UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO

Doctorado en Derecho No D.E.D
2017 R

TESIS

Para obtener el grado de

DOCTORA EN DERECHO DE LA UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Disciplina: Derecho Público

Presentada y defendida públicamente
Por

ANDREA CAROLINA ARIZA SÁNCHEZ

17 de Agosto 2017

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO AMBIENTAL GENERADO POR ACTIVIDADES MARÍTIMAS (CONCESIONES DE PLAYAS MARÍTIMAS Y TERRENOS DE BAJAMAR) CONFORME AL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

Director de tesis: Dr. JOSÉ HERNÁN MURIEL CICERI

JURADOS

Dr. ANDRES RODRIGUEZ GUTIERREZ
Dr JUAN RAMÓN MARTINEZ
Dra. YOLANDA GUERRA

TESIS DOCTORAL

Agosto 2017

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO AMBIENTAL GENERADO POR ACTIVIDADES MARÍTIMAS (CONCESIONES DE PLAYAS MARÍTIMAS Y TERRENOS DE BAJAMAR) CONFORME AL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

Presentado por: ANDREA CAROLINA ARIZA SÁNCHEZ.

Dirigida por: Dr. JOSÉ HERNÁN MURIEL CICERI.

Universidad Santo Tomás de Aquino. Bogotá.
Programa Doctorado en Derecho.
III Cohorte
Agosto de 2017

La Universidad Santo Tomás, no tiene intención de dar cualquier aprobación o desaprobación de las opiniones expresadas en esta tesis. Estas opiniones deben ser consideradas como propias de su autor.

…El desarrollo no puede ser en contra de la felicidad. Tiene que ser a favor de la felicidad humana; del amor arriba de la Tierra, de las relaciones humanas, del cuidado a los hijos, de tener amigos, de tener lo elemental.

Precisamente, porque ese es el tesoro más importante que tenemos, la felicidad. Cuando luchamos por el medio ambiente, tenemos que recordar que el primer elemento del medio ambiente se llama felicidad humana…

Discurso de José Mujica, expresidente de Uruguay… en la Cumbre de Rio+20. Conferencia de las Naciones Unidas por el desarrollo sustentable. Junio 20 de 2012.

Tabla de contenido

Prefacio **9**

Abreviaturas **10**

Introducción **13**

Objeto y finalidad de la tesis 13

Pregunta problema 13
Justificación 13
Hipótesis 14
Objetivo general 15
Objetivos específicos 15
Estructura de la Tesis (Metodología y contenido): 15

A. Capítulo I **19**

I. Ámbito de aplicación del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y evolución normativa-ambiental **19**

1. Tipos de interpretación. Interpretación Histórica - Génesis de la norma constitucional 20

2. Interpretación gramatical o literal y origen normativo 27

2.1. Concepto de responsabilidad 28
2.2. Concepto de daño 35
2.3. Concepto de daño antijurídico 36
2.4. Concepto de daño ambiental 38
2.5. Daño Ambiental en el ámbito internacional 44
2.6. Territorio en la Corte Interamericana de Derechos Humanos 46
2.7. Resultado intermedio 47
3. Nociones fundamentales 47

4. Interpretación Sistemática 54

5. Interpretación Teleológica 55

6. Resultado intermedio 59

II. Análisis doctrinario 60

1. Antecedentes doctrinarios..... 60

2. Resultado intermedio 64

B. Capítulo II..... 65

I. Teorías de imputación de responsabilidad del Estado..... 65

1. Antecedentes históricos 65

1.1 Introducción a las teorías de imputación de responsabilidad del Estado 75
1.2. Resultado intermedio..... 83
2. Falla en el servicio..... 85

2.1. Antecedentes de la Falla en el servicio 85
2.2 Definición..... 96
2.3. Falla por retardo 97
2.4. Falla por omisión..... 99
2.5. Falla por defectuoso funcionamiento de la administración..... 104
2.6. Falla probada..... 107
2.7. Resultado intermedio..... 113
3. Daño especial..... 114

3.1 Antecedentes del daño especial..... 114
3.2 Definición..... 117
3.3 Requisitos..... 120
3.4 Desarrollo jurisprudencial del daño especial 122
3.5 Resultado intermedio..... 126
4. Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador..... 127

4.1 Antecedentes 129
4.2 Características 131
4.3 Resultado intermedio..... 135
5. Riesgo excepcional y actividades riesgosas 136

5.1 Antecedentes del riesgo excepcional y actividades riesgosas..... 136
5.2 Definición..... 140
5.3 Requisitos..... 142

5.4 Desarrollo jurisprudencial 143
5.5. Resultado Intermedio 150
6. Títulos de imputación para daños ambientales 150

6.1. Análisis legal y Jurisprudencial 150
6.2. Resultado Intermedio 159

C. Capítulo III 163

I. Análisis jurídico y jurisprudencial de las acciones derivadas del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. 163

1. Planteamiento y desarrollo de la Hipótesis No 1. Interpretación sistemática: Artículos 90 y 88 de la Constitución y artículos 2 y 34 de la ley 472 de 1998. 165

1.1 Caso por derrame de petróleo en las Bahías de Tumaco y Salahonda, Nariño 167

1.1.1 Descripción judicial 167

1.1.2 Resultado intermedio y análisis. 175

1.2 Caso por ocupación y contaminación de las Islas del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo, Cartagena. 179

1.2.1 Descripción judicial 179

1.2.2 Resultado Intermedio 181

1.3 Caso por derrame de químico “Lorsban” en la Bahía de Cartagena. 182

1.3.1 Descripción judicial 182

1.3.2 Resultado intermedio 185

1.4 Caso hotel Hilton Cartagena 186

1.4.1 Descripción judicial 186

1.4.2 Resultado intermedio 190

1.5 Caso Marina de Santa Marta 191

1.5.1 Descripción Judicial 191

1.5.2 Resultado intermedio 194

1.6. Caso Cabo Tortuga Santa Marta 195

1.6.1 Descripción judicial 195

1.6.2 Resultado intermedio 197

2. Planteamiento y desarrollo de la Hipótesis No 2. Interpretación sistemática: Artículo 90 de la Constitución, 140 de la ley 1437 de 2011 y Ley 1333 de 2009. 198

Conclusiones 206

Referencias 213

Legislación expedida por el Honorable Congreso de la República de Colombia 226
Decretos expedidos por la Honorable Presidencia de la República 229
Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado 231
Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional 239
Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema De Justicia 241

Anexo: Análisis de la evolución normativo-ambiental 243

Prefacio

La presente tesis doctoral, se deposita en el mes de enero de 2017, ante la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, en la ciudad de Bogotá. Esta investigación, nació del interés personal, por las problemáticas medioambientales de la costa marítima Colombiana.

La finalidad de este trabajo fue generar un aporte a la academia, referente a los métodos de interpretación de la norma, sobre la responsabilidad del Estado, traducido en el reconocimiento del daño ambiental como producto del desarrollo de actividades marítimas (concesiones de playa y terrenos de bajamar). Teniendo como fundamento el desarrollo del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

La jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional, han sido consideradas hasta enero de 2017, y el material fue tomado como fuentes primarias de las principales bibliotecas de Bogotá y bases de datos.

Agradezco a Dios por la presencia en mi vida, el apoyo de mis padres, mi familia, mi esposo, mis jefes, a mis amistades, quienes me han brindado la comprensión para la realización y culminación de mi tesis doctoral en estos últimos cinco años.

Adicionalmente, agradezco a la Universidad Santo Tomás, por designarme como tutor al doctor José Hernán Muriel Ciceri, admirable, por su capacidad intelectual, entrega y calidad humana, gracias a su integralidad pudo guiarme por este camino de la investigación.

Abreviaturas

AEC	Asociación de Estados del Caribe.
APA	American Psychological Association.
C.C	Código Civil.
C.C.A	Código Contencioso Administrativo.
C.P.A.C.A	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
CP	Constitución Política.
CP	Consejero Ponente.
COP	Conference Of the Parties /Conferencia de las Partes.
CDM	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.
CMNUCC	Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.
CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
CNUDM	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.
CORPAMAG	Corporación Autónoma Regional del Magdalena.
CONVEMAR	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.
DADMA	Departamento Administrativo de gestión del Medio Ambiente.

DIMAR	Dirección General Marítima.
DTCH	Distrito Turístico Cultural e Histórico.
DNP	Departamento Nacional de Planeación.
GEI	Gas de efecto invernadero.
IDEAM	Instituto de Hidrología, Metrología y Estudios Ambientales.
INCORA	Instituto Colombiano de Reforma Agraria.
INDERENA	Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente.
MARPOL	Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques.
MMA	Ministerio del Medio Ambiente.
MADS	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
MP	Magistrado Ponente.
OCMI	Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental.
OPRC	International Convention on Oil Pollution Preparedness. Convenio Internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos.
PNOEC	Política Nacional del Océano y de los Espacios Costeros.
PNAOCI	Política Nacional Ambiental para el Desarrollo Sostenible de los Espacios Oceánicos y las Zonas Costeras e Insulares de Colombia.

Sentencia T-	Sentencia de Tutela. Corte Constitucional Colombiana.
Sentencia C-	Sentencia de Constitucionalidad. Corte Constitucional Colombiana.
SINA	Sistema Nacional Ambiental.
UAC	Unidades Ambientales Costeras.

Introducción

Objeto y finalidad de la tesis

Pregunta problema

La presente investigación se dedicó a resolver la siguiente pregunta: ¿Cuál es el contenido y ámbito de aplicación del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, en el caso de responsabilidad del Estado por daño ambiental generado por las actividades marítimas de concesiones de playas marítimas y terrenos de bajamar?

Para comprender este planteamiento, se atiende al inciso primero del artículo 90 de la Constitución señala: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

Justificación

Este problema, tiene relevancia al considerar los siguientes aspectos: primero resaltar la importancia geográfica de las zonas marítimas y costeras; segundo se destaca el desarrollo de la normatividad internacional en el medio marino costero y tercero se analiza el impacto de esas normas internacionales en el ámbito normativo nacional.

Se estima importante, la temática de la responsabilidad en el campo jurídico, debido a la evolución del sistema social y normativo. Esto es, el hombre como base de la sociedad que excede el límite en el ejercicio de sus derechos, debe asumir las consecuencias de sus actos y resarcir los perjuicios ocasionados, por los deberes legales impuestos por la sociedad.

En este sentido, se dilucida la responsabilidad del Estado por sus acciones u omisiones, dentro de la obligación de proteger el medio ambiente, conforme a la normatividad constitucional y a la interpretación sistemática, como se detallará en el numeral 4 del capítulo primero.

Las zonas costeras, gozan de innumerables recursos naturales, vitales para la humanidad, por ende su cuidado y protección es indispensable, así como las características sociales, culturales, preservación de los valores culturales de las comunidades asentadas. (PNAOCI, 2000). Siendo el Estado Colombiano privilegiado al estar bañado por los océanos Atlántico y Pacífico.

Hipótesis

Ahora bien, la hipótesis planteada es: El Estado es responsable patrimonialmente por los daños ambientales causados en el ejercicio de las actividades marítimas, (concesiones de playas marítimas y terrenos de bajamar), tanto en los procedimientos para su otorgamiento, como en su funcionamiento, control y vigilancia, debiendo ser cumplidos durante la ejecución de las actividades marítimas ya señaladas, a la luz del inciso 1 del artículo 90 superior.

En estos procesos de desarrollo, se puede relacionar los proyectos portuarios, concesiones de playas para adelantar proyectos turísticos, accidentes con efectos transfronterizos, entre otras actividades; que pueden generar un daño ambiental.

Una vez expuesto el planteamiento del problema, la hipótesis y la justificación, se procede a exponer los objetivos y la metodología de investigación.

Objetivo general

Se fija como objetivo general: Interpretar el contenido y ámbito de aplicación del inciso 1 del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, referente a la responsabilidad del Estado por daño ambiental generado por las actividades marítimas (concesiones de playas marítimas y terrenos de bajamar).

Objetivos específicos

Se delimitan dos objetivos específicos, primero: Analizar la legislación, jurisprudencia y doctrina, para determinar el desarrollo de la responsabilidad del Estado por daño ambiental generado de actividades marítimas (Concesiones de playas marítimas y terrenos de bajamar) y su aplicación a la Const., 1991, art. 90).

Y segundo: Identificar los parámetros hermenéuticos aplicados a las teorías de imputación en las decisiones judiciales al desatar casos de responsabilidad del Estado e identificar su estructuración al daño ambiental por las actividades marítimas.

Estructura de la Tesis (Metodología y contenido):

Para desatar el problema de investigación, y dar cumplimiento a los citados elementos investigativos, se ejecutó el "plan", conforme a las pautas contempladas por Mazeaud (2012). Inicialmente se empleó la metodología de la hermenéutica jurídica (Dueñas, 2015), acompañado del análisis de la normatividad colombiana sobre la regulación del daño ambiental, el cual se encuentra en el capítulo I.

Luego se realiza un trabajo selección de casos judiciales relacionados con los asuntos de daño ambiental costero, asociados con las actividades derivadas de las concesiones de playas marítimas y terrenos de bajamar. Estos juicios se estudian a fondo para determinar si se enmarcan en las hipótesis de la investigación.

Esto se ejecuta a través de instrumentos de investigación como la revisión documental, el rastreo bibliográfico, normativo, doctrinal y jurisprudencial.

Ahora bien, se recurre a la observación (Méndez, 2001), con el fin de percibir rasgos existentes en el objeto de conocimiento como lo es el componente normativo y de interpretación del artículo 90 de la Constitución de 1991, la evolución histórica de las teorías del daño ambiental.

Se relaciona lo anterior, con lo examinado por Starck (2003): "Las reglas propias de la interpretación de las leyes se deben aplicar también a la Constitución. El intérprete debe considerar las palabras de la Constitución y su relación gramatical, además de tener en cuenta su lugar en el sistema constitucional y su génesis. También pueden hacerse consideraciones de orden teleológico" (p. 490).

Así los métodos de interpretación de la ley, pueden ser aplicados en la interpretación de las normas constitucionales; tal como se observa en el capítulo 1, se abarcan las interpretaciones histórica, gramatical, sistemática y teleológica. Siguiendo los autores (Savigny, Eichorn, Gierke, & Stammler, 1908), (Recaséns, 1981), (Stammler, 1908), aplicados a la norma fundamental objeto de estudio del artículo 90 de la Constitución.

Lo expuesto, permite identificar los parámetros hermenéuticos aplicados a las teorías de imputación en las decisiones judiciales, al desatar casos de responsabilidad del Estado, para conceptualizar sí podrían ser estructurados al daño ambiental generados en la realización de las actividades marítimas, ya citadas.

La aplicación práctica de esta investigación doctoral, proporciona herramientas en el ejercicio adecuado de diversas acciones judiciales y los criterios que el juez debe analizar, referente a la procedibilidad y establecimiento de la responsabilidad del Estado.

Por otra parte, se diseñan tres capítulos; el primero de ellos, que corresponde al Estado del Arte, llamado: *"Ámbito de aplicación del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y evolución normativa-ambiental".*

Tiene dos elementos estructurales, primero, los tipos de interpretación histórica, sistemática y finalista del inciso 1 del artículo 90 de la Constitución de 1991, aplicado sobre *categorías conceptuales,* tales como *daño, daño ambiental, y daño antijurídico,* y el desarrollo doctrinario de la temática bajo estudio.

El segundo capítulo, corresponde al Marco Teórico y denominado: "*Teorías de imputación de responsabilidad del Estado";* que contiene un análisis histórico del tratamiento de la responsabilidad del Estado. También la caracterización doctrinal y jurisprudencial de las teorías de imputación Estatal.

En el tercer capítulo, llamado: "*Análisis jurídico y jurisprudencial de las acciones derivadas del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia"*, que examina varios casos de la costa colombiana, derivados del ejercicio de las actividades marítimas (concesiones de playa

marítima y terrenos de bajamar), y bajo el desarrollo de dos hipótesis se establece si puede configurarse la responsabilidad del Estado.

Este método de investigación, del tercer capítulo, puede ser comparado con el expuesto por Da silva, quien manifestó, que en la jurisprudencia italiana nació la teoría del examen caso por caso, y determinar la eficacia que tienen las normas constitucionales. Lo anterior se suscitó cuando la Constitución italiana entró en vigor el 1 de enero de 1948, y el Tribunal Penal de Roma el día 19 del mismo mes y año, emitió una decisión sobre la eficacia jurídica y aplicabilidad de las normas constitucionales (Da Silva, 2003, p.63 y 73).

De lo expuesto, se deriva, la necesidad de estudiar los criterios orientadores para determinar la responsabilidad frente a los daños ambientales causados en el ejercicio de las actividades marítimas, y así construir presupuestos que evidencien la ocurrencia de afectaciones de derechos ambientales, imputables al Estado.

Al final de cada capítulo, se exponen los resultados intermedios que consolidó la cimentación de las bases de la presente tesis doctoral.

A. Capítulo I

I. Ámbito de aplicación del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y evolución normativa-ambiental

En este capítulo se abordan tres aspectos, primero los tipos de interpretación: histórica, gramatical, sistemática y teleológica, desarrollada por diversos autores, a lo largo de la historia. Se aplica este método de investigación, al artículo 90 de la Constitución, como punto central de esta investigación.

Se resalta, que estos tipos de interpretación, son importantes, y en palabras de Recaséns "La norma jurídica debe ser entendida más como un instrumento creado para la acción que como una proposición científica. Estos utensilios producirán ciertos efectos ante determinadas situaciones correlativas que se irían dando en la vida social.". "El orden jurídico positivo, no consta solo de leyes, sino también de la función jurisdiccional. Y tal función debe ser -por demás- razonable". (Recaséns, 1981, pp. 75-88).

Por esta razón, se considera importante examinar los distintos métodos de interpretación legal a esta investigación, y aplicarlas al contenido de la norma bajo estudio.

Luego del análisis, de los métodos de interpretación, se procede al desarrollo histórico normativo y el tercer punto un abordaje doctrinal, con el que se demuestra la originalidad de esta investigación.

1. Tipos de interpretación. Interpretación Histórica - Génesis de la norma constitucional

Este tipo de investigación, pertenece a la escuela de interpretación histórica, desarrollada por el alemán Savigny, "… admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta ó la otra accidentalmente, sino como procediendo de la misma esencia de la nación misma y de la misma esencia…". (Savigny, 1908, p. 16).

Precisamente es del estudio del pasado, de los hechos históricos que se vivieron en una sociedad, lo que hace comprensible el sistema jurídico de una sociedad determinada (Savigny, 1908). Buscar en el recorrido histórico de un País, los factores económicos, desarrollo político y elementos socioculturales que se desarrollaron en el último siglo, permite construir una verdadera interpretación histórica.

Stammler afirma que "… la doctrina fundamental *Escuela histórica del Derecho,* significa una determinada filosofía jurídica. Tiende a imponer una opinión especial sobre el Derecho, y se propone una investigación sobre el origen del mismo, con la idea de obtener un conocimiento de valor universal…". (Stammler, 1908, p. 212).

Del análisis histórico del Derecho, se puede fijar una posición llevada a la actualidad sin perder el origen de la norma, razón de ser de esa aplicación.

A finales del siglo XX, Colombia experimentó una crisis de orden público, económica, de aumento del narcotráfico, así como, la toma del Palacio de Justicia por un grupo

al margen de la ley, el M-19, el homicidio de tres candidatos presidenciales y la desestabilización política (Orjuela, 2011).

Estos sucesos hicieron, que un grupo de estudiantes universitarios, liderara un movimiento para modificar el orden político; y en el Gobierno de Cesar Gaviria, en diciembre de 1990, se eligió a la Asamblea Nacional Constituyente (Orjuela, 2011, p. 6). Lo que dio nacimiento a la Constitucional Política de Colombia de 1991.

Como lo afirmó Gil (2011): "La concepción culpabilista de la responsabilidad patrimonial correspondió sin lugar a dudas, a un momento preciso del desarrollo histórico de la humanidad que satisfacía las características de su época. En el estadio de evolución en que nos encontramos, la insuficiencia de la culpa como factor de atribución en la materia resulta notoria; la realidad social no es la misma y el derecho no puede permanecer distante" (pp. 22-23).

En el desarrollo de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, fue designado como encargado al doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero, para redactar y sustentar *el proyecto de articulado Constitucional sobre responsabilidad del Estado.* Documento radicado el 4 de marzo de 1991, y cuya redacción originaria fue la siguiente:

> ARTICULO: Tanto el Estado como los funcionarios públicos y los particulares que cumplan funciones públicas o presten servicios públicos, serán responsables de los daños injurídicos que, por acción u omisión, causen con ocasión o con pretexto de sus tareas.
>
> En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los

> militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.

Si se lee detenidamente el artículo, se deduce, que originariamente no se propuso la palabra *antijurídica* sino *injuridicidad,* proveniente del C.C francés (Bon, 2003). Sobre este punto, en la comisión primera de mayo 6 de 1991, se planteó, que fue adoptado por los españoles en la l*ey de expropiaciones forzosas,* con el término de *antijurídico,* como un nuevo mecanismo de responsabilidad (por daño antijurídico).

En España, se desarrolló la tesis de que el Estado responde de los daños que cause con el funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos, siempre que le ocasione un daño a un particular que no debe soportar habrá lugar a responsabilidad. Esta consagración se elevó al carácter constitucional en 1978. (Constitución Política de España, 1978) citada en la (Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 43).

Sobre el término de injuridicidad, en la presentación del artículo, (p.3) reza:

> Por otro lado, el esquema de la responsabilidad estatal construida a parte de la consideración de la injuridicidad de la conducta o la actividad del agente público (llámesela responsabilidad por culpa directa o indirecta, por falla del servicio, por actividades peligrosas o de otra forma semejante) ha venido dando muestras de insuficiencia, como lo prueban las más recientes construcciones jurisprudenciales tales como la llamada de la responsabilidad por daño especial. En tal virtud, conviene desplazar su "centro de gravead" a la injuridicidad del daño o perjuicio, tal como aquí se propone.

Con esto se quiere significar, que resultaba necesario conjugar las teorías desarrolladas vía jurisprudencial e introducirlas en la Constitución Política, ad portas de ser aprobada. Siguiendo la pauta de los españoles, sin utilizar el término *servicios públicos.* "… que se desplace el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado, de la conducta antijurídica del ente público a la antijuridicidad del daño…" (Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 42).

Es imperioso señalar, que no se trató de un nuevo modelo de responsabilidad del Estado, sino que se unieron las teorías desarrolladas vía jurisprudencial, con fundamento en la norma constitucional de 1886, para establecer de una manera armónica el desarrollo judicial de la Responsabilidad del Estado.

Es notoria la inspiración que tomó el ordenamiento jurídico Colombiano, de la legislación española, incluyendo el *sistema de antijuridicidad del daño.* Al respecto y sobre la afectación a los d*erechos colectivos, q*ue se suscitó en la ponencia del 6 de mayo de 1991, se argumentó:

> … el articulado que hoy se propone, se plantea la responsabilidad objetiva para daños ocasionados por un estado o por funcionarios públicos. Consideramos allá que en el caso de los Derechos Colectivos, es fundamental que esa responsabilidad objetiva, vale decir que es necesario comprobar que se ha hecho el daño y que hay responsabilidad de una persona, pero que no es necesario demostrar su culpa, culpabilidad, que ese principio se consagre de manera general para los Derechos Colectivos, porque de lo contrario resulta muy difícil realmente ejercitar a plenitud este derecho, cuando es necesario probar la culpabilidad, de quien ha inferido un daño, por ejemplo al medio ambiente, o al espacio

> público, o a la competencia…. (Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En contraposición de lo expuesto el tratadista Ciro Güechá a raíz de la jurisprudencia de antaño del Consejo de Estado afirma que "La responsabilidad objetiva del Estado se contempla desde la Constitución del Estado de Cundinamarca de 1811, cuando se determinó la obligación de la administración de indemnizar perjuicios en casos de expropiación" (2012)

La exclusión del elemento de culpabilidad, en el reconocimiento del daño por afectación de los derechos colectivos, marca la diferencia cuando la afectación se endilga a un tipo distinto de derechos.

Según el constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, en la ponencia que presentó para primer debate a la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, este artículo presenta varias novedades:

> …Primero que se consagre expresamente la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, en una norma de carácter positivo y de jerarquía constitucional, estamos hablando de los daños antijurídicos, y con esto, y eso vale la pena considerarse que nuestra propuesta es audaz, tradicionalmente, la responsabilidad del Estado, la responsabilidad patrimonial del Estado que han venido construyendo nuestros tribunales, como ya lo mencioné, se ha elaborado a partir del juicio que se hace sobre la conducta del ente público, primero estableciendo que si esa conducta podría calificarse de culpable, habría lugar a la responsabilidad…. Lo que nosotros proponemos es que se desplace el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado, de la conducta antijurídica del

> ente público a la antijuridicidad del daño…...y no solamente cuando su conducta ha dado lugar a que se causen unos daños, sino cuando le ha infringido alguno a un particular que no tenga por qué soportar ese daño… (Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente , 1995, pp. 3-4).

Con esto se quiere significar, que el régimen constitucional sobre la responsabilidad estatal requiere de diversos requisitos para que se configure ésta, como lo es el hecho, acción u omisión; la consecuencia que implique un menoscabo al patrimonio, o una afectación a los bienes jurídicos de una persona que no está obligado a soportarlo, "toda vez que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar al individuo en su vida social" (Presentación de la comisión redactora del artículo 90 C.P)… "y que es contrario al principio de la igualdad frente a las cargas públicas" (Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p.43).

Sobre el concepto de *cargas públicas,* se cita a (Ponce de León, 2015) "carga pública se suele aludir a ciertas formas de contribución de los individuos a la supervivencia y al cumplimiento de los fines de la organización política, que pueden representar para aquellos un sacrificio en su patrimonio o libertad" (p.843).

Por ende si se parte de la base, de que como ciudadanos debemos soportar cargas traducidas en contribuciones, esto tiene su fundamento en el principio de la igualdad en esas cargas (Ponce de León, 2015). Pero cuando este principio pierde su equilibrio, se rompe la igualdad, y es por esta razón que no estaré obligado a soportar el daño, el cual se convierte en antijurídico por esta razón.

Y es esa consecuencia generada de la ruptura del principio de igualdad en las cargas públicas, se denomina *daño* siendo entonces el punto neurálgico de la responsabilidad, la afectación, daño o perjuicio causado. Tal como se señala: "*el daño es el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista falla del servicio*" (Henao, 1998, p. 36).

El daño, es el componente fundamental e indispensable para la conformación de la responsabilidad civil, por tal motivo, se debe verificar la existencia del daño para obtener la finalidad propuesta que es llevar a cabo la efectiva reparación.

Botero (2008) señala, que el principal elemento que configura la responsabilidad del Estado es el daño antijurídico, concepto totalmente distinto a lo aplicado antes de la expedición de la Constitución de 1991, con lo que se transforma la interpretación de la responsabilidad del Estado.

Sin embargo, y con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se determina, que con el artículo 90 de la Constitución de 1991 no se establece un nuevo sistema de responsabilidad del Estado, sino que se conjugan las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado, tal como se profundiza en el capítulo segundo.

De lo expuesto, se deriva la importancia de la consagración de la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que permite con mayor claridad y jerarquía normativa su aplicación. Este tipo de responsabilidad es una de las piedras angulares del Estado de Derecho y una garantía ciudadana fundamental (Esguerra, 2008).

El concepto de Estado, se estudia desde diversas ópticas, como prestador de servicios, o como garante de un medio ambiente sano, bajo criterios de prevención y/o reparación de daños, y como "Estado intervencionista con ritmo acelerado en las actividades económicas, fomentando la acción de los particulares, complementándola o supliéndola, y atribuyéndose la prestación de servicios" (Penagos, 2009, p. 400).

Se examina el Estado "dentro de una concepción de derecho administrativo moderno en el que el centro de atención se ha desplazado de la administración al administrado cuyos derechos deben ser reconocidos por la administración, a través de procedimientos ágiles, flexibles y en todo caso eficaces" (Correa, 2011, p. 83).

Consagrar de forma armónica el sistema de responsabilidad estatal conforme a la jurisprudencia, en la Constitución Política implica el reconocimiento de los excesos estatales, dados por su jerarquía a través de sus funcionarios, y actividades estatales que pueden ocasionar daños o perjuicios en patrimonio, o en los bienes jurídicos de otras personas.

2. Interpretación gramatical o literal y origen normativo

Este método de interpretación, atiende el sentido literal de las palabras (Recaséns, 1981, p. 77), sin tener otros aspectos de interpretación. Se considera importante porque ayuda a comprender la razón, estructura y significado del origen gramatical de las palabras.

A continuación, se explica el origen y significado de unas palabras que se consideran claves para esta investigación: *responsabilidad, daño, daño antijurídico, daño ambiental, daño ambiental internacional.*

2.1. Concepto de responsabilidad

Se inicia con *responsabilidad*, conforme a la enciclopedia universal ilustrada europeo americana tomo L, el origen etimológico, *responder*, "del latín *responderé*, estar uno obligado u obligarse a satisfacer la pena correspondiente al daño causado ó á la culpa cometida. Ser o hacerse responsable de una cosa" p. 1310. "La responsabilidad, en términos generales, es la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de un acto suyo inteligente y libre" p.1311. "… por lo que al *concepto* hace, ya se tome como condición ó estado de un sujeto, que se llama *responsable*, ya como calificativo de una acción concreta, de que su autor viene obligado á *responder*, está íntimamente ligado con el de imputabilidad…." p.1317. (Enciclopedia universal ilustrada europeo-americana, 1923).

Según el diccionario de la Real Academia de la lengua Española es: "Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. 2. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado. 3. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente." (2016)

Doctrinariamente, se hace alusión al autor García quien refiere, que dicho origen se encuentra en el artículo 15[1] de la (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789), por lo que este concepto esencial para la nueva construcción política, elementos de representación, legitimidad y responsabilidad que se encuentran vinculados. (García, 2007).

[1] "La Société a le droit de demander compte a tout agent public de son administration". La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas de su administración a todo agente público. (García, 2007, p. 95).

En palabras de Palacio, "la actividad que desarrolla el Estado está limitada por dos principios: el de legalidad, en virtud del cual toda la actuación de la Administración está sometida al ordenamiento jurídico, (artículos 3 y 4 de la Constitución Política), y el de responsabilidad, que impone la obligación de indemnizar al perjudicado cuando su actuación no se ajusta a la legalidad o cuando a pesar de estarlo, con ella se causa un perjuicio, artículos 6 y 90 de la Constitución Política" (Palacio, 2013, pp. 31-32).

El autor Luna (1981) indica "La sumisión al derecho incluye para la administración la obligación de reparar materialmente los entuertos que su acción cause injustamente a los administrados, en el marco contractual y en extracontractual" (p. 290).

Es de anotar, que en Estados Unidos de Norteamérica, la responsabilidad del Estado, está regulada mediante una demanda por responsabilidad por daños y requiere: 1. Daños monetarios 2. Pérdida de una propiedad o lesiones personales o muerte. 3 Negligencia, acto equivocado o omisión. 4. Empleado del gobierno federal 5. Que ocurra dentro de su ámbito laboral. 1.Money damage 2. loss of property or personal injury or death 3. Negligent, Wrongful Act or omission 4. Federal employee 5. Scope of employment 6. State law liability[2]

De lo expuesto se deduce, que la actividad del Estado no es absoluta y está limitada por los principios de legalidad y responsabilidad. Ahora bien, el origen de esta afirmación, proviene desde la articulación y desarrollo de la doctrina.

[2] An action shall not be instituted upon a claim against the United States for money damages for injury or loss of property or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, unless the claimant shall have first presented the claim to the appropriate Federal agency and his claim shall have been finally denied by the agency in writing and sent by certified or registered mail. 28 U.S. Code § 2675 - Disposition by federal agency as prerequisite; evidence. https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-VI/chapter-171

En concordancia con Ibagón, 2014a, pp. 68-116, se debe acudir a Max Weber, quien expone sobre la teoría de la racionalización material del derecho, para ello se refirió a la *juridización o juridificación,* como una característica fundamental de la sociedad capitalista avanzada, representada en un avanzado incremento del Derecho formal escrito; y con ello la juridificación de los procesos sociales (Weber, 2013, p. XXXIX).

Para Weber, el Estado Liberal de Derecho, está sometido al mismo sistema jurídico que debe cumplir y respetar, entonces el soberano está sujeto al Derecho, está al arbitrio de una actividad reglada, bajo la figura de la *racionalización del poder*. Así, Weber entendió la *modernización como racionalización social y jurídica,* aplicados a la economía y a los fenómenos sociales, y con mayor fuerza en el Derecho.

Respecto a este punto, conviene citar a Ibagón, quien señala "… sobre el principio de Estado de Derecho permiten hacer un análisis de la actuación del Estado como actuación racional…". Continúa con una exposición de la doctrina alemana, sobre los casos en los cuales la "*Discrecionalidad administrativa"* es *"reducida a cero"* y concluye, que en Colombia ni la jurisprudencia ni la doctrina empelan este término. Debe indicarse que en Colombia por la vía judicial, se han desarrollado los conceptos de *discrecionalidad*[3] y de a*rbitrariedad*[4] (Ibagón, 2014a, pp. 68-116).

En Colombia, la *discrecionalidad,* en materia de Derecho Administrativo, tiene consagración legal expresa, en la legislación previa a la Constitución de 1991, como lo era el

[3] Sentencia C-040 de 1995. "La discrecionalidad debe ser ejercida con sujeción al principio del buen funcionamiento del servicio y teniendo en cuenta los principios de eficiencia y eficacia de la Administración Pública".

[4] Sentencia C-040 de 1995. "Es caprichosa, no sujeta necesariamente a los propósitos que han de informar la vinculación a las tareas de la función pública".

Código Contencioso Administrativo, vigente con el Decreto 01, 1984 Artículo 36[5]. Decreto derogado por la ley 1437 del 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual transcribe literalmente la misma norma derogada al artículo 44. (Muriel, ¿La concesión portuaria como una modalidad de privatización?, 2011).

Al respecto Muriel, dice: "…el principio de proporcionalidad, es concordantemente también, un principio de Derecho Administrativo dentro de un Estado de Derecho, Democrático y, Social..." principio desarrollado por la Corte Constitucional (Muriel, 2011, p. 2).

En el mismo documento (Muriel, ¿La concesión portuaria como una modalidad de privatización?, 2011) cita a (Remmert, 1995), quien realiza un estudio sobre el principio de proporcionalidad en la Ley Fundamental y el desarrollo en la jurisprudencia contenciosa administrativa prusiana.

Conforme al análisis que realiza Ibagón (2014a), el principio de proporcionalidad es un mandato trial, conforme al cual, determinadas actuaciones judiciales deben ser idóneas, necesarias y proporcionadas. Para determinar la idoneidad, los derechos fundamentales y/o los bienes colectivos no deben colisionar y el medio elegido, debe fomentar el fin buscado por la medida y así ser proporcional.

El mandato de necesariedad, dice Clérico (2001), citado por Ibagón (2014b, párr. 4): "En el caso de que haya otros medios alternativos que, en comparación con el medio elegido, fomenten de igual manera el fin buscado y afecten de forma menos gravosa los derechos

[5] Artículo 36 (Decreto 01, 1984), derogado: En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

fundamentales y/o los bienes colectivos en colisión, entonces la medida implementada es desproporcionada".

El mandato de proporcionalidad, Clérico (2001), citado por Ibagón (2014b): "Cuando el medio es idóneo y necesario y la intervención en el derecho fundamental está en una relación desproporcionada con el fin, la medida NO es proporcionada. En caso contrario, es proporcionada. La intervención en el derecho fundamental es claramente desproporcionada cuando la intensidad de la intervención de la medida es alta y no hay ningún argumento que la justifique…" (párr. 4).

Lo expuesto, permite concluir que, para la configuración del principio de proporcionalidad, es necesario analizar tres postulados inescindibles, como lo son la *idoneidad, necesariedad y proporcionalidad.* Que las medidas que se tomen no deben vulnerar derechos fundamentales y colectivos.

Para Muriel (2011) con base en el derecho alemán, y con más referencia el principio de proporcionalidad, no solo tiene vigencia para la salvaguarda de los derechos fundamentales de un acto; sino también para determinar la legalidad de un acto administrativo. Siendo un principio del derecho administrativo dentro de un Estado de Derecho, Democrático y Social.

Sobre la proporcionalidad, Dromi (1980) dice: "… el obrar administrativo discrecional debe mantener el equilibrio debido entre el fin perseguido y los medios utilizados (medio que ofrece la técnica de su actividad). La proporcionalidad actúa como límite del poder discrecionalidad…" (p. 96).

Este principio, obra como limite a la discrecionalidad del actuar administrativo del Estado, y es de vital aplicación en el Derecho Administrativo; y en materia de responsabilidad del Estado, constituye un parámetro fundamental para determinar si se presentó o no la responsabilidad.

La Corte Constitucional, señala que el *principio de proporcionalidad*, como principio de interpretación constitucional, puede adoptar la forma de dos mandatos *prohibición de exceso: "*limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales" y *prohibición de defecto: "S*e aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado." (Corte Constitucional. Sentencia C-822, 2005)

En otro fallo, se discute sobre la *prohibición en exceso en el principio de proporcionalidad*[6]. Argumenta la Corporación, que el principio constitucional de prohibición en exceso, tuvo su evolución en la doctrina constitucional alemana; en donde el Tribunal Constitucional Federal, ha reconocido abiertamente que los principios de *proporcionalidad* y de *prohibición en exceso* se aplican a las actuaciones del Estado, toda vez que son pilares de un Estado de Derecho. (Corte Constitucional Sentencia T-032, 2016)

Varios elementos se pueden extraer de los distintos conceptos expuestos, la acepción gramatical de responsabilidad, consiste en la imputación de una consecuencia producto

[6] Sentencia T 032 de 2016: La prohibición de exceso se constituye en un elemento fundamental de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, por cuanto éste se traduce en un límite a los poderes de aquél, y no sólo en materia del Derecho Penal –tratándose del derecho a la libertad-, sino que se extiende y/o adecua tanto al Poder Ejecutivo, como al Legislativo y el Judicial, de ahí su relación directa con la eficacia de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, "que exige una relación adecuada entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales, esto es, que el beneficio de una intervención (se sobreentiende que será adecuada) supere el perjuicio".

de una actuación, u omisión, que se materializa en el deber de responder, satisfacer frente a una obligación y en este caso frente a un daño originado.

Ahora bien, para comprender los conceptos de proporcionalidad y determinar si se presenta la responsabilidad del Estado, resulta importante estudiar los mecanismos jurídicos de actuación de la administración, como son: *los actos administrativos, los hechos administrativos, las operaciones administrativas, las vías de hecho y las omisiones administrativas* (Rodríguez L. , 2013).

Los *actos administrativos*, buscan modificar el ordenamiento jurídico a través de las manifestaciones de voluntad de la administración. Los *hechos administrativos*, producen efectos jurídicos a través de fenómenos, acontecimientos o situaciones que se producen independientemente de la voluntad de la administración. Las *operaciones administrativas,* tienen dos elementos la decisión de la administración y la ejecución de esa decisión y las *vías de hecho,* la administración incurre en una ilegalidad agravada. Las *omisiones administrativas*, producen efectos jurídicos respecto de la administración, por las abstenciones de la administración. (Rodríguez L. , 2013).

De lo anterior se derivan, las distintas formas en las que se puede traducir una responsabilidad del Estado, cuando el acto administrativo no se sujeta al principio de proporcionalidad, ya sea porque no se actuó teniendo el deber de actuar, actúo por debajo de lo que le exige la norma o porque actúo más allá de lo que la norma lo faculta. Estos elementos resultan relevantes conocerlos, toda vez que serán analizados con los casos que se pretenden exponer en esta tesis como daño ambiental imputable al Estado.

2.2. Concepto de daño

Pasando al estudio gramatical de la palabra *daño,* y conforme a la enciclopedia universal ilustrada europeo americana tomo XVII, proviene su origen etimológico del latín *damnun,* efecto de dañar o dañarse, cosa perjudicial, (p.980), que tiene su raíz en *demere,* quitar: "de aquí su significación propia que es de detrimento ó perjuicio en los bienes útiles y propios de la persona, ya sean estos intrínsecos á la misma, ya extrínsecos, materiales o espirituales" (p. 985), "Es toda lesión o pérdida causada por una persona en los bienes de otra", (p.980). (Enciclopedia universal ilustrada europeo-americana , 1913, pp. 980-985).

En la enciclopedia jurídica básica, "puede definirse el daño como toda modificación perjudicial en la esfera patrimonial o personal de un sujeto de derecho es el elemento fundamental de los supuestos de hecho de las normas de responsabilidad" (Enciclopedia jurídica básica , 1995, p. 1897).

De lo expuesto, se puede inferir la relación que existe entre los conceptos de responsabilidad y daño, siendo éste último un elemento del primero, el cual se configura como un detrimento, un perjuicio, que debe a su vez tener un responsable.

Díez-Picazo, señala que hasta finales del siglo pasado la responsabilidad civil acogida en Códigos civiles, estaba fundada en la culpa, en la que se integra un juicio sobre la causalidad y sobre diligencia debida, consagrada en el artículo 1382 del Código Civil Francés. Pero este concepto fue modificado vía jurisprudencial, y el fundamento de la responsabilidad recae también en el riesgo que se ha creado. (Díez-Picazo, 2000, p. 153).

2.3. Concepto de daño antijurídico

Se observan los elementos necesarios para configurar la responsabilidad: el daño, la culpa y la relación causal entre los anteriores; no obstante, esta base es deficiente, pues al momento de fundamentar la reparación, según parte de la doctrina, el elemento de culpa no siempre está presente para la configuración de la responsabilidad (Casas, 2002).

Señala claramente, el artículo 90 de la Constitución la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos, es decir, además de ocasionar una lesión, un detrimento patrimonial, un menoscabo, éste debe ser antijurídico. Lo que quiere significar que existen daños jurídicos, o conforme a derecho como el cobro de impuestos (Plenaria, Asamblea Nacional Constituyente, 14 de Junio de 1991), que es tratado como un daño que le causa al Estado a los particulares, pero es un daño jurídico, que no tiene lugar a indemnización.

El daño debe ser antijurídico, es aquel respecto del cual el Estado, "no puede demostrar la existencia de alguna de las causales de justificación del hecho" (Navia, 2000).

En ese orden de ideas "Corresponde al menoscabo sobre un bien, interés legítimo o derecho que la persona no estaba en la obligación jurídica de soportar o tolerar" (Gil, 2014. p. 18)

El daño, según el prólogo hecho por Hinestrosa en el libro de Henao "(…) es por cierto un fenómeno inherente al ser humano, a partir de la lesión a su integridad psico-física, siguiendo con el menoscabo de su patrimonio hasta llegar a otra manifestaciones más sutiles, más refinadas o complejas de la lesión a derecho o a intereses suyos ". (Hinestrosa, 2007).

La Corte Constitucional señala: “El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el Legislador. Sin embargo una interpretación sistemática de la Carta y de los antecedentes de la norma permiten determinar los elementos centrales de este concepto”. (Corte Constitucional. Sentencia C-333, 1996).

Ahora bien, tal como reconoce la Corte Constitucional, el daño que se repara, es el antijurídico, es decir el que no se está obligado a soportar; además debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad contractual o extracontractual de un ente público. (Corte Constitucional. Sentencia C-043, 2004)

A lo largo de la historia jurídica, se han desarrollado una serie de teorías, que explican el nexo de causalidad, sobre los hechos que ocasionan una modificación. Primero *teoría de la equivalencia de las condiciones,* según (Saux & Müller, 2005) fue planteada desde la filosofía por John Stuart Mill “todo ser y acontecer tiene su causa reales” y desde el punto de vista jurídico fue desarrollada por Maximiliano Von Buri (1869) “todas las condiciones son equivalentes en la producción de un resultado”, “es la unión que causa todas las condiciones”… “toda condición debe ser tenida como causa del resultado”, es conocida como *conditio sine qua non o but for rule.* Esta teoría fue objeto de muchas críticas, pues su aplicación daría lugar a soluciones peligrosas, en (Saux & Müller, 2005, p.229).

Segunda *teoría de la causa próxima,* Bacon “fundamentó la elección de una de las condiciones tomando un criterio sencillo: considerar causa generadora a la condición que se presente más próxima temporalmente al resultado dañoso” (Saux & Müller, 2005).

