

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO



RESPONSABILIDAD ESTATAL POR EL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO EN LA
ACTIVIDAD PETROLERA
TRATAMIENTO EN EL CONSEJO DE ESTADO

ERNESTO BURBANO ORTEGA¹

Directora

DRA. GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ, PhD

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Enero de 2019

¹ Abogado de la Universidad del Cauca con Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana. Se desempeña como Profesional Universitario en la Sección Tercera del Consejo de Estado. ernestoburbanoortega@gmail.co.

	Contenido	
Agradecimientos.....		6
Resumen.....		9
Introducción.....		11
Justificación y problema de investigación.....		11
Objetivos de la tesis.....		13
Objetivo general.....		13
Objetivos específicos.....		14
Metodología de la investigación.....		15
Herramientas específicas de la investigación.....		21
Hipótesis de la investigación.....		21
Novedad de la investigación frente a estudios previos sobre la materia.....		23
CAPÍTULO 1- LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN LA PRODUCCIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES.....		25
1.1. Los principales instrumentos internacionales sobre la responsabilidad de los Estados por la producción de daños ambientales.....		29
1.2. Los principales instrumentos internacionales sobre la responsabilidad de los Estados por la producción de daños ambientales en la actividad petrolera.....		39

1.3. La problemática suscitada a nivel internacional por los daños ambientales provocados en el desarrollo de la actividad petrolera	42
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CAPÍTULO 2- POSTULADOS O PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL.....50

2.1. Clases, formas o tipos de responsabilidad.....	51
2.1.1. Responsabilidad subjetiva.....	51
2.1.2. Responsabilidad objetiva.....	52
2.1.3. Responsabilidad contractual.....	54
2.1.4. Responsabilidad extracontractual.....	55
2.2. Fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia.....	56
2.2.1. El daño antijurídico.....	57
2.2.2.- Elementos constitutivos del daño.....	59
2.2.2.1.- Que el daño sea antijurídico.....	60
2.2.2.2.- La certeza del daño.....	62
2.2.2.3.- El daño antijurídico debe ser personal.....	65
2.2.2.4.- El daño directo e indirecto.....	66
2.2.2.5.- El daño actual y futuro.....	66
2.3.- La imputación.....	67
2.4.- El nexo de causalidad.....	70

CAPÍTULO 3- FUNDAMENTOS DEL DEBER DE REPARACIÓN A CARGO DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE LA PRODUCCIÓN DE UN DAÑO AMBIENTAL.....73

3.1. La responsabilidad ambiental.....	73
3.2. El daño ambiental – daños ambientales directos e indirectos.....	74
3.3. El sustento normativo de la responsabilidad del Estado por la producción de daños ambientales en Colombia.....	78
3.4. Contraste entre los presupuestos tradicionales de la responsabilidad del Estado y los presupuestos de la responsabilidad estatal por el daño ambiental	81
CAPÍTULO 4.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO COMO CONSECUENCIA O EN RAZÓN DE LA ACTIVIDAD PETROLERA EN COLOMBIA.....	87
4.1. La normatividad constitucional y legal sobre la actividad petrolera en Colombia.....	88
4.2. Modalidades o formas a las que acude el Consejo de Estado para declarar la responsabilidad estatal por el daño ambiental causado en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera en Colombia.....	90
4.3. Las principales dificultades en la determinación de la responsabilidad por la causación de un daño ambiental en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera.....	102
Conclusiones.....	127
Bibliografía.....	132

Tabla 1.

Tratamiento jurisprudencial del Consejo de Estado a las controversias que implican la causación de daños ambientales producidos en el desarrollo de la actividad petrolera.....118

Agradecimientos

En esta oportunidad quiero manifestar mi infinito agradecimiento a Dios, porque soy consciente de que solo soy un instrumento para materializar su propósito de justicia. Toda la honra y el honor son para Él quien con su infinita misericordia dispuso que su Santo Espíritu guiara cada una de los pensamientos y consideraciones de este trabajo. Quiero aprovechar para dedicar este trabajo, fruto de mi esfuerzo y dedicación, a mis padres Antonio Burbano Narvéez y Lucy Amparo Ortega Coral, quienes ahora están en el cielo junto al señor Jesucristo, pero de quienes estoy seguro estarían orgullosos de su hijo. A mis hermanos Andrea y Darwin, que me animaron con su amor para seguir adelante en procura de este sueño; al Doctor Hernán Andrade Rincón, quien se convirtió en un ejemplo de rectitud, quien me ayudó incondicionalmente a lograr esta meta, me corrigió cuando era necesario y desde el primer momento me motivó a seguir adelante.

