allí. Esto implicó que los ingresos que se percibían por el arrendamiento, dejaran de llegar. Lo que fue reconocido como agravio desde el momento en que se dio el traslado de morada hasta el momento en que se realizaran las reparaciones que permitieran a la demandante volver a su casa anterior y poner en disponibilidad el apartamento para el arriendo nuevamente.

Para hallar el cálculo en este caso, la Corte tuvo en cuenta los criterios del canon de arrendamiento que se cobraría mensualmente cada año, teniendo en cuenta el incremento legal previsto en la Ley 820 de 2003, el IPC anual, los descuentos pertinentes de comisión y prima de seguro, el valor mensual a favor de la dueña actora y el número de meses.

### 3.2.3 *Indemnización del daño extrapatrimonial*

Desde este momento se advierte que el criterio para la tasación de los perjuicios extrapatrimoniales se encuentra unificado en la jurisdicción ordinaria y se rige por la misma pauta para definir el daño moral, el daño a la vida de relación y el daño a derechos constitucional o convencionalmente reconocidos.

Entonces, frente a la indemnización del daño extrapatrimonial, lo que se observó a partir de las lecturas de distintas sentencias de la Corte Suprema de Justicia es que el criterio del juez, en cada caso, es el que define cuál es el valor que se reconoce a la víctima como indemnización por daño moral.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el valor a pagar a la víctima para resarcirla se impone por equidad y conforme a las condiciones fácticas de cada caso. Esto es, que debe acudirse al *arbitrii iudis*. Es el juez quien, en cada caso concreto estima, de acuerdo con la singularidad, especificación magnitud del impacto, tipo de daño, su gravedad en intensidad, su incidencia, el valor del daño moral a reparar.

Así es que debe estimar, incluso también, las condiciones de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, la posición de los perjudicados, y el dolor y la aflicción que se le causó a la víctima (Corte Suprema de Justicia, EXP. 20001-3103-005-2005-00406-01, 2009).

Aquí es perceptible que la jurisdicción ordinaria no tiene fórmulas preestablecidas para establecer el monto de la indemnización como sí ocurre con el lucro cesante con el daño emergente.

Por ejemplo, la sentencia SC4803 de 2019 que resolvió acerca de la cuantificación del daño a la vida de relación de una pasajera de autobús de propiedad de la parte demandante. Hubo un accidente de tránsito en el que la demandante se vio afectada por la ruptura de su columna vertebral con secuelas permanentes, deformidad física y perturbación de la movilidad de sus piernas. En

este caso. La Corte Suprema considerando que la real dimensión del daño implicaba la pérdida de capacidad de locomoción de la demandante, esto es, la pérdida de la posibilidad de caminar, correr, y verse siempre dependiente de otras personas, estimó que la calidad de vida se había visto muy disminuida con una barrera que antes no tenía. Estimó, entonces, que el valor de la indemnización de la accionante por concepto de daño en la vida de relación era de 50 smlmv, “por cuanto, ha sentado la doctrina de esta Corte, dada su estirpe extrapatrimonial es propia del prudente arbitrio del juez (*arbitrium iudicis*), acorde con las circunstancias particulares de cada evento”. Este es un ejemplo más de la aplicación del criterio del arbitrio del juez en la cuantificación del daño moral, que para los casos en que solicita, se valora de la misma forma (Corte Suprema de Justicia, EXP. 1100131030061997-09327-01, 2008).

El criterio expuesto anteriormente por la Corte Suprema de Justicia, por su puesto, aplica para los casos de responsabilidad civil extracontractual que se adelanten ante la jurisdicción ordinaria. No así para aquellos casos que se ventilan ante la jurisdicción administrativa, pues, para la tasación del daño moral, el Consejo de Estado, ha fijado unos estándares cuyo máximo de indemnización es 100 smlmv. Frente a ello, la Corte Constitucional también ha reconocido que las reparaciones directas que se ventilen ante juzgados administrativo deben regirse por el criterio fijado por el Consejo de Estado (Corte Constitucional de Colombia, T-169, 2013).

### **3.3 Rehabilitación**

Como con las medidas de restitución, no es sencillo encontrar medidas concretas de rehabilitación en los fallos judiciales. Esto es, que se toman como criterios de reparación integral pero no son fácilmente diferenciables dentro de las órdenes que se le imponen al sujeto dañador responsable para que repare integralmente a la víctima. A pesar de ello, este criterio ha sido definido como los servicios que se deben poner a disposición de la persona afectada para que pueda relacionarse nuevamente con su entorno de la misma forma en que lo hacía antes. Serían entonces aquellas medidas de atención médica y psicológica o servicios jurídicos y sociales para apalejar el daño.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha definido este criterio de reparación integral para dotar de claridad el asunto y diferenciar esta medida de otras: “A grandes rasgos la rehabilitación es la recuperación física o mental de las personas afectadas con la configuración del delito o de la violación ostensible a los derechos humanos (Corte Constitucional de Colombia, T-085, 2009).

## **4. La Reparación Integral de las Víctimas del daño ambiental impuro que produce la minería aurífera**

### **4.1 El Daño Ambiental Impuro**

Como se indicó el estudio que propone esta investigación, persigue la identificación de cómo restablecer la indemnidad de las víctimas que resulten afectas por el daño ambiental que produzca la actividad minera de extracción de oro. Lo primero que se entra a cuestionar es la naturaleza del daño producido. En estos casos, los perjuicios que pueden producirse derivan de la

alteración del medio natural. Y esa afirmación revela el punto de partida o *quid* de los contextos que se analizan. Porque además del daño al ecosistema que pueda producirse, intereses individuales pueden sufrir un menoscabo. En ese mismo sentido, que la afectación, en principio, sea en contra del derecho colectivo al medio ambiente, no implica que no se puedan tomar acciones para proteger los intereses individuales afectados.

Por ello, es preciso diferenciar que existen dos tipologías de daños cuando se hace referencia a la afectación del medio ambiente. Se tiene los daños ambientales puros y los impuros. La Corte Suprema de Justicia, establece que, por un lado, los daños ambientales puros, implican las afrentas a los bienes naturales y al ambiente por su contenido colectivo (Corte Suprema de Justicia, SC 52835, 2011). Mientras que, los daños ambientales impuros corresponden a todas aquellas afectaciones a la salud o al patrimonio de las personas y, por eso surge la imperiosa necesidad de remediar el daño ambiental. Se trata de “daños individuales que son la consecuencia o el reflejo de la lesión ambiental [...] cuyo derecho no es de corte subjetivo-colectivo, sino subjetivo-individual” (Genevieve & Patrice, 2014, p. 55). Podría incluso, desde una perspectiva amplia del daño ambiental impuro entenderse que la afectación al medio ambiente bloquea la posibilidad de obtener beneficios que pueden ofrecer los recursos naturales como el aire, agua, suelo y subsuelo en su estado óptimo.