Tercera *teoría de la condición preponderante o del equilibrio,* según (Saux & Müller, 2005), fue desarrollada por Binding "la causa del daño es aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y adversos para su producción, influyendo de manera decisiva en el resultado" (p. 230).

Cuarta *teoría de la causa eficiente,* "para establecer la condición causal de un daño es necesario evaluar el grado de incidencia de cada una de las condiciones y seleccionar la "más eficaz" o de "mayor fuerza productiva" (Saux & Müller, 2005).

La responsabilidad del Estado puede ser contractual o extracontractual, cuyo fundamento se origina en el daño antijurídico que se produce al ciudadano o a la colectividad, que no están obligados jurídicamente a soportar este daño, debido a que es contrario al principio de igualdad de las cargas públicas, como se explicó anteriormente; y la imputación, son los elementos de la responsabilidad del Estado.

2.4. Concepto de daño ambiental

La protección al ambiente, es de consagración Constitucional, y legal; la relación de estos dos cuerpos normativos deviene de la teoría de diversos autores, como (Kelsen, 2009):

> Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la

> posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden (p. 111).

Así y partiendo del principio de la unidad normativa, se procede al estudio de la ley 99 (1993) en su artículo 42 itera: "….Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes", su lectura debe estar en armonía con el artículo 8º del Decreto 2811 de 1974 donde se ilustran todos los factores de van en detrimento del medio ambiente. (Decreto 2811, 1974)

Casas (2002) resalta que "… El daño ambiental se entiende como una afrenta a un bien jurídico colectivo (natural), cuyo uso y goce pertenecen al grupo social, y tiene como finalidad satisfacer las necesidades de carácter grupal". (p.141).

Martín (2011), hace referencia al daño ambiental "como aquellas consecuencias de la contaminación y el deterioro de recursos naturales para un colectivo o una comunidad". Se hace la distinción del mismo con el derecho ecológico y establece "el daño ecológico puro hace impacto propiamente en la naturaleza, sin que se considere afectación directa a las personas" (p. 18).

En este concepto se extiende la afectación o deterioro de los recursos naturales, pero en cabeza de una comunidad, es decir, no se reconoce como sujetos de derecho al medio ambiente como tal.

Briceño (2009), también separa los conceptos de daño ecológico de daño ambiental argumenta que "se entiende por daño ecológico el deterioro, la degradación o

modificación del medio natural causada como consecuencia de cualquier tipo de actividad"; quien lo diferencia del "El daño ambiental se define como las alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas a los bienes materiales o recursos, a la salud e integridad de las personas, y las condiciones mínimas para el desarrollo y calidad de vida, y pueden limitar el ejercicio de determinados derechos" (pp. 36-39).

El (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Rad. 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107), 2014) ha señalado los presupuestos de responsabilidad por daños ambientales y ecológicos, así: La contaminación pero no en sí misma, sino cuando genera un detrimento absoluto en la en los derechos, bienes o intereses personales o patrimoniales "de un sujeto o sujetos determinables", o limitación indebida "v.gr., se obliga a una destinación natural y productiva diferente al uso del suelo de un predio, o las limitaciones a sus propiedades para poder seguir desarrollando una actividad productiva o agrícola en el mismo volumen o proporción".

De esta forma no es la contaminación por sí misma, como consecuencia de una acción u omisión, sino que requiere la lesión de bienes jurídicos individualizados en el patrimonio de una o varias persona. Y adicional que este detrimento sea absoluto o conlleve una limitación considerable, tal como se señaló en el ejemplo citado.

Concomitante a estas premisas, el Consejo de Estado añade que cuando "se trata de la realización o ejecución de obras públicas o la construcción de infraestructuras el daño ambiental puede concretarse en la afectación del uso normal de los bienes patrimoniales, o en la vulneración de un bien ambiental, de los recursos naturales, del ecosistema, de la biodiversidad o de la naturaleza", distinguiéndose así de *daños ambientales,* y *daños ecológicos,* que afectan "a

bien (es) ambiental (es), recurso (s) natural (es), ecosistema (s), biodiversidad o la naturaleza; (7) la concreción de los daños ambientales y ecológicos puede ser histórica, instantánea, permanente, sucesiva o continuada, diferida". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Rad. 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107), 2014).

Las anteriores caracterizaciones resultan importantes, toda vez que va a ser tomada como fuente de interpretación por los operadores judiciales, cuando estén resolviendo casos en los que se discutan derechos ambientales.

En el mismo fallo, se distingue entre contaminación y daño o perjuicio, citando al autor (Briceño, 2009): "noción de contaminación comprende sólo aquello que cuantitativamente es estimable, entendido como situación o fenómeno que se mide en unidades físicas. Esto no pasa con la definición de daño o perjuicio, que es cualitativa y supone apreciar, realizar un juicio de valor y determinar los efectos jurídicos que se producen".

La diferenciación de estos dos tipos de daños: daño ecológico y daño ambiental, siendo el primero una especie del segundo, ha sido utilizado en la doctrina judicial de Colombia y serán analizados algunos casos en el capítulo dos.

El Consejo de Estado, ha distinguido entre *daños producidos en el medio ambiente* (daño ambiental *puro)* cuyo objetivo es el derecho colectivo a un ambiente sano en su dimensión colectiva, es de corte de derecho subjetivo-colectivo y los *daños consecutivos del medio ambiente* (daño ambiental *impuro)*, cuando la afectación se refleja en el patrimonio jurídico de una persona, es de corte de derecho subjetivo-colectivo. (Consejo de Estado, Sala de

lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera y Subsección A. Rad.: 52001233100019980009 7-02 32.618, 2015).

De lo expuesto, se concluye que doctrinariamente y judicialmente, se distinguen varios tipos de daños: ambiental, ecológico, puro e impuro. Para efectos de esta investigación, los citados conceptos son útiles pues determinan sí las actividades marítimas estudiadas generan alguno de estos tipos de daños y que causen efectos negativos sobre el medio ambiente.

Ahora bien, el daño antijurídico en su categoría ambiental, es generado por el actuar positivo o negativo de las autoridades públicas y algunas oportunidades desconociendo las obligaciones públicas colombianas domésticas e internacionales de protección del mar y las zonas costeras. Puede en determinados casos, generar la responsabilidad estatal, consagrada en el inciso 1 del artículo 90 de la Constitución.

Para la valoración de daños ambientales, la Contraloría General de la República, presentó el proyecto de ley en el año 2008, (CGR, 2008) [7], por el cual se regula el ejercicio del control fiscal con base en los artículos 119, 267, 268 Nro. 9, 12 así como el artículo 272 de la Constitución política y se dictan otras disposiciones en su artículo 8 contempló:

> e. Valoración de Costos Ambientales: Es la evaluación de una medida tomada o una gestión desarrollada por una persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que afecte recursos naturales o el ambiente, en la cual deberá considerarse:

[7] (Muriel, 2017). En dialogo, 7 de enero 2017: Esta norma encuentra su fuente, entre otros aspectos normativos, en el derecho alemán y europeo, en conceptos tales como rentabilidad, protección ambiental y entre otras normas, el artículo 20 de la Ley Fundamental, la Ley de Protección de la Naturaleza y conservación de los paisajes (BNatSchG), ley de protección contra las emisiones (BImSchG), ley de evaluación de impacto ambiental (UVPG).

1. La viabilidad ambiental.

2. La cuantificación física y económica de los impactos ambientales.

3. La incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección, restauración y compensación del deterioro ambiental, para la conservación de los recursos naturales y del ambiente.

4. Los resultados de la gestión de protección, explotación y uso, fundamentados en el análisis costo-beneficio y/o costo-efectividad.

5. El desarrollo sostenible.

6. Una protección ambiental eficaz, que cumpla con el orden constitucional, los postulados del bien común, respete los fundamentos naturales de la vida, evite la contaminación y asegure el menor impacto sobre el ser humano y su salud, los animales, las plantas, la diversidad biológica, el suelo, agua, aire, clima y paisaje, el patrimonio cultural y arqueológico y la interacción entre los bienes de protección mencionados.

7. La garantía de un uso y explotación de los recursos naturales, adecuada, necesaria y razonable, útil al bien común y socialmente compatible. (Contraloría General de la República, 2008).

Si se lee con detenimiento la parte del proyecto de ley, sobre la valoración de los costos ambientales, era una norma con un contenido armónico, toda vez que buscaba explotación y uso de los recursos naturales, y a su vez la preservación del medio ambiente, sin embargo, este proyecto de ley no alcanzó a ser ley de la República.

Este proyecto de ley, tal como se afirma en el pie de página No 7, tiene fundamento en el artículo 20 de la Ley Fundamental Alemana: a [Protección de los fundamentos

naturales de la vida y de los animales] El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial. (Ley Fundamental de la República Federal Alemana, 2010). (Muriel, 2017).

De lo anterior, se pudiere afirmar, que la Constitución política, también entraría a considerar la protección de los fundamentos naturales, y de forma armónica, se puede citar como ejemplo la protección a la vida (Const., 1991, art. 11) y el amparo de los derechos sobre la protección al medio ambiente (Const., 1991, art. 79).

2.5. Daño Ambiental en el ámbito internacional

El daño ambiental a nivel internacional, deviene su origen en la aplicación del principio de buena vecindad entre los Estados y la prohibición de causar daños en el territorio de otro Estado. Gomis (1998), argumenta que este principio se originó desde el laudo arbitral del caso Isla de Palmas, donde el árbitro opuso a la soberanía exclusiva de los Estados la obligación de proteger dentro de su propio territorio los derechos de los otros Estados "*sic utere tuo ut alienum non laedas"* (p. 30).

Posteriormente el 11 de marzo de 1941, en la decisión arbitral del caso Trail Smelter[8] (Usa/Canadá- Trail Smelter Arbitration- ONU, RSA), se consagró el principio de

[8] El laudo manifiesta lo siguiente: "de acuerdo con los principios del derecho internacional ningún Estado tiene derecho a usar su territorio o permitir el uso del mismo de suerte que se cause daño por emanaciones en el territorio de otro Estado o en las propiedades de las personas que se encuentran en el mismo, siempre que produzca consecuencias serias y el daño resulte probado de forma clara y convincente" (Usa/Canadá- Trail Smelter Arbitration- ONU, RSA, t. III, pg. 1907)

"*buena vecindad entre los Estados*" y la prohibición de las contaminaciones transfronterizas como regla de Derecho Internacional. En 1949 el Tribunal Internacional de Justicia, en el caso del *Estrecho de Corfú,* todo Estado tiene la obligación de no permitir la utilización de su territorio para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados. (Gomis, 1998, p. 30).

Luego de estos antecedentes jurisprudenciales, se emitió del Principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano Estocolmo 1972 los Estados "tienen la obligación de asegurarse de que las actividades llevadas a cabo dentro de la jurisdicción, o bajo su control, no perjudiquen al medio de otros Estados o zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional", (Naciones Unidas, 1972) por lo que se consagró que su vulneración produce los daños transfronterizos (Naciones Unidas, 2003).

Luego, en 1999 se encuentra un fallo del Tribunal Correccional de París, en el que decidió el caso conocido como la *marea negra,* como consecuencia de un accidente de un barco petrolero llamado *Erika.* Este fallo es importante, toda vez que reconoció el perjuicio material de los afectados, y a su vez reconoció el daño ecológico puro sufrido en la naturaleza directamente. (Martín, 2011).

Se concluye que el concepto de daño ambiental a nivel internacional, ha tenido un progresivo avance, y ha dado alcance al reconocimiento de los daños producidos a la naturaleza, es decir, se reconoce el medio ambiente como un derecho autónomo de reparación, es decir, se puede afirmar con esta última sentencia analizada, que le da categoría de sujeto de derechos al medio ambiente, representada en ecosistemas, naturaleza, etc.

2.6. Territorio en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el concepto de territorio, ha afirmado, que la definición jurídica de *territorio,* está conformada por las tierras y los recursos naturales que ella contiene. Este pronunciamiento ha sido apoyado por la Organización Internacional del Trabajo en el artículo 13.2 del Convenio No 169 (1989) sobre pueblos indígenas y tribales. Al respecto continúa Jaquenod:

> … Como en cualquier pueblo, los impedimentos al acceso y disponibilidad de tierras implica también obstáculo para utilizar y disfrutar los recursos naturculturales necesarios para su subsistencia, las actividades tradicionales (recolección, cultivo, caza y pesca), acceso a sistemas tradicionales de salud, y desarrollo de actividades sociales y culturales…. La falta de garantías para los pueblos indígenas y tribales a vivir en su ancestral entorno (territorio), implica una serie de consecuencias adversas, pero fundamentalmente está el riesgo de desprotección que conlleva privaciones para una existencia digna, no solamente violación al ejercicio de los derechos humanos en general, sino básicamente, a la integridad personal e identidad cultural. Todo ello, en conjunto, genera malestar a los miembros de estas comunidades a quienes se les priva el acceso a territorios, perjudica la preservación de formas de vida, usos, costumbres, tradiciones y lengua… (Jaquenod, 2014, pp. 333-334).

Así, cuando se presenten conflictos con terceros, los pueblos indígenas y tribales, el Estado tiene la obligación de protegerlos y reparar a través de sistemas procesales adecuados.[9]

[9] Ver los casos: -Pueblo *Yukpa* de la Sierra del Perijá. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009. – Comunidad *Moiwana* vs Surinam. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005.

Se observa, que las restricciones impuestas por autoridades al acceso al territorio, o a los recursos llamados *naturculturales,* afectan de forma profunda las raíces y desarrollo de una comunidad, por lo que requieren el amparo del Estado.

2.7. Resultado intermedio

El daño antijurídico, es el que está representado en el perjuicio que una persona sufre cuando no está obligado a soportarlo, toda vez que conforme a lo analizado, podría considerarse que sería contrario al principio de la igualdad frente a las cargas públicas. Además de la antijuridicidad del daño, se requiere que éste sea imputable al Estado.

El daño ambiental, es la afectación, perjuicio, detrimento de aquellos intereses jurídicos que son protegidos legalmente por su íntima relación con el bienestar de las comunidades y de cada individuo como miembro de esa sociedad, en la cual se deben respetar y proteger, todo lo que permita el desarrollo en un ambiente sano.

A nivel internacional, se ha reconocido el daño ambiental puro, es decir, aquel que tiene el medio ambiente representado en ecosistemas, naturaleza, bosques, humedales, océanos, como sujetos de protección autónoma, independientemente de la repercusión en el ser humano (Fallo de París *marea negra).*

3. Nociones fundamentales

Antes de continuar con la interpretación sistemática, se analizarán, ciertos conceptos claves para la comprensión de esta investigación. De igual forma, se expondrá la caracterización de la zona costera en Colombia, para destacar su importancia.

Se inicia con el concepto de: "*Playa Marítima*: Zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal". (Decreto 2324, 1984).

Se continua con el concepto de: *"Bajamar*": en el cual es necesario distinguir entre "*Bajamar:* [como] La máxima depresión de las aguas o altura mínima" [y] *Terrenos de Bajamar:* los que se encuentran cubiertos por la máxima marca y quedan descubiertos cuando esta baja" (Decreto 2324, 1984).

Como parte de esta explicación, entra en consideración, el siguiente concepto: "Las playas y los terrenos de bajamar son zonas geográficas cuya ubicación y extensión dependen de distintas variables geomorfológicas, topográficas, bióticas y otras de naturaleza física, que cambian de un lugar a otro, y que incluso en el mismo sitio pueden modificarse según la época, ya sea por causas naturales o por factores de origen humano (antrópico)" (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 11001-03-06-2010-00071-00, 2014).

Entonces, queda claro que las nociones de playa marítima y terrenos de bajamar constituyen bienes públicos, conforme al Código Civil artículo 674[10]; si bien, no señala las

[10] Código Civil, 1887, art. 674: Bienes públicos y de uso público**.** Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales.

playas como bienes de la unión o bienes públicos, dicha conclusión se puede extraer de la lectura complementaria del artículo 679[11] del C.C.

Del anterior análisis normativo, se afirma, que las playas marítimas y las zonas de bajamar son catalogadas como bienes inalienables e imprescriptibles del Estado, es decir que no les serían aplicables la figura jurídica de la accesión[12].

En este mismo sentido, se encuentran las sentencias de la Corte Constitucional (1992), (T-605, 1992), (T-95, 1994), (T-294, 2004), (T-1186, 2004), del Consejo de Estado (2001) y Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil (2005).

Así como el artículo 719[13] del C.C modificado por el artículo 83 del Decreto Ley 2811 de 1974, y Ochoa (2011), consideran que: "las playas son de uso público. Una franja de hasta 30 metros desde la ribera es de uso público y no de propiedad particular" (p. 88).

Según el DNP, el territorio colombiano abarca aproximadamente 2.070.408 km2, del cual el 55% (1.141.748 km2) corresponde a tierras emergidas, continentales e insulares, y el 45% a territorio marino (589.560 km2 en el Caribe y 339.100 km2 en el Pacífico).

[11] Código Civil, 1887, art 679.Prohibición de construir en bienes de uso público y fiscales. Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales, y demás lugares de propiedad de la Unión.

[12] Decreto 2324 de 1984, artículo 166.- Bienes de uso público: "Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes solo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la Ley y a las disposiciones del presente Decreto. En consecuencia tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo"

[13] Código Civil, 1887, art. 719: Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado: a.- El álveo o cauce natural de las corrientes; b.- El lecho de los depósitos naturales de agua; c.- La playas marítimas, fluviales y lacustres; d.- Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho; e.- Las áreas ocupadas por los nevados y por los cauces de los glaciares; f.- Los estratos o depósitos de las aguas subterránea.

(Departamento Nacional de Planeación, 2008). (Departamento Nacional de Planeación, 2008, p. 11)

Velásquez (2003) manifiesta: "los espacios oceánicos de Colombia se calculan aproximadamente en 928.600 kilómetros cuadrados, representados cerca del ochenta y dos por ciento de la superficie continental del país, con adicionalmente mil seiscientos kilómetros de costa en el Caribe y mil trescientos en el litoral Pacífico" (p. 15).

Otras cifras, según el informe del Estado de los ambientes marinos y costeros en Colombia en el año 2005 citado en el informe de gestión 2014 del MADS (p. 33), señaló: "Colombia es una de las cinco naciones con mayor diversidad marina en el mundo gracias a sus condiciones biogeográficas. Es considerado un país privilegiado, porque cuenta naturalmente con costas en dos océanos y con gran variedad de ecosistemas marinos y costeros. De los 2.070.408 km2 de área que posee el país, 928.660 km2 (45%) están representados en territorio marino". (Invemar, 2006).

El documento sobre la Política Nacional del Océano y de los Espacios Costeros (PNOEC) 2015, ratifica que Colombia cuenta con una superficie marina de 928.660 Km2, que equivale al 44,8% de la extensión total del territorio; y en los citados documentos anteriores señala que corresponde al 45%; esta diferencia de 0.2% no afecta la investigación. (Ministerio de Medio Ambiente, 2015).

Conviene saber que, […] la superficie marina "se encuentra dividida en 589.560 Km2 y 339.100 Km2 entre la zona Caribe y Pacifica y con líneas de costa de 1.600 y 1.300 Km2 respectivamente. Adicionalmente, en sus zonas costeras marítimas e insulares posee ecosistemas

estratégicos como los arrecifes coralinos con 300.000 hectáreas y las zonas de manglares con 378.938 hectáreas." […] "distribuidos en doce (12) departamentos, que en sus municipios costeros cuentan con una población aproximada de 4,5 millones de habitantes […] (PNOEC, 2015, p.17).

Ahora bien, a nivel mundial, la superficie del mar ocupa más de trescientos millones de kilómetros, que equivale a las tres cuartas partes de la superficie del planeta que es aproximadamente quinientos diez millones de kilómetros cuadrados (Zacklin, 1975, p. 13).

Como tercer concepto: "*zona costera*", conforme el MMA[14] a través de la Política Nacional Ambiental para el Desarrollo Sostenible de los Espacios Oceánicos y las Zonas Costeras e Insulares de Colombia (PNAOCI, 2000), adoptado por el Consejo Nacional Ambiental en diciembre del año 2000, tiene por objeto propender por el desarrollo sostenible de los espacios oceánicos y las zonas costeras, que permita mediante su manejo integrado contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de la población colombiana, al desarrollo armónico de las actividades productivas, y a la conservación y preservación de los ecosistemas y de los recursos marinos y costeros. (PNAOCI, 2000). Se define la zona costera así:

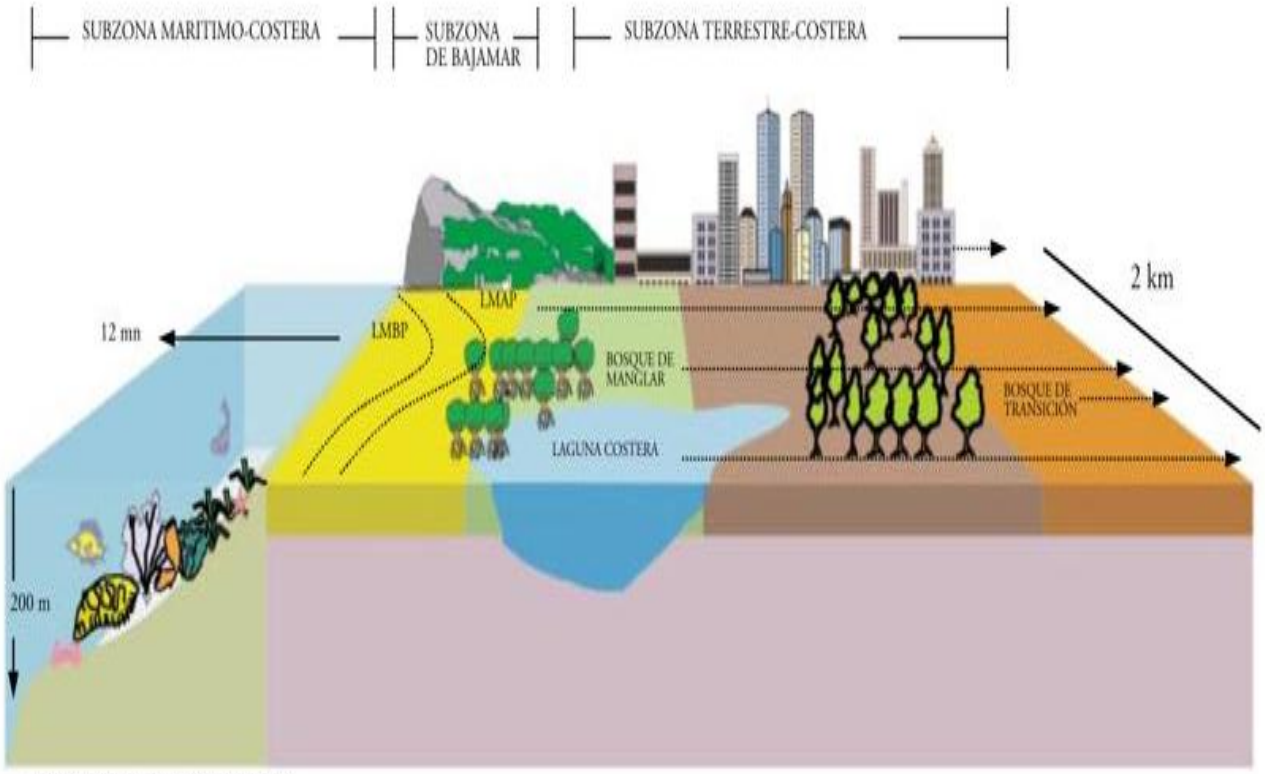
> La zona costera colombiana es un espacio del territorio nacional definido con características naturales, demográficas, sociales, económicas y culturales propias y específicas. Está formada por una franja de anchura variable de tierra firme y espacio marítimo en donde se presentan procesos de interacción entre el mar y la tierra; contiene ecosistemas muy ricos, diversos y productivos dotados de gran capacidad para proveer

[14] Hoy Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

> bienes y servicios que sostienen actividades como la pesca, el turismo, la navegación, el desarrollo portuario, la explotación minera y donde se dan asentamientos urbanos e industriales. Es un recurso natural único, frágil y limitado del país que exige un manejo adecuado para asegurar su conservación, su desarrollo sostenible y la preservación de los valores culturales de las comunidades tradicionalmente allí asentadas. (p.10).

La PNAOCI dice: "La zona costera, adicionalmente, es un recurso objeto de grandes apetencias humanas, aceleradas en los últimos años como consecuencia del desarrollo agroindustrial, urbano, turístico, demográfico, portuario, situaciones de orden público etc., aprovechada en forma indiscriminada e irracional" (p. 11).

A continuación se encontrará una gráfica que contiene la delimitación de la zona costera continental colombiana, de acuerdo con la Política Nacional Ambiental para el Desarrollo Sostenible de los Espacios Oceánicos y las Zonas Costeras e Insulares de Colombia (MMA, 2001).



Gráfica No 1. Perfil y delimitación de la zona costera insular colombiana de acuerdo con la Política Nacional Ambiental para el desarrollo sostenible de los espacios oceánicos y las zonas costeras e insulares de Colombia (MMA, 2001) Fuente: (Alonso D., Sierra-Correa P., Arias-Isaza, F. y M. Fontalvo. 2003). Conceptos y Guía Metodológica para el Manejo Integrado de Zonas Costeras en Colombia, manual 1: preparación, caracterización y diagnóstico. Serie de Documentos Generales de INVEMAR No. 12. P 33.

4. Interpretación Sistemática

La interpretación sistemática, "se adapta el significado de una disposición al significado ya establecido por otras disposiciones jerárquicamente superiores" (Figueroa, 2010, p. 149).

Aplicando este tipo de interpretación en la presente investigación, se puede hacer el análisis de la Norma Constitucional analizada artículo 90, con otras normas de la misma C.P. y que por ende tienen la misma jerarquía.

Con la expedición de la C.P. de Colombia de 1991, en donde el sujeto y fin es la persona humana, no es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política (Corte Constitucional. Sentencia T-1306, 2000).

Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (artículos 1º, 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos (Corte Constitucional. Sentencia T-02, 1992). También la defensa del ambiente, en tanto que éste es el entorno vital del hombre, y en la sentencia T-411 de 1992, ha indicado la existencia de una Constitución ecológica[15].

Se tiene que, la Constitución política en su artículo 90 está relacionada con el artículo 8 que reza: *"Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales*

[15] Preámbulo (vida), 2º (fines esenciales del Estado: proteger la vida), 8º (obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación), 11 (inviolabilidad del derecho a la vida), 49 (atención de la salud y del saneamiento ambiental), 58 (función ecológica de la propiedad), 67 (la educación para la protección del ambiente), 79 (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), 82 (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), entre otros.

y naturales de la Nación" (Const., 1991), afirmación de la que se origina, que la obligación no solo sea del Estado, sino de las personas (habitantes, ciudadanos, transeúntes entre otros), y que se encuentren en contacto con las riquezas culturales y naturales, siendo su deber y atender a su cuidado.

Algunos autores sostienen, que en este artículo se observan características inherentes a dichas riquezas como inalienables, inembargables, imprescriptibles, por lo tanto se encuentra por fuera de comercio. (Gómez, 2008).

Luego se encuentra, el artículo 49 superior en donde se contempla que el saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado, por ende se permite el acceso a todas las personas a este servicio, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (Ariza, 2011).

También encuentra relación con el artículo 6[16] de la C.P. toda vez que de este artículo surge la responsabilidad que le asiste a los particulares y al Estado, a través de los servidores públicos que representa a esa institucionalidad.

5. Interpretación Teleológica

Esta tipología de interpretación, fue desarrollada por la teoría de la interpretación finalista de Ihering, citado por Marí (2015), quien indicó que la dogmática jurídica está relacionada con la finalidad de la norma.

[16] (Cons., 1991, art. 6): Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

La finalidad o la teleología contenida en el inciso 1 de la Constitución en su artículo 90 que obliga la consulta del propósito o valor que la norma busca proteger, y se traduce en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Así la teleología, de la norma aquí estudiada, es la consagración de la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputados a éste por acción o por omisión de sus agentes.

Siendo importante en esta investigación, indagar si se puede enmarcar daños ambientales costeros como consecuencia de la realización de las actividades marítimas, en las playas marítimas y en las zonas de bajamar; con el fin de establecer si efectivamente puede ser catalogado como un daño ambiental, cierta situación específica.

Como la norma nuclear de esta investigación, es el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y debe estudiarse se forma paralela con otras normas de jerarquía inferior y de expedición anterior a la Constitución Política. Resulta necesario analizar de forma previa el desarrollo teórico que permite comprender cómo se integran estas normas que fueron expedidas antes de la norma Constitucional, con la misma.

Aquí encuentra (Da Silva, 2003) que: "Una Constitución, en cuanto entra en vigor, no siendo la primera, encuentra normas jurídicas vigentes válidamente, por la fuerza del régimen constitucional precedente… es el llamado principio de la continuidad del orden jurídico precedente en aquello en que atiende al principio de compatibilidad con el nuevo orden constitucional" (p.208).

El estudio del artículo 90 superior debe complementarse, con el examen de los artículos 164[17], 165[18] y 166[19] del Código de Recursos Naturales Renovables y no Renovables (Decreto 2811, 1974), de manera que, los compuestos normativos anotados someten la responsabilidad del Estado, a la imputabilidad del daño antijurídico causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Lo anterior, está interrelacionado con la Ley 23 de 1973, art.16: "El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado". (Ley 23, 1973)

En esta norma, es claro el establecimiento del sistema de responsabilidad, de los particulares y del Estado, por daños al ambiente, al hombre, a la propiedad privada, que se den por causa de contaminación o detrimento del medio ambiente y a los particulares les específica *uso inadecuado* de los recursos naturales del Estado. La normatividad de 1973, es congruente con el artículo 90 de la Constitución y que a pesar de tener una fecha de expedición anterior a la constitucional, tiene plena vigencia y aplicación actual, conforme a lo explicado de forma precedente por Da Silva. (2003).

---

[17] Artículo 164: "Corresponde al Estado la protección del ambiente marino, constituido por las aguas, por el suelo, el subsuelo y el espacio aéreo del mar territorial y el de la zona económica, y por las playas y recursos naturales renovables de la zona. Esta protección se realizará con las medidas necesarias para impedir o prevenir la contaminación de la zona con sustancias que puedan poner en peligro la salud humana, perjudicar los recursos hidrobiológicos y menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer los demás usos legítimos del mar".

[18] Artículo 165: "El ejercicio de cualquier actividad que pueda causar contaminación o depredación del ambiente marino requiere permiso".

[19] Artículo 166: "Cualquier actividad que tenga por objeto explotar recursos marinos deberá llevarse a cabo en forma que no cause perjuicio o deterioro sobre los demás recursos, ya fuere por agotamiento, degradación o contaminación".

Ahora bien, el Estado además de ser sujeto de sanción como generador de la actividad dañina o contaminante, conforme a la ley 23 de 1973, es a su vez, el titular de la función sancionatoria, tal como lo consagra la ley 1333 de 2009[20].

Muestra esto, una doble posición en materia de responsabilidad, como sancionado y como sancionador; lo que podría generar esto en la práctica una no aplicación de una *justicia ambiental*, entendida esta como "… ha sido con frecuencia ubicado en una faceta jurisdiccional; en tal sentido se encuentra asociado al área del sistema de administración de justicia, encargado de dirimir los asuntos relacionados con conflictos de carácter ambiental…" (Bellmont, 2011, p. 74).

A diferencia de la responsabilidad civil, en materia ambiental, la ley 1333 de 2009, presume la culpa o dolo del infractor, para lo cual deberá emplear todos los medios probatorios con el fin de desvirtuar dicha presunción[21].

Bajo una simple lectura, podría pensarse que este artículo contempla un sistema de responsabilidad objetiva, la cual está proscrita del ordenamiento jurídico, y que además vulnera la presunción de inocencia, establecida en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

[20] Art.1o. Titularidad de la potestad sancionatoria en materia ambiental. El Estado es el titular de la potestad sancionatoria en materia ambiental y la ejerce sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, los establecimientos públicos ambientales a que se refiere el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, Uaespnn, de conformidad con las competencias establecidas por la ley y los reglamentos.

[21] Ley 1333 de 2009. Artículo 1. Parágrafo. En materia ambiental, se presume la culpa o el dolo del infractor, lo cual dará lugar a las medidas preventivas. El infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales.

Sin embargo, estos argumentos fueron analizados por la Corte Constitucional, que determinó, que la consagración de esta presunción, no significa que la responsabilidad ambiental sea objetiva, (Corte Constitucional. Sentencia C-595, 2010), citando al Congreso de la República (Gaceta No 111 de 2009. Pág. 27-35) es responsabilidad subjetiva, con presunción de culpabilidad o de dolo.

Realizar esta interpretación fue de gran ayuda para desatar el problema jurídico propuesto en este proyecto de investigación, pues, se tomaron los elementos hermenéuticos o interpretativos normativos y jurisprudenciales, que permitió dilucidar si es posible aplicarlo en los casos de daño ambiental generado de actividades marítimas.

6. Resultado intermedio

El análisis de las dimensiones interpretativas en el tema de responsabilidad y daño, permite delimitar elementos para comprender los elementos estructurales de esta investigación.

Con la interpretación gramatical (Savigny, 1908), se extraen los elementos etimológicos y se descubre el origen de las palabras claves para la investigación y se infiere la relación que existe entre los conceptos de responsabilidad y daño.

De la interpretación sistemática (Figueroa, 2010), se infiere que la norma matriz de este estudio, (Const., 1991, art. 90) tiene relación armónica con el conjunto de normas nacionales e internacionales y la jurisprudencia. Y la interpretación teleológica (Marí, 2015), permitió descubrir la finalidad de la normatividad, doctrina, jurisprudencia y demás conceptos objeto de estudio en este análisis.

II. Análisis doctrinario

1. Antecedentes doctrinarios.

El objetivo de este análisis, es determinar que, en materia de responsabilidad estatal por daños ambientales costeros, no se encuentra desarrollada ni es tratada por los principales doctrinantes.

Para llegar a la anterior conclusión se examinan una serie de doctrinantes que a continuación se exponen:

Dentro de la doctrina extranjera, Lázaro (2005) relata el origen y las etapas en el proceso de formación del Derecho Internacional del Medio Ambiente.

Juste Ruíz (2005), hace un análisis jurídico sobre la práctica internacional en materia de responsabilidad por accidentes industriales catastróficos. En el año 2011 y en compañía de Valentín Bou Franch, realizan un estudio sobre el medio ambiente como objeto de tutela del Derecho Internacional.

El autor Manzano (2011), realiza un estudio de la modernidad y sus elementos (capitalismo y tecnociencia), el progreso, el ser humano y la naturaleza; analiza la incorporación de la protección del Medio Ambiente en las constituciones desde sus inicios hasta la modernidad, y por último, relaciona el Estado Social y la protección del Medio Ambiente, el derecho fluido, la reconstrucción del discurso de los derechos, y el principio de responsabilidad.

A nivel nacional, se inicia el estudio con el doctor Juan Carlos Henao Pérez, doctrinante reconocido en la temática de derecho de daños, con diversas publicaciones continuas desde el año 1996 hasta hoy.

Algunos aspectos legales y de principios del Derecho Ambiental son desarrollados por Macías (1998), en el que se encuentran aproximaciones conceptuales relacionadas con la gestión ambiental, la participación ciudadana dentro del paradigma de la gestión ambiental, desde varias tipologías como la política, administrativa, jurisdiccional entre otras.

Dentro de la literatura especializada se encuentra a Amaya *et al.* (2000), quien observa un análisis sobre la responsabilidad por daño ambiental ocasionado, por la actividad petrolera, por los servicios públicos, el manejo y disposición final de residuos peligrosos en Colombia.

Con Enrique Gil Botero, se aborda la temática de responsabilidad del Estado, autor de varias publicaciones desde el 2006 hasta el 2014.

Más adelante, en el Tomo I de *Daño Ambiental*, Gómez *et al.* (2007), estudió los daños ambientales transfronterizos, protección penal del medio ambiente, la comisión de la reparación de las Naciones Unidas, hace una reflexión desde la filosofía y el derecho ambiental, analiza los riesgos de la biotecnología moderna, y por último, sobre la indemnización dentro de los procesos de acciones populares por daños al ambiente.

En el tomo II de la obra antes citada, participan Briceño *et al.* (2009), se consideraron las siguientes problemáticas: daño ecológico y daño ambiental; la reparación del daño ecológico en la Directiva del 21 de abril de 2004; la reparación del daño ecológico en el derecho francés; el régimen legal del daño ambiental; amenaza y riesgo sobre derechos

ambientales; reparación del daño ecológico la contaminación por “Marea Negra”; responsabilidad por movimientos transfronterizos de desechos peligrosos.

Sobre el principio de precaución, se cita a Aguilera *et al.* (2007), quien realizó avances importantes en los temas del principio de precaución, el análisis de políticas medioambientales y función social de la propiedad privada como instrumento habilitador de los poderes públicos para introducir políticas medioambientales.

Hay que mencionar además, que Muñoz (2009), abarca la protección del medio marino, insular y costero a nivel mundial, regional y nacional; determina la naturaleza jurídica de los espacios marinos, insulares y costeros; la administración de las áreas marinas, insulares y costeras de Colombia; el caso de la inoperancia del Estado en la protección de los espacios marinos, insulares y costeros: Islas del Rosario e Instrumentos para su protección.

Resalta el trabajo de Mesa *et al.* (2010), en torno a los principios ambientales como reglas de organización para el cuidado, la vida, la conservación y el futuro, la argumentación iusfundamental de los derechos colectivos ambientales, los debates constitucionales en perspectiva ambiental a partir de los fallos de la Corte Constitucional, y la evaluación del impacto ambiental en países en vía de desarrollo.

Martín (2011), aborda un estudio sobre la reparación en los conflictos socio-ambientales, referentes a la valoración del daño y las medidas de reparación.

Ahora bien, el análisis visto desde la responsabilidad civil por afectaciones ambientales fue desarrollado por Rojas (2012), quien abarca un estudio importante sobre la

naturaleza contractual, extracontractual, el perjuicio indemnizable, la relación de causalidad, y de causales de exoneración.

Constituye un aporte importante también las publicaciones del doctor (Güechá, 2012), se destacan las del año 2012, quien también ha desarrollado el tema de la responsabilidad del Estado, por actos terroristas.

Otro aporte importante, lo realizan Rodríguez *et al.* (2012), con temas como: introducción al principio de precaución; el ambiente y los servidores públicos: una aproximación desde la responsabilidad por daño ambiental en el contexto internacional; el daño a los bosques naturales, régimen de responsabilidad y derechos humanos; Ley 1333 de 2009 y otras temáticas ambientales como: la consagración de los derechos ambientales en las Constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia; la concesión de aguas superficiales, una mirada desde la tradición dogmática del derecho público; el espacio público como uno de los componentes del medio ambiente urbano, un análisis de su protección por vía de acciones populares, y por último, la gestión integral de residuos hospitalarios y similares en Colombia.

Así mismo, Muelle (2012) realiza una amplia disertación sobre este principio y su aplicabilidad en las aguas de lastre en Colombia.

Referente al tema de sanción ambiental, se ubicó a Echeverry (2013), con las infracciones ambientales, tipos de sanciones, el procedimiento sancionatorio; sin hacer análisis específico en las zonas costeras.

Ruíz (2016) presenta un estudio detallado sobre la responsabilidad del Estado y sus regímenes, civil, extracontractual, médica estatal, del legislador, por actos terroristas, por administración de justicia, ambiental, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de los servidores públicos.

2. Resultado intermedio

El análisis de la doctrina antes citada, permite afirmar que el tema de la responsabilidad del Estado por daño ambiental generado por actividades marítimas (concesiones de playas marítimas y terrenos de bajamar), no ha sido desarrollado por la doctrina colombiana, lo que le da razón de ser a esta investigación.

El panorama doctrinario sobre la responsabilidad por daño ambiental, es muy amplio, siendo necesaria una delimitación en el aspecto de las zonas costeras, con el fin de desarrollar esta tesis doctoral, que represente un aporte, dentro del método de interpretación de la ley de responsabilidad estatal por daño ambiental; pues el fundamento de un medio ambiente sano se encuentra legitimado por la misma existencia del ser humano como miembro de una sociedad.

B. Capítulo II

I. Teorías de imputación de responsabilidad del Estado

1. Antecedentes históricos

A continuación, se realiza un recuento histórico con los principales antecedentes que contribuyeron a la teoría de la responsabilidad del Estado, en materia de competencias de decisión judicial para este tipo de daños, dentro del sistema normativo colombiano. Junto a ello las principales teorías desarrolladas por los distintos órganos que en su momento tuvieron la competencia para decidir asuntos en los que se debatía la responsabilidad del Estado.

La finalidad del estudio las teorías de imputación de responsabilidad estatal, se realiza con miras a determinar efectivamente en ¿cuál de ellas el Estado colombiano ve comprometida su responsabilidad por daños ambientales causados a raíz de actividades marítimas (concesiones de playas marítimas y terrenos de bajamar)?. La jurisprudencia colombiana tiene una marcada tendencia a la utilización de títulos de imputación estatal, y dentro de alguno de ellos la responsabilidad por daños ambientales se debe resolver. Y de esta manera contribuir en la resolución del problema de investigación.

Ahora bien, con el desarrollo de las organizaciones políticas y su transformación a formas estatales, se fue desarrollando el concepto de soberanía como elemento esencial del Estado y los gobernantes tenían amplios poderes para lograr sus fines, razón por la que se desarrolló la teoría de irresponsabilidad del Estado o no reconocimiento de indemnización, exonerándose de toda responsabilidad (Nader, 2010).

Al respecto (Rodríguez L. , 2013, p. 607) citando a Laferriére "la esencia de la soberanía consiste en imponerse a todos sin compensación alguna", por lo que se desarrolló la teoría de la irresponsabilidad absoluta del Estado hasta mediados del siglo XIX. Toda vez que comienza con la Revolución Francesa el reconocimiento de derechos y garantías a favor del individuo, con el fin de protegerse del absolutismo imperante y el poder soberano del Estado (Nader, 2010).

Consecuente con este proceso revolucionario, el Tribunal de Conflictos de Francia, emitió el *fallo blanco* el 8 de febrero de 1873, que dijo: "la responsabilidad que puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares a las personas que él emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular…. Esa responsabilidad no es general ni absoluta… ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos el Estado con los derechos privados"[22]. Para (Rodríguez L. , 2013, p.608), este fallo constituye: "… un símbolo del nacimiento del derecho administrativo, con repercusiones en el tema de la responsabilidad del Estado…" razón por la que afirma el autor citado que con esta decisión no nació la teoría de la responsabilidad del Estado.

Resulta importante el *fallo blanco*, toda vez que delimita la actuación del Estado, dentro de un sistema de responsabilidad y regido por normas diferentes del Código Civil, en un marco de competencias (Rodríguez L. , 2013).

[22] *Les grands arrets de la jurisprudence administrative*, 18 eme ed., Paris, Éditions Dalloz, 2011. Citado en (Rodríguez L. , 2013, p.608).

Haciendo una referencia sobre el sistema de responsabilidad del Estado en Estados Unidos, se tiene que se pasó de un régimen de irresponsabilidad al establecimiento de la *Court of Claims*, órgano encargado de resolver situaciones de responsabilidad contractual y extracontractual. Con el tiempo se modificaron las competencias y el nombre de la corte, como *Small Tort Claims Act* y desde 1946 se reconoce como *Federal Tort Claims Act.* A nivel local, los Estados que conforman la Unión Americana han reconocido la responsabilidad de las agencias públicas locales, bajo la legislación civil, originaria de la prestación de los servicios públicos (Pérez, 1999).

Expuesto lo anterior, es menester analizar el sistema de competencias judiciales de Colombia. Con la Constitución de la República de la Nueva Granada (1843) y en la vigencia de la Constitución Política de la Nueva Granada (1853) y (Constitución para la Confederación Granadina (1858), el Consejo de Estado fue abolido del sistema judicial colombiano. La Corte Suprema de Justicia, era la competente para conocer los conflictos de responsabilidad estatal, y solo hasta la expedición de la Constitución de 1886, fue reincorporado el Consejo de Estado. Luego, en el año de 1905 el General Reyes, saca de circulación en materia judicial al Consejo de Estado esperando entonces su regreso como alto tribunal con el Acto Legislativo 3 de 1910 y afianzándose como órgano superior de lo Contencioso Administrativo con la ley 130 de 1913 (Santofimio, 2003).