A mis maestros en la Universidad del Cauca, Universidad Pontificia Bolivariana y Universidad del Rosario, especialmente, a la Dra. Gloria Amparo Rodríguez por su dedicación y orientación durante todo este proceso que culmina con este texto, una mujer digna de admiración, cariño y respeto. Asimismo al Doctor Andrés Gómez Rey que con sus consejos me hizo ver que era posible culminar mi trabajo de maestría. Estoy agradecido con Dios por colocarlos en mi camino, me considero muy afortunado y ruego a Dios que los bendiga.

Por último, quiero agradecer a la Dra. María Adriana Marín y a todos y cada uno de mis compañeros de trabajo y amigos en el Consejo de Estado, quienes de una u otra forma me impulsaron a seguir adelante. Confiado de que

este trabajo será aplicado en la noble labor de administrar justicia, la cual desempeño con el más grande respeto.

Abreviaturas

Art. Artículo (s)

CDI. Comisión de Derecho Internacional

CEPAL. Comisión Económica para América Latina y el Caribe

CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CL/69. Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos de 1969

ECOPETROL. Empresa Colombiana de Petróleos

FARC. Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia

ONU. Organización de las Naciones Unidas

UNESCO. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

INVIAS. Instituto Nacional de Vías

RESUMEN

La presente investigación se ocupa de analizar, desde la perspectiva jurisprudencial del Consejo de Estado, las dificultades para la exigibilidad y la efectividad de la reparación integral del daño ambiental provocado en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera que ejecuta el Estado en Colombia, con el propósito de establecer herramientas jurídicas para obligarlo a indemnizar los perjuicios causados en el patrimonio de las personas, así como para exigirle que ejecute todas las actividades necesarias para lograr la recuperación, restauración y compensación del ambiente, teniendo en cuenta los efectos irremediables que este tipo de siniestros provocan, principalmente a los suelos y a los recursos hídricos. De la misma forma, desde la jurisprudencia del Consejo de Estado, se deben contemplar una serie de propuestas en las que se integren soluciones que salvaguarden los derechos de las personas o comunidades afectadas en su medio natural de subsistencia y en su calidad de vida.

El texto revisa el ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia sobre las afectaciones ambientales producidas por el Estado como consecuencia del desarrollo o por razón de la actividad petrolera, con el objeto de evidenciar los principales problemas a los que se enfrenta el operador jurídico en la resolución de este tipo de casos dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa en Colombia, vislumbrar la necesidad de acudir a parámetros con un componente técnico y científico que le permitan establecer la magnitud del daño ambiental ocasionado y determinar las medidas más idóneas que se deben adoptar tendientes a la verificación de las condiciones ambientales de la zona afectada y su posible recuperación.

En este documento se plantea la posibilidad de aplicar acciones de vigilancia y monitoreo, una vez establecida la magnitud del daño ambiental causado, con el fin de que las medidas restaurativas y compensatorias surtan plenos efectos; que se incluyan como medidas de reparación integral las encaminadas a la no repetición del daño ambiental y a la divulgación y publicidad de los efectos nocivos de este tipo de siniestros, como hace el Consejo de Estado en casos en los que se verifica la vulneración de derechos humanos y fundamentales.

Palabras clave: derecho ambiental, daño ambiental, actividad petrolera, responsabilidad del Estado, Consejo de Estado.

INTRODUCCIÓN

A.- JUSTIFICACIÓN Y PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El daño ambiental, entendido en términos generales, como el deterioro o afectación al medio ambiente, tienen efectos negativos para el ser humano y para todo el planeta. Los problemas ambientales, es decir aquellos que provocan un desequilibrio y una afectación negativa a ese medio, aquejan la salud de los seres humanos, así como todas sus actividades, sean vitales, sociales o productivas, al tiempo que provocan la extinción de las especies y la destrucción de los recursos naturales.