La Corte suprema de justicia, en sentencia de mayo 16 de 2011, consideró:

Cuando el daño ambiental, ocasiona también un daño a intereses singulares, particulares y concretos de un sujeto determinado o determinable, el menoscabo atañe y afecta estos derechos, a su titular y su reparación versa sobre los mismos, o sea, mira al interés particular y no colectivo. En este supuesto, no se trata de daño ambiental, sino del detrimento de otros derechos, es decir, la conducta a más de quebrantar bienes ambientales,

lesiona la esfera jurídica individual de una persona o grupo de personas, ya determinadas, ora determinables. (Corte Suprema de Justicia, SC 52835, 2011)

Andrés Mauricio Briceño (2009) en su obra “Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daños ambiental” refirió la existencia de la distinción de los tipos de daños ecológicos o ambientales. Así, concluyó que el daño ambiental impuro correspondía a la consecuencia que se producía a raíz de la afectación sobre el medio ambiente, la cual repercutía en el entorno de las personas y superaba los límites soportables de asimilación y nocividad a cargo de estas.

Cuando se discute en términos de responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental o ecológico, debe tenerse en cuenta la teoría del daño ambiental impuro. Guillermina Yaguas indicó que, desde la óptica del derecho privado, sólo tienen importancia los daños que, al degradar al medio ambiente, afectan a un interés.

La Corte Suprema de Justicia lo ha precisado en los siguientes términos:

La contaminación que afecta intereses colectivos no puede confundirse con el menoscabo de derechos individuales, así la afectación de estos últimos sea una consecuencia de aquello, porque los titulares del agravio y su extensión, en uno u otro evento, no son los mismos... La Corte, por esto, tiene explicado que el “daño ambiental sólo es el inferido a los bienes ambientales y, por tanto, al ambiente, o sea, a un derecho, colectivo, valor o interés público, cuyo titular exclusivo es la colectividad, y cuya reparación versa sobre éste, sin mirar el interés individual sino el de toda la comunidad, así en forma indirecta afecte a cada uno de sus integrantes”. De ahí que como en el mismo antecedente señaló, cuando los intereses particulares resultan afectados, “no se trata de un daño ambiental, sino del detrimento de otros derechos. (Corte Suprema de Justicia, SC 14, 2011)

Debe, entonces desde la óptima de la responsabilidad adoptar la teoría del daño ecológico impuro por su suficiencia y alcance para la protección de los intereses de los terceros que puedan verse dañados con actividades contaminantes, como la minería. Por eso, el enfoque que en este trabajo se recoge es la del daño ambiental impuro.

En todo caso, no está de más precisar que si lo que se persigue es restablecer el interés colectivo del medio ambiente, lo pertinente es acudir a las acciones administrativas dispuestas por el derecho sancionatorio ambiental para que se impongan las multas y reproches pertinente encaminados a la reparación, exclusivamente, del bien natural afectado, sea este un río, una montaña, una laguna, etc. O bien puede interponerse la acción constitucional de la acción popular si lo que se pretende es hacer cesar la afectación al derecho colectivo por el interés de la misma naturaleza que le asiste a la comunidad.

Pero, nuevamente, como lo que se pretende adecuar en este punto es la reparación de perjuicios por daño ambiental impuro, el mecanismo acorde es el que ofrece la responsabilidad civil extracontractual que, por supuesto, ofrece un enfoque de reparación integral. Lo cual, implica que se resarzan los perjuicios de toda naturaleza.

No sería adecuado accionar al causador del daño con una acción popular, con todo y sus implicaciones, para lograr que se indemnice a la víctima por las afectaciones derivadas que se causen porque, (i) la acción constitucional mencionada no tiene naturaleza indemnizatoria, y porque (ii) la acción popular persigue la garantía de bienes de naturaleza colectiva.

En este punto, corresponde adecuar los conceptos y criterios reseñados al caso concreto. En primer lugar, como se trata de la evaluación de la reparación integral a las víctimas por daño ambiental causada por la actividad minera de extracción de oro, es preciso establecer las

particularidades que adquiere el enfoque de reparación integral cuando se trata de un daño ambiental.

Cuando se plantea este problema, quizás lo primero que se cuestione quien busque encontrar una respuesta es qué tipo de acción es pertinente para reparar los daños. Siendo que estos son ocasionados por una acción con impacto ambiental, podría pensarse que el bien jurídico vulnerado es el derecho colectivo al medio ambiente sano. Por tanto, la acción popular es mecanismo constitucional idóneo para proteger este interés constitucional.

Pero ese análisis no es concluyente con lo que se pretende definir en esta investigación. Lo que aquí se estudia es las implicaciones que tienen dichos impactos ambientales en la vida de las personas y la posibilidad de la acción de responsabilidad civil como un medio útil para dar solución a los perjuicios irrogados en estos casos. A ellos se les llama daños ambientales impuros. Pueden verse claramente en la pérdida de valor de un bien, las enfermedades causadas y la privación de ingresos futuros.

Se resalta que, en los casos en que se reclaman reparaciones por el daño ambiental producido mediante la acción de responsabilidad civil extracontractual, el daño ambiental constituye el nexo de causalidad (Corte Suprema de Justicia, SC 4455, 2010). Esto es porque el hecho de que se contamine al medio ambiente, si se está en el escenario de un proceso de responsabilidad, no constituye ninguna tipología de perjuicios. De otra manera, una víctima no puede reclamar la indemnización al causante del daño por el solo hecho de que perjudicó el ecosistema en el que vive. Como se dijo, esto es porque el medio ambiente es un derecho colectivo y la acción de responsabilidad civil no está dispuesta para reclamar estos intereses. Para eso está la acción popular.

#### **4.2 Precisiones Generales Sobre el Elemento del Daño Ambiental en los Procesos de Responsabilidad Civil Extracontractual**

Que se pretenda estudiarla responsabilidad por daño ambiental de una manera aislada a la de cualquier tipo de responsabilidad no es una decisión caprichosa. Esta autora lo entiende como una especie de “perspectiva de ambiente” que tiene un trasfondo en el marco convencional y constitucional. La responsabilidad por daño ambiental sería una especie de intersección entre lo que sería el derecho ambiental y el derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Esto se afirma porque, utilizar como método el proceso de responsabilidad, hace que se materialice el principio de “el que contamina paga” consagrado en el principio 13 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente de 1992. Dicho principio es la fuente de la responsabilidad ambiental, pues, además, insta a los Estados a desarrollar legislación nacional sobre responsabilidad e indemnización de las víctimas la contaminación.

El derecho ambiental pretende que los recursos renovables sean aprovechados de manera responsable y al servicio del interés general. En ese sentido y, en desarrollo del principio mencionado, se ha considerado que el Estado está llamado a exigir la reparación de los daños causados al ambiente en acciones administrativas, pero también los particulares deben responder por los daños ocasionados a las personas, sus bienes o sus recursos mediante la responsabilidad civil extracontractual (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 52835, 2011).