Por lo visto, el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado, ha tenido varios periodos, uno de ellos donde reinaba la responsabilidad civil del Estado vista como similar a la responsabilidad de las personas privadas, que estuvo comprendido entre

la segunda mitad del siglo XIX y 1914; otro conocido como periodo mixto[23] que va desde el año 1914 hasta el año 1964, donde la jurisdicción ordinaria en titularidad de la Corte Suprema de Justicia y la jurisdicción Contenciosa Administrativa en cabeza del Consejo de Estado, conocieron de los asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado imputándole responsabilidad al Estado de manera similar a los particulares. (Henao, 1996).

Entre los años 1914 a 1964, se comprendía la idea de que dos jurisdicciones podían conocer de los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado, sobre este aspecto también puede ser consultado el doctrinante (González, 2007, p. 412). Y por último, un régimen del año de 1964 hasta la actualidad, donde impera el derecho público para la solución de los conflictos de responsabilidad del Estado con la competencia plena del Consejo de Estado (Henao, 1996).

Con la entrada en vigencia de la ley 130 de 1913, el Consejo de Estado conocía excepcionalmente los temas de responsabilidad estatal, en los casos de una "declaratoria de nulidad, y desde la ley 38 de 1918, las reclamaciones intentadas contra la Nación por expropiaciones o daños en la propiedad ajena causados por órdenes administrativas, sin dejar de anotar que desde 1941 le correspondió la responsabilidad por trabajos públicos en los cuales no se produjera ocupación permanente" (Henao, 1996) , pues la titularidad de esta materia seguía en cabeza de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia), o como lo manifestó Santofimio (2003) "….el establecimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no significó la desposesión funcional total de la jurisdicción ordinaria en asuntos contenciosos administrativos;

[23] Así la Corte Suprema de Justicia, órgano superior en la jurisdicción ordinaria y el Consejo de Estado, órgano superior de lo Contencioso Administrativo, tenían la facultad de estudiar cada caso en particular de responsabilidad patrimonial del Estado y por ende emitir una sentencia. *"Demostrando de esta manera el arraigo que tenía nuestro sistema judicial respecto de una ruptura total a la impartición francesa"* (Santofimio, 2003)

pues litigios subjetivos de naturaleza contractual, responsabilidad extracontractual del Estado, algunos asuntos declarativos y ejecutivos, quedaron bajo el conocimiento de los tribunales ordinarios" (pp. 326-327).

Como es claro, para el manejo de la responsabilidad estatal por la Corte Suprema de Justicia se asimilaba ésta a la responsabilidad de los particulares. En efecto, como fundamento legal de la responsabilidad del Estado se tenían 3 preceptos: el artículo 19 de la Constitución de 1886, y los artículos 2347 y 2349 del C.C. (Rodríguez L. , 2013).

El mencionado artículo, de la Constitución de 1886 pregonaba "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos". Mientras que el Código Civil en sus artículos 2347 y 2349, referentes a la responsabilidad por hecho propio y personas a cargo, y la responsabilidad generada por los trabajadores.

Una vez vulnerados estos artículos por el actuar de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, la responsabilidad estatal era clara, pero aún resuelta por la Corte Suprema de Justicia y sólo en algunos casos expresos por el Consejo de Estado. Se consideraba responsable al Estado por faltar a su obligación de elegir a sus integrantes, y vigilar el actuar de sus funcionarios. La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de febrero de 1958 defendía esta tesis, al explicarla con una analogía organismo-órgano:

> Tanto las personas físicas como las jurídicas obran mediante sus órganos de actuación. Así, en relación con una persona física son órganos propios las manos, los brazos y demás

> miembros principales de que puede valerse el cerebro para realizar en el mundo exterior sus voliciones (…) cuando alguien con sus manos golpea a otra persona, con palabras calumnia a otro (…), ha causado un daño mediante el empleo de sus órganos; tal acto se imputa a su voluntad, pues esta quiso la acción y la ejecutó mediante los órganos sobre los cuales tiene pleno control y dirige a su antojo (…) bien, las personas jurídicas obran también mediante órganos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1958).

Para los años de 1964 a 1991 se lograron avances referentes a la visión que se manejaba entorno a la responsabilidad estatal. El Consejo de Estado encontró su fuerza tal como se aprecia en la equivalencia que se estableció entre este cuerpo colegiado y la Corte Suprema de Justicia, manifestado en el decreto 0251 de 1957 y el Plebiscito Nacional de 1957 (Henao, 1996).

Ya con el decreto 528 de 1964, se establecen los parámetros de organización judicial y competencia, en armonía con los artículos 30 y 217 de la Constitución de 1886, se termina el conflicto suscitado entre las dos Corporaciones, y fue otorgado al Consejo de Estado la competencia para conocer y fallar sobre los procesos de responsabilidad del Estado (Henao, 1996).

Referente al citado Decreto, Vidal (2009) explica que: "…se inclinó a favor de la tesis de la competencia administrativa, sin perjuicio de establecer que fueran de conocimiento de los jueces civiles los asuntos del Estado en que se ventilen cuestiones de derecho privado" (p. 476).

Santofimio (2003) relata que "Hasta 1964, indicábamos, el control jurisdiccional de la administración pública se compartió con la jurisdicción ordinaria. A partir de 1964, con la asunción de la competencia en materias contractuales del Estado y de responsabilidad

extracontractual, la jurisdicción contenciosa se fortalece, pero no se configura como única" (p. 331). Es por ello que desde 1964 se marca un nuevo régimen en el derecho administrativo colombiano.

Posteriormente, se regula en el artículo 90 de la Constitución actual, cuyos elementos de formación y contenidos fueron ampliamente discutidos en el capítulo 1. Sin embargo corresponde en este momento determinar los aportes doctrinarios sobre la consagración de la responsabilidad del Estado y sus teorías a la luz de la nueva Constitucón Política.

Para Tamayo (2011), al introducir en la Constitución Política el daño antijurídico, permitió el deslinde total entre los dos regímenes de responsabilidad. En el culpabilísimo se debe presentar un funcionamiento anormal o inadecuado de la Administración Pública, como resultado de las acciones u omisiones de una entidad estatal (Arenas, 2013), y en el objetivo, la sola existencia de un daño antijurídico generado por el Estado.

Arenas (2013), advirtió la preeminencia del régimen subjetivo de responsabilidad; con la introducción del artículo 90 de la Constitución y la posibilidad de reconocer la responsabilidad por funcionamiento normal. Colombia instituyó el régimen de responsabilidad subjetiva, y sobresale en la mayoría de los ordenamientos jurídicos mundiales que siguen las corrientes civilistas, donde se han integrado algunas excepciones que reconocen la responsabilidad del Estado en supuestos que obra de forma correcta o tiene un normal funcionamiento.

El soporte de la responsabilidad del Estado, según el alto Tribunal, sea contractual o extracontractual, se encuentra en el artículo 90 de la Constitución. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 8163, 1993).

Se profundiza en la discusión respecto a los regímenes de imputación estatal, la Corte Constitucional señaló:

> … no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume, mientras que, en algunos eventos de ruptura de igualdad ante las cargas públicas, la responsabilidad es objetiva. Con todos esos regímenes quisieron ser englobados por el constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado… (Corte Constitucional. Sentencia C-333, 1996).

Así, impera el régimen de responsabilidad subjetiva o régimen culpabilísimo, el cual exige la verificación de un fallo en el ejercicio de la función pública, en otras palabras, que en el desarrollo de una actividad estatal, se quebrante el principio de proporcionalidad, es decir, cuando el agente que ejecute los actos administrativos, teniendo el deber de actuar, no lo haga, o lo haga, pero defectuosamente o por menos de lo que la ley le ordena, o se exceda en su actuar.

De lo estudiado surge una inquietud ¿A qué régimen pertenece el derivado de la responsabilidad por daño ambiental?

Esta pregunta fue resuelta por la Corte Constitucional, tal como se esbozó en el capítulo anterior, pero que en estos momentos se profundizan los fundamentos, así: el hecho de que se presuma la culpa o dolo en ciertos eventos, y teniendo en cuenta la presunción de culpa que trae la ley 1333 de 2009 en temas ambientales, no hace inconstitucional dicha norma, debido a que esta presunción, no hace parte de un régimen objetivo de responsabilidad, sino subjetivo con presunción de culpa (Corte Constitucional. Sentencia C-595, 2010).

Continúa la sentencia señalando: "resultaría absolutamente desconcertante que admitiendo la compatibilidad constitucional de la responsabilidad objetiva en ciertos campos del derecho administrativo sancionador, se declarara inconstitucional la posibilidad de consagrar presunciones de culpa dentro de un régimen de responsabilidad subjetiva, cuando estas cumplen un fin constitucionalmente válido y además se ajustan a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurisprudencialmente establecidos." (Corte Constitucional. Sentencia C-595, 2010).

A su turno, el Consejo de Estado sobre este aspecto afirma:

> En los eventos respecto de los cuales puede aplicarse este régimen especial, el actor solo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que

> dé lugar a comprometer su responsabilidad. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 4655, 1989).

Lo expuesto, permite indicar que el hecho de que se presuma la culpabilidad o el dolo en el Régimen sancionatorio ambiental, no indica que esté consagrado el régimen objetivo en la responsabilidad por daños ambientales. La misma Corte Constitucional que las sanciones derivadas por responsabilidad objetiva, son constitucionales en la medida que:

> "(i) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras)". (Corte Constitucional. Sentencia C-595, 2010)

Frente a ello se permite analizar que, la responsabilidad proveniente del daño ambiental, no pertenece al régimen de responsabilidad objetiva, sino subjetiva con presunción de culpabilidad.

1.1 Introducción a las teorías de imputación de responsabilidad del Estado

Para comprender, el origen de los sistemas de imputación de responsabilidad estatal, se realiza un estudio histórico, de las teorías de imputación desarrolladas vía jurisprudencial, estos son, la culpa del Estado en su actuar, el riesgo excepcional y el daño especial han estado alrededor de la historia del siglo XX, en etapas en las cuáles sólo se consideraba como prevaleciente el sistema de falla o culpa en el servicio.

En estos sucesos, se establece que la administración pública, ha incurrido en un proceder culposo gracias al actuar del agente estatal, debido la integración que tiene este a la estructura administrativa del Estado (Arenas, 2013). La culpa institucional se comprueba cuando el daño ocasionado se origina por el no funcionamiento o el mal funcionamiento de los servicios públicos. (Medina, 2005).

En el ordenamiento jurídico, existen dos regímenes de responsabilidad estatal posibles bajo la interpretación del artículo 90 de la Constitución comprendidos o compilados en la teoría del daño antijurídico.

El primero de ellos, el régimen de responsabilidad subjetiva, se configura con la existencia de la culpa del Estado; en otras palabras, es necesario probar el daño, la culpa y el nexo causal, para declarar la responsabilidad. Es de indicar que una vez causado el daño no procede el resarcimiento pecuniario del mismo inmediatamente, pues se deben cumplir requisitos diferentes a la culpa para declarar la responsabilidad estatal, como que no exista una culpa exclusiva de la víctima, un hecho de tercero o una fuerza mayor o caso fortuito. (Armenta, 2008).

El segundo régimen, responsabilidad objetiva, sin falla, "no requiere que el Estado haya incurrido en una falla del servicio para que se vea comprometida su responsabilidad patrimonial; por tanto, al actor le corresponderá probar el hecho dañoso sufrido y el nexo causal entre uno y otro. La exoneración para el Estado queda sujeta a demostrar una causa externa, sea esta la fuerza mayor o el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero" (Armenta, 2008, p. 95).

También se desarrolló el régimen de responsabilidad por daño especial, por almacenaje, por los daños causados por el acto administrativo unilateral ilegal, *actio in rem verso*; así se ampliaron los supuestos de responsabilidad y solo en casos de teoría del daño especial; expropiación u ocupación de inmueble en caso de guerra, obras públicas, depósito o bodegaje, riesgo excepcional, determinó que eran casos de responsabilidad objetiva (Ramos, 2004).

Además de estos regímenes, se ha planteado la responsabilidad por el hecho del legislador, responsabilidad por el error jurisdiccional, por privación injusta de la libertad, por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y por la violación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos. (Rodríguez L. , 2013).

La teoría del daño antijurídico, recoge ambos regímenes de imputación de responsabilidad. El inciso primero del artículo 90 de la Constitución dicta "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". Implicando esto que el daño antijurídico puede ser causado por actos u omisiones tanto lícitas como ilícitas.

En efecto, si el daño antijurídico es producido por una acción u omisión con una connotación de culpa por parte del Estado, esto es, ilícito, se aplicará el régimen de responsabilidad subjetiva, que se caracteriza por el actuar u omitir irregular del ente administrativo y por tanto la falla en el servicio se vislumbra.

Por el contrario si ese daño antijurídico es causado por una conducta sin culpa, es decir, lícitamente en cumplimiento de funciones legislativas y constitucionales, la aplicación de la teoría objetiva en la cual la voluntad del Estado es indiferente, es aplicable. Así mediante la teoría del daño antijurídico ambos regímenes vigentes antes de la Constitución de 1991 obtienen fundamento constitucional.

De modo ilustrativo, es importante mencionar la sentencia del 8 de noviembre de 2016 emitida por el Consejo de Estado, en la que se estudia la responsabilidad del Estado emanada del daño antijurídico causado por falla en el servicio frente a solicitudes especiales de protección de personas amenazadas y la posición de garante institucional de la Administración frente a estos casos. Los hechos iniciaron en el Municipio de Ibagué para el mes de septiembre del 2000, el señor Ovidio Maldonado y su familia se vieron obligados a desplazarse a causa de los problemas de orden público que se presentaba en la zona rural del municipio de Planadas, lugar donde habitaban. En el Municipio de Ibagué, el señor Maldonado se desempeñó como Vicepresidente de la Asociación de Desplazados, siendo objeto de amenazas contra de su vida. Dichas amenazas fueron denunciadas ante la Fiscalía General de la Nación, y puestas en conocimiento ante la Procuraduría y Defensoría del Pueblo con el fin de solicitar medida de protección. Para el año 2003 el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) le respondió a través de comunicado en el cual se le informaba que la situación de riesgo del señor era “medio-

baja", sin tomar ninguna medida de seguridad o protección. Y el día 19 de octubre de 2004, el señor Oviedo Maldonado fue asesinado en el sector La Palmita del Municipio de Ibagué. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Rad. 3001-23-31-000-2006-01891-01(40341), 2016).

A causa de lo anterior, en el año 2006 la señora Concepción Maldonado Gallego en compañía de otros familiares de la víctima, interpuso acción de reparación directa contra Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Ministerio del Interior y de Justicia y el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, alegando falla en el servicio, pues no se tomaron las medidas de seguridad y protección necesarias a favor del señor Ovidio Maldonado; la demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo del Tolima. A su turno, las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda arguyendo hecho de un tercero, pues la muerte fue causada por terceros a las entidades demandadas. El DAS agregó, que el señor Maldonado no acreditó que hubiera sido objeto de algún tipo de amenaza directa e individualizada. El Tribunal por su parte, en sentencia del 22 de octubre de 2010 declaró la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas, con fundamento en que el señor Oviedo Maldonado acudió en varias oportunidades ante las entidades demandadas, solicitando protección especial para su vida e integridad, no obstante, no se le prestó la atención requerida o, se le prestó de forma deficiente. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Rad. 3001-23-31-000-2006-01891-01(40341), 2016).

Frente a la anterior decisión, las partes presentaron recurso de apelación. Por un lado la parte actora, debido a que no le fue concedida indemnización por daño a la vida en relación. Por otro lado, la parte accionada alegando que los hechos no habían sido cometidos por

agentes de las autoridades demandadas. El Consejo de Estado concluyó que efectivamente se encuentra probado el daño antijurídico (muerte del señor Maldonado). Y que se está ante un ejercicio de imputación objetiva que permite determinar si el daño es o no atribuible a las demandadas. Es importante mencionar otro de los conceptos abordados por la Sala en este caso, como lo es la posición de garante:

> Si bien el Estado no intervino directamente en la concreción de un daño antijurídico –como autor o partícipe del hecho-, la situación en la cual estaba incurso le imponía un deber específico, esto es, la obligación de asumir determinada conducta, llámese de protección o de prevención, cuyo rol, al ser desconocido, constituye una infracción al deber objetivo de cuidado, dada su posición de garante institucional, circunstancia que configura la atribución a éste de las mismas consecuencias o sanciones que radican en cabeza del directamente responsable del daño antijurídico. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Rad. 3001-23-31-000-2006-01891-01(40341), 2016).

De lo anterior se puede inferir, que a pesar de haber sido un acto perpetrado por terceros ajenos a las entidades demandadas, a través de la imputación objetiva y la omisión de las autoridades se puede identificar un hecho jurídico generador del daño antijurídico que en este caso se discute, pues las autoridades encargadas de la vigilancia y protección de los administrados, no prestaron un servicio de seguridad solicitado por un ciudadano que estaba siendo amenazado. Y esto es, como sustento en los siguientes eventos: "(…) **i)** que con fundamento en el ordenamiento jurídico se tuviera el deber de impedir la materialización del daño (posición de garante institucional); **ii)** que con su actividad se incrementó el riesgo permitido (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado); o, **iii)** que se estaba dentro del

ámbito de protección de una norma de cuidado.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Rad. 3001-23-31-000-2006-01891-01(40341), 2016).

Con lo expuesto, se encuentran explicados los elementos de la falla del servicio, que se materializó por la omisión de las autoridades, en no brindarle la protección que esa persona necesitaba debido a su estado de vulnerabilidad. Lo anterior, quedó plasmado en un reciente pronunciamiento judicial citado.

En cuanto a la imputación de responsabilidad del Estado, que se establece al tenor del artículo 90 de la Constitución la Corte Constitucional ha dicho que:

> (…) La posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad ilícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (art. 1 CP) y de igualdad (art. 13 CP), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas, pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, (...)" (Corte Constitucional. Sentencia C-333, 1996).

De lo anterior es posible extraer, la relación que existe entre la responsabilidad del Estado y los principios constitucionales de igualdad y solidaridad consagrados en la Carta Política, pues los administrados no tienen el deber de sufrir el daño antijurídico de qué se trata.

En esa medida Güechá se refiere a la igualdad como derecho fundamental que abarca "Una protección de los administrados frente a las actuaciones de la Administración, las cuales deben sujetarse al principio, excluyendo cualquier grado de discriminación o favorecimiento." (2014)

De todas formas, no basta con la mera existencia de un daño antijurídico, pues para que se predique una responsabilidad a cargo de la Administración, este debe imputable al Estado bajo algún título jurídico que lo abarque. Ya lo ha dicho la Corte Constitucional:

> (…) Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que este debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. (...) Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño es menester además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgados elabore un juicio de imputa biliar que le permita encontrar un 'título jurídico' distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión (...) (Corte Constitucional. Sentencia C-333, 1996).

La necesidad de un título de imputación es clara. Al momento de existir una situación fáctica, es necesario que el ordenamiento jurídico, como lo hace con todas las nuevas situaciones integrantes de la sociedad, establezca y regule cómo proceder ante ellas. La manera como la jurisprudencia aplicó la prerrogativa del artículo 90 de la Constitución fue a través de títulos jurídicos de imputación. Así, dentro del daño antijurídico, existen los ya estudiados títulos bajo los cuales se puede sancionar a la gerencia pública por su actuar.

Si bien es cierto, que la Constitución en su artículo 90 estructura una base constitucional para la teoría del daño antijurídico integrante de la teoría subjetiva y objetiva, cada

una de estas teorías tiene diferentes formas de manifestación. Integrante de la primera de ellas, se encuentra la teoría de la culpa, falta o falla en el servicio, y dentro de esta última, la falla por retardo, falla por omisión, falla por defectuoso funcionamiento de la administración, falla probada, anónima, presunta y relativa. Como ejemplo de ello, están los casos de responsabilidad por ocupación de inmuebles, producto de la realización de trabajos públicos, causante de daños al inmueble (Ley 38, 1918).

En la segunda de ellas, se encuentran, la teoría objetiva, la responsabilidad por daño especial, por actividades riesgosas, riesgo excepcional, ocupación de inmuebles, acción de *in rem verso*, por trabajos públicos, por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, por almacenaje.

En palabras de Rodríguez (2013), "Puede decirse que la responsabilidad por culpa o falla del servicio es una *responsabilidad intermedia* entre la subjetiva y la objetiva, pues si bien se requiere la existencia de una culpa, no se trata de la *culpa subjetiva* tradicional, sino de una *culpa objetivizada"* (pp. 616-617).

Para Velásquez (2012), en cuanto a la imputación se deben estudiar dos esferas: el ámbito factico y la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues la responsabilidad objetiva es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen. (Velásquez, 2012, p. 248).

Al respecto, también ha dicho la jurisprudencia constitucional que el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de sí el hecho era evitable o cognoscible. "Primero hay que determinar sí el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección, frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable o cognoscible. (Günther, 1977)" (Corte Constitucional. Sentencia SU-1184, 2001).

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar su un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante (Velásquez, 2012, pp. 250-252).

1.2. Resultado intermedio

La responsabilidad Estatal ha existido desde la Constitución Política de Colombia de 1886, hasta la actualidad, la única variante ha sido la forma en la que se le imputa su obligación. Los regímenes han sido objetivos y subjetivos, y posteriormente compilados en la teoría del daño antijurídico desde la consagración del artículo 90 de la Constitución de 1991 (Armenta, 2008).

El Consejo de Estado, en los primeros años de vigencia de la Carta Magna actual, consideró como principal al régimen objetivo de responsabilidad, y como excepcional el subjetivo. Esto se puede evidenciar en la sentencia del 21 de junio de 1991 en la que se estudia el

caso de un peatón que fue herido por la caída de unas lozas de un edificio de propiedad del Estado en la ciudad de Cali:

> En el caso en comento se probó un resultado dañoso, que causó un perjuicio efectivo al lesionado Señor Edgar Pérez Rodríguez, evaluable económicamente, motivo por el cual es claro que a la luz de la ley y el derecho surge la obligación para la administración de indemnizarlo, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del hecho que originó el daño. La tesis que se deja expuesta, encuentra también en el artículo 16 de la Constitución Nacional, al preceptuar que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas en sus vidas, honra y bienes (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 6.454, 1991).

Es claro como el Consejo de Estado le dio más relevancia al daño causado que, a la licitud o ilicitud, y por tanto la voluntad, del Estado. Esto se sustentó más en la teoría del daño antijurídico que en la teoría de falla en el servicio. Pero con el avance de la jurisprudencia, no hay duda que el objetivo postulado por Esguerra Portocarrero (1991) al desear un manejo concreto directo y objetivo de la responsabilidad estatal se cumplió, toda vez que actualmente es prudente y verídico afirmar que el artículo 90 de la Constitución política de Colombia integra en un solo cuerpo todos los títulos de imputación.

El título de imputación es completamente necesario para otorgar responsabilidad al Estado. No bastará algún daño antijurídico y el conocimiento de situaciones fácticas que lo demuestren, será necesario que esos hechos estén encuadrados dentro de algún título de responsabilidad con miras a ser imputado, de lo contrario, el Estado no podrá indemnizar. (Corte Constitucional. Sentencia C-333, 1996).

Es menester recordar que los elementos de la responsabilidad estatal que se han predicado, estos son, la actuación u omisión de la administración, un perjuicio, y un nexo causal entre la conducta y el perjuicio, no se ven afectados por la utilización de los títulos de imputación de creación jurisprudencial. Esto es, debido a que dichas teorías de imputación son una aplicación de los elementos de la responsabilidad estatal. Por esto, para lograr la concreción de algún título de imputación es necesario que los 3 elementos de la responsabilidad estén presentes.

2. Falla en el servicio

2.1. Antecedentes de la Falla en el servicio

En los antecedentes internacionales, Francia a partir del *fallo blanco* fundamentó lo que sería el inicio de la imputación de responsabilidad por actividad irregular o falla en el servicio del Estado, pero de modo restrictivo, tal como se explicó en los antecedentes (Rodríguez, 2013, p. 608).

En Colombia, desde la diferenciación de una responsabilidad civil extracontractual del Estado, paralelo a la responsabilidad de los particulares, se comenzó a distinguir la responsabilidad por falla en el servicio. Durante la vigencia de la Constitución de 1886[24], se consagró el régimen de responsabilidad subjetiva, sin manifestar una cláusula general expresa de responsabilidad y establecía que el Estado era responsable si se presentaban los siguientes elementos:

[24] Artículo 19**.-** Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos.

> Una falta o falla del servicio de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.
>
> Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho administrativo, con las características de éste, es decir, que sea un daño indemnizable, cierto, determinado o determinable.
>
> Una relación de causalidad entre la falta o la falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 1482, 1976).

Se presenta una clasificación del sistema de responsabilidad subjetiva "a) La falla del servicio probada cuando el actor corre con la carga de la prueba de la falla y; b) la falla del servicio presunta, siempre que el demandante esté exonerado de su demostración, siendo necesario únicamente probar el hecho dañoso, para que surja la presunción de falla y por ende se invierta la carga de la prueba" (Armenta, 2008, p. 5).

La Constitución de 1886, no contemplaba una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, dio pie para que por vía jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, desarrollaran varios regímenes de responsabilidad extracontractual, tales como la falla en el servicio, que es el régimen de derecho común de la responsabilidad y se aplica el principio de dejar en cabeza del actor la carga de la prueba, y el régimen de riesgo o el de daño especial, que fue acogida abiertamente por el alto Tribunal, para aquellas actividades, tal como lo señala (Quintero, 2007) relacionadas con la Policía Judicial

La Corte Suprema de Justicia, era la competente para resolver los problemas jurídicos derivados de la responsabilidad del Estado, conforme al artículo 151[25] de la Constitución Política de 1886.

En Colombia desde que se reconoce la responsabilidad del Estado la teoría de la falla en el servicio ha estado vigente, aunque no se mencione expresamente, los fundamentos de las decisiones incluso de finales del siglo XIX cuando el órgano competente para resolver de estos asuntos era la Corte Suprema de Justicia, han estado delimitados a esta teoría.

Esto puede ser ejemplificado brevemente con extractos de la sentencia del 22 de octubre de 1896 de la Corte Suprema de Justicia. En la mencionada jurisprudencia el Estado Colombiano es condenado a pagar una indemnización de 12.000 pesos oro a los herederos del ciudadano italiano Ángel Rosazza por la muerte dada a este en persecución para su captura por el delito de homicidio proditorio. En efecto Rosazza asesinó a un agente de policía, y se fugó del lugar, para así el Gobernador del Estado de Panamá de la época comisionar a un particular, hermano del asesinado, y un grupo de agentes estatales la captura del ciudadano italiano. En el transcurso de la diligencia, el judicializado fue asesinado por los agentes, y así la responsabilidad del Estado, primero por la grave imprudencia del gobernador al delegar tal hazaña a un particular y segundo por la muerte misma de este, es clara.

En la parte motiva de la sentencia la Corte Suprema esboza: "Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las

[25]Artículo 151, numeral 4 reza: "Conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la nación..."

reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos" (Corte Suprema de Justicia, Negocios civiles comunes, sentencia de octubre 22, 1896).

Se demuestra con esta sentencia que la responsabilidad del Estado en dicha época, como ya se ha expuesto, era comparable a la responsabilidad civil de los particulares. Aunque aún no estaba la teoría de falla en el servicio expuesta, y el Consejo de Estado no tenía competencia para dirimir estos conflictos, los presupuestos de esta teoría de imputación de responsabilidad se reúnen en este caso. Existe una irregularidad en el actuar estatal manifestada en la comisión al particular, y en la forma de aprehensión del reo, existe un daño que condujo a un perjuicio para la familia del causante, y existe además un nexo de causalidad entre ambas situaciones. (Corte Suprema de Justicia, Negocios civiles comunes, sentencia de octubre 22, 1896).

El ponente de la mencionada sentencia consideró que el gobernador del departamento de Panamá se extralimitó en sus funciones, lo que incluso en la actualidad, sigue siendo causal para determinar una acción anormal del Estado. En efecto considera lo siguiente:

> "5. Que es a los individuos del Cuerpo de Policía a quienes corresponde según el inciso tercero del artículo 16 de la ley 19, de 3 de febrero de 1880, aprehender por orden de las autoridades ejecutivas y judiciales al individuo o individuos respecto de los cuales se haya dictado tal medida, bien que sean reos prófugos, o porque se proceda contra ellos criminalmente o por cualquiera otro motivo. 6. Que el señor Gobernador Carlos Borbúa se ha excedido de sus atribuciones comisionando a un individuo particular, el menos a propósito de semejante comisión, cuando, conforme a la ley citada, ha decidido encargar

de ella a uno de los inspectores creados para dichos cuerpos". (Corte Suprema de Justicia, Negocios civiles comunes, sentencia de octubre 22, 1896).

Estas consideraciones permiten afirmar, hasta ese momento de la historia, que la responsabilidad del Estado tiene más fundamentos legales que constitucionales. Si la ley le impone algo a la persona, pues esta debe cumplirla, y si concurre un daño por un delito o culpa, se está obligado a indemnización.[26] Así, sin existir una norma administrativa independiente, donde se afirme que el Estado es responsable por algún daño antijurídico causado por su conducta, el Código Civil, a través de su título XXXIV permite hacerlo responsable.

Otro antecedente relevante, es el fallo del 21 de julio de 1922, M.P Tancredo Nannetti, se relató la historia del señor León Villaveces, quien pagó por 8 años el arrendamiento de la bóveda No 102 del cementerio nuevo oriental externo de Bogotá y en 1900 realizó la compra legalmente de este bien. La esposa del señor León, señora Emilia Santamaría de Villaveces, falleció el 13 de noviembre de 1893 y su cadáver fue sepultado en la bóveda 102 referida.

En marzo de 1914, fueron exhumados los restos de su esposa sin pedirle consentimiento alguno; sepultando allí el cadáver del señor Jorge Lazcano. Con ese actuar consideró el actor que se le estaba ocasionando un perjuicio que estimaba en dos mil pesos oro. En primera instancia el Juez del Circuito de Bogotá ordenó al municipio la devolución de la bóveda y el pago de los frutos percibidos por el arrendamiento desde el 15 de marzo de 1914,

[26] Código Civil, 1873, Art. 2341: Responsabilidad Extracontractual: El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

hasta la fecha de la restitución (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación. Sentencia del 21 de Julio, 1922).

Esta sentencia fue apelada por ambas partes, y la segunda instancia falló el 23 de mayo de 1918, confirmando la primera instancia. El actor presentó recurso de casación, toda vez que los fallos anteriores nada habían resuelto sobre los perjuicios morales, y la indemnización de perjuicios, ocasionados al señor Villaveces (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación. Sentencia del 21 de Julio, 1922).

El recurso, fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 21 de julio de 1922, en el que advirtió varios errores de las instancias anteriores; no fue aplicado el artículo 34 del Código civil que establece el delito y cuasidelito como fuente de obligaciones y artículos 2341 y 2356 del mismo estatuto[27]. Sentencia que casó el fallo apelado, y en su defecto ordenó indemnizar los perjuicios morales ocasionados al señor Villaveces por la extracción de los restos de su esposa. Dada la negligencia del Estado en su actuar, este fue condenado a restituir la bóveda a su dueño, y a pagársele los frutos civiles que obtuvieron por el daño.

> Por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil. (…) El Municipio por medio de sus empleado.», por quienes debe responder, desocupó la bóveda que tenía ocupada su dueño, sin permiso de éste, queda

[27] Código Civil, 1873, Art. 2356: Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

> establecido por los mismos da ti .a de la sentencia que se ha injuriado o dañado al señor Villaveces por el Municipio, en su propiedad privada, lo cual, al tenor de las indicadas disposiciones, crea a cargo del Municipio la obligación de reparar el daño (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación. Sentencia del 21 de Julio, 1922).

En esta época en la que ya el Consejo de Estado existía, pero que no había consolidado su competencia, es claro como la responsabilidad del Estado se asimilaba a la responsabilidad de los particulares, tanto así que el ente jurisdiccional fue la Corte Suprema de Justicia. Se utilizaron fundamentos de la legislación civil, y se condenó al estado por una falla en el servicio. Este fallo, es emblemático para la cultura jurídica de Colombia toda vez que por primera vez se reconoció la indemnización y pago de un daño extrapatrimonial.

En otro fallo de la Corte Suprema de Justicia, se encuentra también un caso en que el Municipio de Medellín es declarado responsable civilmente por la muerte del señor Ángel María Trujillo el 30 de enero de 1936, muerte causada por el desprendimiento del andamio construido por dicho Municipio en su Palacio de Justica, para el cual se encontraba trabajando.

La esposa del señor Ángel María Trujillo interpuso demanda en contra del Municipio de Medellín para que fuera condenado a indemnizarle perjuicios por la muerte de su marido. El Juez Segundo del Circuito de Medellín en sentencia del 15 de febrero de 1939 absolvió a la parte demanda por carencia de pruebas. Acto seguido, la parte demandante apeló dicha decisión, frente a lo cual el Tribunal Superior de Medellín en sentencia del 27 de julio de 1941 revocó la del inferior y condenó al Municipio a pagar la indemnización. Frente a dicha decisión, el señor Fiscal del Tribunal de Medellín interpuso recurso de casación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil. Sentencia del 24 de Junio, 1942).

La Corte casa parcialmente la sentencia recurrida y revoca la de primera instancia, en tanto que la demandante no invocó la culpa contractual, ni se refirió para nada a ella, sino que reclama la indemnización del Municipio, por un hecho culposo de éste, que produjo el accidente que ocasionó la muerte de su marido; y porque en tratándose de la culpa extracontractual, alegada por la demandante, no se ve cómo pueda tener cabida el artículo 1609 del C. C. En consecuencia, se declara responsable civilmente al Municipio de Medellín por la muerte del señor Ángel Trujillo, pero sin mezclar los criterios de responsabilidad contractual y delictual o extracontractual teniendo como sustentos normativos los artículos 2341 y siguientes del Código civil. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil. Sentencia del 24 de Junio, 1942).

En la anterior situación, el Municipio de Medellín fue condenado, por responsabilidad civil extracontractual, toda vez que se ocasionó la muerte de un ciudadano, debido a las malas condiciones de un andamio, que estaban utilizando en el Palacio de Justicia.

Por su parte, el Consejo de Estado ha resuelto numerosos problemas jurídicos, referentes a falla en el servicio, por lo tanto es importante hacer mención de algunos de ellos. Se inicia con el caso presentado en la ciudad de Cali el 7 de agosto de 1956, donde varios camiones cargados de elementos explosivos destinados al Ministerio de Guerra, para ser usados por el Ejército Nacional y bajo la vigilancia de éste, fueron estacionados a órdenes de funcionarios militares en una zona altamente poblada en el sector de la antigua estación del Ferrocarril de la ciudad. Dicha carga detonó en la madrugada del 7 de agosto de 1956, dejando destruidas alrededor de 30 manzanas de edificios y un saldo considerable de personas muertas y heridas (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado 718, 1967).

La sociedad Laboratorios J. G. B. Ltda., propietaria de la mayoría de edificios siniestrados en la explosión, presentó demanda contra la Nación el día 5 de abril de 1965 en la que solicita que la Nación sea declarada civilmente responsable "por negligencia, imprudencia, falta de cuidado, imprevisión, violación de leyes y reglamentos nacionales e internacionales sobre transporte de elementos explosivos, por parte de los funcionarios militares colombianos" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado 718, 1967).

Así mismo ha reiterado el Consejo de Estado que:

> se trata de una responsabilidad directa, por falla de un servicio público que no se presta o se presta deficientemente; y si como consecuencia de ello un ciudadano sufre perjuicio "la administración está en la obligación de indemnizarlo porque la falla en la prestación del servicio es la causa eficiente del daño de una manera tan clara como si ésta fuera consecuencia de un acto realmente positivo, y legal o culposo del representante del Estado (latu sensu), en relación con las garantías de la seguridad individual. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado 718, 1967).

En consecuencia de lo anterior, la Nación fue declarada civilmente responsable por el Consejo de Estado, a causa de la falla en el servicio provocada que generó la explosión en la que más de 4.000 personas resultaron afectadas. Otra vez tomando como sustento normativo los artículos 19 de la Constitución y de responsabilidad extracontractual del título XXXIV del Código Civil.

Siguiendo con el estudio de casos, para conocer los antecedentes históricos de la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, se encuentra el asunto del 9 de junio de 1965

ocurrido en la ciudad de Bogotá. Hechos en los cuales la vivienda de la señora Vitalia Duarte v. de Pinilla resultó destruida a causa de la captura del sujeto Efraín González quien era buscado por la justicia a causa de orden de captura en su contra. El procedimiento de aprensión fue realizado por la Brigada de Institutos Militares de Bogotá, dejando como resultado la destrucción total de la vivienda. A causa de esto, la señora Duarte interpone demanda en contra de la Nación, en la que solicita que esta misma sea declarada responsable por la destrucción de su casa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado 978, 1973).

A consideración de la Fiscalía, se descarta para efectos de la responsabilidad del Estado, la hipótesis de falla en el servicio por tratarse de acciones de la fuerza militar. Por el contrario, para el Consejo de Estado:

> Aun tratándose de actuaciones de las fuerzas militares sí cabe aplicar la teoría de la falla del servicio que se configura bien por la imprudencia en el manejo o empleo de las armas o bien en la desproporción entre la agresión y los medios para rechazarla. De ahí que de una notoria desproporción entre la agresión y los medios empleados para reprimirla puede resultar la responsabilidad del Estado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado 978, 1973).

Si bien es cierto, que la acción armada desplegada por la fuerza militar fue en cumplimiento de una orden judicial y por lo tanto no constituye una falla en servicio, es cierto también que dicha acción causó un perjuicio en persona ajena a los hechos que originaron la orden judicial. Razón por la cual al Estado corresponde indemnizar el perjuicio causado, "lo que equivale a hacer una equitativa distribución de las cargas públicas entre todos los contribuyentes

desde luego que tal indemnización deberá hacerse con cargo al presupuesto de la Nación". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado 978, 1973).

Por lo expuesto, la Nación fue declarada responsable civilmente por los perjuicios ocasionados en la propiedad de la señora Vitalia Duarte, por una falla en el servicio, y al hacer una equitativa distribución de cargas públicas, resulta en este caso, que el Presupuesto de la Nación debe asumir el pago de la indemnización, por el detrimento en su patrimonio.

Otro proceso estudiado por el Consejo de Estado, es la muerte del menor señor José Federico Flórez Buriticá en el Municipio de la Ceja (Antioquia), causada por la fuerza pública. Los hechos ocurrieron el 22 de mayo de 1980, mientras se desarrollaba un problema de orden público en la Plaza central del pueblo que provocó el enfrentamiento entre particulares y miembros de la Policía Nacional. El menor Flórez Buriticá, ajeno a todo el conflicto que se desplegaba en ese momento, resultó muerto mientras se dirigía a una farmacia ubicada en dicha Plaza. Ante este hecho, sus padres Joel Flórez Villada y Leoniza Buriticá de Flórez presentaron demanda contra la Nación con el fin de que esta fuera declarada responsable por la muerte de su menor hijo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 3253, 1985).

En concepto esbozado por la fiscal delegada para el caso, resultó evidente, que no habiéndose probado que personas extrañas a la Institución Armada hubieran hecho uso de las armas, el disparo que ocasionó la muerte al menor, provino de miembros de esa Institución, si se tiene en cuenta que solamente ellos, en principio, están autorizados para portar armas. Esto permite establecer el nexo causal entre la falla del servicio y el perjuicio causado por el mismo.

Al mismo tiempo el Consejo de Estado, acoge el estudio hecho por la Fiscalía, siendo este acertado al establecer los elementos necesarios para hablar de responsabilidad del Estado: "la falla del servicio de policía, consistente en la imprudencia y negligencia con que se hizo uso de las armas oficiales, 2.la muerte del menor José Federico Flórez Buriticá y 3.la relación de causalidad entre la falla y el perjuicio" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 3253, 1985).

En este expediente, a diferencia de los nombrados anteriormente, la Nación es declarada responsable pero administrativamente por la muerte del menor José Federico Flórez Buriticá.

2.2 Definición

La falla en el servicio, es el régimen tradicional de responsabilidad subjetiva. Predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado; contiene una variedad de posibilidades *falla por retardo, falla por omisión, falla por defectuoso funcionamiento de la administración, falla probada, anónima, presunta y relativa.* Son estas entonces acciones u omisiones que se predican de la administración y que en su funcionamiento, resultan en cualquiera de aquellas irregularidades generadoras de daños imputables al estado. (Ruíz, 2016).

Bien lo expresó la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado en su sentencia del 7 de abril de 2011:

> (…) La falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, radicado 52001-23-31-000-1999-00518-91, 2011).

Se tiene entonces, que dentro de la imputación subjetiva, la falla en el servicio se encuentra configurada de distintas maneras, en la que se evidencia una falta de la Administración en cuanto al servicio que debe prestar a la ciudadanía. Es importante por lo tanto entrar en el estudio de cada una de las modalidades que fueron mencionadas líneas atrás.

2.3. Falla por retardo

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho que "los elementos que perfilan la responsabilidad de la Administración por falla administrativa derivada del retardo se pueden resumir en cuatro: 1) La existencia para la Administración de un deber jurídico de actuar, es decir, la obligación legal a cargo de la entidad pública;2) el incumplimiento de esa obligación, refiriéndose estoma la expedición tardía de un acto administrativo que finalice la actuación, por la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal; 3) un daño antijurídico, esto es la lesión real y evaluable

económicamente de un derecho o bien jurídico protegido; y 4) la relación causal entre la demora y el daño" (Ruíz, 2016).

Es decir, que para hacer responsable a la Administración es necesaria la demora injustificada por parte de ella de una obligación cuyo deber legal es su cumplimiento, y que además se haya producido un daño real antijurídico como consecuencia de dicho incumplimiento.

Uno de los temas estudiados, por el Consejo de Estado, respecto a falla en el servicio por retardo injustificado, es la retención de unas aeronaves que hizo la autoridad de aduanas para verificar la existencia o no de irregularidades en su importación, el trámite de dicho procedimiento, no solo superó el término legal, sino que además, la entidad competente no demostró causal alguna que justificara el retardo en el caso específico, generando perjuicios materiales por la mora en los procedimientos de verificación (Ruíz, 2016).

Al respeto, ha dicho la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 4 de junio de 2008, que " el daño se produjo porque el procedimiento administrativo superó los términos previstos en la ley, toda vez que entre la fecha en que la aeronave fue retenida para constatar posibles irregularidades en su importación y la fecha en que fue efectivamente recuperada por su dueño, transcurrieron 14 meses.(...) la responsabilidad aquí analizada no se fundamenta en la ilegalidad del acto sino, se reitera, en la dilación presuntamente injustificada del trámite administrativo". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Expediente 25000-23-26-000-1994-00158-01(14721), 2008).

Este exceso en el tiempo, empleado por el Estado, dentro de actividad administrativa ocasionó perjuicios, en el patrimonio de otra persona, los cuales deben ser resarcidos al particular bajo la teoría *falla por retardo.*

2.4. Falla por omisión

En este título de imputación, lo que se evidencia es una absoluta ausencia de acción o funcionamiento de las agencias o entidades del Estado, en el cumplimiento de sus funciones legalmente encomendadas y en detrimento de los asociados, y de esa omisión en la prestación de un servicio o el cumplimiento de una obligación contenida en la ley, resulta del daño o el producto de la negligencia injustificada. (Ruíz, 2016).

Se puede observar, el sostenimiento de un factor común con la modalidad anterior, el cual es obtener como resultado de la omisión un daño jurídico. Con respecto a ello, el Consejo de Estado ha dicho que "cuando se trata de la falla del servicio originada en la omisión de la administración en la prestación de un servicio o en el cumplimiento de un obligación impuesta por la ley o los reglamentos, es necesario que aparezca demostrado no solo que se pidió concretamente protección, sino que tal protección no se prestó" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.Expediente 5737, 1990).

Al respecto de la falla en el servicio, con ocasión de una omisión, es importante mencionar, que por vía jurisprudencial se han distinguido dos clases de omisiones: omisiones laxas y omisiones en sentido estricto. Las primeras se refieren a la negligencia u olvido en los deberes de cuidado; y las segundas en cuanto al incumplimiento de un deber legalmente

establecido. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 66001-23-31-000-1996-03099-01, 2008).