En este sentido, se hace necesario que el Estado y los particulares desarrollen sus actuaciones dentro de un marco jurídico regido por normas constitucionales y legales que incorporen como uno de sus pilares fundamentales la conservación y protección del medio ambiente, cambio trascendental introducido por la nueva Constitución ecológica y uno de los fines esenciales del Estado (Corte Constitucional, 2016a).

Los avances tecnológicos y la utilización de recursos naturales, como los combustibles fósiles, han producido situaciones que ponen en riesgo la salud de las personas y el entorno, que requieren el establecimiento de acciones que permitan no solo conocer las causas y las consecuencias de estas problemáticas, sino también la manera de prevenirlas y solucionarlas, con un papel muy importante de los aspectos jurídicos (Rodríguez, 2012, pp. 1-2).

Los eventos relacionados con la producción de daños ambientales constituyen una materia que sobrepasa la forma tradicional en que ha sido

estudiada la responsabilidad del Estado, en consideración a que obedece a rasgos o elementos característicos o *sui generis*. Situación que resulta interesante ya que el Estado tiene la obligación de resarcir integralmente el perjuicio ambiental que por su acción u omisión ocasiona al ambiente y a las personas en su patrimonio y en su integridad personal, tales como los daños a la salud.

Es así como la tendencia del derecho ambiental a diferenciarse de otras ramas del derecho, ha llevado a cuestionarse sobre el tratamiento que el Consejo de Estado le ha dado a la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito de los daños ambientales, teniendo en cuenta que constituye una área propicia para reconsiderar muchos de sus postulados, en virtud de que encuentra su sustento en un sistema de fuentes de carácter constitucional y legal propio que permite la aplicación de un sistema de responsabilidad autónomo e independiente.

La responsabilidad por el daño ambiental responde a un régimen especial, cuyo tratamiento, por su complejidad, no puede ser subsumido en los tradicionales postulados de la responsabilidad estatal, pues, si bien comparten en términos generales los mismos presupuestos —el daño, la imputación y el nexo de causalidad—, la naturaleza propia de los perjuicios ligados al daño ambiental exigen que sus reglas en cada uno de estos aspectos deban ser aplicadas de manera preferente.

En Colombia la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido generando diversas teorías, formas, conceptos y requisitos para configurar la responsabilidad del Estado, constituyendo una construcción dogmática sumamente importante para el país; sin embargo, esta esta no se adecua ple-

namente a un tipo de responsabilidad especial como es la responsabilidad estatal por daños ambientales.

En este orden de ideas, el problema jurídico que se plantea en el presente estudio consiste en establecer ¿si el Consejo de Estado, en consideración al carácter especial y a la complejidad del daño ambiental, ha logrado indemnizar los perjuicios causados al patrimonio, la salud e integridad de las personas, como consecuencia o en razón del desarrollo de la actividad petrolera que ejecuta el Estado en Colombia o si, por el contrario, los postulados de la responsabilidad estatal que tradicionalmente emplea esta Corporación resultan insuficientes para dirimir esta clase de controversias?

Igualmente, se deberá determinar ¿si el Consejo de Estado, una vez verificada la ocurrencia de un daño ambiental, ordena en cabeza del agente responsable la adopción de medidas tendientes a la recuperación, restauración o compensación del medio ambiente afectado?

B.- OBJETIVOS DE LA TESIS

OBJETIVO GENERAL

El objetivo principal de este trabajo consiste en determinar si los mecanismos que contempla el Consejo de Estado para dirimir los asuntos que impliquen la causación de un daño ambiental como consecuencia o en razón de la actividad petrolera, resultan efectivos para materializar la indemnización de los perjuicios causados al patrimonio, la salud e integridad de las personas, y si los mismos procuran la adopción de medidas tendientes a la recuperación, restauración o compensación del medio ambiente afectado.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1.- Realizar un análisis de las bases conceptuales sobre las cuales se construye y desarrolla el Derecho Internacional Ambiental, lo que permitirá identificar cuáles son los fundamentos normativos orientados a la protección, conservación y manejo adecuado del ambiente, con el propósito de establecer la responsabilidad de los Estados ante la evidencia de un daño ambiental de carácter transnacional y, específicamente, el causado en el desarrollo de la actividad petrolera.