La responsabilidad civil por daño ambiental ha estado relegada a la subsidiariedad, en el entendido en que el derecho al medio ambiente es un derecho colectivo, y los procesos por responsabilidad civil dan solución a conflictos entre particulares y sus intereses privados (Díez-Picazo, 2011, p.432). Se ha considerado que, porque el ordenamiento jurídico colombiano dispone

otras vías para reparar el daño al medio ambiente en sí mismo considerado, no es posible obtener una indemnización o reparación fundados en la teoría de la responsabilidad extracontractual.

Pero hay que tener en cuenta que los sujetos pueden enfrentarse a ciertos daños consecuencia del detrimento al medio ecológico. Los llamados daños ecológicos impuros se desarrollarán en un acápite posterior, sin embargo, vale la pena resaltar lo reseñado por Díez Picazo (2011) en este aspecto: “se deben diferenciar los daños por contaminación de los daños estrictamente ecológicos, porque las soluciones válidas para los unos no lo son para los otros” (p. 432). Se está indicando que, aunque existan vías para la restauración, conservación o sustitución del medio ambiente, ello no limita la toma de acciones civiles para la reparación de un interés particular.

Ahora bien, de acuerdo con la sentencia de la Rodríguez y Vargas (2011), la responsabilidad civil extracontractual en materia de daño ambiental

Tiene su fundamento en el artículo 2356 del Código civil y, en consecuencia, se sitúa dentro del régimen jurídico de las actividades peligrosas en virtud del riesgo congénito a la acción u omisión dañosa que, aunque puedan ser lícitas, útiles y necesarias, no autorizan a generar perjuicios a los demás. No distante del precepto normativo común señalado, se encuentra el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, la cual sirvió como fundamento del Código de Recursos Naturales expedido en 1974 – Decreto 1811-, que establece una responsabilidad objetiva a cargo del Estado y de los particulares cuando alguno de ellos atente contra el patrimonio colectivo de los recursos naturales. En ese sentido, ha dicho nuestra Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que bajo este régimen (...) “basta con demostrar el daño y la relación de causalidad para obtener la reparación del perjuicio sufrido, salvo prueba de fuerza

mayor, o caso fortuito o de la culpa exclusiva de la propia víctima, (...). (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 52835, 2011).

Esto indica que, desde la misma norma, se admite un régimen de responsabilidad objetiva para los casos suscitados por daño ambiental. La teoría de la corte es clara en cuanto a encuadrar la premisa de que contaminar es una actividad peligrosa y, por eso, se prescinde de la culpa en la prueba de la responsabilidad. La postura acogida en nuestro ordenamiento y también de la cual se partirá para desarrollar esta investigación sobre responsabilidad ambiental, reconoce la trascendencia negativa que genera la contaminación y establece que no debe ser soportada por el sujeto pasivo universal. Por eso, es necesario acogerse a esos postulados. Porque a través de ellos también se materializa la justicia correctiva y distributiva.

### **4.3 La Reparación Integral del Daño Ambiental**

Como se observó la reparación integral implica que la víctima sea resarcida en proporción al daño que recibió, esto es, al perjuicio que se le causó. Es necesario para lograr este fin que el afectado sea reintegrado lo más cerca posible a las condiciones que tenía antes de la ocurrencia del hecho dañoso (Corte Suprema de Justicia, EXP. 11001-3103-004-2002-01011-01, 2013).

En materia de responsabilidad por daño ambiental, se hace fundamental hacer referencia a la sentencia SC1256 de 2022 de la Corte Suprema de Justicia. Es una sentencia relevante en la medida en que es proferida en acatamiento de la sentencia SU455 de 2020 de la Corte Constitucional, la cual ordena sustituir lo resuelto en la sentencia SC 2758 de 2018 sobre el caso que se expone a continuación. Esto lo que quiere decir es que sobre el caso concreto hubo una sentencia de casación anterior que no cumplió con los criterios constitucionales de nuestro

ordenamiento y, por tal razón, se ordenó modificar las consideraciones tenidas antes en cuenta. Y sirve analizar lo que esta sentencia promulga, pues lo novedoso tiene que ver la cuantificación de los daños ambientales indirectos y el reconocimiento de los mismos. Esto se encuentra totalmente relacionado con el tema de investigación que se propone desarrollar en el presente trabajo porque se trata de una pauta marcada para casos similares al de la extracción minera de oro y que sirven para orientar los criterios de reparación integral (Corte Suprema de Justicia, SC 1256, 2022).

Se trata de la decisión de casación de un proceso de responsabilidad civil extracontractual que fue iniciado por parte de un grupo de empresas arroceras contra dos empresas cementeras de Ibagué, Tolima. En la demanda presentada se reclamaba la reparación por el daño emergente y lucro cesante, los cuales fueron perjuicios derivados de la contaminación ambiental generada por los sólidos que expulsaban las chimeneas de las cementeras, las cuales se encontraban ubicadas en predios vecinos (Corte Suprema de Justicia, SC 1256, 2022).

Las empresas arroceras se encontraban ubicadas en lo que antes era conocido como la Hacienda La Palma, la cual contaba con canales de riego que hacían que la tierra fuera sumamente productiva con la actividad económica de cultivo de arroz. Así, para 1970 la hacienda fue dividida y los lotes fueron explotados por diversas empresas arroceras y de otros productos agroindustriales, las cuales son las partes actoras del proceso que se referenció líneas arriba.

Como las partes demandadas de 1960 a 1990, las cementeras, realizaban su actividad económica de producción de cemento sin los equipos técnicos adecuados para evitar la propagación de polvo de carbonato de calcio, el cual era altamente contaminante, los terrenos de las partes actoras se vieron altamente afectados en sus condiciones físico-químicas. Esto conllevó a que la tierra no fuera apta para la siembra de arroz de la misma forma en que lo era antes de la

acción contaminante. Esto es, por la alteración del ph del terreno, la siembra de arroz ya no era igualmente rentable (Corte Suprema de Justicia, SC 1256, 2022).

La forma en que esto se comprobó fue mediante varios peritajes de expertos que determinaron el nexo de causalidad. La contaminación se daba por vía aérea y permeaba los terrenos aledaños. Las chimeneas expulsaban carbonato de calcio en los cultivos de arroz, produciendo que estos tuvieran desbalances de nutrientes. En la demanda, los actores reseñaron que las plantas de arroz presentaban clorosis y morían. Esto derivó en el aumento de los costos de producción y a la desvalorización del predio. Allí se ubica el daño (Corte Suprema de Justicia, SC 1256, 2022).

Otros testimonios como el de un agrónomo trabajador de una de las empresas indicó que, tras el impacto de las partículas en los cultivos y las dificultades de crecimiento que se generaban, se incrementó en, aproximadamente un 30%, el costo de los fertilizantes que debían utilizarse. En el proceso se comprobó que era distinto cultivaren una tierra a la que le caía la sustancia contaminante de la que no.

Uno de los temas centrales de la sentencia era si la forma en que se habían tasado los daños era correcta o no. Los demandantes, solicitaron el reconocimiento de indemnización del daño emergente traducido en la reducción de los rendimientos y en el incremento de los costos de producción y, además, del lucro cesante por la disminución de la productividad de la tierra arrocerera que no pudo ni podría cultivarse.