Con respecto a este tipo de omisiones, el Consejo de Estado en sentencia de fecha 9 de abril de 2014, estudió el caso de una funcionaria de la División Técnica Aduanera de la DIAN, quien denunció las irregularidades que se estaban presentando al interior de la institución y recibió amenazas de muerte, que puso en conocimiento de las autoridades y le fue asignado el servicio de escolta; sin embargo, luego de un tiempo y sin que las circunstancias hubieran cambiado, le fue retirada la protección. Insistió ante la Policía Nacional pero no recibió una respuesta efectiva. Posteriormente, fue trasladada a otra ciudad para continuar con su trabajo, pero siguió siendo víctima de amenazas, y denunció nuevamente la situación ante la Fiscalía General de la Nación; pero en medio de la inercia de las autoridades fue víctima de un atentado que tuvo como resultado la muerte. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Exp. 76001-23-31-000-2000-00550-01(29312), 2014).

Al respecto Ruíz (2016), anuncia que debe predicarse mayor responsabilidad cuando se trata de obligaciones en sentido estricto a cuyo incumplimiento la administración se rehúsa de manera injustificada, incluyendo sus propios agentes.

Como ejemplo de estas obligaciones en sentido estricto, se cita un proceso estudiado por el Consejo de Estado. Se trata del deber del Estado en el manejo del espacio aéreo, para el caso en concreto se trata de un avión de servicio privado, que después de siete minutos de haber despegado desde el aeropuerto El Dorado de Bogotá con destino al aeropuerto alterno de Guaymaral, se precipitó a tierra y colisionó contra una bodega donde operaba un taller de mecánica quedando destruido en gran parte. Se logró establecer, que si bien el despegue fue

autorizado por los funcionarios de la torre de control de El Dorado, la aeronave inició su trayecto sin contar con un plan de vuelo debidamente registrado ante las autoridades aeronáuticas, lo cual generó dudas al respecto de la conducta de algunos funcionarios de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, pues si no existía plan de vuelo, entonces no debió permitirse el despegue de la nave en cuestión. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Exp. 25000-23-26-000-1997-14961-01(28373), 2014).

Se demostró igualmente, que los tripulantes no estaban capacitados para el comando de ese tipo de aeronaves, sin embargo no se exime de responsabilidad la autoridad demandada pues el hecho de un tercero no fue exclusivo sino concomitante con las omisiones de los controladores aéreos del aeropuerto El Dorado, adscritos a la Aeronáutica Civil. Concluyó la Sala entonces, que se incurrió en flagrante falla del servicio al no aplicar las normas de seguridad aeronáutica, relativas a la necesidad de presentación del plan de vuelo como condición previa para autorizar el despegue de cualquier avión en forma reglamentaria. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Exp. 25000-23-26-000-1997-14961-01(28373), 2014).

En esta sentencia, se demostró el *daño antijurídico,* materializado en: destrucción parcial de la bodega de propiedad Triturados del Tolima Ltda, del taller de mecánica e incineración de los vehículos sometidos a reparación, por la colisión con la aeronave HK-913P el día 24 de octubre de 1995. El título de imputación que soporta la sentencia es *la falla del servicio,* cometida por la U. A. E. de Aeronáutica Civil, con fundamento en sendas sentencias de la misma corporación, referentes a colisiones de aeronaves. También soporta su fundamento en el Código de Comercio:

> ART. 1827.- La persona que sufra daños en la superficie tiene derecho a ser indemnizada por el explotador de la aeronave con sólo probar que tales daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída de la misma. // Sin embargo, no habrá lugar a indemnización si los daños no son consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado, o cuando se deban al mero hecho del paso de la aeronave a través del espacio aéreo, si se observaron los reglamentos de tránsito aéreo.

También relató que se encontró plenamente evidenciado el nexo de causalidad de la falencia cometida por los controladores aéreos y la ocurrencia del accidente. Lo que denomina defecto administrativo, por permitir el despegue de una aeronave sin existir un plan de vuelo, lo que les impidió conocer la falta de capacitación de la tripulación, el sobrepeso que afectó la aeronavegabilidad y permitir el uso del aeródromo por parte de un avión.

Lo anterior se configuró en un *defecto administrativo,* toda vez que los miembros de la aeronáutica civil, no cumplieron con sus propias normas de procedimiento administrativo de la entidad citada, configurándose se esta forma en una falla del servicio por defecto administrativo.

Se encuentra también el asunto, referente a un incendio provocado en la sala de detenidos del Batallón de Ingenieros Agustín Codazzi de Palmira el 7 de enero de 2007, en el que perdieron la vida tres soldados y quedaron dos gravemente heridos. De acuerdo a los hechos expuestos en la demanda, el incendio fue provocado por detenidos dentro de la misma sala con componentes como gasolina y fósforos. De igual manera se expresa que el encargado de vigilar la sala no se encontraba en el lugar que le correspondía. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Por su lado, la parte demandante alegó que no

existía prueba alguna de falla en el servicio imputable al Estado, y que por el contrario habría sido culpa exclusiva de la víctima. En sentencia del 29 de noviembre de 2011 el Tribunal declaró probados los hechos alegados por la parte demandante, al igual que las circunstancias en las que estos se produjeron, al igual que accedió a la indemnización por prejuicios morales. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Rad. 760001-23-31-000-2007-00427-01(44351), 2016).

Así mimo expresó que: "(…) nos encontramos frente a una falla del servicio estatal por el funcionamiento anormal de una de sus instituciones, toda vez que el Batallón de Ingenieros Agustín Codazzi al mantener en su sala de detenidos a un determinado número de soldados, asumía obligaciones de custodia, vigilancia y cuidado frente a los mismos (…)" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Rad. 760001-23-31-000-2007-00427-01(44351), 2016).

Ante esta decisión, el Ejército Nacional presentó recurso de apelación, invocando que, si bien está probado el daño causado a la parte actora, la responsabilidad del mismo debe ser atribuida a los agentes del Ejército, que manera imprudente e irresponsable causaron la conflagración. Al resolver el recurso de apelación en comento, el Consejo de Estado enuncia que en cuanto a las personas que se encuentran privadas de la libertad, la Administración debe garantizar por completo su seguridad y asumir todos los riesgos que lleguen a presentarse en virtud de dicha circunstancia, teniendo en cuenta que, por su condición de internos y en virtud de la relación de especial sujeción, se encuentran bajo la vigilancia, custodia y protección del Estado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Rad. 760001-23-31-000-2007-00427-01(44351), 2016).

El fundamento del Consejo de Estado, radica en que se presentó un hecho dañoso, con fundamento en el régimen subjetivo de responsabilidad por falla en el servicio, pues se demostró que el incendio se originó por la acción de unos soldados, que pese a estar en la sala de detenidos del Batallón tuvieron acceso a la gasolina y demás elementos para hacer la combustión. Por lo que se configuró una omisión en el deber de guarda y control respecto de sus agentes en su condición de reclusión

2.5. Falla por defectuoso funcionamiento de la administración

La expresión *defectuoso funcionamiento*, hace referencia a todas las fallas o irregularidades que provoca la prestación de un mal servicio a cargo de la administración. (Ruíz, 2016, p.9). Esto permite concluir, que se está ante una falla en el servicio por parte de la Administración cuando se ha prestado un servicio pero con defectos, y dichos defectos provocan un daño sobre el bien jurídico que debe ser protegido por la misma Administración.

Frente a esta situación, ha dicho el Consejo de Estado mediante sentencia de fecha 15 de febrero de 2012 que "para determinar cuando el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, (...) si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo de un policía nacional aparecía como derivado de un poder público (...)" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Exp. 25000-23-26-000-1997-04813-01, 2012).

El anterior pronunciamiento tuvo lugar frente al caso presentado en las instalaciones de la Tercera Estación de Policía de Santafé de Bogotá, donde la menor Sandra

Vásquez Guzmán fue violada y asesinada a manos del agente de policía Diego Valencia Blandón. El agente de policía, quien en ese momento prestaba sus servicios en una entidad de seguridad del Estado, se fructificó de la confianza que la menor depositó en él por ser agente de policía para que la guiara a su padre, quien se desempeñaba como policía dentro de la misma institución.

Argumentó la Sala que fue un acontecimiento repudiable, antisocial y defectuoso, que dentro de las instalaciones de una entidad de la fuerza pública, se presente una situación vulneradora de los derechos de las personas que ingresan a ellas. Pues está contrariando totalmente las funciones que le rigen, algunas establecidas en la ley 62 de 1993, por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, que en su artículo 1° establece como finalidad de la institución la protección de todas las personas residentes en Colombia, en su vida honra bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Lo cual representa el daño antijurídico imputable al Estado de que trata el inciso 1 del artículo 90 de la C.P., pues se trata de una clara falla en el servicio por una acción más que defectuosa por parte de un agente de policía. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Exp. 25000-23-26-000-1997-04813-01, 2012).

De lo anterior se infiere, la posibilidad de hablar de un mal servicio cuando un agente del Estado ha cometido un delito sobre los administrados, pues la actividad de dichos agentes se tiene como propia del Estado.

Este tipo de falla puede llegar a ser común, por ejemplo en procedimientos médicos. Tal es la situación de una persona que fue infectada por el virus del VIH a

consecuencia de una transfusión de sangre durante una intervención quirúrgica, la cual fue necesaria a causa de que la paciente ingresó a la institución hospitalaria con varias heridas por arma de fuego y perdió mucha sangre. Durante su atención fueron ordenadas 5 unidades de sangre, 3 de la cuales no le hicieron análisis previo. Fue luego de la transfusión que se realizaron las pruebas y se determinó que había sido contagiada, descartando que fuera a causa de la misma paciente. Por lo tanto se evidenció el comportamiento negligente por parte del hospital demandado, pues no realizó los análisis clínicos a las muestras de sangre antes de ser suministradas a la paciente. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Exp. 25000-23-26-000-2003-01881(38738), 2014).

Para el Consejo de Estado quedo evidenciado que la señora Diana Vega Medina resultó contagiada con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) a causa de la transfusión sanguínea que se efectúo durante la intervención quirúrgica a la que fue sometida con el fin de salvarle la vida.

La parte accionante del proceso de reparación directa que se inició, solicitó que el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Salud Departamental y el Hospital Pedro León Álvarez Díaz, fueran declarados responsables patrimonialmente por la omisión de los deberes constitucionales y legales de vigilancia y control de los bancos de sangre, establecidos para asegurar la calidad de la misma. Frente a lo anterior se adujo que:

> En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la Administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se

> imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una falla en el servicio. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Exp. 25000-23-26-000-2003-01881(38738), 2014)

De lo anterior se tiene entonces que, para poder predicar una responsabilidad por parte de la Administración por falla en el servicio a causa del defectuoso funcionamiento de la misma, no debe tratarse de cualquier falla, sino que esta debe ser de tal magnitud que, teniendo en cuenta las circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como deficiente. Dicha situación se presentó en este caso, pues la vigilancia sobre las muestras de sangre en el hospital demandado fue altamente deficiente, dando como resultado un daño antijurídico imputable al Estado.

Los anteriores supuestos, encuadrados dentro del inciso 1° del artículo 90 de la Carta Política, toda vez que fue acreditado el comportamiento negligente y descuidado del hospital, en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones respecto del análisis clínico de sangre, omisión que llevó finalmente a que la paciente resultara infectada con sangre contaminada de VIH.

2.6. Falla probada

Se entiende por falla probada, aquella en la que, es la parte interesada la encargada de demostrar los tres elementos para que se configure la responsabilidad por parte de la Administración: falla, daño y nexo causal entre el primero y el segundo elemento. Esto es, según el Consejo de Estado, muestra de la “constitucionalización” de la responsabilidad del

Estado. Así lo expresó en sentencia de unificación del 19 de abril y 23 de agosto de 2012 “con la Carta Política de 1991 se produjo la constitucionalización de la responsabilidad del estado al erigirse como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin discriminación o excepción alguna, pues la indemnización de los daños que produce la administración restablecen el equilibrio entre poder y ciudadanía, entre ley y autoridad”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Fallos de unificación. Expedientes 21.515 y 23.219, 2012).

A manera de ejemplificar este título de imputación, se tiene el asunto examinado por el Consejo de Estado mediante sentencia de fecha 16 de mayo de 2016. Los hechos que dieron lugar al recurso de apelación estudiado por esa Corporación, inició con la demanda de reparación directa instaurada por el señor José Guillermo Tadeo Roa Sarmiento contra la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Lo anterior en razón de que ante el Juzgado veinte (20) se tramitó proceso ejecutivo hipotecario iniciado por Davivienda en contra del señor Tadeo Roa Sarmiento, el cual se diligenció sin la comparecencia del demandado puesto que su notificación no fue realizada en debida forma. Aun así, el Juzgado en comento, mediante auto del 7 de diciembre de 1999 adjudicó a la demandante el inmueble hipotecado.

Al ser de su conocimiento esta situación, el señor Roa Sarmiento presentó incidente de nulidad sobre todo lo actuado, por cuanto no había sido notificado del proceso que cursaba en su contra; el Juzgado le dio el trámite correspondiente, esto, se dio traslado al ejecutante, quien guardó silencio. Ante esto, el Despacho a través de decisión de fecha 23 de abril de 2001 decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del emplazamiento, ordenando notificar nuevamente al demandado.

Ahora bien, Davivienda para la fecha 12 de octubre de 2001 presentó incidente nulidad sobre lo actuado, alegando que había sido reiniciado un proceso que ya había concluido. El Juzgado se pronuncia ante esto, acogiendo las pretensiones del demandante y declarando la nulidad de todo lo actuado desde el incidente de nulidad propuesto por el demandado. Lo anterior evidencia un claro error jurisdiccional, puesto que fueron desconocidas normas procesales en cuanto a los incidentes y notificaciones.

Sin embargo, el señor Roa Sarmiento apeló la decisión tomada por el juzgador. Esta fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. A raíz de los anteriores hechos fue presentada la demanda de reparación directa, siendo admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial alegó que no hubo error judicial ni falla en el servicio, pues el Juzgado actuó conforme a Derecho. El 12 de julio de 2007 el Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones del demandante con base a que "Se denota dentro del proceso judicial que habiéndose establecido en el primer incidente una indebida notificación del ahora actor, el juzgado al darle trámite al segundo incidente y decretar la prosperidad del mismo, vulneró el debido proceso del ahora demandante y su derecho a la defensa" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C. Rad. 25000-23-26-999-2004-00410-02(34818), 2016).

No fueron reconocidos los perjuicios morales porque no fueron probados, así como tampoco fue reconocida la indemnización por los arriendos dejados de percibir por el demandante, pues el bien se encontraba fuera del comercio a causa de la medida cautelar que sobre el recaía.

Luego de esto, las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, pero fue negado por el Tribunal al considerar este que el proceso era de única instancia, por la cuantía. La parte demandante continúo adelante y propuso recurso de reposición y queja, ante el cual fue concedido el recurso de apelación admitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Esta Corporación ha establecido que la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional se presenta siempre que "una providencia judicial en firme, y con independencia de si fue proferida con culpa o sin ella, pero que es equivocada porque no se ajusta a la realidad procesal o a la ley, se causa un daño antijurídico que debe ser reparado" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C. Rad. 25000-23-26-999-2004-00410-02(34818), 2016).

Para la citada Sala se está ante una falla en el servicio, pues:

> El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo definió el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como aquel que constituye una falla del servicio, por "mal servicio administrativo". Su configuración precisa de excluir que no se trate de un acto jurisdiccional, sino que sea, por ejemplo, un acto administrativo que implica que no hubo una revisión meticulosa por parte del despacho judicial de los elementos y actos de ejecución que permitan el impulso y desarrollo de la obligación de impartir justicia. *(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 5451, 1990)*.

Finalmente y en consideración a lo anterior, la Nación fue declarada responsable administrativamente por el error judicial en que se incurrió en el proceso ejecutivo adelantado por el señor Roa Sarmiento. Todo esto tuvo como fundamento jurídico el artículo 90 de la Constitución, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 en sus artículos. 1,2,8 y

25, el artículo 144 del Decreto 2700 de 1991 y y por último los artículos 66 y 67 de la ley 270 de 1996.

Otra de las situaciones que amerita mención, es la falla probada del servicio médico asistencial. Para su ilustración se trae el caso de un menor de edad que ingresó a un centro hospitalario en Montenegro (Quindío), en el que según sus padres, le fue suministrado una inyección intramuscular equivocada para los síntomas que presentaba, y que a causa de ello se causó una lesión parcial severa del nervio ciático izquierdo del menor de siete años. Los padres del menor incoaron demanda de reparación directa contra Hospital San Vicente E.S.E. Montenegro. La parte demandante alegó que los hechos narrados por los accionantes debían probarse, teniendo en cuenta que la madre dijo que el menor había recibido tratamiento de inyectología el día anterior, en otra institución médica y desde entonces no podía caminar.

El Tribunal Administrativo del Quindío, profirió sentencia con fecha de 11 de diciembre de 2009, en la que se accedió a las súplicas de la demanda, con fundamento en que efectivamente se encontraba probado el daño antijurídico según el análisis de la historia clínica, y los exámenes que le realizaron al menor por autorización del médico particular al cual acudieron los padres del menor en la Clínica Central del Quindío, los que arrojaron como resultado la lesión parcial del nervio ciático. Frente a esta decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación arguyendo que no se probó por parte de la demandante que el personal médico asistencial de la institución obrase con negligencia, error, impericia o falta de atención oportuna en la prestación del servicio. Además, el día en que el menor ingresó a la institución hospitalaria lo hizo en brazos de su madre, sin poder verificarse el estado de gravedad o de dificultad para caminar que tuviera el menor.

Dicha apelación fue resuelta por el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, la cual ha dicho al respecto en fallo precedente que:

> Se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante, por manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado, con lo cual ésta solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A. Exp. 16.402, 2007).

Para la situación concreta, la Sala señaló que, a pesar de que existe documentación sobre la aplicación de una ampolla de Diclofenaco en el Hospital San Vicente, la parte actora elabora una inferencia que no se ciñe a la lógica, pues de ese hecho deriva de manera inmediata que la aplicación del medicamento fue equivocada; sin embargo, olvidó probar precisamente ese error. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Rad. 63001-23-31-000-2001-00244-01(38555), 2016). Además de ello, es importante aclarar que solo se tiene certeza del día en que fue aplicada la inyección, más no que dicho procedimiento fuera erróneo o negligente.

Con fundamento en lo anterior, la Sala consideró que la falla en el servicio médico asistencial no fue probada, tal como es necesario, por la parte demandante. En consecuencia de ello, la sentencia del Tribunal Administrativo de Quindío fue revocada, y en lugar de ello fueron denegadas las pretensiones de la parte actora.

El anterior análisis se realizó con el fin de ilustrar la carga probatoria que reposa sobre el accionante dentro de la modalidad de falla probada, pues como se pudo evidenciar en el caso, no fue suficiente que se alegara por los padres del menor que en el centro hospitalario le había sido suministrada una inyección intramuscular a su hijo que le habría causado un daño antijurídico.[28]

Es necesario entonces, para hablar de un daño antijurídico imputable al Estado dentro del régimen de falla probada del servicio, la demostración de la falla en la prestación del servicio por parte del demandante. Es decir, que solamente quedará comprometida la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de alguna obligación legal o reglamentaria efectivamente probada.

2.7. Resultado intermedio

Se puede decir que el título de imputación por falla en el servicio es uno de los más utilizados dentro del régimen de responsabilidad subjetiva del Estado, esto es, porque involucra directamente la función de administración que este cumple sobre los administrados. Es decir, se relaciona directamente con el precepto constitucional que trae consigo el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, el cual consagra los fines del Estado: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad (…)" (1991). Este servicio debe ser prestado de manera oportuna y efectiva, siguiendo los parámetros de la igualdad y la seguridad.

Razón por la que, al existir una falla en ese servicio que debe prestar la Administración y con base en el artículo 90 de la Carta Política, el Estado debe responder

[28] Referente a la responsabilidad civil médica, se puede consultar la sentencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil. Expediente SC13925－2016 Radicación 5001°31－03－003－2005－00174－01)

patrimonialmente por los daños que se le imputen, ya sea por una omisión, retardo o defectuoso funcionamiento de la administración.

Ahora bien, no todo daño antijurídico es imputable a la Administración. Para que sea efectivamente imputable a ella, es necesario cumplir con unos requisitos, expuestos por el Consejo de Estado: 1) La falla del servicio por parte del Estado en la prestación de un servicio, ya sea, por retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado; 2) Un perjuicio; y 3) Nexo causal entre la falla por parte del estado y el perjuicio.

3. Daño especial

3.1 Antecedentes del daño especial

En la historia de la responsabilidad Estatal el título por falla en el servicio ha sido el más expandido en la jurisprudencia, por consiguiente antes de la Constitución de 1991, que introdujo la responsabilidad por daño antijurídico, agrupando los regímenes subjetivos y objetivos de imputación, el régimen subjetivo dominaba y la responsabilidad de la administración generada por daño especial era excepcional, pero algo está claro: el régimen de imputación objetiva por daño especial ya existía antes de su consagración en la Constitución de 1991.

En la sentencia del 28 de octubre de 1976 el Consejo de Estado respecto al tema, y sin existir aún una consagración constitucional expresa sobre este tipo de responsabilidad por daño especial, manifestó la existencia de esta teoría de imputación:

> Responde el Estado, (…) a pesar de la legalidad total de su actuación, de **manera excepcional** y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado. (Negrillas fuera de texto) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 1482, 1976).

Ahora bien, en el año de 1947 y siendo competente el Consejo de Estado, se resolvió el debate del *Diario el Siglo,* aplicando la teoría del daño especial. Hechos: el 10 de julio de 1944 ocurrió un alzamiento militar y fue puesto preso el Presidente de la República Alfonso López, siendo designado como Presidente, Darío Echandía. Dentro de las decisiones tomadas se ordenó el cierre y circulación del *Diario el Siglo,* desde el 6 de julio al 6 de agosto de 1947.

En los fundamentos que soportan la decisión de fondo, se pueden tomar los siguientes conceptos, que constituyen la base teórica de la responsabilidad del Estado. Argumentó el Consejo de Estado, que a pesar de que el daño que alegaba el *Diario el Siglo,* no era de expropiación, tal como estaba consagrado en el último inciso del artículo 33 de la

Constitución de 1886[29], no es menos cierto, que el constituyente tiene proscrito el daño sin reparación. (Consejo de Estado, Sala de Casación, Sentencia del 29 de Julio de 1947).

El Consejo de Estado tomó como sustento normativo el artículo 68 de ley 167 de 1941 que reza: "También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes."

El Consejo de Estado, determinó que efectivamente se ocasionó un daño al *Diario el Siglo;* y que el Estado debe responder por esta afectación a través del título de imputación de *daño especial*[30]*,* en armonía con la *responsabilidad sin falta,* toda vez que actuó legítimamente en ejercicio de sus funciones, es decir, sin culpa, y de igual forma causó un daño.

El estudio de este debate es relevante para la historia jurídica de Colombia, toda vez que, en él se exponen argumentos que radicalizan la concepción de la época sobre la culpa del Estado. Anterior a este pronunciamiento la única manera de establecer la responsabilidad estatal era mediante la existencia de una falla en el servicio. Es por ello que el análisis de esta sentencia es importante para ilustrar cómo nació el título de imputación de daño especial, y así poderlo diferenciar entre los demás que existirán.

---

[29] "…La nación será siempre responsable por las expropiaciones que el gobierno haga por sí o por intermedio de sus agentes"

[30] Citando a Oviedo Gracia: "…Parte esta teoría del gran principio del derecho público moderno, de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. En tanto que un administrado soporta las cargas que pesan sobre lo demás, nada puede reclamar al Estado; pero el deber de indemnizar aparece desde el instante en que se produce una carga especial".

3.2 Definición

La responsabilidad del Estado por daño especial, expresa una excepción a la regla mediante la cual aquel sólo era responsable por actos culposos o irregulares, porque en esta teoría de imputación, que maneja un rango objetivo, y ya no subjetivo por la indiferencia en la manifestación de su voluntad, el Estado puede ser responsable por actuaciones hechas legítimamente y con orden de la ley.

Es pues un título jurídico de imputación de responsabilidad de desarrollo jurisprudencial que permite hacer responsable al Estado por la violación al principio de la igualdad de las cargas impuestas a los ciudadanos, aunque el actuar que afectó dicho principio sea legal y no tenga error, siempre y cuando conlleve esto a la producción de un daño contrario a la ley o antijurídico.

Según Armenta (2008) es cuando el Estado en su actuar legítimo y en beneficio de la comunidad, causa un daño de características y de naturaleza antijurídica a los administrados como contraprestación a los servicios que el Estado presta.

Es relevante cómo se predica la responsabilidad objetiva de la administración por actuaciones realizadas sin culpa alguna, debido a que eran sucesos realizados por mandato legal o constitucional. "Esta teoría parte de un principio básico del derecho moderno cual es, la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas…el daño producido por la Administración no da lugar a reparación sino en el caso en que anormal por su importancia y carácter excepcional…son típicos eventos en que se declara la responsabilidad del Estado por daño especial la privación injusta de la libertad…" (Ruíz, 2016).

Bien conocida es la relación del Estado con los administrados. El Estado en una situación de superioridad impone en cualquier momento cargas públicas a las personas en la misma proporción, y estas cargas serán legítimas y ciertas para todos.

Existe daño especial, cuando la carga impuesta no deba ser soportada por la persona, causándole un daño antijurídico, que desencadene en un perjuicio resarcible para el afectado. Lo relevante del debate, es que existen cargas por las cuales no se puede predicar responsabilidad civil estatal, porque son parte de su actuar, y aunque podría causar un daño, o un detrimento patrimonial, como el alza en los impuestos, no habría cabida a declarar responsabilidad en medida de la no afectación al principio del derecho público de la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas y además, a que sería una afectación jurídica, debido a la aprobación de la ley. "el daño especial generalmente no se deriva de la peligrosidad de la actividad estatal, sino en el ejercicio lícito de sus funciones, como cuando se expide una ley en beneficio de la comunidad y en perjuicio de unos pocos". (Tamayo, 2012, p. 109).

Como lo afirmó el Consejo de Estado "Cuando el acto administrativo se ajusta al ordenamiento jurídico, no obstante lo cual causa un daño, ese daño sólo comprometerá la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando de él pueda predicarse el carácter de antijurídico, el cual resulta de la demostración del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, que el acto ha causado a alguno o algunos de los administrados". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421), 2007).

Lo que fundamenta una diferencia entre daño, y daño antijurídico, siendo el daño antijurídico realizado bajo un acto legal, el que produzca este daño especial.

Por último, respecto a la definición es menester mencionar la finalidad que posee este título de imputación, esto es, el reequilibrar las cargas públicas.

> La teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto. Se denota claramente la gran riqueza sustancial que involucra la teoría del daño especial y, como no, lo esencial que resulta a un sistema de justicia que, como el de un Estado Social de Derecho, debe buscar mediante el ejercicio de su función la efectiva realización de los valores y principios esenciales al mismo. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Rad. 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696), 2007).

Se puede inferir de lo expuesto, que en un Estado Social de Derecho, se debe prevalecer la realización de los valores y principios; siendo en este evento, el operador judicial quien debe resolver las situaciones jurídicas puestas a su consideración, con fundamento en el principio de igualdad, para restablecer de esta forma el equilibrio ante las cargas de los administrados en situaciones específicas.

Visto lo anterior, se procede a analizar los requisitos del daño especial.

3.3 Requisitos

Esta teoría de imputación difiere de las antiguas, y para predicar la responsabilidad estatal por daño especial, deben concurrir ciertos requisitos respecto al acto, y respecto al daño causado bajo el nexo de causalidad, teniendo en cuenta de antemano que no es necesario probar la culpa de la Administración.

El primero de ellos, según el Consejo de Estado, es que el acto por el cual se cause el daño, deba estar conforme a la ley, y por tanto sea un acto legítimo de la administración en ejercicio de sus funciones.

El segundo de los requisitos, para determinar la responsabilidad estatal por daño especial, según el mismo fallo del Consejo de Estado, es la acreditación, o demostración de una carga impuesta al administrado, que inicialmente no debe recibir o soportar, conforme a la ruptura del principio de igualdad de cargas públicas. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421), 2007).

De lo anteriormente debatido, se deduce que el Estado impone cargas a sus administrados, tal como lo son los impuestos, siendo estas cargas generales, por lo que son de obligatorio cumplimiento, debido a la soberanía del Estado. Por ello, para que exista un daño especial, se requiere que el equilibrio impuesto por las normas generales, sea lesionado, y genere un perjuicio concreto y particular a un ciudadano, más que a los demás.

Es por ello, que cumpliendo el principio de igualdad del artículo 13 de la C.P. resulta antijurídica la carga extra aplicada a ese sujeto, y por lo que no le asiste el deber de soportar, toda vez que el ordenamiento no se la impone inicialmente.

En otra sentencia del mismo órgano, se mencionan como requisitos para la aplicación y viabilidad del daño especial lo siguientes:

> 1.- Que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legitima de la administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, que rompe la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados.
>
> Significa lo anterior que el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas imponga a ciertos administrados un mayor sacrificio al que normalmente debe soportar los asociados en general.
>
> 2.- Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.
>
> 3.- Y que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 10392, 1997)

Es reiterada entonces la posición jurisprudencial del Consejo de Estado en establecer las pautas concurrentes para la existencia de un régimen objetivo por daño especial, quedando así claro cuándo existe responsabilidad estatal bajo este título de imputación. Es clave mencionar que el rompimiento del principio de la igualdad de cargas recibidas por los ciudadanos es lo que fundamenta la antijuridicidad del daño.

3.4 Desarrollo jurisprudencial del daño especial

El Consejo de Estado ha proferido gran cantidad de fallos utilizando la teoría del daño especial. En este aparte se estudian tres fallos que serán expuestas sucintamente con miras a obtener una comprensión del daño especial como teoría de imputación de responsabilidad estatal. Como fundamento normativo de estos pronunciamientos se han establecido los precedentes jurisprudenciales así como el artículo 90 de la Constitución en su inciso primero.

El 10 de marzo de 1997 mencionado órgano siendo consejero ponente Daniel Suárez Hernández resolvió el proceso, en el que la señora Heyde María Durán De López, notaria 33 de Bogotá, demandó a la Nación por un atentado terrorista contra el entonces director del DAS Miguel Alfredo Maza Márquez. En efecto, se instaló un carro con dinamita en frente de la notaría donde trabajaba Durán, con el objetivo de afectar la vida del director del departamento administrativo de seguridad, lo que ocasionó al estallar el artefacto la destrucción de las locaciones de la notaría y de algunos muebles pertenecientes al lugar. Es por ello que la actora pidió a la Nación la indemnización por los perjuicios que recibió por ello.

El Consejo de Estado, en esta oportunidad decidió sentenciar a favor de la accionante, mediante la utilización de la teoría del daño especial, toda vez que ella recibió una carga que no se le impone a todos los administrados, y por tanto el principio de igualdad en las cargas se vio afectado. Esto ocurre porque el atentado terrorista iba dirigido al director del DAS, y los ciudadanos no deben soportar ningún malestar por las actividades de defensa que haga el Estado contra personas subversivas, ni éstas contra aquel. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 25000-23-31-000-1997-11366-01, 1997).

Tras estar demostrados los dos requisitos para la aplicación del daño especial, esto es, la actividad legítima del Estado, como lo es proteger a sus agentes, y la existencia de un daño antijurídico por ese actuar, como lo es la destrucción parcial de la notaría, pues se puede predicar la responsabilidad del Estado de cubrir los daños.

De una u otra forma el Consejo de Estado detiene el análisis y se limita a la utilización del título de imputación de daño especial. Esto fundamentado en que el título de imputación de falla en el servicio es igualmente aplicable. Si bien es cierto que el argumento del Consejo de Estado tiene lógica, la responsabilidad en este asunto no se derivaría por las acciones de defensa del Estado, sino por la falla en el deber de mantener la paz, seguridad, tranquilidad y protección de los ciudadanos.

En otro fallo del 13 de diciembre de 2005 con ponencia de Alier Hernández Enríquez el Consejo de Estado mediante una consulta estudió el caso de Riad Daffach Saker y Elías Daffach & Cía. Ltda. Contra Corporación Autónoma Regional Del Canal Del Dique "CARDIQUE". En esta oportunidad se encontró probada y conducente el título de imputación del daño especial toda vez que las situaciones fácticas presentadas lo ameritaban. En efecto la sociedad Cardique construyó un puente en el sector donde se encontraba la propiedad inmueble del señor Elías Daffach y su compañía. Dicho predio tenía un uso comercial, dada su utilización en arrendamiento con otra compañía. Con la construcción del puente, la entrada al predio mediante vehículos era imposible, debido a las bases del puente, lo que generó un daño especial para el demandante, explicado en la renuencia de su arrendador de postergar el contrato, y que manifestó éste que el motivo por el cuál no continuó con el contrato era la nueva situación que poseía el bien.

La sala refiriéndose a los avalúos de peritos mencionó lo siguiente “Sobre el valor del inmueble, sostuvieron que el avalúo comercial de noviembre de 1995 era de $ 97.000.000.oo. y que, si el entorno de éste se hubiese mantenido en las mismas condiciones, su valor sería, a marzo de 2001, de $ 202.557.861.oo. Después de la construcción del puente, el valor del bien fue calculado, para esta última fecha, en $70.000.000.oo…” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 13001-23-31-000-1999-00012-01(24671), 2005).

El Consejo de Estado, encontró probados los presupuestos para la utilización del daño especial como título de imputación de responsabilidad en este caso. CARDIQUE había actuado de acuerdo a la ley y con miras de un beneficio ecológico para los ciudadanos, pero en el transcurso de las actividades lícitas que realizó, generó perjuicios para los demandantes, y éstos tienen un nexo de causalidad con aquellos, generando así la viabilidad del daño especial.

En otra situación jurídica, el Consejo de Estado con ponencia de Enrique Gil Botero, utilizó el título de daño especial para condenar al Estado en el conflicto de Luz Marina Ramírez Barrios, contra Nación - Ministerio De Defensa Nacional, Policía Nacional.

El 9 de julio de 1989 la Policía Nacional estableció un enfrentamiento con particulares sublevados a la ley. En dicho enfrentamiento los delincuentes en su defensa contra el Estado lanzaron granadas explosivas. Una de ellas penetró en el hogar de la accionante, lugar donde estaba su hija de 16 años, que resultó herida, con incapacidad permanente y merma de su capacidad laboral de un 38.4% concluyendo así lo antijurídico del daño. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Rad. 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696), 2007), estableciendo el quebranto al principio de la igualdad de las cargas.

La afectación a este principio, está presente en este caso porque el Estado en ejercicio de su función de brindar protección a los ciudadanos en su integridad, y más aún en actividades contra el terrorismo, no cubrió de manera correcta la integridad de la menor, ni de su vivienda, ocasionándole perjuicios que no está obligada a soportar, debido a la antijuridicidad del daño.

Luego de tener probada la existencia de un daño antijurídico, se debió buscar la titularidad del Estado en ese daño. Para ello, el análisis que se realizó tuvo en cuenta que el daño causado por la granada estuvo en un contexto de actividades propias de la fuerza pública, como lo es la protección de los ciudadanos y la ley. Por tanto, los administrados no deben recibir por este servicio prestado alguna carga adicional, en consecuencia la imputación por daño especial a cargo del Estado, manifestado en que ejercían una actividad de servicio, y en desarrollo de mencionada labor una persona recibió una carga mayor que las demás, da pie para su responsabilidad civil.

Por último el Consejo de Estado, en esta situación, estudia por qué es aplicable este título de imputación y no otro, y determina finalmente condenar al Estado por el daño causado a la accionante y a su hija:

> No se aplica la falla del servicio por la incontestable evidencia de que en el funcionamiento administrativo no se presentó error alguno que fuera determinante en la ocurrencia del daño.
>
> Tampoco se aplica la teoría del riesgo excepcional en virtud de lo incierta y subjetiva que resulta para la determinación de la responsabilidad del Estado en asuntos como el que ocupa a la Sala. En efecto, en eventos de perjuicios derivados del manejo de armas de

> fuego, conducción de automotores o transporte de energía la determinación de la actividad riesgosa se muestra como fruto de parámetros objetivos que restan espacio a valoraciones sobre la existencia o no de un riesgo excepcional. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Rad. 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696), 2007).

Sin embargo, una cuestión a tener en cuenta es lo consagrado en la Constitución en su art. 2 inciso 2: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." (Const., 1991)

Lo que permite dilucidar una clara falla en el servicio de la Policía Nacional en este caso, al no brindar la protección necesaria que se impone como uno de los fines del Estado que dicha entidad debe materializar, razón por la que el daño especial no sería el título de imputación adecuado para el suceso.

3.5 Resultado intermedio

El daño especial, es una de las formas de declarar responsabilidad estatal. Hace parte de un régimen objetivo de responsabilidad, fundamentado en la creación de un daño antijurídico por parte del Estado en su actuar legítimo y constitucional. Difiere del régimen subjetivo o culpabilista en el cual era necesaria una culpa o actividad irregular del Estado

manifestada en una falla por retardo, falla por omisión, falla por defectuoso funcionamiento de la administración, falla probada, anónima, presunta y relativa.

Desde la Constitución Colombiana de 1886 se venía condenando al Estado por daños especiales, pero sólo en casos alejados y de creación jurisprudencial. A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, y la posibilidad de margen de aplicabilidad dispuesta en el artículo 90 de la misma, toma mayor fuerza el régimen de responsabilidad objetiva, y con él, la responsabilidad por daños especiales.

Por último, el daño especial se fundamenta como razón para hacer responsable al Estado por su actuar en medida que quebrante el principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas. Si este principio no es quebrantado, no habrá derecho a reparación, aunque sí exista un daño, porque si no se quebranta ese ideal, implica que la carga impuesta está hecha según la ley, y por tanto, el daño es legal y no antijurídico.

4. Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador

Es menester estudiar si existe una responsabilidad del Estado cuando éste cumple funciones legislativas. En efecto, existen situaciones en las cuales se podría llegar a causar un daño antijurídico a un ciudadano por el hecho del legislador cumplir sus funciones u omitirlas, tal como ocurre a veces cuando el ejecutivo hace lo propio. Respecto a esto se ha dicho que:

> La regla general es que la responsabilidad venga generada por actuaciones, hechos u omisiones realizadas por la administración pública1. Sin embargo, debe entenderse que, en un Estado social de derecho, todas las ramas del poder público son susceptibles de imputación por los daños antijurídicos que ocasionen a los asociados. Por ende, se puede

> señalar que también existe responsabilidad derivada de las actuaciones u omisiones que realice el órgano que representa la rama legislativa del poder público. (Alonso & Leiva-Ramírez, 2011).

Anteriormente la teoría de un Estado legislador irresponsable estaba vigente, debido a que no se consideraba a éste, responsable por la actividad legislativa ejercida por él, acorde a la idea de soberanía teniendo en cuenta que el Estado expresaba la voluntad de la Nación, y no era posible reclamarle al éste por las consecuencias de dicha voluntad. (Rodríguez L. , 2013) Además de este argumento, se afirmaba que el carácter general de la ley, impedía hacerlo responsable extracontractualmente toda vez que era necesario que el daño causado fuera de carácter particular o especial y no general.

Manteniendo estas hipótesis, en Colombia se aceptaba la irresponsabilidad del Estado legislador, excepto en los casos en donde la Constitución o la ley, consagraran la obligación de indemnizar. Sobre este aspecto se refiere:

> …encontramos tres normas en la constitución política: el artículo 58, que consagra la indemnización en los casos de expropiación; el artículo 336 que ordena la indemnización en caso de que la ley establezca un monopolio, y el artículo 365 que establece la obligación de indemnizar cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. Fuera de estos casos se planteaba en la práctica una irresponsabilidad del Estado por el hecho de las leyes. (Rodríguez L. , 2013)

Actualmente en Colombia la idea de un legislador soberano no es tan cierta, debido al sometimiento de éste a la Constitución. Esta afirmación es fundamentada en la existencia de un organismo judicial que examina la constitucionalidad de la actividad legislativa.

A continuación, se encuentran los antecedentes, características y resultados intermedios del título de imputación de Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

4.1 Antecedentes

En Francia se dio el primer vestigio de esta modalidad de responsabilidad estatal. En efecto el 14 de enero de 1938 se resolvió el proceso de la empresa Société des produits laitiers La Fleurette. “Los supuestos fácticos del caso son los siguientes: En el año de 1934 se expidió una Ley que prohibió la fabricación y el comercio de la crema láctea que se fabricasen con materia distinta a la leche. La única empresa afectada por esta disposición resultó se la Société des produits laitiers La Fleurette, que fabricaba un producto denominado gradine compuesto de leche, aceite de cacahuetes y yema de huevo.” (Corte Constitucional. Sentencia C-038, 2006).

En mencionado caso el Consejo de Estado francés esbozó

> Considerando que nada, ni en el texto de la Ley ni en sus trabajos preparatorios, ni del conjunto de las circunstancias del asunto permiten pensar que el Legislador ha querido hacer soportar a la interesada una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada por el interés general, debe ser soportada por la colectividad, de lo que se infiere que dicha sociedad La Fleurette tiene fundamentos para demandar que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido

Como se ilustra en esta sentencia, el hecho que genera responsabilidad en el Estado, por el hecho del legislador es la desigualdad causada particularmente a un individuo por

la norma legal que toda la colectividad soporta. Es posible que una misma norma general, afecte de manera particular a unos más que a otros.

Posteriormente en Francia hacia el año de 1958, la decisión del debate anterior quedó ratificada en el caso del señor M. Bovero donde igualmente recibió una carga mayor, a la que todos los administrados reciben al momento del legislador expedir una ley. "Los hechos que dieron lugar a esta decisión tienen origen en la demanda interpuesta por M. Bovero, propietario de una vivienda ocupada por un tercero, quien a pesar de haber obtenido una sentencia judicial ordenando el desalojo de la misma, no había conseguido el cumplimiento del fallo por la expedición de una ley en el año de 1959 que prohibía el desahucio de los de militares en servicio en el Norte de África." (Corte Constitucional. Sentencia C-038, 2006).

Sobre esta temática, el Consejo de Estado, se pronuncia mediante la sentencia del 25 de agosto de 1998. Los hechos que le dieron lugar al pronunciamiento fueron la muerte de un ciudadano colombiano atropellado por un agente diplomático norteamericano. La demanda incoada contra el agente diplomático, fue rechazada porque éste goza de inmunidad ante la jurisdicción colombiana en virtud de la Convención de Viena ratificada en Colombia a través de la ley 6 de 1972.

En dicha oportunidad el Consejo de Estado decidió hacer responsable al legislador teniendo en cuenta la antijuridicidad del daño causado, y no la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley. Este daño antijurídico se predica fundamentalmente en que la víctima no tenía el deber jurídico de soportar la merma en su patrimonio, y en que el daño fuera imputable al Estado colombiano. (Corte Constitucional. Sentencia C-038, 2006) "(…) De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar

el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política" (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente IJ-001, 1998).

Así en este título de imputación de responsabilidad del Estado, por el hecho del legislador, según lo expuesto, pues constituye un daño antijurídico la afectación de su patrimonio que sufrió; y que el afectado no cuente con un medio legal en Colombia, debido a la inmunidad diplomática, contemplada en un tratado internacional, debe en este caso responder el Estado. Lo anterior con base en el principio de igualdad, se deben equiparar las cargas de los administrados.

Es de anotar que recientemente, el Consejo de Estado, ha declarado, que la imposibilidad de reclamar daños y perjuicios a cuerpos y a agentes diplomáticos, constituye una responsabilidad del Estado, ya no bajo el título de imputación por el hecho del legislador, como en la situación jurídica expuesta, sino que condena al Estado por daño especial, tal como se expondrá más adelante (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 25000-23-26-000-2002-01720-01(31952), 2016).

4.2 Características

Para poder determinar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, según María Alonso y Eric Leiva se debe tener en cuenta las siguientes características:

1. La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador debe ser producto de una competencia atribuida al órgano que representa a la rama legislativa del poder público.

2. Se configura cuando con una actuación u omisión del órgano legislativo se crea un daño antijurídico a los asociados. Es decir, una carga superior a la que el sujeto debe soportar.

3. No es la inconstitucionalidad de la norma, sino el daño que esto genere lo que se le imputa al Estado por el hecho del legislador.

4. La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador es un título de imputación especial, y no requiere emplear otros criterios de imputación (Alonso & Leiva-Ramírez, 2011)

Las anteriores características permiten vislumbrar un título de imputación diferente al de daño especial, que es con el que suele confundirse, debido a la homogeneidad en su fundamento filosófico, esto es, el quebranto del principio de igualdad.