2.- Desarrollar un estudio detallado de las condiciones necesarias que deben concurrir para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, con el objetivo de razonar acerca de la forma en que tradicionalmente el Consejo de Estado repara el daño antijurídico ocasionado a las personas en su patrimonio, salud e integridad personal.

3.- Examinar la conceptualización y caracterización del daño ambiental, con el propósito de exponer el contraste existente entre los presupuestos tradicionales de la responsabilidad estatal y los presupuestos de la responsabilidad estatal por daño ambiental.

4.- Identificar el régimen de responsabilidad que el Consejo de Estado adopta para hacer efectiva la indemnización de los perjuicios causados como consecuencia de la producción de un daño ambiental originado en desarrollo o por razón de la actividad petrolera en Colombia.

5.- Efectuar un estudio de casos a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno al objeto de investigación.

6.- Establecer las principales dificultades del operador jurídico en la determinación de la responsabilidad estatal por el daño ambiental causado en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera.

7.- Proponer algunas soluciones que permitan desde la jurisprudencia del Consejo de Estado la efectividad de las decisiones judiciales encaminadas a la indemnización de las personas o comunidades afectadas y a la reparación integral del medio ambiente dañado.

C.- METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Para desarrollar los objetivos propuestos en este trabajo se utilizó como aspecto metodológico un conjunto de parámetros descriptivos y explicativos, que se enfocan en analizar el tópico relativo a la reparación de los daños ocasionados al medio ambiente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, específicamente, los daños ambientales causados en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera que ejecuta el Estado en Colombia, su evolución en la jurisprudencia que ha sido desarrollada por el Consejo de Estado, así como la base teórica y filosófica que esta Corporación ha tenido en consideración para adoptar sus decisiones sobre la materia.

Es descriptivo, toda vez que el presente trabajo partió de revisar la doctrina jurídica sobre la materia en estudio, lo que permitió identificar elementos teóricos que contribuyeron a enriquecer la investigación formulada; se acopiaron las bases o parámetros establecidos en diferentes libros, artículos, investigaciones, estudios e informes, tanto en el ámbito nacional como internacional, con el objetivo principal de emplearlos para describir los hechos jurídicos que nos servirán como materia prima. Este es un estudio descriptivo pues

examina desde la doctrina la temática de la responsabilidad del Estado; estudia los diferentes instrumentos internacionales orientados a la protección y conservación del medio ambiente; detalla la normativa que regula la actividad petrolera, para finalizar con un estudio jurisprudencial, a fin de sustentar a partir del precedente del Consejo de Estado, la responsabilidad del Estado por la actividad petrolera.

Y es analítico, porque conjugando elementos deductivos y acudiendo al análisis de la información recolectada, establece algunas propuestas tendientes a resolver adecuadamente las controversias que involucran esta clase de menoscabos al ambiente, aportar al conocimiento sobre la materia y buscar formas que contemplando la dogmática de la responsabilidad permitan el resarcimiento integral de los daños ambientales ocurridos en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera en Colombia.

La presente tesis se divide en cuatro capítulos. El primero parte de describir el tema de la responsabilidad internacional de los Estados en la producción de daños ambientales, en el que se revisaron los principales instrumentos de carácter internacional orientados a la protección y conservación del medio ambiente; se examinaron algunos de los instrumentos internacionales enfocados en la regulación de la actividad petrolera, con el propósito de identificar las responsabilidades de los Estados ante la evidencia de un daño medioambiental de esta naturaleza.

Para lograr este cometido, se hará inicialmente una aproximación a las nociones de derecho ambiental y derecho internacional ambiental, para posteriormente examinar los principales instrumentos que desarrollan el derecho

medioambiental de carácter internacional, con la finalidad de estudiar cómo se reflejan en los sistemas jurídicos internos.

También resulta necesario destacar la importancia en materia ambiental de los principios de precaución y de prevención, los cuales se erigen como otros de los fundamentos del derecho ambiental nacional e internacional.

Se abordará la problemática suscitada a nivel internacional por los daños ambientales provocados en el desarrollo de la actividad petrolera, con el objetivo de describir una serie de variables sociales, económicas, productivas, laborales y culturales de las personas afectadas por este tipo de menoscabos ambientales.