Para probar la tasación del daño, las empresas que conformaron la parte actora allegaron sus libros de contabilidad y estados financieros. Pero adicionalmente, agregaron un peritaje de contabilidad que demostraba que estos, pese a estar incompletos, eran útiles y pertinentes en el

sentido en que permitían establecer la reducción de los rendimientos, el incremento de los costos de producción y la disminución de la productividad de la tierra.

El Tribunal que resolvió la segunda instancia del asunto consideró que los daños alegados no habían quedado lo suficientemente probados, pues los libros de comercio, inventarios y estados financieros aportados estaban incompletos. En este sentido, consideró que, como se trataban de una sociedad comercial, estaban obligados a llevar los mismos en correcta forma y, por esta razón, el hecho de no tenerlos les hacía perder el derecho a reclamarlos.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia señaló el equívoco de tribunal y recordó que exigir una tarifa legal o un medio de prueba que la ley no reclama, comporta un error de derecho. En ese sentido, los medios de convencimiento del juez se regían por la libertad probatoria y el sistema de la sana crítica, de manera que cada operador, en su juzgamiento, debía ponderar lo aportado por las partes de acuerdo con el sentido común, la lógica y las reglas de la experiencia (Corte Suprema de Justicia, SC 4652, 1998). Según la corporación, si bien determinado medio probatorio puede ser más útil o conveniente que otro por la índole del asunto que se analiza, ello no quiere decir que deban hacerse exigencias legales para demostrar un hecho específico (Corte Suprema de Justicia, SC 1256, 2022). Señaló la Corte que esto mismo aplica para la tasación de perjuicios “campo en que el peritaje sirve para fijar con exactitud su quantum, de modo que se satisfaga el principio de reparación integral y se eviten situaciones de enriquecimiento o empobrecimiento”. (Corte Suprema de Justicia, SC 1256, 2022).

Básicamente, si bien los documentos contables son plena prueba de la información que contiene, admiten prueba en contrario. Lo que quiere indicar que de otras formas puede comprobarse la misma situación, y que, si la contabilidad presentada tuviera irregularidades, pues

su consecuencia sería que perdería credibilidad. En este tipo de asuntos, los errores contables no conllevan a la pérdida del derecho rebatido.

Esta clarificación que realiza la Corte es importante tenerla en cuenta en la presente investigación porque precisamente, el peritaje presentado por la parte actora establecía que, a partir de la contabilidad, podían acotarse los valores correspondientes a las pérdidas en la producción del arroz.

Estos libros se analizaron junto con otros peritajes que servían para delimitar la magnitud del daño y la cuantificación del mismo. Entonces, para obtener el valor real de los perjuicios a indemnizar, se determinó (i) la mengua en la rentabilidad de la actividad económica a partir del mayor valor de la producción y el menor retorno de utilidad conforme a los libros contables, (ii) el valor por no aprovechamiento del terreno a partir de las variables de hectáreas ociosas por año, utilidad de las hectáreas por año, descuento por rendimientos de otros cultivos por años, y las utilidades dejadas de percibir (Corte Suprema de Justicia, SC 1256, 2022).

Esto lo que nos deja ver es, en primer lugar, la importancia de la determinación real del daño para poder entrar a la cuantificación de los mismos. Esto es, para poder tasar los perjuicios, fue necesario diferenciar cuáles hectáreas del terreno de las partes actoras habían sido efectivamente contaminadas, a partir de los estudios de expertos aportados. Además, se tuvieron en cuenta que hectáreas del terreno resultaron desbalanceadas para el cultivo del arroz, pero, en todo caso, fueron explotadas económicamente para el cultivo, y cuáles fueron los réditos obtenidos de ello.

El asunto frente a las hectáreas que fueron cultivadas de otra manera, es importante tenerlo en cuenta porque se considera precisamente, porque si bien fueron aprovechadas de otra manera, esto no hace que se pierda el derecho a que sean restablecidas al mismo estado en que se

encontraban antes de que las propiedades del suelo se vieran afectadas (Corte Suprema de Justicia, SC 1256, 2022).

Entonces, sin el peritaje especializado en la materia, no es posible determinar ciertamente los perjuicios. Tuvo que hacerse un análisis sistemático entre la información contable y los informes de contaminación ambiental sobre el terreno.

Por supuesto, el daño se centró en las hectáreas que, siendo cultivables conforme a la infraestructura interna y sistema de canales de riego de la hacienda, eran cultivables, pero, por efectos de la contaminación, no lo terminaron siendo.

También puede observarse, a modo ilustrativo, la sentencia del 16 de mayo de 2011 del magistrado ponente William Namen Vargas, que decidió sobre un proceso de responsabilidad civil extracontractual entre una Asociación de pescadores, contra unas empresas petroleras por el derrame de petróleo en la Bahía de Tumaco. En dicha sentencia se reconoció que toda la importancia y trascendencia que tiene la prueba del daño, sobre todo en los casos de responsabilidad civil extracontractual para el logro de la reparación integral. Allí se aclaró que los daños impuros pueden tener repercusiones en la persona, su mínimo vital, en su integridad física, psíquica, en su vida de relación, condiciones de existencia y patrimonio (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 52835, 2011).

Se reafirma en ella que las actividades contaminantes del medio ambiente son, en realidad, actividades peligrosas. Entonces una actividad lícita puede ser socialmente útil, pero contaminante el ecosistema y, que sea útil, no implica que la comunidad deba soportar la ocurrencia del daño. Así, al ser la actividad peligrosa un factor determinante del régimen objetivo, basta que se compruebe tan solo la ocurrencia del daño y el nexo de causalidad.

Por último, en líneas generales, la reparación integral en estos procesos de responsabilidad, no sólo es importante porque permite la aplicación de criterios como el de indemnización, restitución y rehabilitación. También debe tenerse en cuenta porque, con ella, se da aplicabilidad a cada caso según otros principios que deben integrarse de manera sistemática como el de equidad, o como el de no enriquecimiento sin justa causa (Corte Suprema de Justicia, SC 9193, 2017). Esto implica que la obligación de indemnizar, por ejemplo, solo se genera hasta el límite del enriquecimiento, pues este no es el fin de la responsabilidad. También, se aplica el postulado antes expuesto que constituye la obligación de las víctimas de procurar no agravar el daño o la producción del mismo, siempre que esté en sus manos hacerlo.

#### **4.4 Los Criterios para la Reparación Integral del Daño Ambiental por la Extracción Minera de Extracción de Oro**

Como hasta este punto ya es deducible, la respuesta que se persigue obtener ha sido perseguida de forma deductiva, esto es, se ha explorado el ordenamiento jurídico de lo general para llegar a lo específico. Esto es así porque, para poder dar respuesta a la pregunta que se plantea la investigación era necesario resolver otros asuntos o problemas que permitieran delimitar el marco jurídico aplicable. Se trata de un problema que estudia la actividad minera de extracción de oro, la responsabilidad civil extracontractual, la cual tiene distintos regímenes, el principio de reparación integral que es transversal al ordenamiento, y el derecho ambiental. Todos ellos con amplios espectros, pero que debían converger para dar solución a lo planteado.