Al examinar dichas características se observa que el daño antijurídico causado por el legislador puede ser por una acción o una omisión. Ahora bien, las omisiones legislativas hacen referencia a la inactividad del legislador o el incumplimiento por parte de este último de su deber de legislar expresamente señalado en la Constitución. (Corte Constitucional. Sentencia C-038, 2006).

Es decir, no se trata de hacer responsable al legislador por la no expedición de una ley, sino hacerlo responsable por el hecho de no hacerla cuando por mandato constitucional debió hacerlo. En cuanto a la primera hipótesis, se hace referencia a un fenómeno político, no generador de responsabilidad estatal. La segunda, teniendo la obligación constitucional de legislar, y la posterior omisión de dicha obligación, podría hacer responsable al estado por algún

daño antijurídico sufrido en cabeza de un ciudadano. (Corte Constitucional. Sentencia C-038, 2006).

Es importante resaltar que existen dos tipos de omisión legislativa que podrían hacer responsable al estado a la luz del artículo 90 de la Constitución, una omisión absoluta y una omisión relativa. La primera hace referencia cuando se incumple totalmente el deber de legislar, es decir, el legislador se abstiene de regular la materia constitucionalmente preestablecida, generando una "ausencia de normatividad legal. La segunda consiste en una regulación deficiente, imperfecta o incompleta al no haber previsto todos los supuestos que deberían ser objeto de regulación para que se adecuara a la constitución. " (Ibagón, 2001).

El legislador al caer en estas omisiones, y siendo la autoridad pública que es, no queda exento del campo de aplicación del artículo 90 superior. Es decir, que la responsabilidad por hecho del legislador hace parte de las situaciones en las cuales el Estado debe responder patrimonialmente por daños antijurídicos imputados a él. (Const., 1991).

Esto puede ser ejemplificado mediante la sentencia del 9 de agosto del 2016 del Consejo de Estado que, condenó a la Nación – Ministerio de Interior y otros, a favor de Luisa Amparo Castillo Díaz, por causarle un daño expresado en la imposibilidad de exigir su derecho a la seguridad social como trabajadora de la embajada de Indonesia en Colombia. Al renunciar de su cargo en dicha embajada, no le fue cancelada su liquidación y demás prestaciones sociales, y al momento de demandar dicha responsabilidad ante la Corte Suprema de Justicia sala laboral, la sala rechazó la demanda de plano al considerar que por la Convención de Viena vigente en Colombia con la ley 6 de 1972 los agentes diplomáticos como la accionante poseen inmunidad de la jurisdicción civil del país receptor como Colombia en este evento. Es por ello que Castillo

solicita ante el Consejo de Estado la imputación de responsabilidad para la Nación por esa imposibilidad.

El Consejo de Estado, decidió hacer responsable al Ministerio de relaciones exteriores por el daño causado a la actora bajo el título de daño especial.

> Así, de cara la **imputación del daño** cuya indemnización pretende la parte actora, se observa que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha admitido que aquélla se atribuya a cargo de la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, en la medida en que la imposibilidad de reclamar el pago de ciertas indemnizaciones que en derecho le incumbiría sufragar a los cuerpos y agentes diplomáticos presentes en el territorio nacional, implica un rompimiento en las cargas públicas que los ciudadanos deben soportar en condiciones de igualdad, lo que a su vez es producto de una actividad legal del Estado, como lo es el desarrollo de las relaciones internacionales. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 25000-23-26-000-2002-01720-01(31952), 2016).

Se demuestra nuevamente cómo en diversas situaciones el Estado puede ser responsable por sus actuaciones legítimas. Continuando con las conclusiones a este caso, la existencia de un actuar exento de faltas, y la producción de un daño antijurídico manifestado en el quebranto de la igualdad en las cargas a los ciudadanos es manifiesta por los argumentos citados del Consejo.

Sin embargo, una seria debilidad del argumento presentado por el Consejo de Estado es que en este proceso dejó de lado lo dicho en ocasiones anteriores similares a esta, donde se decidió hacer responsable a la Nación bajo el título de imputación de responsabilidad

por el hecho del legislador (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente IJ-001, 1998), teniendo en cuenta el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P.

En el presente debate, están probados todos los requisitos para imputar el daño antijurídico al Estado por hecho del legislador, y no por daño especial. Esto en razón de que la convención de Viena fue ratificada por el Congreso, convirtiéndola en Ley de la República, siendo esta la que exime de la obligación de defensa de la actora contra la embajada, generando una inmunidad jurídica frente esta última.

4.3 Resultado intermedio

El artículo 90 de la Constitución política al momento de afirmar que responderá el Estado por daños antijurídicos causados por sus autoridades públicas, no dejó por fuera a las autoridades de la rama legislativa. Teniendo esto claro, es posible imputar responsabilidad patrimonial al Estado por hecho del legislador el cual podría ser por una acción u omisión.

El Consejo de Estado en contadas ocasiones ha entendido el campo de aplicación del artículo 90, y ha decreto responsabilidad al Estado por hecho del legislador, sin embargo como se pudo observar en procesos muy recientes, la jurisprudencia se ha limitado a la utilización del título de imputación de daño especial, y no analiza la posibilidad de responsabilidad por el hecho del legislador. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 25000-23-26-000-2002-01720-01(31952), 2016).

5. Riesgo excepcional y actividades riesgosas

5.1 Antecedentes del riesgo excepcional y actividades riesgosas

Este régimen de responsabilidad del Estado ha sido aplicado por el Consejo de Estado desde la Constitución Política de 1886. Diversas sentencias lo demuestran, y han tratado el tema de manera directa. A continuación se hará relación de casos en los cuales se ha aplicado el título de riesgo excepcional para hacer responsable al Estado por los daños antijurídicos causados en el manejo o trato de actividades peligrosas.

En el año de 1984 el Consejo de Estado resolvió la demanda interpuesta por Enrique Mejía Ruíz contra el Municipio de Quimbaya en Quindío. Se fundamentó esta petición en el perjuicio causado al actor por la muerte de varias reses de su propiedad debido a la caída de una línea eléctrica que estaba bajo vigilancia y cuidado del Municipio.

En la actuación procesal se logró demostrar que no existió una falla en el servicio, pues el municipio había realizado todas las acciones inherentes al buen préstamo del servicio, y cuidado de la red, por tanto en primera instancia se decidió negar las pretensiones. Ya en casación ante el Consejo de Estado, este revocó dicha sentencia y en su lugar concedió la indemnización pues consideró la existencia de un daño causado por una actividad peligrosa, y además manifestó que la inexistencia de falta del Estado, no es excusa para no responder por algún daño causado por este.

> Pero el que no haya existido falta no puede llevar al extremo de dejar sin reparación el perjuicio causado, como lo hizo la sentencia apelada. Si ocurrió el perjuicio y si está establecido además, que su causa directa fue la caída de un cable de energía de la

> Administración, ésta debe responder: así lo indican el artículo 16 de la Constitución que establece como uno de los fundamentos del Estado la protección de la vida, honra y bienes de los asociados así como el cumplimiento de los deberes sociales del Estado; y el artículo 30 de la Constitución, que estatuye a la propiedad como función social que implica obligaciones; obligaciones que incluyen no solo el deber de abstenerse de causar daño sino también el deber de repararlo, cuando éste llegue a producirse. Todo, sobre el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, pilar insustituible de la responsabilidad administrativa. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Exp. 2744, 1984).

La responsabilidad objetiva estatal en este tipo de actividades es evidente, pues a la lectura del artículo 90 de la Constitución si genera con su actuar un daño antijurídico debe repararlo. Manifestación de esto es otro fallo emitido por el Consejo de Estado el 8 de marzo 1894, el demandante señor Gilberto Díaz Vélez solicitó la indemnización de perjuicios causados por la Empresas Públicas de Medellín, toda vez que al ir transitando por la calle, estalló una red eléctrica subterránea que produjo una explosión en el sitio por el cual Díaz se movilizaba y necesitó operarse la cadera tras las fracturas dejadas por la explosión.

En el libelo se determinó que aunque falló la red eléctrica, eso no implicaba *per se* una falta en el servicio, puesto habían cumplido todas las normas de seguridad de la época, pero que eso no era excusa para resarcir el daño causado al demandante. "Hay, en cambio, responsabilidad sin falta toda vez que el servicio eléctrico oficial, al establecer la conducción de la energía en las vías urbanas creó un riesgo excepcional para los asociados, riesgo que a pesar de todas las previsiones llegó a ocurrir con las consecuencias anotadas" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado 2846, 1984).

Se define con lo expuesto que, no siempre es necesario demostrar la falla en el servicio para determinar la responsabilidad del Estado, pues como en este asunto, la caída de un cable de energía, constituye una actividad peligrosa, por lo cual debe reparar por los perjuicios ocasionados en los bienes jurídicos de los afectados.

En otra sentencia del 22 de octubre de 1992, el Consejo de Estado con ponencia de Daniel Suárez resolvió el caso de Pedro Antonio Aragón y Empresas Municipales de Cali – EMCALI. Hechos: la compañera permanente del demandante, caminaba por una vía cercana a su casa en compañía de su hija, cuando tocó un cable eléctrico que estaba suelto en el piso y generó su muerte instantánea.

En el estudio sobre el título de imputación adecuado en esta situación, la primera instancia y el Consejo de Estado concuerdan que el adecuado es el de riesgo excepcional. "Considera la Sala que en el caso en estudio, hay responsabilidad sin falta, toda vez que las Empresas Municipales de Cali, al establecer la conducción de energía en las vías urbanas, creo un riesgo excepcional para los administradores, riesgo que ocasionó la muerte por electrocución" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. radicación 7141, 1992).

Es por ello que fue condenado EMCALI a pagar los perjuicios causados al compañero permanente de la fallecida y a su hija, fundamentado en el daño antijurídico causado a ellos.

En sentencia del 22 de agosto de 1989 el Consejo de Estado con ponencia de Antonio de Irisarri en grado de consulta revisó el proceso de Daniel Pira Amaya contra Energía eléctrica de Bogotá. Hechos: el 2 de octubre de 1982 Daniel Amaya al momento de bajarse de un

bus en la ciudad de Bogotá, fue impactado por una descarga eléctrica proveniente de un cable que cayó en esos instantes.

Dicho accidente le causó una invalidez laboral del 80% de su cuerpo según dictámenes médicos. El A-quo decidió hacer responsable a la entidad, pero bajo el título de falla en el servicio, argumentando que momentos antes del suceso, la empresa había estado realizando pruebas en ese sector, probaron en 3 oportunidades las condiciones de la obra y el cable que se cayó estaba recientemente instalado, lo que para el juez de primera instancia configuró una culpa de la empresa en el manejo de la actividad peligrosa que ejercía.

El Consejo de Estado difiere de dicho fallo respecto al título de imputación que utilizó el A quo, toda vez que no considera probada una falla en el servicio. La empresa, como se demostró en el libelo, realizó pruebas a la estructura, y estuvo pendiente de toda la situación, pero a pesar de ello se produjo un daño antijurídico, que afectó la igualdad de las cargas a los ciudadanos. "Así las cosas, se sabe que el cable vino a tierra, produciendo el accidente, pero no se sabe a ciencia cierta por qué se produjo su ruptura y, menos aún, si ella fue debida o no a una deficiente intervención del personal de la demandada" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicado 5408, 1989).

Se reitera lo esbozado, líneas atrás, no siempre es necesario demostrar la falla en el servicio para determinar la responsabilidad del Estado, pues como en este asunto, los daños ocasionados por cables de energía eléctrica, constituye una actividad peligrosa, por lo cual debe reparar por los perjuicios ocasionados en los bienes jurídicos de los afectados.

5.2 Definición

Otro título de imputación jurídico que no exige para su aplicación la prueba de una falta o falla en el actuar estatal es el riesgo excepcional. Este régimen de responsabilidad objetiva está enmarcada en la realización del Estado de actividades riesgosas, que por motivo de ellas, generen un rompimiento al principio de igualdad de cargas y un perjuicio dentro de eso.

En palabras del Consejo de Estado, este título está definido de la siguiente forma:

> (…) En la cual el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan, bien a sus personas o sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional que, dada su particular gravedad excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o el servicio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 4655, 1989).

Dichas actividades riesgosas son diversas, y a modo de ejemplo se pueden citar el uso de armas de fuego, aeronaves, vehículos automotores, y el manejo de fuentes de electricidad. No es necesario probar la falla en el servicio, es necesario demostrar el riesgo, y el perjuicio causado por él.

También es utilizado cuando, "en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos

particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado 2846, 1984).

Respecto a la similitud, que tiene este título de imputación con el título de daño especial es necesario ilustrar las diferencias. Aunque ambos títulos de imputación están dentro del régimen objetivo, y ambos están fundamentados filosóficamente por el principio de igualdad de las cargas para los ciudadanos, la diferencia principal está en el tipo de actividad que rompe ese principio. Existirá y será aplicable el título de daño especial cuando la actividad que realiza el Estado sea de esas consideradas no riesgosas, como la construcción de un puente. Por otro lado, será aplicable el título de riesgo excepcional cuando la actividad realizada por el Estado que rompe el principio, sea de esas consideradas peligrosas, como el manejo de armas de fuego por parte de la fuerza pública, y el suministro de energía por parte de los municipios y empresas estatales.

De igual manera no debe estar supeditado a este título de imputación el manejo de la responsabilidad Estatal en estos casos. Como lo menciona el Consejo de Estado en la sentencia del 2 de mayo de 2016 respecto a las aspersiones de glifosato, en ese tipo de actividades, aunque pueden considerarse peligrosas, podría dependiendo cada caso, establecerse el título de falla en el servicio como el prudente. Si el daño es causado por una culpa del Estado en las aspersiones o una mala realización de estas, será la falla en el servicio la útil, mas sin embargo si no existe esa culpa, será el título de riesgo especial el necesario para la imputación de responsabilidad.

5.3 Requisitos

Es necesario bajo este título de responsabilidad demostrar ciertos acontecimientos respecto al tipo de actividad estatal y el daño causado por esta.

La actividad estatal debe estar considerada como peligrosa. En la jurisprudencia, como ya se ha mencionado antes, se ha determinado como actividad peligrosa el manejo del suministro de energía, uso de armas de fuego, aeronaves, vehículos automotores. Además siempre exigen del demandado la prueba de una causa extraña como única forma de exoneración (Tamayo, 2012, pág. 103). Lo que conlleva a que: "genera una presunción contra el causante del daño, de la cual solo se exonera mediante la prueba de la causa extraña" (Tamayo, 2012).

En la sentencia del 26 de abril de 2002 el Consejo de Estado respecto a las actividades que puedan considerarse peligrosas afirmó "La inminencia de un peligro que desborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos, son las características determinantes para definir las actividades peligrosas. No debe perderse de vista que el peligro es un concepto indeterminado y por lo tanto, sólo puede ser establecido por el juez en atención a las circunstancias particulares del caso concreto." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación 68001-23-15-000-1993-9584-01(13629), 2002).

Esta sentencia, resulta importante, toda vez que resalta la característica primordial en la que debe enmarcarse la actividad peligrosa, como lo es, que el peligro sea tan inminente, que el ciudadano no puede prevenir o resistirse a este peligro, ocasionándole una lesión en sus bienes jurídicos.

Concurrentemente con ese tipo de actividad, esta debe causar un daño antijurídico. El manejo del flujo de electricidad por sí mismo no permite hacer responsable al Estado por el servicio que presta, fuera un ilógico. Por tanto, se deberá romper el principio de igualdad de cargas por el manejo de la actividad riesgosa, y ante un individuo en específico. "(…)la construcción de una obra o en la prestación de un servicio público de beneficio común se emplean medios o recursos que exponen a los asociados a riesgos que excedan a los que como contrapartida normalmente deben soportar y en tales circunstancias, al configurarse el siniestro, la administración debe reparar el patrimonio del administrador que ha sido lesionado." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. radicación 7141, 1992).

Se deduce de lo anterior, que el manejo del flujo de electricidad por sí mismo, no hace responsable al Estado, se debe demostrar en cada caso, la ruptura del principio de igualdad de cargas, para equiparar las cargas impuestas a los ciudadanos, en el manejo de una actividad riesgosa.

5.4 Desarrollo jurisprudencial

El Consejo de Estado ha proferido múltiples fallos utilizando el título de imputación de riesgo excepcional. En este aparte se hace referencia a cinco sentencias que serán expuestas sucintamente con miras a obtener una comprensión del riesgo excepcional como teoría de imputación de responsabilidad estatal.

El 7 de junio de 2007 el Consejo de Estado falló en el expediente de Diana Piedrahita contra el municipio de Santiago de Cali. Mediante una acción de reparación directa, la demandante pretendió declarar responsable al municipio de Santiago de Cali por la muerte de Víctor Giraldo, acontecida esta mientras trabajaba en la ejecución de una obra pública contratada

por la ciudad. El occiso se transportaba en una retroexcavadora que se salió de control, fallaron los frenos e impactó con un colegio, generando la muerte de Giraldo.

Dilucidando el régimen de responsabilidad aplicable, y el título correspondiente, el ponente afirmó "(…) En casos como el que es objeto de estudio en el presente proveído -daños derivados de la operación de vehículos automotores, en este supuesto específico, un vehículo industrial-, el título de imputación aplicable es el de riesgo excepcional." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 76001-23-31-000-1995-02796-01(16089), 2007).

Complementa la idea estipulando que el Estado es responsable cuando concurra un daño generado de actividades peligrosas hechas por él o sus agentes, como lo es la conducción de vehículos automotores de dotación oficial.

Vista la situación fáctica, hasta este momento, el Estado es responsable por lo sucedido. Pero el Consejo de Estado adentrándose en los hechos, determinó que el occiso realmente no era el encargado de manejar dicha máquina, sino otra, y en el transcurso del suceso no cumplía funciones de su servicio, dado el interrogatorio de otro de los ocupantes de la máquina accidentada. Este último manifestó la intención de Giraldo al momento de manejar la niveladora, esto es, ir a almorzar luego de sacar una tapa de alcantarillado que había en la construcción. Por tanto, se determinó una culpa exclusiva de la víctima, y se negaron todas las pretensiones de la demanda, a pesar de estar el riesgo excepcional probado.

> (…) en el momento en que ocurrió el siniestro, el infortunadamente fallecido como consecuencia de él, señor Víctor Jaime Giraldo Gutiérrez, no se dirigía o disponía a

> realizar tarea alguna relacionada con el objeto al cual fue contratado —la conducción u operación de otro vehículo industrial, que había sido dejado estacionado en la parte alta de la obra—, sino que se aprestaba a almorzar, transportándose para ello, de la irregular forma que se ha dejado suficientemente detallada, en la motoniveladora que a la postre le causaría la muerte.
>
> No está, por tanto, conectada la actividad en concreto censurada, con el servicio público implicado, circunstancia ésta que, aunada a las demás razones que se han esbozado, conllevan a que se confirme la sentencia apelada, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda. .” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 76001-23-31-000-1995-02796-01(16089), 2007).

Así y a pesar de existir un riesgo excepcional, en el caso de que se configure una actividad catalogada como culpa exclusiva de víctima, inmediatamente se rompe ese nexo causal, y resulta improcedente la imputación de la responsabilidad del Estado.

Continuando con el análisis jurisprudencial, en fallo del 25 de agosto de 2011 el Consejo de Estado trató el proceso de Luis Sepúlveda contra el Ministerio de Defensa, Ejército Nacional. Pide el demandante que se haga responsable al Ministerio de Defensa por los daños generados a predios de su propiedad por las actividades del ejército consistentes en prácticas de tiro y explosivos hechas por estos últimos. Dichas actividades peligrosas, generaron un incendio en sus terrenos, dañando así parte de éstos.

> Dado que en el presente caso el Estado tenía a su cargo la actividad riesgosa que produjo el daño, la Sala encuentra que la responsabilidad patrimonial predicable respecto del ente demandado lo es a título del régimen objetivo, identificado como riesgo excepcional.” la

> totalidad del material probatorio relacionado permite inferir que la propiedad del señor Luis Alfonso Sepúlveda Ortiz, esto es, "El Algodonal 1 y 2", sufrió daños por un incendio, el cual se originó por el lanzamiento de granadas, que estaban realizando miembros del Batallón de Infantería No. 15 de Santander, mientras adelantaban prácticas con armas el día 5 de julio de 1997, razón por la cual, estas circunstancias hacen imputable el daño antijurídico a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y, en consecuencia, le genera la consiguiente obligación de repararlo. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 54001-23-31-000-1998-00624-01(21883), 2011).

Este debate permite dilucidar y aclarar la diferencia entre el daño especial y el riesgo excepcional. Este último se produce cuando sin intención y en manejo de actividades peligrosas el Estado comete algún daño. Pues en este caso, la actividad llevada a cabo por el ejército, aunque legal, es riesgosa en gran medida, por el manejo de sustancias peligrosas como lo son los explosivos. Así, por falla en el servicio no hubiera sido viable imputar al Estado, dado que no hubo una culpa en su actuar, y daño especial tampoco debido a la calidad de la acción.

Posteriormente en otro expediente, El Consejo de Estado en fecha 30 de octubre de 2013 profirió fallo sobre el pleito de María Manzur contra el Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional. El hijo de la señora Zapata, Jhon Jairo Ruíz Manzur se accidentó en su motocicleta mientras iba conversando con unas personas que se transportaban en otra motocicleta. En ese lapso de tiempo, un vehículo oficial los impactó desde atrás, y el señor Jhon Ruíz falleció al día siguiente en el Hospital San Vicente de Paul de Medellín a las 10:15 de la noche debido a un trauma craneoencefálico severo ocasionado por el accidente de tránsito.

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 05001-23-31-000-2000-04708-01(28574), 2013).

La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, propuso culpa exclusiva de la víctima, debido a las maniobras peligrosas realizadas por Ruíz al esquivar algunos huecos que se encontraban en la vía, invadiendo así el carril contrario, teniendo como resultado el accidente. Así en primera instancia negaron todas las pretensiones por los actos ejecutados por el occiso, y los actores procedieron a apelar llegando a conocimiento el caso al Consejo de Estado.

El Consejo de Estado se planteó como problema jurídico el determinar si el Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional es responsable extracontractualmente por la muerte de Jhon Ruíz acaecida en un accidente de tránsito donde estuvo involucrado un vehículo oficial de la institución policial.

Analizando cuál título de imputación jurídica iba a utilizar en este caso, el ponente luego de citar diversas sentencias, y estudiar los testimonios realizados en las etapas anteriores, determinó como correcto el riesgo excepcional. “En suma, en el presente asunto el régimen de imputación es objetivo por riesgo excepcional, sin perjuicio que de conformidad con cada caso pueda admitirse otro cualquier título de imputación.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 05001-23-31-000-2000-04708-01(28574), 2013).

Esta decisión la tomó teniendo en cuenta que el manejar vehículos es una actividad peligrosa, y por el hecho de ser un vehículo de dotación oficial no hay excepción a la regla. Se decidió condenar al Ministerio de Defensa- Policía Nacional, pero se redujo la indemnización a la mitad, toda vez que un “agente contribuyó a la causación del daño al intentar

un sobrepaso en lugar prohibido y sin previo aviso; sin embargo, la condena se reducirá en un 50% debido a la imprudencia de la víctima al realizar una maniobra peligrosa sin señal de advertencia.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 05001-23-31-000-2000-04708-01(28574), 2013).

En la anterior situación jurídica, es importante, resaltar, la denominada concurrencia de culpas, y si bien existe una responsabilidad del Estado, éste no va a responder en un cien por ciento por los daños, sino que se reduce su indemnización a la mitad, toda vez que se acreditó la realización de conductas imprudentes por parte de las víctimas, lo que reduce la responsabilidad del Estado.

Continuando con los análisis en sentencia del 12 de agosto de 2014 el Consejo de Estado determinó la existencia de un daño antijurídico causado por una actividad peligrosa de parte del Estado, pero exoneró a este último por culpa exclusiva de la víctima. En efecto, Audelino Vargas, se encontraba durmiendo en la acera de un sector residencial, a escasos 2 metros del parqueo de una volqueta de propiedad del municipio de Tarqui, Huila. El conductor de esta al arrancar, no se percató de la presencia del señor Vargas, lo arrolló y las graves heridas momentos después causaron su muerte.

En primera instancia se decidió condenar civilmente al Estado a título de riesgo excepcional por presentarse las condiciones de este, es decir, la actividad riesgosa (conducir) y un daño manifestado en una carga que no debía soportar (la muerte de Vargas), pero se consideró que se debía reducir la indemnización a la mitad por la conducta irregular del occiso, por estar dormido en la acera peatonal, configurándose así una concurrencia de culpas.

> Para la Sala (Tribunal del Huila) es claro que no obstante la evidente imprudencia del peatón al quedarse dormido en la vía vehicular, el conductor de la volqueta no lo fue menos, pues si repasamos su propia versión sobre los hechos encontramos que se hizo al volante sin percatarse de lo que ocurría a su alrededor; y si a ello le agregamos el carácter de actividad peligrosa, no es necesario ningún esfuerzo para entender que evidentemente obró con culpa en la muerte de Audelino Vargas. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 41001-23-31-000-1991-06105-01(28814), 2014)

Diferente razonó el Consejo de Estado, al hallar probada la culpa exclusiva de la víctima en el hecho. En efecto, determinó por las pruebas, que la conducta de dormirse a los pies de una volqueta de gran tamaño, configuraba una imprudencia grandísima. Así, sentenció:

> Así las cosas, es esta circunstancia la que permite concluir que fue la conducta asumida por el señor Audelino Vargas Gasca la que dio lugar a que se presentara el accidente, de manera que no puede reconocerse aquí la existencia de una concausa como lo concluyó el Tribunal Administrativo del Huila, sino que habrá que exonerar de toda responsabilidad a la entidad demandada por configurarse una culpa de la víctima. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 41001-23-31-000-1991-06105-01(28814), 2014).

A diferencia del caso anterior, no se demostró una concurrencia de culpas, toda vez que la víctima incurrió en una conducta irregular, y de negligencia, al dormirse debajo de una maquinaria pesada, de propiedad del Estado, por lo que en este caso el Estado no comparte culpas en las consecuencias negativas del actuar imprudente del lesionado.

5.5. Resultado Intermedio

El riesgo excepcional es un título de imputación que al igual de los demás, ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado. En este se castiga el quebrantamiento al principio de igualdad de las cargas impuestas a los ciudadanos mediante alguna actividad peligrosa que el Estado realice. La principal diferencia entre esta y el daño especial es la naturaleza de la actividad Estatal. En el daño especial la actividad realizada no es peligrosa, sino común.

Se han considerado riesgosas las aspersiones con glifosato, el manejo de armas de fuego, la conducción de electricidad por cables, el manejo de naves y aeronaves. Este título de imputación existe desde antes de la Constitución de 1991 por vía jurisprudencial

6. Títulos de imputación para daños ambientales

6.1. Análisis legal y Jurisprudencial

Luego de conocer algunos antecedentes de los títulos de imputación, su definición y requisitos, es primordial conocer la aplicación que han tenido estos dentro del ámbito ambiental. La responsabilidad estatal causada por daños ambientales, no puede tener un título específico de imputación de daño. Esta responsabilidad tiene como fundamento legal, entre otros, la ley 1333 de 2009, Ley 23 de 1973, y el Decreto 2811 de 1974, tal como ya se ha explicado anteriormente.

Lo que consigna este artículo es la consagración jurídica de la protección al medio ambiente, incluso desde antes de la Constitución de 1991. De una forma general, la ley protege al

hombre del abuso a los ecosistemas tanto de particulares como del Estado, y para ello sanciona a los que lo afecten de manera antijurídica.

El artículo 5 de la Ley 1333 de 2009 estipula haciendo merma en el tema de infracciones por daños ambientales:

> **Artículo 5. Infracciones**. Se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto-ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes en que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente. Será también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar **la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria**, a saber: **El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos**. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil.
>
> **PARÁGRAFO 1o.** En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla.
>
> **PARÁGRAFO 2o.** El infractor será responsable ante terceros de la reparación de los daños y perjuicios causados por su acción u omisión. (Negrillas fuera de texto) (Ley 1333, 2009)

Sobre este punto, tiene relevancia la diferencia entre daño antijurídico y daño permitido o lícito. Todos los ciudadanos reciben cargas del Estado, y el Estado mediante los permisos que otorga es el que vigila la explotación de los recursos naturales colombianos, pero bajo medidas protectoras del ambiente.

En efecto, el Estado permite la explotación parcial del medio ambiente para el desarrollo económico, pero bajo estrictas medidas modernas. Si el Estado en algún momento deja de tomar en cuenta dichas medidas, consagradas por él mismo en los artículos citados, pues se estaría afectando el medio ambiente por una falla en el servicio, dada la culpa estatal en el no observar plenamente los ordenamientos planteados, y se genera un daño antijurídico por estar este en contra de la legislación, lo que a su vez si llega a perjudicar a alguien en particular, dicho individuo no tendrá el deber legal de soportar ese daño.

El Consejo de Estado, expone que el daño ambiental "así se configure en desarrollo de una explotación lícita, desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica (C.P. arts., 80 y 95-8) y en consecuencia generadora de responsabilidad al punto que la previa obtención del permiso, autorización o concesión del Estado, no comporta impunidad de cara a los daños al ambiente." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 18001-23-31-000-1999-00278-01 22060, 2013). Implicando esto, que siempre que concurra un daño al ambiente, definición explicada en el capítulo I de esta tesis en el subtítulo de concepto de daño ambiental, se generará un daño antijurídico por esa conducta.

Ahora bien, cuando existe un daño al medio ambiente, y este no afecta el patrimonio de una persona, la Constitución política de Colombia prevé ciertas acciones que deben realizar las entidades estatales encargadas de velar por la protección de este. De modo ilustrativo se puede tener en cuenta el artículo 80 superior inciso segundo: "Además (El Estado), deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados."; el artículo 277 numeral 5 que dice "El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: (…) 5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas; y el artículo 289 "Por mandato de la ley, los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente." (Const., 1991).

Teniendo en cuenta esta normativa constitucional, se puede hacer una relación, a través de una interpretación sistemática con el inciso primero del artículo 90 (Const., 1991), en el entendido que cualquier actividad contraria a este mandato, generaría responsabilidad del Estado, ya sea por una omisión, o por actuar por menos de lo que la Carta le impone, o excederse en dicha obligación. Si ese daño antijurídico llega a concretarse, el Estado debe responder por los daños causados directamente al ambiente, sin importar si el patrimonio de alguna persona está de por medio, y para hacer efectiva la protección al ambiente, la solución sería tomarlo como un sujeto de derechos, e indemnizarlo.

En la Ley 1333 de 2009, se plantea un régimen subjetivo de responsabilidad, incluso propone la presunción de culpa o dolo del infractor. A pesar de ser esta norma expedida

con posterioridad a la Constitución, no menciona el régimen objetivo de responsabilidad, pero por mandato constitucional este no debe ser omitido. En otras palabras, el Estado puede ser responsable civilmente por daños antijurídicos cometidos contra el medio ambiente, ya sea mediante una culpa, o dolo, o simplemente mediante la observación de un daño antijurídico imputable a aquel.

Una sentencia del Consejo de Estado del año 2016, afirma que "Pues bien, en asuntos en los que el daño causado deriva de una afección de carácter ambiental y, específicamente, cuando el mismo se produce por la aspersión aérea de glifosato, esta Corporación ha considerado pertinente estudiar la responsabilidad del Estado a partir de distintos títulos de imputación." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado 52001-23-31-000-2003-01063-01(36357) B, 2016). Lo que manifiesta la posibilidad de sancionar al Estado extracontractualmente bajo el régimen de imputación objetiva, y no simplemente bajo el régimen subjetivo como lo propone el artículo 5 de la ley 1333 de 2009.

En sentencia del 2 de mayo de 2016, se falló en el expediente de Leonardo Jaramillo contra el Ministerio de Defensa Nacional. El actor poseía 5 pozos para el cultivo de peces, y en abril de 2014 fue esparcido glifosato en su predio, causando la muerte de todos los peces, y generando a su vez un daño emergente y lucro cesante.

El ponente, aplicó el régimen objetivo con el título de riesgo excepcional, toda vez que no se encontró falla alguna por parte del Ministerio de defensa en la realización de la

aspersión, y por diversos estudios mencionados en la sentencia, el glifosato se ha considerado peligroso para la salud humana.

> En la certificación expedida por la Inspección Primera de Policía de Barbacoas explícitamente se indicó que el resultado directo de la aspersión aérea fue el envenenamiento de los peces de propiedad del señor Jaramillo. (…)
>
> (…) Por ese motivo, a la entidad creadora de la actividad peligrosa le corresponde reparar los daños antijurídicos causados por la configuración del riesgo excepcional que ésta entraña, sin que sea necesario acreditar dentro del plenario que incumplió los deberes de cuidado que le eran exigibles. (…)
>
> (…) Concluye la Sala que a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional le es imputable el daño antijurídico que sufrió el demandante como consecuencia de la ejecución de una operación aérea de aspersión de glifosato, teniendo en cuenta que se pudo determinar que dicha actividad comporta un riesgo excepcional que debe ser reparado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado 52001-23-31-000-2003-01063-01(36357) B, 2016).

Respecto a los títulos de imputación, por daños ambientales generados por la aspersión de glifosato el ponente hace un recuento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, para así ilustrar cuál es el adecuado en esta causa, y llegó a la conclusión que el título de falla en el servicio, y de riesgo excepcional han sido los más comunes en este tipo de daño ambiental.

"Ahora bien, en los eventos en los cuales no se demostró una falla de servicio, pero que, sin embargo, se produjo un daño antijurídico imputable al Estado por cuenta de la

aspersión aérea de glifosato, esta Corporación ha señalado que dicha actividad, por su naturaleza, produce riesgos ambientales.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado 52001-23-31-000-2003-01063-01(36357) B, 2016).

En el anterior caso, se declaró la responsabilidad del Estado por el título de imputación de riesgo excepcional, no siendo el de daño especial por la calidad de la actividad ejecutada por el Estado, pero fueron negados los daños morales.

Otra sentencia sobre el daño ambiental, es la referente al tema de la fumigación con el herbicida glifosato llevada a cabo el día 26 de abril de 1999 por la sección Antinarcóticos de la Policía Nacional en la zona montañosa del Departamento de Caquetá, Municipio de Belén de los Andaquíes, para la erradicación de cultivos ilícitos. En dicha aspersión se vio afectado el predio *parcela de caucho,* propiedad adjudicada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria al señor José Antonio Cárdenas Rojas. La extensión aproximada del predio era de 29 hectáreas en 2.000 metros cuadrados, donde se encontraban cultivos de caucho, yuca, pasto “brachiara” y 5 hectáreas de bosque virgen o reserva. Esta zona se vio afectada por la fumigación con el herbicida, de acuerdo a diligencia judicial con intervención de peritos solicitada de manera anticipada, y en la que hubo intervención de la Policía Nacional.

Ante el perjuicio causado por fumigación de esta sustancia, el señor Cárdenas Rojas instauró acción de reparación directa en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, pretendiendo la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado. La parte accionada aseguró no constarle los hechos alegados por la accionada, y dijo estar sujeta a lo legalmente probado dentro del proceso.

El Tribunal Administrativo de Caquetá, a través de proveído de fecha 22 de octubre de 2001 declaró responsable patrimonialmente al Estado; esto con base en la acreditación de los daños causados por la fumigación, que se dio en diferentes conceptos e inspecciones que se realizaron sobre el terreno en cuestión, teniendo en cuenta también testimonios . Frente a esta decisión la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, presentó recurso de apelación, defendiendo la vigilancia y control con que se realizan las operaciones para erradicar cultivos ilícitos; recurso conocido por el Consejo de Estado.

Al observar esta situación ha dicho el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que:

> El Convenio sobre Biodiversidad Biológica, suscrito en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 y aprobado por la Ley 165 de 1994, dispone en sus artículos 6, 8 y 10 que, dada la responsabilidad de los Estados de conservar su diversidad biológica, (i) integraran la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales, (ii) promoverán la protección de ecosistemas y hábitat naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales y (iii) adoptarán medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 18001-23-31-000-1999-00278-01 22060, 2013).

Aunado a lo anterior, el artículo 79 de la Constitución de 1991 ha dado especial protección al medio ambiente, pues distribuyó en cabeza del Estado la salvaguarda del mismo, además instituyó como un derecho en cabeza de cada persona, gozar de un ambiente sano.

Cómo ya se señaló, en la ley 23 de 1973, consagró la responsabilidad del Estado, por daños ambientales, ocasionados al hombre y a los recursos naturales, producto de las acciones que generen contaminación.

Se entiende por contaminación, según el artículo 4 de la misma ley, la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares.

Un ejemplo de contaminación, es la fumigación con un herbicida, pues es una sustancia puesta por la actividad humana e infiere en la salud de las personas, la fauna y la flora. Ha dicho el Consejo de Estado que: "el "daño al ecosistema", así se configure en desarrollo de una explotación lícita, desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica (Const., arts., 80 y 95-8) y en consecuencia generadora de responsabilidad al punto que la previa obtención del permiso, autorización o concesión del Estado, no comporta impunidad de cara a los daños al ambiente". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 18001-23-31-000-1999-00278-01 22060, 2013).

Esto tiene fundamento en toda la protección que brinda la Constitución al medio ambiente. Reza el artículo 79 de dicha carta "Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo." (Const., 1991) Por tanto, se puede determinar que cualquier daño al medio ambiente, siempre será antijurídico, debido a que dicho daño va en contravía de la Constitución.

Concluyó el Consejo de Estado, que se encuentra probado efectivamente el hecho generador del daño, esto es, la aspersión aérea de glifosato realizada por la Policía Nacional, los daños causados al predio del municipio Belén de los Andaquíes, y el nexo de causalidad entre uno y otro. Por lo tanto, decidió confirmar sentencia del Tribunal Administrativo de Caquetá, ordenando reparación *in natura*, aclarando que el principio de la *non reformatio in peius* permite ponderaciones frente a derechos de mayor jerarquía constitucional, por lo cual el Consejo de Estado se encuentra capacitado para imponer medidas de justicia restaurativa, en este caso la reparación *in natura*, que pretende conseguir la restauración y recuperación del medio natural afectado.

6.2. Resultado Intermedio

La concepción del daño tradicional manejada por el Consejo de Estado, debe ser reevaluada en el campo del daño ambiental. Fácilmente se podría llegar a la conclusión que el Estado es responsable respecto a los individuos que resulten afectados por un deterioro ambiental, pero no es responsable por las afectaciones que tenga el medio ambiente, que no afecten patrimonialmente a alguien, todo esto viendo la posición del Consejo de Estado consistente en declarar afectado el medio ambiente, cuando medie el patrimonio de algún individuo.

El régimen de imputación estatal, utilizado por el máximo ente administrativo, requieren un daño cierto, concreto y particular. Si no concurren estos requisitos, no se podrá demandar al Estado para resarcir el daño. A la luz del artículo 90 de la Constitución, y analizando el desarrollo jurisprudencial realizado por el Consejo de Estado que consiste en la

creación de títulos de imputación, estas no son suficientes herramientas jurídicas para proteger el ecosistema.

Para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, la Corte Constitucional argumenta la necesidad de que concurran los requisitos de un título de imputación. (Corte Constitucional. Sentencia C-333, 1996) Teniendo en mente el mandato constitucional del primer inciso del artículo 90, donde se afirma la responsabilidad patrimonial del Estado por daños antijurídicos, y considerando que todo daño ambiental es antijurídico, por el artículo 79[31] de la misma carta, el Estado será responsable siempre por éstos, cuando concurra una acción u omisión de este que bajo un nexo causal genere un daño.

Para Rodríguez este daño dentro del ámbito contencioso administrativo debe tener algunos requisitos a saber:

> 1. Que sea cierto o real, es decir, que efectivamente haya lesionado un derecho del perjudicado, como son los daños presentes y los futuros reales, de tal manera que se excluyen, en consecuencia, los daños futuros eventuales.
>
> 2. Que sea especial, es decir, que sea particular a la persona o personas que solicitan la reparación y no a la generalidad de los miembros de una colectividad.
>
> 3. Que sea anormal. Esto es, que debe exceder los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio.

[31] "Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo." (Constitución Política de Colombia, 1991)

> 4. Que se refiera a una situación jurídicamente protegida, pues es lógico que quien se encuentra en una situación ilegal debe correr los riesgos que ella produce (2013, p. 603).

Vistos estos requisitos, y conociendo que todo daño ambiental es antijurídico, se rompería el mandato Constitucional cuando de daños al medio ambiente se trata. Si una entidad administrativa, a modo ilustrativo, expide una licencia de construcción, sin examinar correctamente el terreno, y por esa actuación irregular o anormal suya el medio ambiente es afectado, pues este le es un daño imputable, pero si no afecta algún patrimonio, ¿ante quién es responsable el Estado? La respuesta está orientada a tomar el medio ambiente, como un sujeto de derechos. Si el medio ambiente en Colombia tuviera la calidad de sujeto de derechos, todos los prerrequisitos expuestos por Rodríguez se cumplirían, y no quedaría impune la afectación al ambiente por parte del Estado.

El título de imputación que propone la legislación sancionatoria ambiental es el subjetivo, pero sin demeritar eso, a la luz de la Constitución en su artículo 90, es también aplicable ante un daño antijurídico generado por la Administración. Así, en la jurisprudencia del Consejo de Estado son usuales la falla en el servicio cuando existe un error o culpa del Estado en su acción, o el daño especial y riesgo excepcional dependiendo de la calidad de acción estatal en la afectación al medio ambiente. Así si es una de esas consideradas riesgosas, será el título riesgo excepcional el adecuado, sino, el de daño especial es aplicable, siempre y cuando en estos dos últimos se demuestre el daño antijurídico al patrimonio del demandante.

C. Capítulo III

I. Análisis jurídico y jurisprudencial de las acciones derivadas del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

Se plantean a continuación la resolución de diversos procesos judiciales, relevantes en la zona costera colombiana. Paralelo a ello se despejarán varias hipótesis, en las que se plantean varias opciones para resolver el problema planteado, en esta investigación que se transcribe: ¿Cuál es el contenido y ámbito de aplicación del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, en el caso de responsabilidad del Estado por daño ambiental generado por las actividades marítimas de concesiones de playas marítimas y terrenos de bajamar?

De manera concomitante con el análisis de los fallos judiciales, se realiza el estudio normativo de cada hipótesis propuesta.

Los fallos judiciales que en este capítulo se examinan, se dirigen a resolver situaciones en las que se estudia la afectación de los derechos colectivos a aquí interesan, como lo son el medio ambiente, equilibrio ecológico, protección de ecosistemas, protección al territorio del Estado entre otros, y determinar si existe vía judicial para el reconocimiento de la responsabilidad estatal por daño ambiental *puro*, desde su dimensión colectiva (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera y Subsección A. Rad.: 52001233100019980009 7-02 32.618, 2015), relacionado con el artículo 90 constitucional.

El estudio de los debates judiciales, son importantes, tal como lo refiere Jiménez (2010) “El poder judicial por medio de sentencias dotadas de sanciones, pertenece a la clase de

actos de dominación que tienen la capacidad de hacerse reconocer universalmente sin que se pueda negar o ignorar la visión que impone. El derecho entonces se comprende como la forma por excelencia del poder simbólico de dominación, construyendo el mundo social" (p. 15).

Ahora bien, para el diseño de las hipótesis, definidas como supuestos de hecho que dan respuesta al problema de investigación (Méndez, 2001) y aplicando la interpretación sistemática previamente explicada en el capítulo 1 por (Figueroa, 2010), se puede afirmar que la responsabilidad del Estado en materia ambiental, se fundamenta en una serie de normas, sobre las cuales se debe descender, y mirar su relación como unidad normativa (Kelsen, 2009), que se presenta entre la Constitución y normas de otra jerarquía.