Con este fin, se examinarán dos casos que permitirán dimensionar la problemática a las que nos enfrentamos. El caso de Ecuador versus Chevron y el caso de la Exxon, con los que se pretende analizar la compleja relación entre la justicia medioambiental y el desarrollo de la industria petrolera.

El anterior contexto permitirá establecer que los principales instrumentos internacionales sobre la protección del medio ambiente, constituyen una fuente de responsabilidad para los Estados cuando desarrollen actividades de exploración, explotación, producción, manejo, administración, comercialización y transporte de hidrocarburos, así como plantearse si las instancia judiciales a nivel internacional han conseguido determinar o no los responsables de los daños ambientales transnacionales, así como si han logrado adoptar medidas efectivas para conjurar los efectos nocivos que este tipo de afectaciones generan para el planeta y para los seres humanos.

En el segundo capítulo se desarrolla, desde la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, el análisis de los presupuestos necesarios que deben

concurrir para poder declarar la responsabilidad del Estado por la producción de daños antijurídicos.

Se examinará la opinión de los diferentes tratadistas acerca del concepto de responsabilidad desde el punto de vista del derecho en general, con el objetivo de estudiar cómo mediante esta figura se debe responder como consecuencia de la producción de un daño. Se determinarán las diferentes clases, formas o tipos de responsabilidad –subjetiva, objetiva, contractual y extracontractual-.

Se describirán los presupuestos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado, para lo cual se examinarán de manera específica los conceptos de daño antijurídico, imputación y nexo de causalidad. Se hará una aproximación a los fundamentos normativos de la responsabilidad extracontractual del Estado. En el tema del daño se analizarán sus elementos característicos, esto es, que sea antijurídico, que exista certeza sobre su causación y que sea personal. Se analizan los conceptos de daño directo e indirecto, así como de daño actual y futuro. En el tema de la imputación, se hará referencia a los tres títulos de imputación utilizados para declarar la responsabilidad del Estado: falla en el servicio, riesgo excepcional y el daño especial.

El anterior análisis tiene como objetivo estudiar, desde la dogmática tradicional, la forma en que el Consejo de Estado repara el daño antijurídico ocasionado a las personas en su patrimonio, salud e integridad personal, así como exponer los fundamentos normativos y jurisprudenciales que cimientan esta obligación de reparación a su cargo.

En el tercer capítulo se desarrollan los fundamentos del deber de reparación a cargo del Estado como consecuencia de la producción de un daño ambiental,

para lo cual se hizo necesario referirse, en primer lugar, a la institución de la responsabilidad ambiental, clarificar, desde la doctrina y la jurisprudencia, las nociones de daño ambiental y referirse a sus clases -daño ambiental directo e indirecto-; posteriormente, se evaluara el sustento normativo de la responsabilidad del Estado por la producción de daños ambientales.

A partir de allí, se pretende exponer el contraste existente entre los presupuestos tradicionales de la responsabilidad estatal y los presupuestos de la responsabilidad estatal como consecuencia de la producción de un daño ambiental, para concluir que, en virtud de su conceptualización y caracterización, este tipo de daño no encuentra una respuesta efectiva en el sistema tradicional de la responsabilidad extracontractual del Estado, circunstancia que exige que en la resolución de este tipo de controversias, se apliquen las reglas y las normas especiales que lo regulan.

A continuación, en el cuarto capítulo se desarrolla el análisis de la responsabilidad del Estado en la producción de daños ambientales provocados en la actividad petrolera en Colombia, para lo cual resulta necesario identificar la normativa constitucional y legal que gobiernan esta actividad, así como las normas que le dan sustento al funcionamiento de la empresa autorizada por el Estado para desarrollar las actividades de exploración, explotación, refinación y transporte de hidrocarburos.

Se complementa la temática del estudio con un análisis de las disposiciones que permiten establecer que esta clase de controversias sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

En adelante se explicaran las diferentes modalidades o formas a las que ha acudido el Consejo de Estado para declarar la responsabilidad del Estado por el daño ambiental causado en o por razón de la actividad petrolera que desarrolla en Colombia.

De igual manera se describirá la temática referente a la responsabilidad del Estado por la no aplicación del plan de contingencia o a su aplicación tardía o irregular, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones este no causa el derrame, sino que quien lo provoca es un tercero; sin embargo, su responsabilidad se ve comprometida por la omisión en mitigar o corregir los daños y efectos nocivos causados por un derrame de hidrocarburos.