Una vez superado esa parte de la labor investigativa, es posible pasar a hacer la identificación de los criterios de reparación integral que para los casos de la actividad minera de extracción de oro. Se advierte que en la ley de nuestro ordenamiento y la jurisprudencia del mismo

no establecen los criterios de reparación aplicables al caso concreto. Lo que si hace la jurisprudencia es definir cuáles son los criterios de reparación integral que deben tenerse en cuenta al momento de poner en marcha una acción de responsabilidad civil extracontractual. Como se dijo anteriormente, la regla general es que, en tratándose de derechos individuales, los criterios de reparación integral son los de restitución, indemnización y rehabilitación.

Debe precisarse que independientemente de que se trate o no de un actor que ejerza la minería de manera legal, mediante el proceso de responsabilidad civil extracontractual deberá afrontarlo para reparar integralmente a la víctima por los daños ambientales impuros que generó.

Ello no es óbice para que, en los casos en que el actor minero realice la explotación sin las concesiones y licencias de ley, no tenga que enfrentar el proceso sancionatorio ambiental que corresponda, o tenga que enfrentar el sometimiento a un proceso penal por el delito de explotación ilícita de yacimiento minero contemplada en el artículo 332. Precisamente, el principio de “el que contamina paga” no distingue de si quien está contaminando está realizando o no una acción ilegal y, en el mismo sentido, la norma sobre responsabilidad civil extracontractual tampoco lo hace.

Lo que acaba de mencionarse es importante de considerar, puesto que, para cualquier proceso que se adelante ante la jurisdicción es necesario determinar tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo el mismo, esto es, tanto demandante como demandado. Y, por si existiera alguna duda respecto de los posibles inconvenientes que pueda generar el carácter de legalidad o ilegalidad de la actividad minera sobre la vinculación de la parte demandada en el proceso de responsabilidad civil extracontractual, se aclara que, de plano, no existe diferenciación alguna.

Para efectos de organización, la identificación de los criterios de reparación integral se realizará con base en los tipos de afectaciones indirectas que provoca la contaminación al medio ambiente provocada por la minería aurífera. Debe recordarse que estas fueron señaladas en el

primer capítulo de este texto. Nuevamente, este tipo de afectaciones han sido analizados en distintos ámbitos, tanto en trabajos académicos de otras áreas del conocimiento, como por autoridades estatales que, preocupadas por la garantía del derecho de los ciudadanos, se han puesto en la tarea de identificar las causas de las afrentas al medio ambiente que se observan en las comunidades aledañas a las zonas mineras de explotación de oro.

#### **4.4.1 *La reparación integral por el daño ambiental impuro que la minería aurífera genera a las aguas***

Como se indicó en el primer capítulo de la presente investigación y, según los textos consultados, la actividad minera puede generar dos principales afectaciones sobre el agua: la contaminación del recurso hídrico por la utilización de sustancias peligrosas, y la sedimentación, principalmente, por la práctica de la minería de dragado. Cada una de estas afectaciones al medio ambiente compromete una serie de derechos individuales de las personas que residen en comunidades aledañas. En otras palabras, lo que se mencionó son los mencionados daños ambientales puros que, a su vez, generan daños ambientales impuros. Sobre estos, es que se analizará cuáles criterios de reparación integral son aplicables para resarcir los perjuicios y dotar de justicia a las víctimas.

En cuanto a la contaminación de los recursos hídricos, se mencionó que el vertimiento de sustancias tóxicas sobre los mismos podría generar que, tanto el agua, como la fauna y la flora del lugar se vieran afectados. El interés que esto puede generar, desde el punto de vista de los daños ambientales impuros, es que el agua al ser un recurso que se utiliza para actividades económicas como agricultura, ganadería, entre otras, las cuales requieren el buen estado de las mismas para poder parte efectiva de la producción que se persigue.

Básicamente, si el agua que se usa para producir ciertos cultivos es obtenida de una fuente hídrica que resultó contaminada, pues al dueño del cultivo podrían generársele repercusiones de diversa índole, como se vio en los casos expuestos de responsabilidad por daño ambiental. Esta persona, natural o jurídica, podría verse perjudicado con un daño emergente si pierde los cultivos de cierto número de hectáreas, a raíz del agua que utilizó para el riego. Pero también sería daño emergente el tener que acudir a otras fuentes hídricas para no ver del todo perjudicada su producción. Ese eventual incremento de costos configuraría, en efecto daño emergente.

Asimismo, si se habla de sedimentación y de la afectación sobre la navegabilidad del agua, la persona que la utilice para transportarse a sí misma de un lugar a otro, o que la utilice para transportar su producción a otro lugar, podría verse afectada con la repercusión que la actividad minera deja al medio ambiente. Las soluciones a las que tendrían que acudir estas personas, implicarían otro tipo de gastos que, para cada caso concreto, deberá estudiarse si, representan una mayor o menor cantidad de dinero a invertir. De ello depende la configuración del daño emergente. Pero, en todo caso, se advierte que claramente es posible su configuración.

Frente al lucro cesante que la contaminación y la sedimentación puede generar a las aguas, diversas eventualidades pueden ocurrir. Dependerá de la relación que tengan las comunidades aledañas a la zona de explotación minera con el agua. Es claro que, si las personas de la zona consumen animales o agua de las fuentes hídricas y, por esa razón, se enferman gravemente o pierden capacidad laboral, podrán reclamar, mediante la indemnización, los vales que por dicho concepto se deriven, teniendo en cuenta las fórmulas presentadas con anterioridad.

Respecto de los perjuicios extrapatrimoniales, como se señaló en el apartado dispuesto para dicho tema, estos son tasados para su indemnización a partir del arbitrio del juez, quien es el encargado de establecer, de acuerdo con las condiciones propias de cada caso, la cuantía que

deberá pagar a la víctima el responsable. Esta es una regla general establecida por la Corte aplicable en los casos en que por daño ambiental al agua se generen perjuicios extrapatrimoniales.

Con lo anterior, sobre todo, se hizo referencia a la indemnización, pero es importante reafirmar que no es este el único criterio que debe cumplirse para que se entienda que la persona víctima fue reparada integralmente. Es necesario tener en cuenta que, por las afectaciones al agua generadas a partir de la actividad minera de extracción de oro, a la víctima se le deben garantizar las medidas de restablecimiento de sus derechos y condiciones.

Para lograr el restablecimiento será necesario que, en los procesos de responsabilidad civil extracontractual, se ordene cesar la afectación, sea este el vertimiento de una sustancia tóxica, o la práctica de minería con dragado que genera sedimentos en las fuentes hídricas. Pero también, recuérdese que pueden ordenarse acciones positivas tendientes a restablecer el bien que fue afectado por parte del actor minero a la víctima.