Para facilitar la comprensión de este planteamiento se diseña un gráfico de creación originaria para esta investigación:

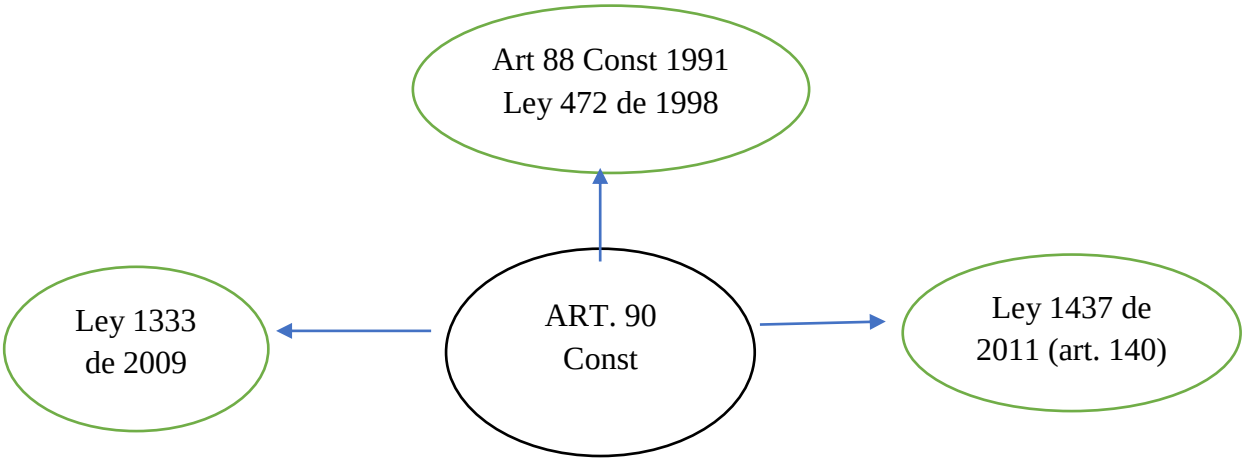


Figura No 1. Relación normativa para desarrollar las hipótesis de la investigación. Creación propia

1. Planteamiento y desarrollo de la Hipótesis No 1. Interpretación sistemática: Artículos 90 y 88 de la Constitución y artículos 2 y 34 de la ley 472 de 1998.

Planteamiento general: Hipótesis No 1: La responsabilidad del Estado por daño ambiental encuentra su asidero en las acciones populares y de grupo, consagradas en el artículo 88 Constitucional.

La presente hipótesis, contiene dos elementos estructurales, el primero es referente a las acciones populares y el segundo frente a las acciones de grupo, las cuales serán resueltas de forma separada, debido a la naturaleza misma que inspira el contenido de cada una de ellas, y bajo esa supuesto daría un resultado distinto, aplicando el mismo planteamiento.

Para despejar la hipótesis No 1, desde las acciones de grupo, se trae a colación la definición legal de esta acción: "Acciones de Grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios". (Ley 472, 1998, art. 3)

De lo expuesto se tiene que las acciones de grupo se originan como consecuencia de los daños a los derechos colectivos y que afectan o trascienden a los bienes jurídicos de personas individualmente reconocidas y que conforman un grupo igual o superior a 20 (Ley 472, 1998).

Al aplicar este supuesto, a la fórmula de la hipótesis No 1. La responsabilidad del Estado por daño ambiental *puro* encuentra su fundamento en las acciones de grupo. La solución es que la hipótesis no es válida, toda vez que si se atiende al concepto de daño ambiental *puro*, ya explicado con anterioridad, este comprende una dimensión colectiva, y no individualizada en la materialización de perjuicios en el patrimonio de los individuos que se vieron afectados con las vulneración de derechos colectivos, que es la esencia de la acción de grupo conforme a la (Ley 472, 1998), por lo que resulta contraria a lo que se pretende demostrar con la hipótesis.

Se concluye entonces que, bajo el estudio de la acción de grupo, el medio ambiente visto como derecho colectivo y buscando la responsabilidad patrimonial del Estado, no encuentra fundamento la tesis de que se pueda ordenar este tipo de responsabilidades.

Ahora bien, el segundo aspecto de la hipótesis No 1, frente a las acciones populares: La responsabilidad del Estado por daño ambiental encuentra su asidero en las acciones populares, consagradas en el artículo 88 de la Constitución que reza:

> La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos (Const., 1991, art. 88).

De artículo trascrito, se derivan varios elementos:

1. Acciones Populares para la protección de los derechos colectivos.

2. Acciones de Grupo para el reconocimiento de perjuicios, ocasionados a un número plural de personas.
3. Responsabilidad civil objetiva por el daño a los intereses colectivos.

Para demostrar la validez o no, de la Hipótesis No 1, desde la órbita de las acciones populares, es necesario estudiar varias sentencias judiciales, de impacto en las zonas costeras, y que se dieron en el marco del desarrollo de actividades marítimas, con impacto en los derechos colectivos del medio ambiente *puro,* ya definido. Y junto a ello el método de interpretación sistemática entre los Artículos 90 y 88 de la Constitución y artículos 2 y 34 de la ley 472 de 1998.

1.1 Caso por derrame de petróleo en las Bahías de Tumaco y Salahonda, Nariño

1.1.1 Descripción judicial

Este asunto fue objeto de análisis por las Altas Corporaciones de nuestro país (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia), y sea lo primero, referirse a los hechos que dieron lugar a estos pronunciamientos. El estudio se enfocará al análisis que hizo el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, toda vez, que el punto central de la investigación gira en torno al examen de la responsabilidad pero desde el Derecho Público, sin dejar a un lado la Corte Suprema de Justicia que resolvió la acción de responsabilidad extracontractual en contra de un particular, en donde se determinará un concepto de daño ambiental distinto al desarrollado por el Consejo de Estado.

La Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana y Ecopetrol tenían un convenio en virtud del cual a la última le correspondía transportar petróleo hasta Ecuador, el día 26 de febrero de 1996 se efectuaba una operación de cargue de petróleo al buquetanque "DAEDALUS", de bandera griega, en la bahía de Tumaco-Nariño, pero en medio de esto se presentó un vertimiento del crudo, contaminando la Bahía de Salahonda.

Debido al vertimiento de petróleo, se ocasionó la muerte de una gran cantidad de peces y otras especies marinas, en la Bahía de Salahonda; además, "los habitantes de la zona aclaran, que días antes del derrame se inició la época de la "cuaresma" o bonanza, conocido como período de abundante pesca, pero que luego del derrame los pescados disminuyeron notablemente" (Corte Constitucional. Sentencia T-574, 1996).

En este fallo, se destacó el carácter ecológico de la Constitución de 1991 y por ende se debe entender que "afectar la ecología significa ocasionar un daño que afecta grave y directamente el interés colectivo" (Corte Constitucional. Sentencia T-574, 1996, pág. 19).

Así mismo, referente al daño ambiental marítimo se dice que "particular incidencia tiene el efecto degradante en las aguas marítimas porque no solamente afecta el sitio donde se produce el daño sino que tiene efectos expansivos de incalculables proporciones" (Corte Constitucional. Sentencia T-574, 1996).

Apoyándose en estos conceptos, la Corte elaboró una primera conclusión: un vertimiento de petróleo puede afectar severamente las labores de pesca que desarrolle determinada población, sin embargo, en este caso particular, los tutelantes desean obtener una indemnización por los perjuicios ocasionados, y si bien es cierto éstos han podido comprobarse

por parte de la Corte, también es cierto que este mecanismo tiene como principal característica la subsidiariedad[32].

Lo anterior no implica, que la acción de tutela pierda viabilidad, debido a que se ha comprobado la existencia de una afectación del interés colectivo, y ello está íntimamente ligado el menoscabo a unos derechos fundamentales, como son la libertad de oficio, y tomándose en cuenta que de las 101 personas que impetraron esta acción solo dos se desempeñan como pescadores; no obstante la Corte Constitucional emitió órdenes para proteger el medio ambiente[33].

Además de la acción de tutela, se presentó una Acción Popular, cuya apelación fue desatada en el año 2007, por el Consejo de Estado, dentro de los conceptos desarrollados, se puede destacar el de daño ambiental:

> …el menoscabo de los beneficios con que cuenta un Estado o una persona como consecuencia del deterioro en el medio ambiente. Dicho daño da derecho a reclamar la respectiva indemnización, la cual incluye, de una parte, "los costos contraídos o que se vayan a contraer por concepto de las medidas razonables de restauración del medio ambiente contaminado" y, de otra parte, los gastos incurridos en la toma de medidas preventivas, siempre y cuando haya una amenaza grave e inminente de daños por

[32] El competente para estudiar y decidir la reparación será la jurisdicción contenciosa si se trata de una entidad oficial o la jurisdicción ordinaria si se trata de una persona jurídica privada. En ambos casos se define la responsabilidad y se tasan los perjuicios. Además, están establecidas las acciones populares, en el Código Civil (art. 1005) y la propia Ley 99 de 1993 hace referencia a ellas en su artículo 75. (Corte Constitucional, Sentencia T-574 de 1996, p.25).

[33] La medida urgente a tomar es la de un monitoreo por el lapso mínimo de cinco años (secuelas que persisten en dicho tiempo); y ante la amenaza de repetición, la medida será la de prevención a la autoridad; y, para los dos eventos, la orden se dirigirá contra Ecopetrol, pero la participación comunitaria es indispensable para su efectividad y por lo mismo se creará una comisión de control. Por supuesto que la orden, así esté referida a sólo dos personas, por tratarse de un derecho ecológico, es benéfica para toda la comunidad, teniendo en cuenta que se protege un derecho colectivo. (Corte Constitucional, Sentencia T-574 de 1996, p.29).

> contaminación… (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Exp. 52001-23-31-000-2004-00092-01(AP), 2007)

Continuando con el análisis, esta alta Corporación determinó que la accionante no demostró la existencia del daño ambiental, pues a la fecha de las visitas no se observó mancha del crudo (p.31.) y se negaron las pretensiones de la demanda.

Paralelamente, se analizó la sentencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Rad.52835-3103-001-2000-00005-01, 2011) que, buscó declarar la responsabilidad civil extracontractual de las demandadas, con ocasión, a los daños como producto del vertimiento de petróleo en las Bahías de Tumaco y Salahonda.

Se concluyó, que tanto en primera como en segunda instancia fueron negadas las pretensiones, y a pesar de que el juez encontró probada la ocurrencia de un daño ambiental que ocasionó contaminación en esta zona costera; declaró que no existió nexo de causalidad. Estando de tal manera, en la imposibilidad de establecer que el derrame del crudo dio lugar a las pérdidas económicas reclamadas por las asociaciones demandantes.

Ahora bien, el primer cargo hacía referencia a errores fácticos en la apreciación de las pruebas, y no se logró entrever la relación de causalidad, y el segundo reclamaba por una falta de congruencia entre los hechos y pretensiones de la demanda con el fallo.

Sin embargo, en el estudio del segundo cargo la Corte, fundamentó sus argumentos en un estudio detallado de lo que se debe entender por el concepto de daño ambiental y cómo es tratado en la jurisdicción ordinaria:

> Situó la responsabilidad civil por los daños causados con la contaminación ambiental en el régimen jurídico de las actividades peligrosas en virtud del riesgo o peligro consustancial e inherente, las cuales "socialmente útiles y aún necesarias pero también peligrosas", por lícitas que sean, no autorizan a dañar a los demás, "amparándose en el pretexto de que, a pesar de suponer normalmente un daño colectivo a corto o a largo plazo, es útil o necesaria para el desarrollo industrial del país". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Rad.52835-3103-001-2000-00005-01, 2011, pág. 14).

Y en lo que concierne a la definición de daño ambiental, la Corte refiere que éste es "la lesión del ambiente y no de otros derechos, bienes, valores e intereses" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Rad.52835-3103-001-2000-00005-01, 2011), pero tal definición debe constatarse con exactitud a la hora de analizar casos en los que se presuman se ha ocasionado un daño ambiental puesto que puede confundirse con daños que más bien se refieren a intereses particulares, entonces por un lado:

> El "daño ambiental" ("daño ecológico", "daño a la salubridad ambiental", etc.), estricto sensu, es todo detrimento causado al ambiente, bien público resultante de la conjunción de sus distintos elementos, susceptible de protección autónoma, mesura o proyección patrimonial, y derecho colectivo perteneciente a toda la comunidad, conglomerado o sociedad. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Rad.52835-3103-001-2000-00005-01, 2011).

Agregó, que cuando se afectan intereses particulares no se trataría de daño ambiental:

> Contrario sensu, 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, Sala de Casación Civil. Rad.52835-3103-001-2000-00005-01, 2011).

Con esta decisión judicial, puede confirmarse lo ya expuesto en la T-574 de 1996, en el sentido de que por daño ambiental debe entenderse la relación intrínseca que existe entre su ocurrencia y la vulneración de derechos colectivos, pero ubicando este tipo de responsabilidad en el régimen de las actividades peligrosas, lo cual si bien es cierto le ofrece ventaja teniendo en cuenta que no es necesario demostrar la culpa, ello no puede ser óbice para declarar *ipso facto* la responsabilidad civil extracontractual.

Por otra parte, los afectados interpusieron acción de reparación directa contra Ecopetrol S.A, Nación-Ministerio de Defensa-Dirección Marítima General y la empresa naviera Tsakos Shipping.

La demanda tuvo como pretensión principal declarar a la Nación responsable administrativamente por el derrame de crudo en la zona costera de Tumaco, por incumplimiento a lo establecido en la Ley 55 de 1989 aprobatoria del (Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por los daños causados por la contaminación de las Aguas del Mar por hidrocarburos, 1969) y su Protocolo de 1976. Alega la parte actora que la Dirección Marítima

General no cumplió con la obligación de "garantizar que los barcos transportadores de hidrocarburos que entraran o salieran del Puerto se encontraran cubiertos por un seguro u otra garantía" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Rad. 52001-23-31-000-1998-00092-01(38335), 2016).

Ecopetrol S.A por su parte se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando que la operación de descargue del buque no fue ejecutada por ella, y que por el contrario, la emergencia de derrame se produjo por una turbulencia al interior de la corriente marina. Por otro lado, la Nación-Ministerio de Defensa expresó que si dio cumplimiento a la ley 55 de 1989, ordenó la expedición de una garantía, con expiración del 4 de marzo de 1999.

A través de sentencia de fecha 22 de enero de 2010 el Tribunal Administrativo se declaró inhibido para fallar respecto a las pretensiones de la demanda, en consideración a que su jurisdicción no era competente para conocer del proceso, por cuanto se encontraba regulado por el (Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por los daños causados por la contaminación de las Aguas del Mar por hidrocarburos, 1969) y su Protocolo de 1976". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Rad. 52001-23-31-000-1998-00092-01(38335), 2016).

Ante esta decisión la parte actora interpuso recurso de apelación, invocando que el Tribunal había desconocido lo estipulado en numeral 2 del artículo 9 de la ley 55 de 1989, según el cual cada Estado debe asegurar que sus tribunales conozcan de las demandas por indemnización. (Ley 55, 1989)

El Consejo de Estado, conoció de dicho recurso, para lo cual inició su estudio estableciendo que el "Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por los Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos de 1969 y su Protocolo de 1976" fue dejado sin vigencia a través del Decreto 623 de 2006, y que por lo tanto para la fecha de la sentencia de primera instancia no se encontraba en vigor. Razón por la que el A quo estaba facultado para emitir una decisión de fondo sobre las pretensiones de la demanda. En cuanto al problema jurídico de fondo, en sentencia de acción popular del 22 de febrero de 2007 respecto al mismo asunto, estableció el concepto de daño ambiental como:

> El menoscabo de los beneficios con que cuenta un Estado o una persona como consecuencia del deterioro en el medio ambiente. Dicho daño da derecho a reclamar la respectiva indemnización, la cual incluye, de una parte, "los costos contraídos o que se vayan a contraer por concepto de las medidas razonables de restauración del medio ambiente contaminado" y, de otra parte, los gastos incurridos en la toma de medidas preventivas, siempre y cuando haya una amenaza grave e inminente de daños por contaminación. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Exp. 52001-23-31-000-2004-00092-01(AP), 2007).

Al mismo tiempo, aclaró la Sala que a partir de la ley 99 de 1993 es competente el Ministerio del Medio Ambiente para declarar el daño ambiental, de conformidad con la respectiva investigación por contaminación marina, e imponer las sanciones procedentes. De igual forma, para esta Corporación no se encuentra debidamente probado el daño ecológico, a pesar de que en la demanda se aleguen resultados perjudiciales como desaparición de especies marinas, muerte de manglares tropicales y afectación a las playas, los documentos de estudio

aportados en el libelo petitorio carecen de soporte científico que permita probar el daño ecológico a causa de la negligencia de Ecopetrol S.A. Cabe aclarar que respecto a los otros demandados no hubo poder para demandar, por lo tanto no fueron legitimados por pasiva.

Además la Sala advirtió, que las acciones de Ecopetrol S.A, luego del incidente fueron útiles para mitigar la magnitud del derrame de la sustancia, pues presentada "la emergencia la conducta esperada de parte de la administradora del terminal marítimo se dio dentro de las proporciones necesarias, la cual no era otra que reducir al máximo el daño al ecosistema y a los pobladores". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Rad. 52001-23-31-000-1998-00092-01(38335), 2016).

Aunado a ello, no se tiene certeza del daño causado, a razón de la confusión que genera los vertimientos orgánicos, anteriores y posteriores al derrame de petróleo, que la población realizó en la bahía. Se tiene entonces, que el daño ambiental no pudo ser imputado correctamente, por lo tanto la Sala decidió revocar el fallo inhibitorio proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, y en su lugar negó las pretensiones de la demanda.

1.1.2 Resultado intermedio y análisis.

Se desataca nuevamente la Hipótesis No 1: La responsabilidad del Estado por daño ambiental encuentra su asidero en las acciones populares y de grupo, consagradas en la el artículo 88 de la Constitución. Se deriva las siguientes preguntas: ¿A través de las acciones populares se puede decretar daños ambientales? ¿El juez debe pronunciarse sobre los daños al ambiente y definir una postura que determine un responsable del daño ambiental?, y si la

respuesta anterior es si, se pregunta: ¿Puede el juez de acción popular, endilgar esta responsabilidad por un daño ambiental al Estado?.

Para resolver esta preguntas, se acude a lo consagrado en la ley 472 de 1998 que desarrolla las acciones populares, las define en el artículo 2 así: "Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible". (Ley 472, 1998)

Se avizora con una simple lectura del artículo citado, que conforme a la naturaleza sustantiva de las acciones populares no podría decretarse la responsabilidad del Estado por daño ambiental, derivado de la Constitución en su artículo 90. Sin embargo, para hacer un dictamen más profundo, se desciende en el articulado, pues el artículo 34 de aquella ilustra:

> **Artículo 34º.-** *Sentencia.* Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las

acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular.

La condena al pago de los perjuicios se hará "*in genere"* y se liquidará en el incidente previsto en el artículo 307 del C.P.C.; en tanto, se le dará cumplimiento a las órdenes y demás condenas. Al término del incidente se adicionará la sentencia con la determinación de la correspondiente condena incluyéndose la del incentivo adicional en favor del actor.

En caso de daño a los recursos naturales el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización.

En la sentencia el juez señalará un plazo prudencia, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminará su ejecución. En dicho término el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.

También comunicará a las entidades o autoridades administrativas para que, en lo que sea de su competencia, colaboren en orden a obtener el cumplimiento del fallo.

Del artículo citado, se concluye que el juez en la acción popular puede: “condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo”.

Si se observa el primer asunto relatado, se tiene que el derrame de petróleo, ocurrió como consecuencia del desarrollo de una actividad marítima, la concesión de playa marítima para el transporte del crudo. Al momento de realizar la operación de transporte se ocasionó el derrame, lo que afectó el ecosistema marino, las actividades de pesca y con ello a toda una comunidad que vio afectada. Si bien se demostró la ocurrencia del daño ambiental, y se identificaron los afectados. La rama judicial, en cabeza de sus intérpretes de la ley, negaron las pretensiones debido a que se consideró que no existía nexo de causalidad entre el hecho ocurrido y la pérdida económica, esto en la acción civil. Y en la acción popular el juez de segunda instancia determinó que no había daño ambiental.

Situación de la que se discrepa, pues si efectivamente se demostró el daño ambiental, la afectación que esto produjo y las consecuencias de afectación económica, debió declararse un daño ambiental, endilgado al Estado, toda vez que no vigiló de manera adecuada la operación de cargue y descargue en su zona marítima, a la luz del artículo 34 de la ley 1472 de 1998.

Pues si bien, a través de la concesión de playa marítima el Estado entrega parte de su territorio para desarrollar, como en este caso actividades marítimas él debe vigilar que en el desarrollo de las mismas, se cumplan los procedimientos establecidos y así evitar como es del asunto el vertimiento del crudo en el mar, pues su función es de ser garante de los derechos al medio ambiente.

Con los argumentos expuestos, se demuestra la validez de la Hipótesis No 1, en el sentido de que efectivamente a través de una acción popular si se puede condenar al pago de perjuicios, lo que se traduce en responsabilidad patrimonial.

1.2 Caso por ocupación y contaminación de las Islas del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo, Cartagena.

1.2.1 Descripción judicial

El Consejo de Estado, resolvió un recurso de apelación interpuesto por el MAVDT y el Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General Marítima -DIMAR-, en virtud de que:

> El ciudadano REYNALDO MUÑOZ CABRERA, en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 472 de 1998, instauró demanda contra el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER-, el Instituto Nacional de Recursos Naturales -INDERENA-, la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique -CARDIQUE- y el Distrito Turístico de Cartagena de Indias, tendiente a obtener la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y del espacio público, la defensa del patrimonio público y la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Rad. 25000-23-25-000-2003-91193-01(AP), 2011).

Esto se presentó, ya que aproximadamente desde los años 60’ con el liquidado INCORA se iniciaron los procedimientos necesarios para determinar la propiedad de las Islas del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo, estableciéndose que éstas aun le pertenecen al Estado Colombiano, y además en aras de proteger este ecosistema tan diverso y

rico en fauna y flora, se reservó un área para convertirla en lo que se llamó Parque Nacional Natural los Corales del Rosario, a pesar de esto, las entidades demandadas no habían adelantado ningún proceso que llevara a la recuperación de estos terrenos, es por ello que:

> El actor solicita que se garantice el dominio público de las islas de los Archipiélagos de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo y el carácter imprescriptible e inalienable de los bienes de la Nación; que se suspendan las actividades que están ocasionando los daños ambientales y se establezca la responsabilidad por los mismos; que se estime la conveniencia de incorporar las áreas de las islas del Archipiélago al Parque Nacional Natural los Corales del Rosario; y que se adopte una solución clara e inequívoca, acorde con la naturaleza de estos bienes, que tenga como objetivos la defensa del equilibrio ecológico, el progreso físico y el aprovechamiento racional de los recursos naturales. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Rad. 25000-23-25-000-2003-91193-01(AP), 2011).

Ya en primera instancia, se había establecido el alto grado de contaminación existente en este lugar por la ocupación indebida de los terrenos, por lo que en el fallo se impartieron órdenes claras y perentorias para acabar con tal situación, en la apelación básicamente el Consejo de Estado mantiene la misma posición, ante todo ratificando la situación del Archipiélago:

> El área del Archipiélago, debido a sus condiciones favorables para el desarrollo de infraestructura turística y recreacional y a la omisión del Estado en el cumplimiento de la normativa ambiental, ha sido objeto de un severo impacto ambiental por las ocupaciones indebidas que modificaron el paisaje natural, las construcciones ilegales, la tala de los manglares y bosques secos, la descarga de sedimentos al agua, el turismo masivo y la

> pesca indiscriminada, entre otros factores, que han causado daño en los ecosistemas. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Rad. 25000-23-25-000-2003-91193-01(AP), 2011).

El Tribunal concluyó, que si bien, las entidades demandadas no han permanecido indiferentes a la situación, las medidas adelantadas no han sido suficientes para poder recuperar el Archipiélago, y todo ha sido consecuencia de "la ineficacia de las medidas adoptadas, de la falta de coordinación interinstitucional, del desconocimiento o falta de aplicación del marco normativo sobre ocupación de los bienes del Estado, de la inoperancia frente a los procesos sancionatorios por violación de la normativa ambiental" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Rad. 25000-23-25-000-2003-91193-01(AP), 2011).

Sin embargo, hace unas pequeñas modificaciones en el fallo lo cual no obsta para que cambie la intención de éste, la cual, como ya se dijo, versa sobre la recuperación pronta de esta zona.

1.2.2 Resultado Intermedio

Es dable preguntar ¿Si con la afectación al derecho colectivo al patrimonio público, se podrían considerar vulnerados otros derechos como el medio ambiente, el equilibrio ecológico, protección de ecosistemas? La respuesta es sí, siempre y cuando ese bien del Estado como en el proceso examinado de él se deriva toda una relación de vida en el mar y sus alrededores.

Se podría afirmar que, en el caso analizado se presentan los presupuestos generales del artículo 90 de la Constitución, y que el Estado pudiere ser responsable por dejar ocupar terrenos que son de su propiedad, sin que las medidas adoptadas sean eficaces para suspender la afectación al patrimonio del Estado.

Y aplicando el artículo 34 de la ley 472 de 1998, puede realizar la condena en perjuicio.

1.3 Caso por derrame de químico "Lorsban" en la Bahía de Cartagena.

1.3.1 Descripción judicial

El 19 de junio de 1989, se presentó un derrame en la Bahía de Cartagena de un compuesto químico denominado "Lorsban", el cual pertenecía a la empresa Dow Química de Colombia S.A. y que produjo contaminación considerable en la zona; a raíz de esto, Fundepúblico instauró una acción popular, amparándose en el artículo 1005 del Código Civil, en contra de la mencionada empresa para que sea condenada a pagar los perjuicios ocasionados, y siendo esto posible en primera instancia, puesto que se consideró demostrado el daño ambiental ocasionado, pero haciéndose la tasación de los perjuicios de acuerdo al segundo inciso del artículo 34 de la ley 472 de 1998. Sin embargo, en segunda instancia se establece que la norma aplicable es exclusivamente el artículo 1005 del Código civil, y que la acción contenida en este no tiene la connotación de indemnizatoria sino preventiva, en consecuencia no hay lugar a tasación de perjuicios y se revoca la sentencia.

Esto dio lugar, a que Fundepúblico presentara una acción de tutela, para dejar sin efecto la sentencia de segunda instancia, sin embargo, ésta no prosperó por falta de inmediatez.

En sede de la Corte Constitucional, el problema jurídico planteado fue "¿Vulnera el derecho fundamental al debido proceso la decisión del Tribunal Superior de Cartagena, consistente en descartar las pretensiones de Fundepúblico relacionadas con el derrame ocurrido en la bahía de Cartagena, argumentando que la emergencia ha sido superada en la actualidad?" (Corte Constitucional. Sentencia T-080, 2015), y para resolverlo se plantearon algunos argumentos que deben resaltarse.

En lo que concierne a las acciones populares, el alcance que ésta tiene al momento del juez emitir un fallo, el cual varía de acuerdo al régimen en el que se halle inscrita, conforme al artículo 1005 del Código civil "podía consistir en: (i) una orden concreta para conjurar el peligro sobre el bien público (…); (ii) las demás medidas conducentes para "resarcir" del daño; (iii) una pena pecuniaria en contra del infractor a manera de sanción; (iv) una recompensa a favor del actor popular" (Código Civil, 1887).

Además, se enfatizó en el hecho de que la protección al medio ambiente no es un interés que solo surge con la Constitución de 1991 por lo mismo desde antes de ésta existían mecanismos como la acción popular contemplada en el Código Civil para respaldar este fin, esto se debe a que se ha abierto un espacio en nuestro derecho para darle aplicabilidad al principio denominado "quien contamina paga", explicándose acerca de éste que:

> La jurisprudencia de esta Corporación lo ha encuadrado dentro del objetivo central de prevención del daño ambiental. Se busca que las personas responsables de una eventual contaminación o de un daño paguen los costos de las medidas necesarias para prevenirla -cuando sea posible-, mitigarla y reducirla. Pero no se trata solamente de "reducir la polución, sino incentivar el diseño de tecnologías amigables con el ambiente y que

> reduzcan el impacto ambiental de las actividades industriales", mediante un sistema de informes previos, controles, inspecciones, pagos, multas y sanciones pecuniarias. De esta forma, a lo que se apunta, más allá del pago de una determinada cantidad de dinero, es a ajustar efectivamente el comportamiento de los agentes públicos y privados para que respeten y protejan los recursos naturales. (Corte Constitucional. Sentencia T-080, 2015).

Para respaldar, la protección que se le debe al medio ambiente, como ya se ha dicho, se desarrolla en Colombia la noción de daño ambiental, y esto se da más exactamente es con la ley 23 de 1973 que:

> Estableció una definición amplia de daño ambiental, señalando que se consideraba como tal, cualquier tipo de "alteración" al medio ambiente producto de una actividad humana o incluso de la misma naturaleza, que tuviera la potencialidad de "interferir" –nótese que ni siquiera se habla de perjudicar- tanto en el bienestar de los seres humanos como en el de los recursos naturales. En segundo lugar, la norma introdujo una especie de limitación al concepto de daño ambiental y a la responsabilidad civil que se podría derivar del mismo, reconociendo expresamente que existen niveles "permisibles" o "mínimos" de contaminación, que son fijados técnicamente por el Gobierno. (Corte Constitucional. Sentencia T-080, 2015).

Finalmente, se recordó que en materia de responsabilidad ambiental con la expedición de la ley 1333 de 2009 se optó por retomar los elementos básicos del régimen de responsabilidad civil.

Con base en lo anterior, la Corporación, afirmó que en este asunto, era posible aplicar "el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, al menos en lo que tiene que ver con el trámite para

el restablecimiento del derecho colectivo trasgredido" (Corte Constitucional. Sentencia T-080, 2015), puesto que ya el artículo 1005 del Código Civil, había previsto todo los elementos procesales necesarios para poder llevar a cabo esta tarea, y de tal manera la ley mencionada solo está complementándolo; además que la empresa demandada si bien había atendido con urgencia el derrame de este químico, no por ello implementó con posterioridad las medidas necesarias tendientes a restablecer efectivamente el daño ambiental ocasionado, por lo cual la Corte en su decisión procedió a establecer cuales debían ser aquellas, y de este modo amparó los derechos colectivos reclamados.

1.3.2 Resultado intermedio

En este asunto, es de anotar, que los hechos ocurrieron antes de la expedición de la actual Carta Constitucional. No obstante a ello y tal como se explicó en el capítulo 1, previo a dicha Constitución, ya existían los regímenes de responsabilidad estatal, y conforme a la interpretación sistema y al principio de unidad normativa desarrollada por (Kelsen, 2009) y conforme a los presupuestos jurisprudenciales, el Estado sería responsable patrimonialmente por no realizar las gestiones de vigilancia adecuadas, que impidieran el derrame de este químico que afectó la salud humana y los ecosistemas marinos. Condena en perjuicios autorizada por el artículo 34 de la ley 472 de 1998, ya explicado en el caso anterior.

Esta conclusión, además del soporte constitucional, se puede comparar con la sentencia C-282 de 2002 del Tribunal de Justicia, Sala Segunda del 2 de Junio de 2005, de la Comunidad Europea. En la que se declaró que Irlanda, no adoptó las medidas necesarias para evitar el incumplimiento con las obligaciones de la Directiva 76/464/CEE del Consejo de 4 de

mayo de 1997, por contaminación de sustancias peligrosas, vertidas en el medio acuático de la Comunidad. Situación por la que fue condenada Irlanda por daño ambiental en medio acuático. (Tribunal de Justica, Sala Segunda de la Comunidad Europea. Asunto Numero C-282/02, 2005).

Si se comparan estas dos decisiones, podría afirmarse que se tiene un elemento común –omisión del Estado, en tomar decisiones para contrarrestar una situación de contaminación ambiental marítima-, evento en que se asimila al presupuesto del artículo 90 de la Constitución y el Estado podría ser condenado, en concordancia con la Ley 472.

1.4 Caso hotel Hilton Cartagena

1.4.1 Descripción judicial

La Compañía Hotelera Cartagena de Indias, ejerció el derecho de accesión sobre **27.707,17 m^2** de terrenos de bajamar de propiedad del Estado, con fundamento en dos artículos, el 723 del Código civil: "Si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas, dentro de los diez años subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños", y el 724 del mismo estatuto[34], es decir, en su interpretación la recuperación de terreno sólido **27.707,17 M^2** que antes eran ocupados por el mar, son terrenos privados por dicha figura jurídica de la accesión, además de tener títulos de dominio como escrituras públicas.

Se presentó una acción popular, fallada por el Consejo de Estado, quien señaló: "…que los requisitos, para la operatividad de estas modalidades de accesión: 1.Que se trate de la **ribera de un río o lago**. 2. Que el retiro de las aguas corresponda a un fenómeno natural. 3. Que

[34] Si un río varía de curso, podrán los propietarios riberanos, con permiso de autoridad competente hacer las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cauce, y la parte de este que permanentemente quedare en seco, accederá a las heredades contiguas, como el terreno de aluvión en el caso del artículo 720. Concurriendo los riberanos de un lado con los del otro, una línea longitudinal dividirá el nuevo terreno en dos partes iguales, y cada una de estas accederá a las heredades contiguas, como en el caso del mismo artículo".

el retiro de las aguas sea definitivo…" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Rad. 13001-23-31-000-2001-00051-01(AP), 2013).

Es decir, las figuras jurídicas citadas no se aplican en las zonas marítimas, así:

> …que las playas y los terrenos de bajamar, en tanto baldíos reservados (inadjudicables) y bienes de uso público (inajenables e imprescriptibles) de la Nación, **carecen de vocación para acceder a propiedad privada** en los términos previstos por el Código Civil; entre otras cosas, porque aunque se trataran de bienes baldíos adjudicables, su disposición correspondería únicamente al Estado con sujeción a normas especiales de aplicación preferente y restrictiva, que excluyen de tajo las normas contenidas en el Código Civil cuya aplicación rige entre particulares, pero no entre éstos y el Estado.." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Rad. 13001-23-31-000-2001-00051-01(AP), 2013).

Por consiguiente, y conforme a lo señalado por el Consejo de Estado, el acrecentamiento de las playas y las zonas de bajamar, bajo los fenómenos de la naturaleza, jamás tendrán vocación de ser de propiedad de particulares, toda vez que este tipo de zonas marítimas son bienes del Estado, imprescriptibles, inenajenables, convirtiendo su uso y dominio el carácter de derechos colectivos.

Corolario de lo expuesto, se demostró el ejercicio del derecho de accesión por parte de la Compañía Hotelera Cartagena de Indias, sobre **27.707,17 m^2** de terrenos de bajamar de propiedad del Estado y por ende de todos. Este ejercicio fue improcedente pues se trata de

territorios correspondientes a playas y zonas de bajamar, que son bienes del Estado, siendo inalienables, inajenables e imprescriptibles, o adquisición del dominio por la figura jurídica de la accesión.

Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado que además de la caracterización que recae sobre los bienes del Estado debe ser excluido el ejercicio del derecho de dominio sobre los mismos (Corte Constitucional. Sentencia T-376, 2012).

En este asunto, se determinó la violación a los derechos colectivos: defensa de los bienes de uso público y al patrimonio público, y la acciones procedentes para su amparo están en la ley 472 de 1998, con la participación activa en la comunidad (Corte Constitucional. Sentencia C-215, 1999).

Sobre este último derecho, señaló Carrillo (2006) "El Patrimonio Público interesa al orden interno y al orden internacional, el Patrimonio Estatal, en principio toca con el derecho interno tanto en el orden privado como en el administrativo, en atención al principio según el cual el estado de derecho se caracteriza por su sujeción al ordenamiento jurídico, como corresponde a todo sujeto de naturaleza pública o privada" (p.23).

Hasta este punto, se demostró la vulneración de los derechos colectivos ya referidos; ahora bien, se cuestiona: ¿cuál fue la *reacción jurídica necesaria frente a la lesión?,* relató el alto Tribunal, que debió ser la restitución de los predios del Estado; sin embargo, sobre los terrenos sólidos recuperados por el retiro del mar, existen edificaciones las cuales fueron construidas por la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, desde hace 30 años, bajo una mal concebida confianza (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Tercera Subsección C. Rad. 13001-23-31-000-2001-00051-01(AP), 2013), en la que participaron el Municipio de Cartagena hoy Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural, Armada Nacional a través de la DIMAR, la Superintendencia de Notariado y Registro –Oficina de Instrumentos públicos de Cartagena de Indias.

En suma, la corporación judicial, consideró que si se ordenase su demolición no se obtendría una efectiva defensa de los derechos colectivos; y sería más oneroso y lesivo la destrucción de las edificaciones existentes, frente a la finalidad perseguida, como lo es el restablecimiento del espacio público. También hizo la aclaración que esta es una teoría excepcional frente al uso arbitrario e ilegítimo del derecho de accesión.

En este sentido, el Consejo de Estado como medida compensatoria ordenó que la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, en un período no superior a tres años la construcción de un parque, con una extensión de 26.961,51m^2 administrado por el Distrito de Cartagena y los costos de mantenimiento durante los primeros 30 años estará a cargo del referida Compañía Hotelera, parque destinado al uso y recreación de toda la comunidad, en un terreno en zona diferente a la colindante o adyacente a las playas, o a áreas de protección natural; en la misma extensión de la porción que le fue arrebatada al mar (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Rad. 13001-23-31-000-2001-00051-01(AP), 2013).

De igual forma, se ordenó a la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, la realización de actividades de recuperación integral de playas ocupadas por ella y el mantenimiento de los espolones para evitar la erosión en dichas áreas.

1.4.2 Resultado intermedio

Se afirma que la administración de justicia, a través, de los operadores de justicia (jueces, magistrados), son quienes tienen en el momento de conocer acciones populares o de grupo según corresponda, la carga argumentativa para sustanciar y valorar la vulneración de los derechos colectivos. Por lo que tienen el control a través de las acciones señaladas para frenar las amenazas o violaciones de los derechos colectivos afectados con las actuaciones de los particulares.

De lo que se podría afirmar , que se deriva, el poder resarcitorio de este tipo de acciones, con facultades de emitir órdenes de cesar de forma inmediata la vulneración o el daño a los derechos colectivos, constituyendo esta acción una herramienta judicial adecuada para suspender, reparar y/o restituir las cosas a su estado anterior, conforme a las características específicas de cada caso (Ley 472, 1998, art. 2) y la facultad de ordenar el una condena en perjuicios de derechos colectivos explicados en los eventos anteriores, resultado aplicable al aquí discutido (Ley 472, 1998, art. 34).

Ahora bien, referente a las medidas ordenadas por el Consejo de Estado, pudiese inferirse, que no se ajustan, ni están acordes con la afectación de los derechos colectivos vulnerados, toda vez, que luego de que transcurran los primeros 30 años, el mantenimiento del parque estaría a cargo de la administración distrital, lo que generará un gasto en el erario público del Estado, con ocasión a una ocupación realizada por un particular, que seguirá de forma ilimitada en el tiempo.

Se podría inferir de lo anterior, que en este asunto, el Estado perdió de forma definitiva terrenos de su propiedad, ubicados en playa marítima, y con ello se ven afectados los

derechos colectivos de toda la comunidad, y el juez mediante acción popular si puede decretar el pago de perjuicios, cuando se haya demostrado el daño a un interés o derecho colectivo, tal como se explicó en las situaciones jurídicas que preceden (Ley 472, 1998, art. 34).

Y en este debate, pudiese afirmarse que el daño ambiental, está demostrado, toda vez que fue modificado el ecosistema marino, y se impide el acceso a la comunidad a esa zona marítima que es considerada como bien público. Así mismo, se podría observar la omisión de las autoridades públicas, al autorizar el derecho de accesión sobre terrenos de bajamar, se configura un daño en los derechos colectivos al patrimonio público y por ende ambiental por la modificación que sufrió el ecosistema marino. Esta afectación en los derechos colectivos podía ser declarada en la acción popular, conforme a lo ya explicado y que está consagrado en el artículo 34 de la ley 472 de 1998.

1.5 Caso Marina de Santa Marta

1.5.1 Descripción Judicial

La DIMAR, en octubre de 2007, le otorgó en calidad de concesión a la Sociedad de Inversiones Marinas Turísticas S.A., un área de 213.000 m^2 entre las calles 22 y 23 hacia el mar, para la construcción y explotación económica de una marina para yates. Los ediles de la Junta Administrativa Local, Comuna 2 del DTCH, presentaron una acción popular, para solicitar el amparo de los siguientes derechos: goce de un ambiente sano, a la moralidad administrativa, la existencia del equilibrio ecológico; manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración y sustitución; goce el espacio público; defensa de los bienes de uso público.

El fallo de primera instancia, el Juzgado Quinto Administrativo de Santa Marta, mediante sentencia del 8 de octubre de 2014, consideró que no se habían vulnerado los derechos colectivos; pero ordenó unas actuaciones para reducir el impacto ambiental y socioeconómico. Como por ejemplo la adopción de un Plan de Manejo de la Marina, que consagre estrategias para atender a la comunidad de pescadores del sector de la Bahía de Santa Marta, a quienes se les afectó su actividad de pesca artesanal.

Es importante mencionar, que la parte actora alega que la Sociedad Inversiones Marítima Turística S.A utilizó en la construcción de la marina para yates autorizada, una mayor extensión de playa, y le fue otorgado mayor tiempo en concesión. Razón por la que, se vio mayormente afectado el goce de los derechos colectivos como el ambiente sano, moralidad administrativa, así como:

> La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente, al goce del espacio público, a la utilización y defensa de los bienes de uso público, a la defensa del patrimonio cultural de la Nación, y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, a la seguridad pública, a la tranquilidad y al medio ambiente. (Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta. Acción Popular Rad. 2008-00174, 2014).

Por su parte, las entidades demandadas –Distrito de Santa Marta, DIMAR, Sociedad Inversiones Marinas Turísticas S. A- mostraron su oposición expresa frente a las

pretensiones que fundamentaron la acción popular, toda vez que los hechos descritos en la misma fueron ajenos a la realidad e impertinente. Por su parte, el Juzgado Administrativo que conoció el proceso, manifestó que la zona sobre la cual se centra la controversia corresponde efectivamente a un bien de uso público como lo es la playa, sin embargo, se cumplió con los procedimientos legales por parte de la -DIMAR-, pues la licencia ambiental a Inversiones Marinas Turísticas S.A fue expedida conforme a las leyes; al igual que la ampliación del tiempo en concesión. Añadió que dicha licencia fue expedida conforme a lo estipulado en el parágrafo 2° de la Ley 99 de 1993 en su artículo 31, el cual dispone que: "puede darse una concesión para ocupación temporal de playas y terrenos de bajamar, siempre y cuando, medie una declaratoria favorable de viabilidad ambiental otorgada por la máxima autoridad en esa materia a nivel local" (Ley 99, 1993).

Concluyó entonces el Despacho citado, que la construcción de la marina en la zona en que se encuentra no vulnera derecho colectivo alguno, toda vez que dicha área bien podía ser concesionada por la autoridad competente. Además se realizó con la autorización del (DADMA) y la aprobación de la Secretaria de Planeación Distrital, quien señalo: "el área donde se proyecta la construcción de la Marina no se encuentra ocupada por ninguna persona y no está destinada a ningún uso público o servicio oficial y que no ofrece ningún inconveniente a los intereses del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta" (Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta. Acción Popular Rad. 2008-00174, 2014).

Aunado a ello, se dispuso igualmente que la Sociedad Marina Turística S.A, el DADMA y la DIMAR deben establecer medidas encaminadas a evitar contaminación con basuras y desechos, las áreas de playa, terrenos de bajamar y terrenos aledaños a las aguas

marinas; ampliar el acceso público para la comunidad en general; y evitar obstáculos visuales que impidan la visibilidad del público al paisaje en general y dar mayor permeabilidad visual entre construcciones de manera que no se generen barreras continuas. (Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta. Acción Popular Rad. 2008-00174, 2014).

1.5.2 Resultado intermedio

En esta sentencia se podría observar una inconsistencia, toda vez, que si bien reconoce un impacto ambiental y socioeconómico por la construcción de la Marina de Santa Marta, no se reconoce un daño ambiental, a pesar de estar debidamente demostrado el impacto negativo en el ambiente. Ahora bien, referente a la restricción de la actividad de pesca, no solo tiene repercusiones económicas, pues tal como se analizó en los dos casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[35].

En este evento, se utilizó la Acción Popular, reglamentada por la ley 472 de 1998 y su fundamento Constitucional se encuentra en el artículo 88, para proteger los derechos colectivos, invocados: goce de un ambiente sano, a la moralidad administrativa, la existencia del equilibrio ecológico; manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración y sustitución; goce el espacio público; defensa de los bienes de uso público.

[35] Pueblo *Yukpa* de la Sierra del Perijá. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009. –Comunidad *Moiwana* vs Surinam. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005.