Luego se detectaran las principales dificultades a las que se enfrenta el operador jurídico en la resolución de este tipo de casos, con el fin de destacar que la manera como ha sido abordado el daño ambiental producto de la actividad petrolera no ha sido objeto de una reparación efectiva por la jurisprudencia del Consejo de Estado, todo lo cual permite aseverar que no ha logrado cumplir con el fin último para el cual fueron instituidas las autoridades judiciales en Colombia, esto es, hacer efectiva la justicia ambiental.

En la parte final de este trabajo se desarrollan las conclusiones de la investigación y la bibliografía consultada, buscándose con ello resaltar los elementos jurídicos más significativos resultantes de este proceso investigativo, de tal manera que a partir de este análisis se puedan proponer algunas soluciones que permitan desde la jurisprudencia del Consejo de Estado la efectividad de las decisiones judiciales encaminadas a la reparación integral del medio ambiente y a la indemnización de las personas o comunidades afectadas.

D.- HERRAMIENTAS ESPECÍFICAS DE INVESTIGACIÓN

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

En la realización de esta tesis de grado, se estudiaron fuentes bibliográficas exclusivamente documentales, entre las que encontramos, la Constitución Política de Colombia, leyes, decretos y resoluciones. También se acudió a declaraciones, convenios y protocolos internacionales. Se consultaron revistas jurídicas especializadas y enlaces de internet relacionados con la temática.

Se hizo una labor de identificación y análisis de las principales providencias proferidas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y, principalmente, por el Consejo de Estado relacionadas con la temática de investigación, las cuales permiten establecer cuáles ha sido los formantes jurídicos sobre los que se han edificado, de manera específica, las tesis jurisprudenciales sobre la materia, las que al mismo tiempo orientan la actividad de los falladores de inferior jerarquía y contribuyen a la estructuración de un sistema de precedentes que busca la coherencia de las decisiones sobre este punto de derecho.

E.- HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

El daño ambiental y, específicamente, el daño ambiental causado en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera, en la manera como ha sido abordado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, no ha sido objeto de una reparación efectiva. Lo anterior en consideración a que el sistema jurídico colombiano no dispone de herramientas jurídicas capaces de brindar un tratamiento eficaz y oportuno que responda a las particularidades de esta clase de menoscabos.

Por consiguiente, deben proponerse una serie de herramientas que permitan obligar al Estado a que indemnice de manera efectiva los perjuicios causados en el patrimonio de las personas, así como para exigirle que ejecute todas las actividades necesarias tendientes a la recuperación, restauración y compensación del ambiente, teniendo en cuenta los efectos irremediables que este tipo de siniestros provocan.

Para ello, resulta pertinente que se adopte un criterio menos exigente respecto de la prueba de la responsabilidad estatal en materia de siniestros ocurridos en la actividad petrolera, en el que se dé vía libre a un sistema de presunciones y probabilidades y en el que se acuda a la inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima del daño ambiental, en razón a que resulta evidente que quien realiza la actividad contaminante tiene más facilidad de desvirtuar los cargos que se le atribuyen.

La actuación del juez administrativo, no puede ser pasiva, ni mucho menos ajena a la situación, sino que debe buscar la información científica y técnica necesaria que le permita tener más elementos de sustento para la decisión que deba adoptar, lo que le impone jugar un papel más preponderante en el recaudo de la prueba e incluso hacer uso de su facultad oficiosa en esta materia.

Entre otras de las soluciones que se contemplan, están las relacionadas a que se establezcan, desde la jurisprudencia del Consejo de Estado, mecanismos de vigilancia y monitoreo para lograr la efectividad de las indemnizaciones a favor de los afectados, así como para que se cumplan las medidas restaurativas y compensatorias a favor del medio ambiente.

Finalmente, resulta necesario que se establezca en la jurisprudencia del Consejo de Estado una serie de garantías de no repetición, así como que se establezcan medidas de educación ambiental, tal como se ha hecho en los casos en los que se verifica la vulneración de derechos humanos y fundamentales.

En este punto resulta de vital importancia que las decisiones que profiera esta Corporación integren aspectos sociales y elementos de protección y reparación más allá de las sanciones e indemnizaciones monetarias, lo que, en otras palabras, implica una visión integral de los problemas de valoración del daño ambiental, que procure la implementación de programa de acercamiento social con las comunidades afectadas para reducir los impactos que se les hubieren ocasionado.