Asimismo, con las medidas de rehabilitación es importante diferenciar que son distintas a las que puedan tomarse para efectos de resarcir un eventual lucro cesante o un eventual daño a la vida de relación. Esto es importante clarificarlo, teniendo en cuenta que, si bien las tipologías de perjuicios son indemnizables, eso no es óbice para que se tomen medidas que ayuden a la víctima, con ayuda de un profesional, a volver a sus condiciones de salud, psicológicas y sociales en las que se encontraba antes. Esto no se logra con una indemnización, por esa razón se resalta la necesidad de reconocer este criterio de reparación.

Las víctimas del daño ambiental al agua podrían experimentar una disminución de su capacidad laboral, lo que derivaría en la posibilidad de requerir la indemnización de un lucro cesante, así como también verse afectadas en su vida en relación por la disminución de salud, si se logra argumentar correctamente, y también seguir necesitando la proporción de un apoyo médico

para recuperar su contexto anterior. Todo lo anterior, pese a provenir de la misma a afectación a la salud, requiere medidas de reparación integral distintas.

#### ***4.4.2 La reparación integral por el daño ambiental impuro que la minería aurífera genera a la tierra***

Los estudios que se utilizaron como base para la presente investigación y que ilustraron la incidencia de la actividad de minería aurífera sobre la tierra, arrojaron el dato de que los principales efectos de esta actividad corresponden a la erosión, y la alteración de las propiedades del suelo. Al igual que ocurre con la afectación del agua, estos efectos sobre el medio ambiente repercuten en la esfera de los derechos individuales de las personas.

La alteración de las propiedades del suelo, como se vio en el caso expuesto de las empresas arroceras víctimas por el daño ambiental que las empresas cementeras generaban en su suelo, es un factor que tiene la magnitud de afectar aspectos o derechos de la esfera individual de las personas naturales o jurídicas. En ese sentido, puede reclamarse la indemnización de cualquier tipología de daño que se produzca. Los estudios consultados, sobre todo indicaban que la tierra podía tornarse improductiva por la erosión. Así, si un particular que explotaba económicamente la tierra, por la alteración de las propiedades del suelo a raíz de la actividad minera, ve interrumpida su actividad, podrá reclamar el daño emergente que se le produzca.

El lucro cesante también puede ocasionarse a partir de las ganancias que se dejen de percibir por la producción que se obtenga de un terreno que se torne improductivo tal como sucedió en el caso expuesto, la sentencia SC1256 de 2022 de la Corte Suprema de Justicia. Esto será reclamable, por supuesto, si se expone ante el juez de conocimiento las ganancias que se percibían antes de la ocurrencia de la alteración del terreno a raíz de la actividad minera de extracción del

oro y se comprueba que se contaba con los medios para hacer del dicho lucro un factor sostenible en un tiempo determinado.

Respecto de los perjuicios extrapatrimoniales, también vale mencionar que su configuración debe quedar bien establecida, cualquiera que sea el tipo de perjuicio extrapatrimonial que se genere. Según los estudios que se consultaron, no se constató una relación clara entre la afectación a la tierra y un eventual daño moral, sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que pueda presentarse. Bastará comprobarlo conforme a las reglas de la experiencia y la sana crítica en el proceso judicial respectivo.

Se indica nuevamente que además del criterio de indemnización, la restitución y la rehabilitación deben estar presentes en las sentencias de responsabilidad civil por daño ambiental impuro producido por la actividad minera de extracción de oro. Las pautas para la materialización de estos criterios son las mismas que se explicaron líneas arriba, pues, su aplicación es general y puede encuadrar en casos específicos como el que se estudia en el presente acápite.

Nuevamente, como se observó en la sentencia SC 1256 de 2022, las medidas de restitución a la tierra pueden implicar la orden al responsable de adelantar acciones positivas para que la tierra afectada vuelva a contar con las condiciones y nutrientes que tenía antes de la causación del daño. Esto, independientemente, tanto de que se reclamen otros criterios, como de que la víctima haya podido aprovechar su tierra de otra manera tras contar con otras condiciones en la tierra.

#### **4.4.3 *La reparación integral por el daño ambiental impuro que la minería aurífera genera al aire***

A partir de las consultas efectuadas, se pudo concluir que, en efecto, el aire puede verse contaminado con la actividad minera aurífera. Esto ha sido una advertencia de la OMS, y lo que

esto nos permite observar es que este tipo de afectaciones se relaciona, sobre todo con la causación del lucro cesante, el cual se estima y cuantifica con las fórmulas que se expusieron anteriormente, y con la causación de los perjuicios extrapatrimoniales como el daño moral o a la vida de relación que subsume a la salud. En este sentido, se procederá también a realizar la cuantificación de estos últimos daños, siempre que se compruebe su causación, a partir del arbitrio del juez.

Vuelve a tener especial relevancia el criterio de la rehabilitación en los casos en los que se presenta una afectación al medio ambiente porque la salud se encuentra comprometida. Siendo entonces propicio que se le garantice a la víctima una atención en salud hasta que recupere su estado anterior. Al mismo tiempo, debe acudirse al criterio de la restitución, con el fin de garantizar que la víctima recupere su integridad o el estado más cercano a ella.

## 5. Conclusiones

A partir del estudio realizado es posible concluir que la reparación integral, a rasgos generales, es un principio que irradia todo el ordenamiento porque, por disposición legal así se ha establecido. Esto se ve reflejado en que diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, consideran a este principio para su seguimiento. Sin embargo, en poca jurisprudencia que se relacione con la responsabilidad civil extracontractual esto es claramente desarrollado. Se menciona, más no se indica cómo se materializa. Esto es, se marcan unas pautas o definiciones genéricas del mismo, pero, no se relacionan las medidas tomadas con los criterios de reparación integral para aplicar en casos concretos.

Las sentencias que más desarrollo le dan al principio de reparación integral son las de la Corte Constitucional, las cuales, si bien trazan pautas de interpretación o caracterización general

de dicho principio, a la hora de adecuarlo a los casos concretos, son en su mayoría, asuntos que versan sobre la reparación de derechos colectivos.

Lo anterior lo que deja ver es una dificultad o indeterminación para adecuar el principio de reparación integral a casos específicos, pasando por la reparación integral por el daño ambiental impuro, hasta llegar a la reparación integral por la contaminación que deja la acción minera de extracción de oro. Esta indeterminación se traduce en que no se establece un espectro de medidas completas para el cumplimiento de cada criterio de reparación integral, sino que se hace necesario acudir a reglas genéricas de reparación y de responsabilidad civil extracontractual.

Si bien esto es esperable, porque los casos que puedan originar la responsabilidad civil extracontractual son infinitos, pues infinitas pueden ser las interacciones de los sujetos con el medio, sería ilustrador que alguna sentencia unificara las medidas con las cuales se puede entender como reparada integralmente a una víctima por daño ambiental en un proceso de responsabilidad civil extracontractual, mínimamente.

Es claro en este punto que los criterios para reparar integralmente a una víctima por la vía de la responsabilidad civil extracontractual son la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Ese es el criterio general que tiene aplicabilidad a todos los casos de responsabilidad civil extracontractual.