Por ende a través de este mecanismo, sí se pudiesen suspender las acciones que conlleven o que representen un daño ambiental, entre otros derechos colectivos, y el que interesa en este estudio es el correspondiente a la protección del medio ambiente.

En efecto, se podría afirmar que realmente sí existió un daño ambiental generado por la concesión otorgada en ese terreno de playa marítima y de bajamar. Los pescadores de la zona debido a la construcción de la marina de yates no pueden realizar sus actividades, además, el ecosistema costero se ve afectado generando ese daño ambiental.

Como se ha expuesto en jurisprudencias del capítulo II, todo daño ambiental es antijurídico pues la Constitución protege el ambiente, y no importa si se han otorgado licencias, esto no implica inmunidad por la afectación al hábitat.

En conclusión a través de la acción popular y tal como ya se ha advertido en los asuntos anteriores, el juez si puede condenar los perjuicios ocasionados a los derechos colectivos (Ley 472, 1998., art. 34).

1.6. Caso Cabo Tortuga Santa Marta

1.6.1 Descripción judicial

La DIMAR, presentó acción popular en contra del DTCH de Santa Marta, Curaduría No 1 de Santa Marta, Sociedad Promotora Caribbean International S.A., Patrimonio Autónomo Cabo Tortuga, por la presunta vulneración de los siguientes derechos colectivos: goce a un ambiente sano, existencia del equilibrio ecológico, manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o

sustitución, la protección de áreas de especial importancia ecológica y el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

La sociedad Caribbean International S.A, el 5 de septiembre de 2011, solicitó a la curaduría urbana número 1 de Santa Marta, la expedición de licencia de construcción para el proyecto urbanístico denominado Cabo Tortuga etapas I y II, otorgada el 13 de diciembre de 2011, decisión recurrida y confirmada. La apelación fue resuelta por la Secretaría Distrital de Santa Marta[36], modificó la licencia urbanística, estableciendo una zona de retiro de la laguna costera y al observar las prohibiciones contempladas en el artículo 2 de la resolución 1062 de 1995 respecto a las obras industriales y actividades que afecten el relicto de mangla y se exhorta al DADMA para formular un plan provisional de protección de la laguna costera- marisma. (Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta. Acción Popular Ref.47-001-3331-004-2013-00205-00, 2016).

El 4 de abril de 2014, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta, decretó la medida cautelar solicitada, con fundamento en los informes rendidos por INVEMAR, Contraloría General de la República, y el concepto técnico 060-ALITMA-613 del 8 de septiembre de 2011. Contra esta decisión presentaron recurso de apelación el Distrito de Santa Marta, la Sociedad Promotora Caribbean International S.A, el cual fue concedido en efecto devolutivo.

El Tribunal Administrativo de Santa Marta, el 12 de junio de 2014, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del 10 de octubre de 2013 (auto admisorio), por error de

[36] Resolución número 037 del 21 de marzo de 2012.

notificaciones. Se surtió el trámite de las notificaciones y el 30 de septiembre de 2014 se declaró saneado el proceso. El 11 de marzo de 2015 se determinó que el proyecto había avanzado en un 92.5%.

La medida cautelar fue levantada el 25 de septiembre de 2015, que había sido decretada mediante auto del 5 de agosto de 2014, que a su vez había sido confirmado por el Tribunal Administrativo del Magdalena mediante auto del 11 de febrero de 2015.

Ahora bien, al analizar el acervo probatorio y en especial los conceptos de los peritos, el despacho judicial infirió que efectivamente una porción del predio es de playa marítima (bien público), y le correspondía al actor demostrar esa situación; razón por la cual ante la duda ya expresada, se denegaron las pretensiones de la acción popular, mediante fallo del 31 de agosto de 2016, el cual, adicionalmente, se ordenó exhortar al DADMA y a CORPAMAG para que realicen estudios técnicos y adopten medidas de protección al frágil ecosistema de relictos de manglar, fauna y flora existentes en la laguna adyacente al proyecto urbanístico Cabo Tortuga. (Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta. Acción Popular Ref.47-001-3331-004-2013-00205-00, 2016).

1.6.2 Resultado intermedio

En esta sentencia, se podría sostener la no observancia de los principios básicos que inspiran un Estado de Derecho, toda vez que ante la duda de la extensión de la playa marítima, del predio sobre el cual se construyó el proyecto Cabo Tortuga, el juez decidió denegar la pretensiones de la acción, y negó la violación de derechos colectivos, cuando efectivamente si existe la duda, es porque sí hay una extensión no determinada de terreno de playa marítima. Lo

que constituye una flagrante violación a los derechos colectivos y al patrimonio del Estado, que puede ser tasada en perjuicios (Ley 472, 1998., art. 34).

2. Planteamiento y desarrollo de la Hipótesis No 2. Interpretación sistemática: Artículo 90 de la Constitución, 140 de la ley 1437 de 2011 y Ley 1333 de 2009.

Hipótesis No 2: La responsabilidad del Estado por daño ambiental encuentra su asidero en el procedimiento administrativo por infracciones ambientales contenidas en la ley 1333 de 2009 y en el medio de control *reparación directa* (Ley 1437, 2011, art.140).

La metodología utilizada, es determinar si en los asuntos analizados de forma precedente en el capítulo 3, correspondientes a 1.1 al 1.6, bajo los supuestos del artículo 140 de la ley 1437 de 2011 y la Ley 1333 de 2009, se puede estructurar la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado por daño ambiental en la ejecución de actividades marítimas como lo son las concesiones de playas marítimas y terrenos de bajamar.

En coherencia con el problema de investigación, se tiene el artículo 90 de la Constitución actual, para determinar el ámbito de aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado por daño ambiental y atendiendo a la interpretación sistemática, desarrollada en el capítulo 1, se debe descender en el estudio del artículo 140 del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo que reza:

> *Reparación directa.* En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.
>
> De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.
>
> Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.
>
> En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

A la luz de este artículo es posible, afirmar de forma general, que el Estado sí puede estar involucrado en la causación del daño y por ende es legítimo que la entidad judicial, pública utilice este medio para decretar la responsabilidad estatal, cuando exista un bien jurídico particular afectado e identificado.

Pero ¿se podría llegar a la misma conclusión, tratándose de un daño al medio ambiente *puro?, e*s decir, ¿resulta procedente el ejercicio del medio de control *reparación*

directa para condenar al Estado por el daño en su dimensión colectiva, o cómo se conoce en la doctrina y en la jurisprudencia como daño ambiental *puro?*

Para resolver estas preguntas, se hace necesario, establecer cuál de las teorías de imputación de responsabilidad del Estado, explicadas *in extenso* en el capítulo 2, puede ser aplicado al objeto de esta investigación.

Se toma la teoría de falla del servicio, así en la sentencia del Consejo de Estado de 1976 II se advirtió que se requieren 3 elementos para determinar la responsabilidad estatal en esta teoría:

> Una falta o falla del servicio de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.
>
> Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho administrativo, con las características de éste, es decir, que sea un daño indemnizable, cierto, determinado o determinable.
>
> Una relación de causalidad entre la falta o la falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 1482, 1976).

Colorario de lo expuesto, es dable determinar ¿si los elementos de la falla en el servicio pueden ser aplicados a las actividades marítimas en virtud de las concesiones de playa marítima y terrenos de baja mar? Como consecuencia de ello, se podría estructurar el daño ambiental y la responsabilidad patrimonial del Estado. Haciendo procedente el medio de control de reparación directa.

En los casos considerados en los puntos 1.1 al 1.6 de este capítulo, referentes a decisiones judiciales en las zonas costeras colombianas, se afirma respecto del caso 1.1 por derrame de petróleo en las Bahías de Tumaco y Salahonda, Nariño y del caso 1.3 por derrame químico "Lorsban" en la Bahía de Cartagena. En ambas situaciones resulta clara la falla en el servicio estatal, por no proteger el bien jurídico del medio ambiente a través de una omisión consistente en no vigilar de manera adecuada la operación de cargue y descargue en su zona marítima, y derrame del químico "Lorsban", un daño al mencionado bien jurídico que está determinado en las nuevas condiciones que sufren los habitantes de dicha localidad, y una relación de causalidad entre esa afectación al ambiente, y el derrame del petróleo y/o químico generado por la omisión o no vigilancia respectiva.

En el caso 1.2 por ocupación y contaminación de las Islas del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo, Cartagena. Se determina que las entidades administrativas en este evento actuaron por debajo de lo que la normativa ambiental les solicitaba, causando así un daño antijurídico por no realizar todas las actuaciones legales a su alcance. Si se observa la última parte del artículo 5 de la ley 1333 de 2009[37] que en muchos sentidos sería el desarrollo legal del artículo 90 superior en materia ambiental, dichas entidades debieron presentar, iniciar o tramitar los mecanismos legales para evitar la afectación a los derechos colectivos, traducidos en patrimonio público y protección al medio ambiente.

[37] (…) Será también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil.

Es por ello, que se configuraría su responsabilidad, tanto por el artículo 5 de mencionada legislación, como utilizando el título de imputación de falla en el servicio desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del artículo 90 constitucional.

Esto es así, teniendo en cuenta ese omitir irregular, el daño por la ocupación del espacio público y afectaciones al ecosistema y el claro nexo causal entre estas dos situaciones, porque si dichas entidades hubieran actuado a tiempo, el ecosistema no se encontraría deteriorado y el espacio público se hubiese recuperado, siendo el omitir la causa eficiente que generó el daño.

En los casos 1.4 del Hotel Hilton de Cartagena y 1.6 de Cabo Tortuga. Se observa que la ley 1333 de 2009 establece un procedimiento sancionatorio ambiental en manos de las autoridades ambientales colombianas. El artículo 46 de mencionada ley afirma:

> Demolición de obra. Consiste en la destrucción a costa del infractor de una obra bajo parámetros técnicos establecidos por la autoridad competente en los casos a que hubiere lugar. La sanción de demolición de obra implica que el infractor deberá realizarla directamente y en caso contrario, será efectuada por la autoridad ambiental, quien repetirá contra el infractor por los gastos en que incurra mediante proceso ejecutivo. (Ley 1333, 2009, art. 46).

En estos procesos, se estaba debatiendo la posible afectación de una zona bajamar por la construcción de un proyecto urbanístico en el 1.6 y en el 1.4 por dejar ejecutar la accesión en terrenos de playa marítima o terrenos de bajamar del Estado. Las autoridades ambientales no incoaron alguna acción contra del proyecto, y en contra del Hotel, quedando la DIMAR como

protector del ambiente a través de una acción popular. La acción sancionatoria ambiental que establece la ley 1333 de 2009.

El omitir incoar la acción sancionatoria ambiental por parte de las autoridades encargadas genera una clara falla en el servicio imputable al Estado. Con su omisión, estando en el deber legal de actuar, se genera un actuar irregular, que causó un daño antijurídico por la afectación al medio ambiente producida por el proyecto urbanístico y teniendo este omitir con el daño, un nexo causal, donde si hubieran interpuesto las respectivas acciones, se hubiera logrado la demolición del proyecto según el artículo 46 de la ley 1333 de 2009 o la detención de esa construcción para proteger al ecosistema de manglar.

Se tiene que efectivamente, ocurrió un daño en distintos derechos colectivos, en los casos precedentes, y se cumplen los parámetros del régimen de imputación por falla en el servicio. Se requieren también el nexo causal, y la actividad irregular de la administración. Esta última se manifiesta en que al momento de otorgar concesión de playas marítimas y terrenos de bajamar, que permitió la causación de un daño al ecosistema, y el nexo causal, teniendo en cuenta la teoría de la causa eficiente, pues no se realizaron los controles y la vigilancia necesaria obre esos terrenos dados en concesión.

Con lo anterior se demuestran los presupuestos necesarios para aplicar la teoría de la imputación por falla del servicio, en el régimen de responsabilidad ambiental endilgado al Estado.

La segunda pregunta que se trascribe, reza: ¿resulta procedente el ejercicio del medio de control *reparación directa* para condenar al Estado por el daño en su dimensión colectiva, o cómo se conoce en la doctrina y en la jurisprudencia como daño ambiental *puro?*.

Se observa una respuesta negativa a la pregunta, desarrollada por el Consejo de Estado, al resolver una demanda de *reparación directa* en la que:

> En el presente caso se demanda declarar la responsabilidad por los daños ambientales y ecológicos ocasionados como consecuencia de "la construcción reciente de las obras de adecuación y de la puesta en ejecución parcial de dicho plan maestro de alcantarillado o recolección de aguas negras", concretados en los "daños permanentes y perjuicios ambientales no caducables, ni imprescriptibles en los predios de propiedad privada de mis poderdantes, por la alta contaminación al ecosistema y la alta contaminación de agua del arroyo San Juan, porque las aguas negras residuales de las varias lagunas de oxidación construidas a campo o cielo abierto, sin ningún control y filtros vierten directamente esas aguas al lecho principal del arroyo San Juan, como receptor final de dichas aguas, produciendo daños al ecosistema, a la flora y a la fauna, de toda la región, en especial a los predios de propiedad de mis mandantes. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Rad. 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107), 2014, p.7).

Se deriva de lo anterior que son dos tipos de daños que reclama la actora, daños al ecosistema, flora y fauna de toda, por la contaminación del arroyo San Juan del Municipio de Sahagún Departamento de Córdoba y adicional el daño en los predios de su propiedad. Sobre la primer tipo de daños, los de dimensión colectiva aseveró el Consejo de Estado: "No cabe analizar los daños ecológicos invocados, por la naturaleza común de los bienes ambientales, los

recursos naturales, ecosistemas, biodiversidad y la naturaleza que son objeto de tales daños, atendiendo además a la esencia individual del medio de control de la reparación directa" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Rad. 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107), 2014, p.13).

Conforme a los presupuestos jurisprudenciales, se tiene que una persona no puede solicitar en virtud del artículo 90 de la Constitución la responsabilidad patrimonial del Estado por daño ambiental, en su dimensión colectiva, o cómo se conoce en la doctrina y en la jurisprudencia como daño ambiental *puro*, a través del ejercicio del medio de control *reparación directa.*

Entonces se podría afirmar que se configura una responsabilidad por el hecho del legislador al omitir reglamentar este aspecto, conforme a lo explicado sobre este régimen de imputación. Sin embargo, si se lee en la ley 1437 en su artículo 140 que reza: "Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública", podría plantearse la posibilidad de que una entidad pública al verse afectada por un daño ambiental, derivado de la actuación de otra entidad pública. La entidad afectada podrá presentar el medio de control de *reparación directa.* Por lo tanto se excluye la posibilidad de contemplarse la responsabilidad por el hecho del legislador.

Ya le corresponde a los operadores judiciales, aplicar las normas de forma íntegra y de acuerdo a los presupuestos ya explicados.

Conclusiones

Las zonas costeras son ecosistemas muy ricos en recursos que son indispensables para el desarrollo de la vida humana, y Colombia tiene el privilegio de contar con una gran extensión de costas. Sin embargo, el cuidado de tales zonas no llegó a tener importancia solo hasta que el siglo pasado, dejando como resultado un nuevo pensamiento implantado en gran parte del mundo, esto es, el deber de proteger el medio ambiente, entendiendo éste como el único capaz de preservar derechos fundamentales como son la vida, la salud y la dignidad humana (PNAOCI, 2000).

A partir de la Constitución de 1991, nace con firmeza el deber de protección hacia el ambiente tanto por parte del Estado, como de los particulares. Es por esta razón, que se produjo la internacionalización de las relaciones ecológicas, incorporándose a nuestro Bloque de Constitucionalidad toda la serie de instrumentos internacionales que se han mencionado, y desde la visión de la Corte Constitucional todos estos convenios y protocolos son adecuados para el ordenamiento jurídico en la medida en que complementan nuestra legislación interna y son también pautas de interpretación que permiten cumplir las obligaciones que emanan de nuestra propia Carta Política; recordemos por ejemplo el caso de los principios consagrados en la "Declaración de Río de Janeiro".

Ahora bien, se puede construir otra conclusión, referente al análisis de la doctrina expuesta y es que el tema sobre la responsabilidad por daño ambiental, razón por la que se concretó en: la responsabilidad del Estado por daño ambiental generado por actividades marítimas (concesiones de playas marítimas y terrenos de bajamar). Investigación que representa aportes importantes en uno de los métodos de interpretación de la ley.

Se estudiaron los documentos de redacción del artículo 90 C.P, presentada por el constituyente Esguerra, los debates que se suscitaron ante la A.N.C, cuya finalidad fue la incorporación en la C.P del régimen patrimonial de la responsabilidad del Estado. De ese análisis se concluyó que el artículo fue tomado originalmente de la Constitución de España de 1978, y la palabra radicada originalmente fue *injurídico,* fue modificada por a*ntijurídico.* Lo que quiere significar que el Estado responderá por los daños antijurídicos, es decir, aquellos que van en contravía del sistema jurídico, pues los ciudadanos si están obligados a responder por los daños jurídicos que el Estado le ocasione, y como ejemplo se citó el del pago de impuestos. (Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

La responsabilidad del Estado puede ser contractual o extracontractual, cuyo fundamento se origina en el daño antijurídico que se produce al ciudadano o a la colectividad, que no están obligados jurídicamente a soportar este daño; y la imputación, son los elementos de la responsabilidad del Estado (Henao, 1996).

Al afirmar que el Estado debe responder por los daños que ocasione, se deduce, que la actividad de éste no es absoluta y está limitada por los principios de legalidad y responsabilidad, tal como se observa en el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia, previamente analizado.

Al estudiar diversos autores, como Weber, Ibagón, Muriel, Remmert, se concluye que el Estado de Derecho, delimita su actuación racional. Lo anterior bajo el principio de discrecionalidad, que tiene consagración legal, bajo el sentido, de que, todas las decisiones generales o particulares, se emiten por este principio de discrecionalidad, las cuales, son adecuadas a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de

causa. Además, debe soportarse en los principios de eficiencia y eficacia de la Administración Pública, es decir que la actuación del Estado no puede ser caprichosa, pues si lo hace debe responder patrimonialmente.

Para la configuración del principio de proporcionalidad, es necesario desarrollar tres postulados inescindibles, como lo son la *idoneidad, necesariedad y proporcionalidad.* Que esas medidas judiciales que se tomen no deben vulnerar derechos fundamentales y colectivos. La Corte Constitucional, recientemente en la sentencia T-032 del 2016, aplicó al Derecho Administrativo, la prohibición en exceso, en el principio de la proporcionalidad desarrollada en la doctrina Constitucional Alemana. (Corte Constitucional Sentencia T-032, 2016)

Se concluye que en Colombia, existe un déficit legislativo sobre la valoración de los costos ambientales, con un contenido armónico, que contemple la explotación y uso de los recursos naturales, y a su vez la preservación del medio ambiente, y que esté acorde con los principios de la jurisprudencia internacional, que ha reconocido los siguientes: *buena vecindad entre los Estados; prohibición de las contaminaciones transfronterizas; obligaciones del Estado de no permitir la utilización de su territorio para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados y el reconocimiento al daño ambiental puro.*

Se concluye, conforme a la jurisprudencia, que el concepto de daño ambiental a nivel internacional, ha tenido un progresivo avance, pues, se reconoce el medio ambiente como un derecho autónomo de reparación, que le da categoría de sujeto de derechos al medio ambiente, representada en ecosistemas, naturaleza, etc. (Fallo de París *marea negra).*

El título de imputación por falla en el servicio es uno de los más utilizados dentro del régimen de responsabilidad subjetiva del Estado, esto es, porque involucra directamente la función de administración que este cumple sobre los administrados. Al existir una falla en ese servicio que debe prestar la Administración y en razón del ya mencionado artículo 90 de la Carta Política, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños que se le imputen, ya sea por una omisión, retardo o defectuoso funcionamiento de la administración.

Para que sea efectivamente imputable a ella, es necesario cumplir con unos requisitos, expuestos en las sentencias analizadas en los capítulos precedentes: 1) La falla por parte del Estado en la prestación de un servicio, ya sea, por incumplimiento total, parcial, defectuoso o extemporáneo de obligaciones a cargo del Estado ; 2) Un perjuicio; y 3) Nexo causal entre la falla por parte del estado y el perjuicio.

El daño especial y el riesgo excepcional son, con la falla en el servicio, títulos de creación jurisprudencial para declarar responsabilidad estatal. Hacen parte del régimen objetivo de responsabilidad, fundamentado en la creación de un daño antijurídico por parte del Estado en su actuar legítimo y constitucional. Ambos títulos se fundamentan como razón para hacer responsable al Estado por su actuar en medida que quebrante el principio del derecho público de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas. Si este principio no es quebrantado, no habrá derecho a reparación, aunque sí exista un daño o carga, porque si no se quebranta ese ideal, implica que la carga impuesta está hecha según la ley, y por tanto, ésta es legal y no antijurídica. La diferencia principal entre ambos es la naturaleza de la actividad Estatal: en el daño especial la actividad realizada no es peligrosa, sino común, mientras que en el riesgo excepcional la calidad de actuación es considerada riesgosa.

La Corte Constitucional, órgano encargado de interpretar la Constitución Política, ha analizado que si un daño antijurídico se produce en el mar, sus efectos son más graves a razón

de que éste no permanece en el mismo lugar en que ocurrió, conclusión que se deriva del análisis de la jurisprudencia indicada en esta investigación. Es claro la manera como el Estado es responsable respecto a los individuos que resulten afectados por un deterioro ambiental, pero no es responsable por las afectaciones que tenga el medio ambiente, que no causen un perjuicio patrimonialmente a alguien.

El título de imputación que propone la legislación sancionatoria ambiental es el subjetivo, pero el medio ambiente no es tomado como sujeto de derechos, sino como un bien jurídico tutelado para los humanos (Corte Constitucional. Sentencia C-595, 2010).

Se pudo establecer, que existen deficiencias con la demostración del nexo causal entre el hecho dañino y las consecuencias contaminantes en una zona costera determinada, lo que trae como consecuencia la negativa a las pretensiones del demandante. Es claro también que no se puede permitir que se incurra en el error de creer que por demostrar un menoscabo a un ecosistema determinado, de inmediato se obtendrá lo solicitado, toda vez que para determinar la responsabilidad de los demandados se acude siempre a los elementos básicos del régimen de responsabilidad civil extracontractual.

También es dable concluir, que es necesaria una mejor coordinación interinstitucional para lograr enfrentar los daños ambientales que se puedan ocasionar a las zonas costeras colombianas, no solo porque el Estado actúa como principal garante del medio ambiente, sino que además, como lo manifiestan las Altas Cortes, los fallos siempre deben ir enfocados principalmente en procurar el cumplimiento de todas las medidas necesarias para restablecer el ecosistema, y en tales casos las instituciones del Estado deben estar presentes para constatar que ello ocurra.

Si bien es cierto que, en algunas de las decisiones judiciales analizadas no se reconoció el daño ambiental ni la responsabilidad del Estado, se logró demostrar en cada caso cómo se podría configurar la responsabilidad del Estado por daño ambiental, en ocasión de las actividades marítimas que se desarrollen en las concesiones de terrenos de playa marítima y zonas de bajamar.

Ahora bien, descendiendo a la pregunta de investigación: ¿Cuál es el contenido y ámbito de aplicación del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, en el caso de responsabilidad del Estado por daño ambiental generado por las concesiones de playas marítimas y terrenos de bajamar?

Cuando el Estado otorga una concesión en playas marítimas y terrenos de bajamar, debe hacerlo cumpliendo las normativas ambientales vigentes. El artículo 90 de la Constitución consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por cualquier daño antijurídico que le sea imputable a Él, siendo el daño al medio ambiente un daño antijurídico.

El Consejo de Estado ha desarrollado ese artículo jurisprudencialmente a través de los títulos de imputación de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional, responsabilidad por el hecho del legislador y otros títulos especiales. Se puede concluir que el Estado responde por los daños antijurídicos causados al medio ambiente, pero protegiéndolos, debido a que el medio adecuado para protegerlos directamente son las acciones populares que poco tratan el artículo 90 de la Constitución Política por lo tanto, quedan acciones no contempladas por el Consejo de Estado, como las sancionatorias ambientales para la protección de las playas marítimas y terrenos de bajamar, pero en Colombia poca aplicación se ha dado a estas herramientas jurídicas por parte de las autoridades estatales correspondientes.

Si se toma la omisión a realizar las actividades adecuadas con fundamento legal en la ley 1333 de 2009, con base en que la Constitución tiene un carácter ecológico, y que con el artículo 90 responderá por todo daño antijurídico, pues el Estado incurre en fallas en el servicio con el régimen subjetivo, pues teniendo el deber de actuar no lo hace.

Jurisprudencialmente no se ha condenado al Estado por los daños antijurídicos imputables a Él cuando de daños ambientales dentro de reparaciones directas cuando no se toca el patrimonio de un individuo. Si la reparación directa requiere la existencia de un patrimonio perjudicado por el daño ocasionado, pues esta acción no sería eficaz para proteger a este último. A menos que sea presentada el mecanismo de control, por otra autoridad pública. Adicionalmente. Se debe pensar más allá, y considerar las acciones de la ley 1333 de 2009 como las posiblemente adecuadas para obtener esos fines protectores, preventivos y precautorios.

Pero si estas últimas de igual forma no hacen responsable patrimonialmente al Estado como lo dicta el artículo 90, existiría una omisión legislativa consistente en la inexistencia de una acción que permita proteger al medio ambiente, a través de una reparación directa, donde no concurra algún patrimonio individual. ¿Es posible tomar al medio ambiente como sujeto de derechos y decretar que su patrimonio sea deteriorado con alguna acción u omisión del Estado o los particulares? De esa manera el daño causado sería imputable al Estado si Este es el que causó el daño, ya sea bajo el título de daño especial, riesgo excepcional o falla en el servicio.

Por ello, en casos tales como los que aquí se han expuesto, en los que el Estado otorga una concesión (actuación irregular), que generaría un daño al medio ambiente (daño), por

el otorgamiento de dicha concesión (nexo causal) pudiera imputarse la responsabilidad del Estado.

Referencias

Aguilera Vásquez, M., Aliberti, C., Álvarez Pinzón, G. L., Casellano Prats, J. L., Corzo Virviescas, A., Echeverry Restrepo, C., . . . Restrepo Puentes, M. T. (2007). *Lecturas sobre derecho del medio ambiente. Tomo VII.* Universidad Externado de Colombia.

Alonso, D., Sierra Correa, P. C., Arias Isaza, F., & Fontalvo, M. L. (2003). *Conceptos y Guía Metodológica para el Manejo Integrado de las Zonas Costeras en Contreras.* Santa Marta: Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras. José Benito Vives De Andréis - INVEMAR. Recuperado el 19 de Noviembre de 2016, de http://www.invemar.org.co/redcostera1/invemar/docs/1382mizc.pdf

Alonso, M. C., & Leiva-Ramírez, E. (2011). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Estudios Socio-Jurídicos*, 77-106. Recuperado el 10 de Enero de 2017, de http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1761/1586

Amaya Navas, O. D., Azuela de la Cueva, A., Uribe Quintero, A., Cardona González, Á. H., Gómez, D., Henao Pérez, J. C., . . . Zornosa Prieto, H. E. (2000). *Responsabilidad por daños al medio ambiente.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Arenas, H. A. (2013). *El régimen de responsabilidad objetiva* (Primera ed.). Colombia: Legis S.A.

Ariza, A. (2011). *Análisis de los mecanismos judiciales para la protección del derecho al ambiente sano en las costas colombianas. Caso Santa Marta.* V Conferencia Internacional de Manejo Integrado de Zonas Costeras. Caricostas .

Armenta, A. M. (2008). El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: el título jurídico de la imputación. *VÍA JURIS 6*(6), 88-112. Recuperado el 15 de Julio de 2016, de file:///C:/Users/Acer/Downloads/Dialnet-ElRegimenDeLaResponsabilidadPatrimonialDelEstadoEn-3293455%20(5).pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (27 de Julio de 2012). Resolución 66/288. *El futuro que queremos*. Río de Janeiro , Brasil . Recuperado el 12 de Septimbre de 2015, de http://www.pnuma.org/sociedad_civil/documents/reunion2012/CIVIL%20SOCIETY%20PARTICIPATION/20120727%20Rio+20%20Documento%20El%20futuro%20que%20queremos.pdf

Asamblea Nacional Constituyente Francesa. (26 de Agosto de 1789). Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. París, Francia. Recuperado el 30 de Julio de 2016, de https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/4855/4251

Bellmont, Y. (2011). El concepto de justicia ambiental por Yary Daydy Bellmont. En *Elementos para una teoría de la justicia ambiental y el estado ambiental de derecho* . Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigadores Gerardo Molina UNIJUS.

Bon, P. (2003). La Constitución Española en el marco del constitucionalismo contemporáneo. (B. G. Pedro, Trad.) *Revista Española de Derecho Constitucional, 69*, 13-29. Recuperado el 3 de Enero de 2017, de file:///C:/Users/Acer/Downloads/Dialnet-LaConstitucionEspanolaEnElMarcoDelConstitucionalis-802669.pdf

Botero, L. (2008). Aspectos novedosos de la contratación estatal y de la responsabilidad del Estado. En L. Botero, *Elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado en el nuevo orden constitucional.* Sello editorial Universidad de Medellín .

Briceño Chavez , A., Brun, P., Burgos Guzman , F. H., Cafferatta, N., Henao , J. C., Lopez Jimenez , C., . . . Montes Cortes, C. (2009). *Daño ambiental. Tomo II* . Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Primera Edición .

Briceño, A. (2009). Aproximaciones a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental. Dos años en un mismo esquema de responsabilidad en Daño Ambiental. En *Lecturas sobre Derecho del medio ambiente* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia .

Carrillo, J. M. (2006). Del patrimonio público. Una aproximación al concepto y a su contendio. *Revista Prolegómenos Valores y Derechos*. Recuperado el 18 de Agosto de 2016, de www.redalyc.org/pdf/876/87601702.pdf

Casas, S. (2002). Responsabilidad por daños al medio ambiente. En *Lecturas sobre Derecho del medio ambiente* (págs. 133-178). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Clérico, L. (2001). Die Struktur der Verhältnismässikeit. Ed. Nomos Verlagsgesellschaft. En M. L. Ibagón, *Blog de Derecho Administrativo. El principio de proporcionalidad como determinante de la actuación administrativa. 2014.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de http://deradministrativo.uexternado.edu.co/el-principio-de-proporcionalidad-como-determinante-de-la-actuacion-administrativa/#_ftnref2

Comisión Plenaria, Asamblea Nacional Constituyente. (14 de Junio de 1991). *Plenaria, Asamblea Nacional Constituyente.* Bogotá-Colombia: Presidencia de la República. Asamblea Nacional Constituyente.

Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Mayo 6 de 1991.* Bogota: Presidencia de la República. Centro de información y sistemas para la preparación de la Asamblea Nacional Constituyente.

Constitución Política de Colombia. (5 de Agosto de 1886). [Derogada]. Colombia. Obtenido de http://www.bdigital.unal.edu.co/224/36/constitucion_de_la_republica_1886.pdf

Constitución Política de Colombia. (4 de Julio de 1991). *Const.* Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.

Contraloría General de la República. (2008). Proyecto de ley. *por el cual se regula el ejercicio del control fiscal con base en los artículos 119, 267, 268 Nro. 9, 12 así como 272 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. Artículo 8.

Convención Americana de Derechos Humanos. (7-22 de Noviembre de 1969). San José, Costa Rica. Recuperado el 17 de Febrero de 2015, de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

COP (Coference Of Part/Conferencia de las Partes). (30 de Noviembre de 2015). COP 21 Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climámito. París, Francia .

COP (Conference Of Part/Conferencia de las Partes). (7-18 de Noviembre de 2016). COP22 Confencia de las Partes. Marrakech, Marruecos. Obtenido de http://cop22.ma/es/#whatscop/post/161

COP (Conference Of the Parties /Conferencia de las Partes). (28 de Marzo de 1995). COP1. *Conferencia de las Partes de la Convención Marco Sobre Cambio Climático*. Berlin, Alemania. Recuperado el 30 de Agosto de 2015, de http://unfccc.int/resource/docs/spanish/cop1/g9561560.pdf

COP 1(Conference Of Part/COnferencia de las Partes). (6-17 de Noviembre de 1995). Convenio de de Diversidad Bilógica. Yakarta. Recuperado el 27 de Octubre de 2015, de https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-02/official/cop-02-01-add1-es.pdf

Correa, R. S. (2011). *Seminario internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* Bogotá: Consejo de Estado. Recuperado el 23 de Agosto de 2015, de Correa, R. S. (2011). Seminario internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá: Consejo de Estado . http://contraloriarmenia.gov.co/files/editor/files/LEY%201437%20DE%202011(1).pdf

Da Silva, J. A. (2003). *Aplicabilidad de las normas constitucionales. Traducido al español por Nuria González.* Mexico, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.

Departamento Nacional de Planeación. (2008). Elementos Básicos para el Manejo Integrado de Zonas Costeras. Bogotá, Colombia. Recuperado el 15 de Diciembre de 2016, de http://www.oceandocs.org/bitstream/handle/1834/6638/MIZC_DNP_ElementosBasicos.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Díez-Picazo, L. (2000). Culpa y Riesgo en la responsabilidad civil extracontractual. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid*, 153-166. Recuperado el 13 de Diciembre de 2016, de

https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/culpa%20y%20riesgo%20en%20la%20responsabilidad%20civil.pdf

Dromi, J. R. (1980). *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública.* Bogotá Colombia: Temis.

Dueñas, O.J. (2015). *Lecciones de hermenéutica jurídica.* Bogotá Colombia: Editorial Universidad Del Rosario.

Echeverry, C. A. (2013). *La sanción ambiental. Régimen jurídico en Colombia.* Librería Jurídica Sánchez R LTDA.- Pontificia Universidad Javeriana.

Enciclopedia jurídica básica . (1995). *Enciclopedia jurídica básica* . Madrid : Civitas.

Enciclopedia universal ilustrada europeo-americana . (1913). *Enciclopedia universal ilustrada europeo-americana* . Madrid: Espasa-Calpe.

Enciclopedia universal ilustrada europeo-americana. (1923). *Enciclopedia universal ilustrada europeo-americana.* Madrid: Espasa-Calpe.

Esguerra, J. C. (2008). *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho. VIII. Tomo Procesos Constitucionales Orgánicos.* Mexico D.F : Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Derecho Procesal Constitucional Marcial Pons .

Figueroa, G. (2010). Duplicidad interpretativa. Interpretación jurídica en general e interpretación contitucional en particular. *Revista de fundamentación jurídica*.

García, E. (2007). *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el derecho español* . Navarra: Arazandi S.A .

Gaviria, E. (2005). *Derecho Internacional Público* (Sexta ed.). Colombia: Temis S.A.

Gil, E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado.* Bogotá: Temis.

Gil, E. (2014). *La Constitucionalización del derecho de daños: nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.

Gómez Lee, M. I., Gonzalez Villa, J. E., Guayacan Ortiz, J. C., Hutchinson, T., Macias, L. F., OsorioSierra, A., . . . Tirano Robles, C. (2007). Responsabilidad por daños ambientales

transfronterizos. Responsabilidad estatal por omisión en cuestiones ambientales. Protección penal del medio ambiente. Daño ambiental hacia una reflexión conceptual desde la filosofía y el derecho ambiental. En *Daño Ambiental Tomo I.* Universidad Externado de Colombia. Primera Edición.

Gómez, F. (2008). Constitución Politica de Colombia. Leyer.

Gomis, L. (1998). *Responsabilidad por daños al medio ambiente.* Aranzadi S.A.

González, M. (2007). *Derecho Procesal Administrativo.* Colombia: Universidad Libre de Colombia.

Güechá, C. (2014). *Derecho procesal administrativo.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Güechá, C. (2012). *Responsabilidad del Estado por actos de terrorismo.* Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Güechá, C. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del estado. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores.* [P. 95-109] Recuperado de http://www.ustatunja.edu.co/ustatunja/files/Investigaci%C3%B3n/iter_ad_veritatem_9_2011-1.pdf

Günther, J. (1977). Regressverbot beim Erfolgsdelikt.Zugleich eine Untersuchung zum Gruñd der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89. En S. SU-1182, *Corte Constitucional.* [MP. Eduardo Montealegre Lynett]. Recuperado el 26 de Octubre de 2016, de www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1184-01.htm

Henao, J. C. (4 y 5 de Octubre de 1996). *La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia.* Obtenido de biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1392/12.pdf

Henao, J. C. (1998). *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (2007). Prólogo. En J. C. Henao, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ibagón, M. (2001). *Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia.* Obtenido de https://archivos.juridicas.unam.mx

Ibagón, M. (2014a). *EL principio de Estado de Derecho y los contratos estatales. La forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ibagón, M. (18 de Marzo de 2014b). *Blog Derecho Administrativo.* Obtenido de http://deradministrativo.uexternado.edu.co/el-principio-de-proporcionalidad-como-determinante-de-la-actuacion-administrativa/#_ftnref2

Instituto de investigaciones marítimas y costeras "José Benito Vives de Andréis" INVEMAR. . (2003). *Conceptos y guía metodológica para el manejo integrado de zonas costeras en Colombia manual 1: preparación, caracterización y diagnóstico.* Santa Marta: Instituto de investigaciones marítimas y costeras "José Benito Vives de Andréis" INVEMAR.

Invemar. (Noviembre de 2006). *Informe del Estado de los ambientes marinos y costeros en Colombia: año 2005.* Santa Marta: Invemar.

Jaquenod, S. (2014). *Antropología Ambiental. Conflictos por recursos natuculturales y vulnerabilidad de poblaciones.* Madrid: Dykinson.

Jiménez, W. (2010). *La teoria del campo jurídico de Pierre Bourdieu. Aplicación a un caso práctico del Derecho colombiano.* Obtenido de http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LA%20TEORIA%20DEL%20%20CAMPO%20JURIDICO%20%20DE%20PIERRE%20BOURDIEU.pdf

Juste Ruiz, J. (2005). *La práctica internacional en materia de responsabilidad por accidentes industriales catastróficos.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta. Acción Popular Ref.47-001-3331-004-2013-00205-00. (31 de Agosto de 2016). [Juez. Manuel Mariano Rumbo Martínez], Santa Marta-Magdalena, Colombia.

Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta. Acción Popular Rad. 2008-00174. (8 de Octubre de 2014). [Juez: Roxana Isabel Angulo Muñoz].

Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho.* Argentina: Eudeba. Universidad de Buenos Aires.

Lázaro, T. (2005). *Derecho internacional del medio ambiente* . Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

Ley Fundamental de la República Federal Alemana. (2010). (U. J. Prof. Dr. Ricardo García Macho, & D. H. Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Trads.) Berlín, Alemania: Deutscher Bundestag Alemán Sección de Relaciones públicas Platz der Republik. Recuperado el 20 de Octubre de 2016, de https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf

Luna, L. A. (1981). *Lo Contencioso Administrativo.* Bogotá: Librería del profesional.

Macías, L. (1998). *Introducción al derecho ambiental.* Colombia: Legis S.A.

Manzano, J. J. (2011). *La cuestión ambiental y la transformación de lo Público.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

Marí, E. (2015). *La interpretación de la ley.* Editorial universitaria de Buenos Aires.

Martín, C. (2011). *El derecho a la reparación en los conflictos socio-ambientales.* Universidad Santo Tomás.

Medina, L. (2005). *La responsabilidad Patrimonial por acto Administrativo.* España: Thompson, Civitas, Editorial Arandazi S.A.

Mazeaud, H. (2012). *Métodos de trabajo*. [Traducido al español de Méthodes de travail] Traducido por Pérez Oswaldo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Méndez, C. (2001). *Metodología, diseño y desarrollo del proceso de investigación.* Mac Graw Hill.

Mesa Cuadros, G., Ortega Guerrero, G., Parra Hinojosa, A., Ortiz Gutiérrez, F., Silva Porras, B. H., Lozano, Y. A., . . . Rodríguez, C. D. (2010). *Debates ambientales contemporáneos.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (Enero de 2016). Informe de Gestión 2015. Bogotá, Colombia.

Ministerio de Medio Ambiente. (2015). Política Nacional del Océano y de los espacios costeros (PNOEC), Comisión Colombiana del Océano 2015. Bogotá, Colombia.

Ministerio de Medio Ambiente y desarrollo Sostenible. (2000). Política Nacional ambiental para el Desarrollo Sostenible de los Espacios Oceánicos y las Zonas Costeras e Insulares de Colombia. (PNAOCI). Bogotá, Colombia. Obtenido de http://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidadyServiciosEcosistemicos/pdf/Normativa/Politicas/4268_161009_polit_zonas__costeras_pnaoci.pdf

Muelle, A. M. (2012). *El principio de precaución y su aplicabilidad en las aguas de lastre en Colombia.* Universidad Sergio Arboleda .

Muñoz, R. (2009). *La protección del medio ambiente marino, insular y costero y el caso de las islas del archipiélago de nuestra señora del Rosario.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Primera Edición.

Muriel, J. H. (2011). ¿La concesión portuaria como una modalidad de privatización? *Pensamiento jurídico*.

Muriel, J. H. (7 de Enero de 2017). Dialogo sobre el Proyecto de Ley. Contraloría General de la República. Valoración de daños ambientales. 2008. Bogotá, Colombia.

Naciones Unidas. (5-16 de Junio de 1972). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Estocolmo.

Naciones Unidas. (2003). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. *Actas resumidas de las sesiones del quincuagésimo quinto período de sesiones 5 de mayo - 6 de junio y 7 de julio - 8 de agosto de 2003, 1*.

Nader, R. (2010). Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. *Advocatus*, 55-71. Recuperado el 6 de Agosto de 2015, de http://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/viewFile/144/138

Navia, F. (2000). La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política. *Revista de Derecho Privado*(6), 211-231. Recuperado el 8 de enero

de 2017, de file:///C:/Users/Acer/Downloads/Dialnet-LaResponsabilidadExtracontractualDelEstadoALaLuzDe-3253555%20(4).pdf

Ochoa, R. (2011). *Bienes.* Bogotá: Temis.

Organización de las Naciones Unidas . (29 de Noviembre de 1969). Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por los daños causados por la contaminación de las Aguas del Mar por hidrocarburos. Bruselas, Bélgica. Recuperado el 23 de Agosto de 2015, de http://www.respel.cl/ResiduosPeligrosos/documentos_respel/CONVENIO%20INTERNACIONAL%20SOBRE%20RESPONSABILIDAD%20CIVIL%20CONTAMINACION%20DEL%20MAR%20.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (30 de Abril de 1982). Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CDM, CONVEMAR o CNUDM).

Organización de las Naciones Unidas. (24 de Marzo de 1983). Protocolo 197. *Protocolo de cooperación para combatir los derrames de hidrocarburos en la región del Gran Caribe*. Cartagena, Colombia.

Organización de las Naciones Unidas. (3 de Junio de 1992). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD). Río de Janeiro.

Organización de las Naciones Unidas. (20-22 de Junio de 2012). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible Río+20 "El futuro que queremos". Río de Janeiro.

Organización de Naciones Unidas. (1958). Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Ginebra, Suiza.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (27 de Junio de 1989). Convenio No. 169. *Sobre pueblos indígenas y tribales*. Ginebra.

Organización Marítima Internacional. (6 de Marzo de 1948). Convención relativa a la Organización Consultiva Inetergubernamental (OCMI). Ginebra.

Organización Marítima Internacional. (2 de Noviembre de 1973). Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques, MARPOL 73/78. Londres.

Organización Marítima Internacional. (30 de Noviembre de 1990). Convenio Internacional sobre preparación, respuesta y cooperación ante la contaminación por Hidrocarburos. Londres, Inglaterra.

Orjuela, L. J. (2011). Documentos del departamento de ciencia política. Constitución de 1991. 20 años. Logros y pendientes. En L. Orjuela, *Así era el país en el que nació la Carta del 91 ¿Por qué y para qué se llegó a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente?* (pág. 6). Bogotá: Departamento de ciencia política. Facultad de ciencias sociales. Universidad de los Andes.

Padres de la Constitución. (31 de Octubre de 1978). Constitución Política de España. Madrid, España. Obtenido de www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf

Palacio, J. A. (2013). *Derecho Procesal Administrativo.* Bogotá: Librería Juridica Sánchez R LTDA.

Penagos, G. (2009). *Bases jurídico políticas del Derecho Administrativo. El Consejo de Estado francés-origen del Derecho Administrativo.* Bogotá: Doctrina y Ley.