F.- NOVEDAD DE LA INVESTIGACIÓN FRENTE A ESTUDIOS PREVIOS SOBRE LA MATERIA

Debe señalarse que existen varios trabajos enfocados en la responsabilidad del Estado por la producción de daños ambientales; sin embargo, la presente investigación se dirige a analizar, desde un estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, las dificultades a las que se enfrenta el operador jurídico en la determinación de la responsabilidad estatal por el daño ambiental causado en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera, en virtud del contraste existente entre los presupuestos tradicionales de la responsabilidad del Estado y los presupuestos de la responsabilidad estatal en materia ambiental.

Este trabajo también pretende comprobar si esta Corporación, una vez se verifica la existencia de un daño ambiental, ordena las medidas tendientes a la rehabilitación del medio ambiente afectado. Asimismo, pretende que desde la

jurisprudencia del Consejo de Estado se incluyan como medidas de reparación integral las encaminadas a la no repetición del daño ambiental y a la divulgación y publicidad de los efectos nocivos de este tipo de siniestros, es decir, busca que se propongan algunas herramientas para prevenir y conjurar este tipo de afectaciones en contra de las personas y el medio ambiente.

CAPÍTULO 1- LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN LA PRODUCCIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES

Como se anunció previamente, resulta pertinente referirse al tema de la responsabilidad internacional de los Estados en la producción de daños ambientales, para que, a partir de ese análisis, se determinen cuáles son los principales instrumentos internacionales orientados a la protección, conservación y manejo adecuado del ambiente y, por el otro, se identifiquen las responsabilidades de los Estados ante la evidencia de un daño medioambiental y, específicamente, el causado en el desarrollo de la actividad petrolera.

La forma en la que la sociedad ha venido asumiendo el daño ambiental como consecuencia del desarrollo de la actividad petrolera ha cambiado la preocupación por la conservación del medio ambiente, ya que no es solo una cuestión de activistas o de una parte del movimiento social en un determinado país, sino que de un tiempo para acá, la defensa del medio ambiente como sujeto de derechos, se ha convertido en parte fundamental del ordenamiento jurídico mundial.

Las constantes catástrofes derivadas del desarrollo de la actividad petrolera por los Estados y la complejidad para evaluar los daños que este tipo de hechos producen en la naturaleza, son dos elementos fundamentales que permiten pensar la responsabilidad de los países desde la prevención y reparación efectiva de este tipo de fenómenos, así como desde el desarrollo de agendas a nivel internacional que transformen su relación con el medio ambiente.

En acatamiento de los propósitos de la responsabilidad internacional en materia ambiental, el artículo 226 de la Constitución Política estableció que *“El*

Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”.

El artículo 80 constitucional también impone al Estado el deber de *“cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”.*

En este sentido, Luis Fernando Macías Gómez expresa que el medio ambiente hace parte de la agenda internacional, en la medida que se promueve su posicionamiento a nivel internacional. Las relaciones entre los países no se circunscriben solamente a aspectos económicos, políticos o sociales sino también a los aspectos ambientales, que son motivo para que los Estados discutan sus relaciones (Macías Gómez, 1998, p. 86).

La presente investigación aborda esta problemática ambiental desde el ordenamiento jurídico internacional, en consideración a la aparición de situaciones en las que los Estados se ven superados en sus mecanismos de prevención y reacción inmediata, como en la producción de daños ambientales en lugares fronterizos o como el daño a ecosistemas que comprometen zonas limítrofes.

Se trata de una problemática que trasciende fronteras y que puede involucrar los intereses de cualquier país cercano al infortunio (Roperó Patarroyo, 2015, p. 129).

Los costes económicos y sociales de las afectaciones globales al ambiente son muy inciertos, pero quizá donde reside el mayor peligro es en el potencial de poner en riesgo el desarrollo no solo de los países pobres, sino de todos aquellos habitables por las generaciones venideras. Por ende, si bien

algunos países con recursos logran mitigar los efectos globales, en un futuro a ninguno le será posible soportar ni la carga en términos de pérdida de vidas, ni los costes asociados a la devastación en el medio que traerán consigo las alteraciones ambientales (Rodríguez y Vargas Chaves, 2015, p. 3).