Se observó que la identificación de criterios requiere una revisión jurisprudencial exhaustiva, pero a pesar de ello, no se garantiza que una víctima que pretenda que se le garantice la reparación integral encuentre respuestas claras o jurisprudencia que le permita argumentar la solicitud de los criterios de restitución y rehabilitación, con la aplicación de los mismos a casos similares. Hasta el momento, lo más seguro es que tenga que dirigirse a criterios generales.

Se indicó tan sólo dos de los criterios, puesto que, en el caso de la indemnización, las altas cortes han trazado pautas e, incluso, fórmulas para tasar el monto de la indemnización sea por daño emergente, lucro cesante o perjuicios extrapatrimoniales. Esto es especialmente útil sobre todo porque quien accione debe tener claro cuál es el valor o cuantía que pretende obtener con el proceso. Esto es incluso un requisito que debe cumplir la parte al presentar la demanda. En ese sentido la clarificación o complicación que se refleja en el trabajo de investigación es útil.

Por último, como resolver la pregunta de investigación implicaba, a su vez, dar solución una serie de preguntas fundamentales como el tipo de régimen de la responsabilidad civil extracontractual, los efectos de la minería aurífera, la incidencia del desarrollo de la legalidad o ilegalidad e, incluso, la carga probatoria y su importancia, en tratándose de daño ambiental, el reto investigativo llevó a la clarificación de muchas dudas y la comprensión de la trascendencia de las respuestas encontradas. Por ejemplo, entender que el régimen de atribución de responsabilidad es objetivo cuando se pretende una acción de responsabilidad por daño ambiental es una pauta clara para la víctima de la minería aurífera que, al presentar su demanda de responsabilidad sólo tiene que probar el daño y el nexo de causalidad. Pero al mismo tiempo, el sujeto demandado, al tener claro este régimen, sabrá que deberá excepcionar de fondo las demanda son con alguna causal de exclusión del nexo de causalidad, es decir, con alguna causa extraña como la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa exclusiva de la víctima.

### Referencias Bibliográficas

- Alexy, R. (1992). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alpa, G. (1999). *Trattato di diritto civile*. Editorial Giuffrè
- Aragón, K. (2018). *La minería y el daño ambiental en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano* (Tesis de pregrado) Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Aristóteles (2001). *Ética a Nicómaco*. Alianza Editorial.
- Ayala et al. (2019). *Diagnóstico de la información ambiental y social respecto a la actividad minera y la extracción ilícita de minerales en el país*. <http://www.humboldt.org.co/images/documentos/2-diagnostico-actividad-minera-y-explotacin-ilicita-expertos.pdf>
- Botero, L. (2017). Opinión de Luis Felipe Botero sobre el concepto de daño. En: Tamayo, J., (Ponente), *Nuevas reflexiones sobre el daño* (pp. 102-140). Bogotá: Legis Editores.
- Briceño, A. (2009). *Daño Ambiental*. Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Chaparro, E. y Guiza, L. (2020). *Mitos y realidades de la minería aurífera en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario.
- Código Civil Colombiano [CCC], Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia).
- Código General del Proceso [CGP], Ley 1564 de 2012. Julio 12 de 2012 (Colombia).
- Código Sanitario Nacional [CSN], Ley 9 de 1979. Enero 24 de 1979 (Colombia).
- Consejo de Estado, Sección Primera. EXP. 149 (C.P. Oswaldo Giraldo López; Mayo 16 de 2019)
- Consejo de Estado, Sección tercera. EXP. AG-2002-00226. (C.P. Ricardo Hoyos Duque; Mayo 13 de 2004).
- Consejo de Estado, Sección Tercera. NR: 2094832 05001-23-31-000-1996-01308-01 26841 (C.P. Enrique Gil Botero; Agosto 12 de 2014).
- Consejo de Estado, Sección Tercera. RAD. 66001-23-31- 000-2006-00672-01 (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Febrero 12 de 2014)

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia)

Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 63. Noviembre 22, 1969.

Corte Constitucional de Colombia. (s.f.). *Glosario*.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/glosario.php>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-599 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Julio 27 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-1008 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva; Diciembre 9 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-715 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Septiembre 13 de 2012)

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-449 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Julio 16 de 2016)

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-344 (M.P. Alejandro Linares Cantillo; Mayo 24 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-644 (M.P. Diana Fajardo Rivera; Octubre 18 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia SU455 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; Octubre 16 de 2020).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-715 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Septiembre 13 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T-085 (M.P. Jaime Araújo Rentería; Febrero 16 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T-733 (M.P. Alberto Rojas Ríos; Diciembre 15 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T-169 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Abril 1 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T-622 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Noviembre 10 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T-083 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Marzo 5 de 2017).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. EXP. 5002 (M.P. Rafael Romero Sierra; Noviembre 5 de 1998).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. RAD. 2004-00172-01 (M.P. Ariel Salazar Ramírez; Diciembre 18 de 2012)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. EXP. 11001-31-03-028-2002-00188-01. (M.P. Ariel Salazar Ramírez; Diciembre 14 de 2012)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. EXP. 11001-3103-035-1999-02191-01 (M.P. William Namén Vargas; Julio 9 de 2010)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. EXP. 11001-3103-004-2002-01011-01. (M.P. Arturo Solarte Rodríguez; Febrero 28 de 2013)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. EXP. 11001-3103-035-1999-02191-01 (M.P. William Namén Vargas; Julio 9 de 2010)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. EXP. 1100131030061997-09327-01. (M.P. César Julio Valencia Copete; Mayo 13 de 2008)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. EXP. 170013103005. (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; Enero 20 de 2009)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. EXP. 20001-3103-005-2005-00406-01. (M.P. William Namén Vargas; Septiembre 18 de 2009)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. EXP. 11001-3103-003-2001-01402-01 (M.P. Ruth Marina Díaz Rueda; Agosto 8 de 2013)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. ID. 344479. (M.P. José María Esguerra Samper; Mayo 11 de 1976).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 10297 (M.P. Ariel Salazar Ramírez; Agosto 5 de 2014).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 1256 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; Mayo 27 de 2022).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4897 (M.P. José Fernando Ramírez; Agosto 9 de 1999).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 52835 (M.P. William Namén Vargas; Mayo 16 de 2011).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 6878 (M.P. Jorge Santos Ballesteros; Septiembre 26 de 2002).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 282 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; Febrero 15 de 2021).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 3919 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; Septiembre 8 de 2021).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 4803 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; Noviembre 12 de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 4322 (M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque; Noviembre 17 de 2020).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 512 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; Marzo 5 de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 506 (M.P. Hilda González Neira; Marzo 17 de 2022).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 9193 (M.P. Ariel Salazar Ramírez; Marzo 29 de 2017).

De Cupis, A. (1970). *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil*. Editorial Lex.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Junio 14, 1992.

Decreto 1753 de 1994 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Agosto 3 de 1994.

Decreto 2133 de 2016 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se establecen medidas de control a la importación y comercialización de mercurio y los productos que lo contienen, en el marco de lo establecido en el artículo 5° de la Ley 1658 de 2013. Diciembre 22 de 2016.