Pérez, M. (Septiembre-Diciembre de 1999). La responsabilidad patrimonial del Estado en la justicia administrativa. *Algatos, 43*, 577-591. Obtenido de http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/39/43-05.pdf

Ponce de León, V. (2015). La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. *Revista Chilena de Derecho, 42*(3), 843-871. Obtenido de http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v42n3/art05.pdf

Quintero, G. (2007). Regímenes especiales de responsabilidad. En R. Márquez, *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México* (págs. 455-460). Universidad Autónoma de México. Obtenido de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2499/23.pdf

RAE. Real Academia de la Lengua Española. (23 de octubre de 2016). *Diccionario de la Real Academia de la lengua Española*. Obtenido de http://dle.rae.es/?id=WCqQQIf

Ramos, J. (1994). *Responsabilidad extracontractual del Estado.* Cali: Universidad Libre Departamento de Publicaciones.

Ramos, J. (2004). *Fundamentos de la responsabilidad extracontractual de la administración pública.* Colombia: Leyer.

Recaséns, L. (1981). La interpretación juridica según Luis Recaséns Siches. *La interpretación juridica según Luis Recaséns Siches*, 75-88.

Remmert, B. (1995). Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbote. Ed. C.F. Müller Juristischer Verlag. En J. H. Muriel, *2011 ¿La concesión portuaria como una modalidad de privatización?* Bogotá: Revista Pensamiento Juíridico.

Rodríguez, G. A., Ovalle Bracho, M. L., Castro de Perez, Z. N., Diazgranados Quimbaya, L. A., Agudo Gonzalez, J., Rudo Gomez, M., . . . Ochoa Miranda, M. (2012). Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo Público. En *Derechos ambientales en las Constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia. Introducción al principio de precaución. El ambiente y los servidores públicos. Una aproximación desde la responsabilidad de la gestión pública.* Bogotá: Universidad del Rosario. Primera Edición.

Rodríguez, L. (2013). *Derecho Administrativo General y Colombiano.* Bogotá: Temis.

Rojas, S. (2012). *La responsabilidad civil por afectaciones ambientales* . Bogotá : Ibañez. Colección ambiente y desarrollo sostenible.

Ruíz, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes* (Tercera ed.). Bogotá: Ecoe Ediciones. Obtenido de http://site.ebrary.com.bdatos.usantotomas.edu.co:2048/lib/bibliotecaustasp/detail.action?docID=11217359&p00=responsabilidad+del+estado

Santofimio, J. (2003). *Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Introducción a los conceptos de la administración pública y el Derecho Administrativo.* Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Saux, E. I., & Müller, E. C. (2005). *Responsabilidad civil contractual y aquiliana.* Santa Fe, Argentina: Universidad Nacional del Litoral. Obtenido de https://books.google.com.co/books?id=3SXMJ26jV8sC&pg=PA2&lpg=PA2&dq=Saux,+Edgardo+Ignacio;+M%C3%BCller,+Enrique+Carlos&source=bl&ots=KcrP_nh1RW&sig=IuAmiUZ-pfTJ5-uczfG97mopQBo&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiMsbOXkODRAhWE4SYKHVBnDg0Q6AEIGzAA#v=onepage&q=Saux%2C%20

Savigny, F. K., Eichorn, J. M., Gierke, O. V., & Stammler, R. (1908). *Sobre el fin. De la resvista de la escuela histórica.* (R. Atard, Trad.) Madrid: Librería general de Victoriano Suárez.

Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada. (8 de Mayo de 1843). Constitución de la República de la Nueva Granada. *Const,*. Bogotá, Colombia.

Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada. (20 de Mayo de 1853). Constitución Política de la Nueva Granada. Bogotá, Colombia.

Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada. (22 de Mayo de 1858). Constitución para la Confederación Granadina. Bogotá, Colombia.

Sociedad de Naciones. (1930). Conferencia de Codificación de Derecho Internacional. La Haya.

Stammler, R. (1908). *Sobre el método de la teoría histórica del Derecho.* Madrid: Librería general de Victoriano Suárez.

Starck, C. (2003). *La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático.* Madrid: Centro de estudiso políticos y constitucionales.

Tamayo, J. (2011). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Vol. I). Colombia: Legis S.A.

Tamayo, J. (2012). *La responsabilidad del Estado. El daño antijurídico. Constitución política, Art 90 El riesgo excepcional y las actividades peligrosas.* Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKÉ.

Tribunal de Justica, Sala Segunda de la Comunidad Europea. Asunto Numero C-282/02. (2 de Junio de 2005). [Presidente de la Sala: Sr. C.W.A Timmermans], [Presidente de la Sala y Juez Ponente: Silva de Lapuerta].

Velásquez, C. (2012). *Responsabilidad contractual y extracontractual del Estado.* Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Velásquez, M. (2003). *Dominio Marítimo de Colombia.* Medellín: Centro de estudios Procer. Fundación alemana Hanns Seidel. Escuela de tecnología de Antioquia y Fundación Progreso Colombia.

Vidal, J. (2009). *Derecho Administrativo* (Decimotercera ed.). Bogotá: Legis S.A.

Weber, M. (2013). *Política y ciencia y otros ensayos de sociología. La modernidad y racionalización del poder y del derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber.* Granada: Comares.

Zacklin, R. (1975). *El derecho de mar y en evolución: La contribución de los países americanos.* Fondo de Cultura Económica.

Legislación expedida por el Honorable Congreso de la República de Colombia

Congreso de Colombia. (13 de Diciembre de 1913). *Ley 130*. Recuperado el 2 de FEBRERO de 2015, de https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/ley_0130_1913.htm

Congreso de la República de Colombia. (26 de Mayo de 1887). Código Civil. *[Ley 57 de 1887]*. Bogotá, Colombia: DO: 7019. Recuperado el 24 de ENERO de 2015, de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1789030

Congreso de la República de Colombia. (19 de Diciembre de 1973). Ley 23. *Por el cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras*

disposiciones. Recuperado el 4 de 8 de 2014, de http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1593506?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0

Congreso de la República de Colombia. (30 de Septiembre de 1974). Ley 6. *por la cual se aprueba la Convención relativa a la Organización Consultiva Maritima Intergubernamental, firmada en Ginebra el 6 de marzo de 1948*. DO: 23.095. Obtenido de http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1561627?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0

Congreso de la República de Colombia. (23 de Diciembre de 1987). Ley 56. *Por medio de la cual se aprueban el "Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe" y el "Protocolo relativo a la Cooperación para Combatir los Derrames de Hidrocarburos en la Región del Gran Caribe*. DO: 38.162. Recuperado el 13 de Diciembre de 2014, de http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1609272?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0

Congreso de la República de Colombia. (7 de Noviembre de 1989). Ley 55. *Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos de 1969 y su Protocolo de 1976.* DO: 39.054. Recuperado el 5 de Diciembre de 2015, de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1608573

Congreso de la República de Colombia. (12 de Agosto de 1993). Ley 62. *Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias*. DO: 40.987. Recuperado el Diciembre de 2016, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0062_1993.html

Congreso de la República de Colombia. (22 de Diciembre de 1993). Ley 99. *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. Bogotá, Colombia: DO: 41146. Recuperado el 8 de Diciembre de 20165, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html

Congreso de la República de Colombia. (27 de Octubre de 1994). Ley 164. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992.* Bogotá, Colombia: DO: 41.575. Recuperado el 4 de Septiembre de 2015, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0164_1994.html

Congreso de la República de Colombia. (9 de Noviembre de 1994). Ley 165. *or medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Diversidad Biológica", hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.* DO: 41.589. Recuperado el 4 de Diciembre de 2015, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0165_1994.html

Congreso de la República de Colombia. (7 de Marzo de 1996). Ley 270. Bogotá. doi:42745

Congreso de la República de Colombia. (21 de Enero de 1997). Ley 356. *Por medio de la cual se aprueban el "protocolo relativo a las áreas de flora y fauna silvestres especialmente protegidas del convenio para la protección y desarrollo del medio marino de la región del gran caribe" Hecho de Kingston el 18 del 01 de 1990(..)*. DO:42966, Colombia. Recuperado el 15 de Diciembre de 2016, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0165_1994.html

Congreso de la República de Colombia. (5 de Agosto de 1998). Ley 472. *Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia: DO: 43.357. Recuperado el 12 de Diciembre de 2015, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html

Congreso de la República de Colombia. (13 de Enero de 1999). Ley 491. *Por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el código penal y se dictan otras disposiciones*. 40.477. Recuperado el 6 de Diciembre de 2015, de www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0491_1999.html

Congreso de la República de Colombia. (27 de Diciembre de 2000). Ley 629. *Por medio de la cual se aprueba el "Protocolo de Kyoto de la convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático" hecho en Kyoto el 11 de diciembre de 1997*. DO: 44.272. Recuperado el 10 de Diciembre de 2016, de www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=21971

Congreso de la República de Colombia. (21 de Julio de 2009). Ley 1333. *Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia: DO: 47.417. Recuperado el 30 de Diciembre de 2015, de www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1333_2009.html

Congreso de la República de Colombia. (18 de Enero de 2011). Ley 1437. *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá, Colombia: DO: 47.956. Recuperado el 12 de Noviembre de 2015, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Congreso Nacional. (15 de Noviembre de 1918). Ley 38. *Sobre la manera de hacer efectivo el derecho de indemnización por expropiaciones ejecutadas por autoridades administrativas*. Bogotá. Recuperado el 23 de 4 de 2015, de http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1593506?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0

Decretos expedidos por la Honorable Presidencia de la República

Presidencia de la República de Colombia. (9 de Octubre de 1957). Decreto 0251. *Por el cual se sustituye el Artículo 12 del texto indivisible sobre reforma a la Constitución Nacional, sometido a plebiscito mediante el Decreto legislativo número 0247 de 1957*. DO: 29.520.

Presidencia de la República de Colombia. (9 de Marzo de 1964). Decreto 528. *Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones.* DO: 31.330.

Presidencia de la República de Colombia. (18 de Diciembre de 1974). Decreto 2811. *Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*. Bogotá, Colombia: DO: 34.243.

Presidencia de la República de Colombia. (2 de Agosto de 1979). Decreto 1875. *Por el cual se dictan normas sobre la prevención de la contaminación del medio marino y otras disposiciones*. Obtenido de http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/app/decretos/25-dec_1875_1979.pdf

Presidencia de la República de Colombia. (2 de Enero de 1984). Decreto 01. *Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*. DO: 36439. Obtenido de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6543

Presidencia de la República de Colombia. (26 de Junio de 1984). Decreto 1594. *Por el cual se reglamenta parcialmente el título I de la ley 09 de 1979, así como el capítulo II del título VI parte III libro II y el título III de la parte III libro I del decreto 2311 de 1974 en cuanto al uso de agua y residuos líquidos*. Bogotá, Colombia: DO: 36.700.

Presidencia de la República de Colombia. (18 de Septiembre de 1984). Decreto 2324. *[Decreto 2324], DO: 36.780*. Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (3 de Marzo de 1987). Decreto 423. *Por el cual se agrupan los Servicios Especializados de Policía de Control de Sustancias que producen Adicción Física o Psíquica y el Servicio Aéreo de la Policía Nacional*. DO: 37.798.

Presidencia de la República de Colombia. (5 de Junio de 1995). Decreto 948. *Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 23 de 1973, los artículos 33, 73, 74, 75, y 76 del decreto ley 2811 de 1974; los artículos 41, 42, 43, 44, 45, 48, 49 de la ley 9 de 1979 y la ley 99 de 1993 en relación con la prevención y control (...)*. Bogotá, Colombia: DO: 41.876.

Presidencia de la República de Colombia. (28 de Febrero de 2006). Decreto 623. *Por el cual se declaran sin vigencia para Colombia el "Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por*

Hidrocarburos", hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1969, y el "Protocolo (...). DO: 46.199.

Presidencia de la República de Colombia. (1991). Decreto 2700. Bogotá. Recuperado el 7 de Julio de 2015, de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1774206

Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sala de Casación, Sentencia del 29 de Julio de 1947. (29 de Julio de 1947). [CP. Gustavo A. Valbuena], Bogotá, Colombia. Recuperado el 18 de Noviembre de 2016, de https://sites.google.com/site/cordepbol/sentencia-el-siglo-s-a

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 11001-03-06-2010-00071-00. (29 de Abril de 2014). [CP. Hernán Andrade Rincón]. Recuperado el 26 de Septiembre de 2016, de http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_092b206fcb3e0262e0530a0101510262

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Adminisitrativo, Sección Primera. Radicado No. 13001-23-31-000-1994-9935-01 (3100). (23 de Marzo de 2001). [CP. Manuel Santiago Urueta Ayola], Bogotá, Colombia. Recuperado el 28 de Octubre de 2016, de https://www.dropbox.com/s/pl85kabj57kaxeu/13001-23-31-000-1994-9935-01%283100%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Exp. 52001-23-31-000-2004-00092-01(AP). (22 de Febrero de 2007). [CP. Ruth Stella Correa Palacio]. Recuperado el 8 de Enero de 2016, de https://www.dropbox.com/s/f76fkv2owctecy6/52001-23-31-000-2004-00092-01%28AP%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, radicado 52001-23-31-000-1999-00518-91. (7 de Abril de 2011). [CP. Mauricio Fajardo Gómez].

Recuperado el 18 de Marzo de 2016, de https://www.dropbox.com/s/pm2cd4fan7nx4nb/52001-23-31-000-1999-00518-01%2820750%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicado 5408. (22 de Agosto de 1989). [CP. Antorio José de Irisarri Restrepo]. Recuperado el 29 de Enero de 2016, de https://www.dropbox.com/s/6lmu2bbsqegy0y2/166-CE-SEC3-EXP1989-N5408.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Rad. 25000-23-25-000-2003-91193-01(AP). (24 de Noviembre de 2011). [CP. María Elizabeth García González], Bogotá, Colombia. Recuperado el 29 de Enero de 2016, de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:hiTi0WVgmn8J:www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/244_CE-SEC1-RAD-91193-01.doc+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=co

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Expediente 25000-23-26-000-1994-00158-01(14721). (4 de Junio de 2008). [CP. Ramiro Saavedra Becerra], Bogotá, Colombia. Recuperado el 6 de Febrero de 2016, de https://www.dropbox.com/s/wgfv804pslni50s/25000-23-26-000-1994-00158-01%2814721%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Exp. 25000-23-26-000-2003-01881(38738). (12 de Noviembre de 2014). [CP. Hernán Andrade Rincón]. Recuperado el 20 de Febrero de 2016, de https://www.dropbox.com/s/xfo02wk13bysvmh/25000-23-26-000-2003-01881-01%2838738%29%20%281%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Exp. 76001-23-31-000-2000-00550-01(29312). (9 de Abril de 2014). [CP. Carlos Alberto Zambrano Barrera], Bogotá, Colombia. Recuperado el 5 de Junio de 2016, de https://www.dropbox.com/s/2oeisfxcjmfxst9/76001-23-31-000-2000-00550-01%2829312%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Rad. 52001-23-31-000-1998-00092-01(38335). (5 de Octubre de 2016). [CP. Martha Nubia Velásquez Rico]. Recuperado el 18 de Agosto de 2016, de https://www.dropbox.com/s/837wt5i0r3q6je2/52001-23-31-000-1998-00092-01%2838335%29%20%281%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Exp. 25000-23-26-000-1997-14961-01(28373). (29 de Agosto de 2014). [CP. Danilo Rojas Betancourth]. Recuperado el 7 de Septiembre de 2016, de https://www.dropbox.com/s/u27eypwlh3q0sul/25000-23-26-000-1997-14961-01%2828373%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Exp. 25000-23-26-000-1997-04813-01. (15 de Febrero de 2012). [CP. Olga Melida Valle De De La Hoz], Bogotá, Colombia. Recuperado el 7 de Octubre de 2015, de https://www.dropbox.com/s/vjz2osrsjv92lbn/25000-23-26-000-1997-04813-01%2820880%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Rad. 13001-23-31-000-2001-00051-01(AP). (6 de Marzo de 2013). [CP. Enrique Gil Botero]. Recuperado el 19 de Diciembre de 2015, de https://www.dropbox.com/s/k8ixp3w088tkd12/13001-23-31-000-2001-00051-01%28AP%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Rad. 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107). (10 de Diciembre de 2014). [CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa], Colombia. Recuperado el 26 de Noviembre de 2016, de http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/23001233100020120000401.pdf

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera y Subsección A. Rad.: 52001233100019980009702 32.618. (14 de Septiembre de 2015). [CP. Hernán Andrade Rincón], Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A. Exp. 16.402. (3 de Octubre de 2007). [CP. Mauricio Fajardo Gómez], Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Rad. 3001-23-31-000-2006-01891-01(40341). (8 de Noviembre de 2016). [CP. Hernán Andrade Rincón].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Rad. 63001-23-31-000-2001-00244-01(38555). (24 de Octubre de 2016). [CP. Martha Nubia Velásquez Rico], Bogotá, Colombia. Recuperado el 8 de Diciembre de 2016, de https://www.dropbox.com/s/b0kv6z4kb6b9h5j/63001-23-31-000-2001-00244-01%2838555%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Rad. 760001-23-31-000-2007-00427-01(44351). (21 de Septiembre de 2016). [CP. Carlos Alberto Zambrano Barrera]. Recuperado el 7 de Diciembre de 2016, de https://www.dropbox.com/s/23ml2y9zjwshum7/76001-23-31-000-2007-00427-01%2844351%29.DOC?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C. Rad. 25000-23-26-999-2004-00410-02(34818). (16 de Mayo de 2016). [CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]. Recuperado el 8 de Noviembre de 2016, de https://www.dropbox.com/s/l0akqnqsov7sgzy/25000-23-26-000-2004-00410-02%2834818%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. radicación 7141. (22 de Octubre de 1992). [CP. Daniel Suárez Hernández], Bogotá, Colombia. Recuperado el 9 de Abril de 2016, de https://www.dropbox.com/s/1tr0zvfiyyemc1x/114-CE-SEC3-EXP1992-N7141.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 10392. (25 de Septiembre de 1997). [CP. Jesús María Carrillo Ballesteros], Bogotá, Colombia. Recuperado el 6 de Octubre de 2015, de http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=ce-sca-sec3-11-feb-2009.pdf

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 4655. (20 de Febrero de 1989). [CP. José Antonio de Irrisari Restrepo], Anales Tomo 116, números 499 y 500, primer semestre, volumen 1, p. 1410 y ss., Bogotá Colombia. Recuperado el 17 de Agosto de 2015, de https://www.dropbox.com/s/d2ukwx8lju36hpt/1397-CE-SEC3-1989-02-20.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 5451. (24 de Mayo de 1990). [CP. Julio César Uribe Acosta], Bogotá, Colombia. Recuperado el 12 de Abril de 2016, de https://www.dropbox.com/s/uvb30xkllywy5ev/845-CE-SEC3-EXP1990-N5451.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 3253. (21 de Febrero de 1985). [CP. Jorge Valencia Arango], Bogotá, Colombia. Recuperado el 22 de Febrero de 2015, de https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._n3253_de_1985.aspx#!/viewer

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 6.454. (27 de Junio de 1991). [CP. Julio César Uribe Acosta], Bogotá, Colombia. Recuperado el 22 de Junio de 2016, de https://www.dropbox.com/s/6c01jyfsxvaxaqa/CE-SEC3-EXP1991-N6454.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 66001-23-31-000-1996-03099-01. (6 de Marzo de 2008). [CP. Ruth Stella Correa Palacio]. Recuperado el 28 de Abril de 2016, de https://www.dropbox.com/s/vxanawr2buwudpx/66001-23-31-000-1996-03099-01%2814443%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 8163. (13 de Julio de 1993). [CP. Juan de Dios Montes Hernández], Bogotá, Colombia. Recuperado el 23 de Agosto de 2016, de https://www.dropbox.com/s/ghelwh6m3w8s3z2/CE-SEC3-EXP1993-N8163.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Fallos de unificación. Expedientes 21.515 y 23.219. (19 y 23 de Abril y Agosto de 2012). [CP. Hernán Andrade Rincón], Bogotá, Colombia. Recuperado el 5 de Abril de 2015, de http://www.cej.org.co/observatoriocpayca/index.php/ce/625-consejo-de-estado-rad-no-18001-23-31-000-1999-00454-01-24392 y 2015477

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 05001-23-31-000-2000-04708-01(28574). (30 de Octubre de 2013). [CP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero], Bogotá, Colombia. Recuperado el 17 de Febrero de 2015, de https://www.dropbox.com/s/0fccbwr0v5icpe6/05001-23-31-000-2000-04708-01%2828574%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 13001-23-31-000-1999-00012-01(24671). (13 de Diciembre de 2005). [CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez], Bogotá, Colombia. Recuperado el 16 de Agosto de 2015, de https://www.dropbox.com/s/eyn0inlh19wh3l8/13001-23-31-000-1999-00012-01%2824671%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 18001-23-31-000-1999-00278-01 22060. (30 de Enero de 2013). [CP. Stella Conto Díaz del Castillo]. Recuperado el 30 de Octubre de 2016, de http://190.24.134.67/documentos/boletines/119/S3/18001-23-31-000-1999-00278-01(22060).pdf

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 25000-23-26-000-2002-01720-01(31952). (9 de Agosto de 2016). [CP. Danilo Rojas Betancourth]. Recuperado el 26 de Octubre de 2016, de https://www.dropbox.com/s/6yddqwemtndffln/25000-23-26-000-2002-01720-01%2831952%29_2.DOC?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 25000-23-31-000-1997-11366-01. (10 de Marzo de 1997). [CP. Daniel Suárez Hernández], Bogotá, Colombia. Recuperado el 6 de Julio de 2015, de

https://www.dropbox.com/s/lxhry4lopmgb8b6/25000-23-31-000-1997-11366-01.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 41001-23-31-000-1991-06105-01(28814). (12 de Agosto de 2014). [CP. Olga Melida Valle De De la Hoz]. Recuperado el 6 de Septiembre de 2015, de http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Rad. 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696). (3 de Mayo de 2007). [CP. Enrique Gil Botero]. Recuperado el 17 de Octubre de 2015, de http://190.24.134.67/documentos/boletines/4/S3/50001-23-26-000-1991-06081-01(16696).pdf

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 54001-23-31-000-1998-00624-01(21883). (25 de Agosto de 2011). [CP. Mauricio Fajardo Gómez], Bogotá, Colombia. Recuperado el 19 de Octubre de 2016, de http://190.24.134.67/documentos/boletines/PDF/54001-23-31-000-1998-00624-01(21883).pdf

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421). (8 de Marzo de 2007). [CP. Ruth Stella Correa Palacio]. Recuperado el 19 de Abril de 2016, de https://www.dropbox.com/s/w4bklzcg3ded5f9/66001-23-31-000-1997-03613-01%2816421%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 76001-23-31-000-1995-02796-01(16089). (7 de Junio de 2007). [CP. Mauricio Fajardo Gómez]. Recuperado el 20 de Septiembre de 2016, de http://190.24.134.114:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación 68001-23-15-000-1993-9584-01(13629). (26 de Abril de 2002). [CP. Jesús María Carrillo Ballesteros], Bogotá, Colombia. Recuperado el 29 de Octubre de 2015, de

https://www.dropbox.com/s/xbkz3mb4aw8ubp5/68001-23-15-000-1993-9584-01%2813629%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado 52001-23-31-000-2003-01063-01(36357) B. (2 de Mayo de 2016). [CP. Danilo Rojas Betancourth]. Recuperado el 2 de Octubre de 2016, de http://190.24.134.67/documentos/boletines/PDF/52001-23-31-000-2003-01063-01(36357)B.pdf

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado 718. (14 de Noviembre de 1967). [CP. Carlos Portocarrero], Bogotá, Colombia. Obtenido de https://www.dropbox.com/s/dx28vy2wkxq4i3k/245-CE-SEC3-EXP1967-N718%20%281%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado 978. (23 de Mayo de 1973). [CP. Alfonso Castilla Saiz], Bogotá, Colombia. Obtenido de https://www.dropbox.com/s/5kaht5rxsvoq3ub/284-CE-SEC3-EXP1973-N978.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.Expediente 5737. (11 de Octubre de 1990). [CP. Gustavo de Greiff Restrepo], Bogotá, Colombia. Recuperado el 18 de Julio de 2016, de https://www.dropbox.com/s/3t2lh7kt65sl3j9/CE-SEC3-EXP1990-N5737.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Exp. 2744. (2 de Febrero de 1984). [CP. Eduardo Suescun], Bogotá, Colombia. Recuperado el 29 de Agosto de 2016, de https://www.dropbox.com/s/pmweofhj95l7alz/540-CE-SEC3-EXP1984-N2744%20%281%29.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 1482. (28 de Octubre de 1976). [CP. Jorge Valencia Arango], Anales, tomo 91, números 451.452, segundo semestre p.710 y ss, Bogotá Colombia. Recuperado el 17 de Noviembre de 2015, de https://www.dropbox.com/s/8coh0nwnleckhic/615-CE-SEC3-1976-10-18.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado 2846. (8 de Marzo de 1984). [CP. Eduardo Suescun], Bogotá, Colombia. Recuperado el 23 de Noviembre de 2015, de https://www.dropbox.com/s/rpm19wbp8fb765o/544-CE-SEC3-EXP1984-N2846.doc?dl=0

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente IJ-001. (25 de Agosto de 1998). [CP. Jesús María Carrillo Ballesteros], Bogotá, Colombia. Recuperado el 22 de Septiembre de 2016, de https://www.dropbox.com/s/xo1imko905vny8j/CE-SP-EXP1998-NIJ001.doc?dl=0

Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional

Corte Constitucional. (14 de Diciembre de 1992). T-605. [MP: Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado el 6 de JUNIO de 2016, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-605-92.htm

Corte Constitucional. (4 de Marzo de 1994). T-95. [MP: Jose Gregorio Hernandez Galindo]. Recuperado el 17 de Febrero de 2016, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-095-94.htm

Corte Constitucional. (29 de Noviembre de 2004). T-1186. [MP: Alfredo Beltrán Sierra]. Recuperado el 16 de Abril de 2015, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-1186-04.htm

Corte Constitucional. (25 de Marzo de 2004). T-294. [MP: Manuel Jose Cepeda Espinosa]. Recuperado el 15 de Abril de 2015, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-294-04.htm

Corte Constitucional Sentencia T-032. (8 de Febrero de 2016). [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez], Bogotá, Colombia. Recuperado el 15 de Agosto de 2016, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-032-16.htm

Corte Constitucional. Sentencia C- 534. (16 de Julio de 2002). [MP. Alfredo Beltrán Sierra]. Recuperado el 12 de Mayo de 2015, de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-534-02.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-038. (1 de Febrero de 2006). [MP. Humberto Antonio Sierra Porto], Bogotá, Colombia. Recuperado el 5 de Enero de 2017, de www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-038-06.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-043. (27 de Enero de 2004). [MP Marco Gerardo Monroy Cabra], Bogotá, Colombia. Recuperado el 22 de Septiembre de 2016, de www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-043-04.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-215. (14 de Abril de 1999). [MP. Martha Victoria Sáchica de Montecaleano], Bogotá, Colombia. Recuperado el 5 de Febrero de 2016, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-215-99.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-333. (1 de Agosto de 1996). [MP. Alejandro Martínez Caballero], Bogotá, Colombia. Recuperado el 28 de Septiembre de 2015, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-528. (24 de Noviembre de 1994). [MP. Fabio Morón Díaz]. Recuperado el 27 de Agosto de 2016, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-528-94.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-595. (27 de Julio de 2010). [MP. Jorge Iván Palacio Palacio], Bogotá, Colombia. Recuperado el 12 de Noviembre de 2016, de www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-595-10.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-822. (10 de Agosto de 2005). [MP. Manuel José Cepeda Espinosa], Bogotá, Colombia. Recuperado el 16 de Agosto de 2015, de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-822-05.htm

Corte Constitucional. Sentencia SU-1184. (13 de Noviembre de 2001). [MP. Eduardo Montealegre Lynett], Bogotá, Colombia. Recuperado el 15 de Julio de 2016, de www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1184-01.htm

Corte Constitucional. Sentencia T-02. (8 de Mayo de 1992). [MP. Alejandro Martínez Caballero], Bogotá, Colombia. Recuperado el 15 de Junio de 2016, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-002-92.htm

Corte Constitucional. Sentencia T-080. (20 de Febrero de 2015). [MP. Jorge Iván Palacio Palacio], Bogotá, Colombia. Recuperado el 3 de Febrero de 2016, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-080-15.htm

Corte Constitucional. Sentencia T-1306. (25 de Septiembre de 2000). [M.P: Fabio Morón Díaz]. Recuperado el 17 de Enero de 2015, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1306-00.htm

Corte Constitucional. Sentencia T-376. (18 de Mayo de 2012). [MP. María Victoria Calle Correa], Bogotá, Colombia. Recuperado el 18 de Junio de 2015, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-376-12.htm

Corte Constitucional. Sentencia T-411. (17 de Junio de 1992). [MP: Alejandro Martinez Caballero]. Recuperado el 16 de Marzo de 2016, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-411-92.htm

Corte Constitucional. Sentencia T-566. (1992). [MP. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado el 29 de Agosto de 2015, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-566-92.htm

Corte Constitucional. Sentencia T-574. (29 de Octubre de 1996). [MP. Alejandro Martínez Caballero], Bogotá, Colombia. Recuperado el 4 de Mayo de 2016, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-574-96.htm

Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema De Justicia

Corte Suprema de Justicia, Negocios civiles comunes, sentencia de octubre 22. (22 de octubre de 1896). [MP. Carmelo Arango M.], Gaceta judicial número 565 año XI. Recuperado el 25

de Noviembre de 2016, de http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=csj-cc-22-oct-1896.pdf

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (28 de Febrero de 1958). [MP. Alfredo Cock Arango], Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil. Expediente SC13925－2016 Radicación 5001°31－03－003－2005－00174－01. (30 de Septiembre de 2016). [MP. Ariel Salazar Ramírez]. Obtenido de https://www.dropbox.com/s/z9a037t4vxcam97/SC13925-2016%20%255b2005-00174-01%255d.pdf?dl=0

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Rad.52835-3103-001-2000-00005-01. (16 de Mayo de 2011). [MP. William Namen Vargas], Bogotá, Colombia. Recuperado el 23 de JULIO de 2015, de https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/06/csj16-mayo2011.pdf

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil. Sentencia del 24 de Junio. (24 de Junio de 1942). Gaceta Judicial número 1983 Tomo LII. pág. 656., [MP. Liborio Escallón]. Obtenido de http://190.24.134.101/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LIII%20n.%C2%B0%201983-1988%20(1942-1944).pdf)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación. Sentencia del 21 de Julio. (22 de Julio de 1922). [MP. Tancredo Nannetti], Colombia. Recuperado el 2016, de 190.24.134.101/corte/wp.../SC%20(21%2007%201922).pdf

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 7367. (11 de Agosto de 2005). [MP. Edgardo Villamil Portilla].

Anexo: Análisis de la evolución normativo-ambiental

A continuación, se citan de forma cronológica, desde la más antigua a la más reciente, el desarrollo normativo ambiental de Colombia.

En 1930, se celebró la Conferencia de la Haya, convocada por Sociedad de Naciones, para codificar las normas sobre las aguas territoriales, nacionalidad y responsabilidad de los Estados (Sociedad de Naciones, 1930). Hubo acuerdo entre los 47 países sobre: libertad de navegación, naturaleza jurídica del mar territorial, derechos de los Estados sobre el mar, líneas de base, paso inocente de buques y estatuto de la zona contigua (Llanos, 1991,p.26). Sin embargo, por desacuerdos no fue aprobado el proyecto de artículos.

Posteriormente en 1958, la Asamblea General, convocó a la Conferencia del Mar, en Ginebra, asistieron 86 Estados, llamada *Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (Organización de Naciones Unidas, 1958) .

A través del (Decreto 2324, 1984) se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria, entidad que cumple un papel muy importante en el momento de determinar la responsabilidad en las investigaciones por siniestros marítimos, y que en alguna medida afectan entre otros factores del medio ambiente.

El Código de Recursos Naturales Renovables y no Renovables, fundado en el principio de que el ambiente es patrimonio común de la humanidad y necesario para la supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos, se trazó tres objetivos en su artículo 2:

1. Lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de estos y la máxima participación social, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional.

2. Prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos.

3. Regular la conducta humana, individual o colectiva y la actividad de la administración pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos y de ambiente (Decreto 2811, 1974).

La importancia de este Código radica en establecer los principios estructurales de una política ambiental en Colombia, contextualizando el ámbito de protección, resaltando la importancia de legislar sobre el campo ambiental en nuestro país.

En el artículo 164 del citado Decreto establece que:

Corresponde al Estado la protección del ambiente marino, constituido por las aguas, por el suelo, el subsuelo y el espacio aéreo del mar territorial y el de la zona económica, y por las playas y recursos naturales renovables de la zona. Esta protección se realizará con las medidas necesarias para impedir o prevenir la contaminación de la zona con sustancias que puedan poner en peligro la salud humana, perjudicar los recursos hidrobiológicos y menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer los demás usos legítimos del mar… (Decreto 2811, 1974).

Se destaca el decreto 1875 (1979), en el que se contemplan los conceptos de contaminación marina, daños por contaminación, y las precauciones que deben tomar las naves al ingresar o salir de los puertos, entre otras normas. Las anteriores obligaciones se subsumen en la Constitución ecológica.

De ello, se distingue, por ejemplo, la 6 de 1974 que aprobó la Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (OCMI), firmada en Ginebra el 6 de marzo de 1948, a partir de 1981 su denominación cambió por la de "Organización Marítima Internacional" (OMI). (Organización Marítima Internacional, 1948)

La OMI, aproximadamente "ha adoptado unos 40 convenios y protocolos, así como más de 800 códigos y recomendaciones sobre seguridad marítima, prevención de la contaminación y otras cuestiones conexas" (Badenes, 2011, p.36). Se resalta el convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques, MARPOL 73/78, 1973), así como el Convenio sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la contaminación por hidrocarburos de 1990 (Convenio Internacional sobre preparación, respuesta y cooperación ante la contaminación por Hidrocarburos, 1990) (OPRC).

Otro instrumento internacional, es la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972. (Naciones Unidas, 1972) Así mismo, en 1982 fue suscrita la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CDM, CONVEMAR o CNUDM) (Organización de las Naciones Unidas, 1982), aprobada el 30 de abril de 1982, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1994,

un año después de la 60ª ratificación, Colombia si bien firmó la convención aun no la ha ratificado (Gaviria, 2005), por lo tanto no tiene efectos jurídicos vinculantes.

Ahora bien, la ley 56 de 1987 aprobó el "*Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe*" y el "*Protocolo relativo a la Cooperación para Combatir los Derrames de Hidrocarburos en la Región del Gran Caribe*" (Ley 56, 1987), firmado en Cartagena de Indias el 24 de marzo de 1983.

En este sentido, se afirma que solo hasta después de los años 90, se reglamentó administrativamente el aspecto sancionatorio, con la creación de entidades para tal efecto.

Cabe señalar las tres grandes directrices que maneja la legislación antes de la década de los años 90: 1. Principios sobre el medio ambiente. 2. Formas de causar daño al medio ambiente. 3. Facultades generales de autoridades estatales.

Volviendo al plano internacional, en 1992 se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio, en la que se aprobaron tres instrumentos: 1. la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; 2. el Programa 21:

> Crea un nuevo enfoque para la ordenación integrada y desarrollo sostenible de las zonas costeras y las zonas marinas, entre ellas las zonas económicas exclusivas; 17.3 La zona costera contiene hábitats diversos y productivos que son importantes para los asentamientos humanos, el desarrollo y la subsistencia local. Más de la mitad de la población del mundo vive a menos de 60 kilómetros de la costa, y esa proporción podría elevarse a las tres cuartas partes para el año 2020. Muchos de los pobres del mundo están

> hacinados en las zonas costeras. Los recursos costeros son vitales para muchas comunidades locales y para muchas poblaciones indígenas. La zona económica exclusiva también es una importante zona marina en la que los Estados se encargan del desarrollo y la conservación de los recursos naturales en beneficio de sus pueblos. En el caso de los pequeños Estados o países insulares, son las zonas más disponibles para las actividades de desarrollo. (Organización de las Naciones Unidas, 1992)

Este programa no tiene fuerza jurídica obligatoria, y 3, se abrieron a la firma dos tratados: el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Ley 165, 1994), y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y aprobados mediante. (Ley 164, 1994).

De igual forma, mediante la ley 629 del 2000, se aprobó el Protocolo de Kyoto, para recudir o limitar sus emisiones de gas de efecto invernadero.

En la Declaración de Río, fueron consagrados 27 principios sobre la protección de la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial; Colombia adoptó dichos principios, mediante la ley 99 de 1993, en su Artículo 1o. Principios Generales Ambientales. La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales: 1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

Este artículo, fue acusado de inconstitucionalidad y la Corte señaló que la declaración:

> No es un instrumento internacional, ni es un documento que está abierto a la adhesión de los Estados o de los organismos internacionales o supranacionales, con el carácter de un

> instrumento internacional con fuerza vinculante" … "operan con la capacidad de ser orientadores de la conducta de los funcionarios encargados de adelantar el cumplimiento de las restantes partes de la ley que establece..… estas pautas de conducta también condicionan las actividades de los jueces en funciones de aplicación de la ley y de su interpretación, y en dicha medida son utilizados por el derecho contemporáneo, para abrir las capacidades de los operadores del derecho a soluciones que incorporan fundamentos de racionalidad jurídica y de razonabilidad práctica. (Sentencia C-528 de 1994).

Al final, se declaró la exequibilidad de la norma acusada, pues los principios de la declaración no necesitan ser aprobados mediante ley especial.

Por otra parte, también se observa el "Convenio sobre la Diversidad Biológica", suscrito en Río de Janeiro en 1992, que fue aprobado por la, Colombia se compromete a proteger la diversidad e integridad del ambiente y de conservar las áreas de especial importancia ecológica, entre otros aspectos, obligándose a explotar sus recursos naturales de manera que no se perjudique el equilibrio ecológico (Ley 164, 1994)[38].

Se destaca, la Convención de Diversidad Biológica en el Mandato de Yakarta (1995) sobre la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica marina y costera. Así como, la ley 356 de 1997 aprobó el "Protocolo relativo a las áreas y flora y fauna silvestres especialmente protegidas del convenio para la protección y el desarrollo del medio marino de la región del Gran Caribe" hecho en Kingston el 18 de enero de 1990 y los "Anexos al Protocolo relativo a las áreas y flora y fauna silvestres especialmente protegidas del Convenio para la

[38] Declarada exequible mediante sentencia C- 519 de noviembre de 1994.

protección y el desarrollo del medio marino de la región del Gran Caribe", adoptados en Kingston el 11 de junio de 1991[39].

Es de anotar que Colombia, hace parte del Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de la Asociación de Estados del Caribe[40].

Con la expedición de la ley 99 de 1993 se creó el Ministerio del Medio Ambiente MMA[41], 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.

En los artículos del 83 al 86 regulaba el aspecto de las infracciones al daño ambiental y remitía al Parágrafo 3 del artículo 85 de la Ley 99 de 1993, al decreto 1594 de 1984 y al decreto 948 de 1995 reglamentario de la legislación ambiental en materia de prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire.

Un concepto importante es el de daños sociales, que en el artículo 42 los identifica como aquellos que se ocasionan a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante. El seguro ecológico es regulado en la ley 491 de 1999.

[39] Estudio de exequibilidad mediante Sentencia C-401 de 1997.
[40] suscrito en Panamá, el trece (13) de diciembre de 1999, que fue aprobado mediante la ley 703 de 2001, en desarrollo de los artículos XVI y XVII del Convenio Constitutivo de la Asociación de Estados del Caribe (AEC), suscrito en Cartagena de Indias el 24 de julio de 1994, adoptado por la Ley 216 de 1995 y declarado exequible en la sentencia C-331 de 1996, el convenio crea la asociación como un organismo de consulta y concertación de los Estados, Países y Territorios del Caribe, para identificar y promover la ejecución de políticas y programas de desarrollo sostenible, cooperación e interacción cultural y económica de la región del Mar Caribe.
[41] Hoy Ministerio de ambiente y desarrollo sostenible, Ley 1444 de 2011 art 12.

Respondiendo a la necesidad de lograr la integralidad, organización y de forma sostenible el manejo de sus recursos marinos y costeros, el MMA en el año 2000, diseñó la PNAOCI.

En el año 2004, se aprobó el Convenio para el Control y la Gestión del Agua de Lastre.

El procedimiento sancionatorio ambiental es regulado por la ley 1333 de 2009 y le otorga al Estado la titularidad de la potestad sancionatoria. Sin embargo, aún existen vacíos legales referente al conflicto de competencias que en la práctica suelen ocurrir entre las entidades públicas al iniciar la investigación de responsabilidad por daño ambiental.

A través de la resolución 66/288 se adoptó el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible Río-20 "El futuro que queremos" (2012) , adicionalmente se reconoce que los océanos, los mares y las zonas costeras constituyen un componente integrado y esencial del ecosistema terrestre y son fundamentales para mantenerlo, y el derecho internacional reflejado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Se enfatiza la categoría especial de la conservación y el uso sostenible de los océanos y mares y sus recursos para el desarrollo sostenible, en particular debido a su contribución a la erradicación de la pobreza, el desarrollo económico sostenido, la seguridad alimentaria, la creación de medios de vida sostenibles y trabajo decente, así como de la protección de la diversidad biológica y el medio marino y las medidas para hacer frente a los efectos del cambio climático (Resolución 66/288, 2012).

Por último, se hace referencia a la participación de Colombia en las conferencias COP (Conference Of the Parties /Conferencia de las Partes), es el órgano que toma la decisión suprema de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), fue creado en la cumbre celebrada en 1992 en Río de Janeiro, donde por primera vez se reunieron los países preocupados por el cambio climático; la secretaría de la CCNUCC fue establecida en Ginebra después de su entrada en vigor en 1994. Ha sido localizada de nuevo en Bonn, después de la COP1 organizada en Berlín en (1995); desde esa fecha se han llevado a cabo 22 Conferencias de Partes. La vigésima primera se llevó a cabo en París y en la vigésima segunda tuvo lugar en Marrakech, Marruecos, del 7 al 18 de noviembre (2016).

Conforme al informe de gestión 2015 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2016), en la COP 21, Colombia participó con una delegación conformada por técnicos del MADS, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el IDEAM, así como delegados de alto nivel que incluyó al Ministro y Viceministro de Ambiente. Igualmente, asistió a los eventos de alto nivel que dieron inicio a la COP, el presidente Juan Manuel Santos y la Canciller.

Como producto de las negociaciones técnicas y políticas, se obtuvieron acuerdos en diversos temas y se adoptó por los 196 países el Acuerdo de París que deberá entrar en vigor en el año 2020. Este Acuerdo resulta importante, toda vez que por primera vez todos los países se comprometen a enfrentar el cambio climático con diversas acciones de mitigación. (COP 21 Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climámito, 2015)

Otros logros, obtenidos en la COP 21-2015, con incidencia temática en esta investigación son los siguientes: - Firma de Memorando de Entendimiento para la cooperación en materia de conservación de áreas protegidas y otras estrategias de conservación. - Firma de la Declaración de Océanos para promover la gestión y uso adecuados de las costas y ecosistemas marinos como fuente para reducir las emisiones de GEI y como sumidero de carbono; conforme al informe de gestión del MADS 2015.

Estas declaraciones y convenciones internacionales hacen parte del llamado *"soft law"* y contienen pautas y orientaciones que los Estados se comprometen a cumplir, los cuales deben ser tenidos en cuenta al momento de la creación jurídica interna[42], además de lo expuesto previamente en la Sentencia C-528 de 1994 emitida por la Corte Constitucional.

Es de exaltar, que los Estados Países y Territorios del Caribe, reconocen la importancia del Mar Caribe como activo común de los pueblos del Caribe, el papel desempeñado en su historia, y su potencial para operar como elemento unificador de su desarrollo.

De igual forma, contemplan la salvaguarda del medio ambiente de la región y la responsabilidad compartida en la preservación de la integridad ecológica mediante la movilización de las capacidades colectivas de sus pueblos para desarrollar y explotar sus recursos de manera sostenible y acorde con el medio ambiente, a fin de mejorar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras del Mar Caribe (Corte Constitucional. Sentencia C-534, 2002).

[42] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 1428, de fecha 15 de agosto de 2002. Consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.