Decreto 2222 de 1993 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se expide el Reglamento de Higiene y Seguridad en las Labores Mineras a Cielo Abierto. Noviembre 5 de 1993.

Decreto 2811 de 1974 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Diciembre 18 de 1974.

Decreto 4134 de 2011 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica. Noviembre 3 de 2011.

Defensoría del Pueblo. (2015). *La minería sin control: Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos*. Imprenta Nacional de Colombia.

Díez-Picazo, G. (2011). La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente. En: I Congreso Nacional Derecho Ambiental: Sevilla, Comunicaciones. (pp. 447-454). Valencia: Cima Medio Ambiente.

Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel.

Geneviève, V., y Patrice, J. (2014). *Traité de droit civil: Les conditions de la responsabilité*. Ed. LGD.

Guiza, L., Rodríguez, C., Moreno, S., del Valle, E. y Ipenza, C. (2016). *Actualidad y desafíos del derecho minero colombiano*. Editorial Universidad del Rosario.

Henao, J. (1998). *Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental*. [http://www.mamacoca.org/FSMT\\_sept\\_2003/es/doc/henao\\_responsabilidad\\_ambiental\\_es.htm](http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/doc/henao_responsabilidad_ambiental_es.htm)

Hinestrosa, F. (1967). *Derecho de Obligaciones*. Ed. Universidad Externado de Colombia.

Isaza, M. (2018). Comentario a la Sentencia Corte Suprema de Justicia – Sala Civil SC20950 – 2017 Diciembre 12 de 2017 Radicación: 05001-31-03-005-2008-00497-01 Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 27(49), 249-265.

Ley 1658 de 2013. Por medio de la cual se establecen disposiciones para la comercialización y el uso de mercurio en las diferentes actividades industriales del país, se fijan requisitos e incentivos para su reducción y eliminación y se dictan otras disposiciones. Julio 15 de 2013. DO. N° 48852.

Ley 1955 de 2019. Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad. Mayo 25 de 2019. DO. N° 50.964

Ley 20 de 1969. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos. Diciembre 22 de 1969. DO. N° 32964.

Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Julio 7 de 1998. DO. N° 43335.

Ley 658 de 2001. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Agosto 15 de 2001. DO. N° 45273.

Ley 820 de 2003. Por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones. Julio 10 de 2003. DO. N° 45244.

Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 22 de 1993. DO. N° 41146.

Londoño, N. y Hoyos, J. (2020). *Tasación del daño moral con base en la edad de la víctima a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia y el Consejo de Estado*. (Tesis Pregrado). Universidad Eafit. Medellín, Colombia.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Interior, Ministerio de Minas y Energía, Sistema Geológico Colombiano, Unidad de Planeación Minero-Energética, Agencia Nacional de Minería, Parques Nacionales Naturales de Colombia y Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt. (2019). *Investigación científica y sociológica respecto a los impactos de la actividad minera y la explotación ilícita de minerales*. Imprenta Nacional. <https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2021/06/Investigacion-cientifica-y-sociologica-respecto-a-los-impactos-de-la-actividad-minera-y-la-explotacion-ilicita-de-minerales.pdf>

Ministerio de Minas y Energía (2003). *Glosario Técnico Minero*. Imprenta Nacional. <https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/glosariominero.pdf>

Ministerio de Minas y Energía, y Ministerio de Medio Ambiente (2002). *Guía Minero ambiental Tomo 2 “Explotación”*. <https://bdigital.upme.gov.co/bitstream/001/865/2/2%20Gu%C3%ADa%20minero%20ambiental%20-%20Explotaci%C3%B3n.pdf>

- Ministerio de Salud y Protección Social. (2019). *Evaluación de los efectos en salud de la población vulnerable del territorio colectivo aires de garrapatero, cuenca del río Cauca y microcuenca del río Teta Mazamorrero expuesta a vertimiento contaminantes por explotación minera*. Imprenta Nacional. [https://minciencias.gov.co/sites/default/files/upload/convocatoria/anexo\\_2\\_protocolo\\_de\\_estudio\\_de\\_la\\_propuesta.pdf](https://minciencias.gov.co/sites/default/files/upload/convocatoria/anexo_2_protocolo_de_estudio_de_la_propuesta.pdf)
- Ministerio del Medio Ambiente. (2018). *Diagnóstico de la información ambiental y social respecto a la actividad minera y la extracción ilícita en el territorio colombiano*. Imprenta Nacional. [https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2021/06/Diagnostico\\_de\\_la\\_informacion\\_ambiental\\_y\\_social\\_respecto\\_a\\_la\\_actividad\\_minera\\_y\\_la\\_extraccion.pdf](https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2021/06/Diagnostico_de_la_informacion_ambiental_y_social_respecto_a_la_actividad_minera_y_la_extraccion.pdf)
- Pantoja, J. (2017). *El daño a la persona y su indemnización*. Ed. Leyer.
- Papayannis, D. (2012). Derechos y deberes de indemnidad. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 691-716.
- Papayannis, D. (2021). Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia. *Revista Isonomía*, 55, 61-83.
- Papayannis, D. M. (2018). El valor intrínseco de la responsabilidad civil. *Anuario de filosofía del derecho*, (34), 119-148.
- Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Contraloría General de la República. (2018). *Segundo Informe de Seguimiento Sentencia T-622 de 2016*. [https://uploads-ssl.webflow.com/5f330f48105fd08d006005e0/5f6acb539005f989382f8102\\_2%C2%B0Informe%20de%20Seguimiento%2029%20junio%202018.pdf](https://uploads-ssl.webflow.com/5f330f48105fd08d006005e0/5f6acb539005f989382f8102_2%C2%B0Informe%20de%20Seguimiento%2029%20junio%202018.pdf)
- Procuraduría General de la Nación. (2011). *Minería ilegal en Colombia*. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MINERIA%20ILEGAL%20EN%20COLOMBIA%20%20DOCUMENTO.pdf>
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2008). *El uso del mercurio en la minería del oro artesanal y en pequeña escala*. Universidad Santo Tomas de Aquino.
- Resolución 2254 de 2017 [Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible]. Por la cual se adopta la norma de calidad del ambiente y se dictan otras disposiciones. Noviembre 1 de 2017.
- Resolución 40391 de 2016 [Ministerio de Minas y Energía]. Por la cual se adopta la política minera nacional. Abril 20 de 2016.

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

Rodríguez, G. y Vargas, I. (2015). *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario.

Suárez, L. (2015). *La reparación integral del Estado Colombiano por las sanciones que le impone la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso 19 comerciantes Vs. Colombia*. (Tesis Pregrado) Universidad Católica de Colombia. Bogotá, Colombia.

Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Ed. Legis.

Tamayo, J. (2008). *Tratado de responsabilidad civil, tomo II*. Ed. Legis.

Trigo, F. (2014). *Reparación de daños a la persona*. Ed. La Ley.

Urrutia, M. (2008). Los eslabonamientos y la historia económica de Colombia. *Revista Desarrollo y Sociedad*, (62), 67-88.

Yanguas, G. (2006). *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*. Ed. Thomson Civita.