Ahora bien, es necesario indicar que el derecho ambiental, en términos generales, puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos (Brañes Ballesteros, 1995, p. 2).

En estos términos, el derecho internacional ambiental puede definirse como el conjunto de normas consagradas en los tratados y convenios internacionales, orientados a la protección, conservación y manejo adecuado de los recursos naturales y que gobiernan las relaciones entre Estados y/o entidades sin personalidad internacional y que tiene por objeto la estabilidad y permanencia del género humano en el planeta (Pérez y Panzón, 1994, p. 86).

Es un sistema jurídico que se debe proyectar para la protección del ambiente en sentido universal, sin que para ello se puedan presentar restricciones geográficas o políticas frente a los problemas ambientales que constantemente aparecen en el ámbito internacional, ya que los efectos provocados por acciones que deterioran el medio natural pueden tener vocación, dada su gravedad, de sobrepasar límites territoriales sin importar que el origen sea local, regional,

nacional o en áreas compartidas por diferentes Estados (Osorio Sierra, 2007, p. 21).

Las amenazas sobre el medio ambiente que se presentan en el mundo contemporáneo por la globalización de la economía, la existencia de un modelo de producción destinado a la cobertura de mercados internacionales que exige la liberación del comercio de bienes y servicios, y la proliferación de incidentes fronterizos por intervenciones armadas o por el ejercicio de actividades productivas y de control, han llevado a los Estados a formular algunas medidas de protección y a reglamentar el tránsito transfronterizo de sustancias peligrosas, para precaver la causación de daños que por sus formas de ocurrencia y magnitud resultan de difícil imputación y reparación (Osorio Sierra, 2007, p. 15).

En este contexto, las normas internacionales de protección ambiental han ocupado, por varios años, diversos foros de discusión y creación jurídica, mediante la adopción de tratados internacionales con finalidades de preservación medioambiental y por medio de políticas internacionales que han fortalecido el proceso de formación de la costumbre internacional en materia medioambiental (Uribe Vargas & Cárdenas Castañeda, 2010, p. 31).

En ese horizonte se han creado una serie de declaraciones y se han consagrado principios de suma importancia para el desarrollo del derecho medioambiental de carácter internacional y que, indefectiblemente, se reflejan en los sistemas jurídicos internos.

1.1. Los principales instrumentos internacionales sobre la responsabilidad de los Estados por la producción de daños ambientales

Uno de los pilares fundamentales en la consolidación del derecho ambiental de carácter internacional es la *Declaración de Estocolmo de las NNUU sobre el Medio Ambiente Humano de 1972*. Puede entenderse como un conjunto de recomendaciones y principios dirigidos a que se establezca un desarrollo sostenible y a la conservación y protección del medio ambiente.

En el principio 21 se estableció que los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

En el principio 23 se indicó que toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendría la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que concernieran directamente a su medio ambiente y, cuando este hubiera sido objeto de daño o deterioro, podría ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización (ONU, 1972).

Igualmente, consagró que los Estados debía cooperar en el desarrollo del derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causaran a zonas situadas fuera de ella.

Este instrumento es comparable a la Carta de los Derechos Humanos, pero dirigida a lograr un equilibrio en las relaciones de los seres humanos y el medio ambiente.

En efecto, esta declaración establece que el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar. Adicionalmente, sostiene que todos tenemos la solemne obligación de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras (Rodríguez, 2012, p. 4).

La Carta de la Naturaleza de 1982. Representa la estrategia mundial para la conservación de los recursos naturales y la preservación del medio ambiente. Destacó la necesidad de conservar los recursos naturales para las generaciones futuras; hizo hincapié en la importancia de tener en consideración la capacidad a largo plazo de los sistemas naturales para el sostenimiento de la población.

Consagró que los principios enunciados en la Carta, tales como el respeto a la naturaleza y que no se perturben sus procesos esenciales, se incorporarían según corresponda en el derecho y la práctica de cada Estado y se adoptarían también a nivel internacional.

En ella se estableció que en los procesos de adopción de decisiones se debe reconocer que no es posible satisfacer las necesidades de todos a menos que se asegure el funcionamiento adecuado de los sistemas naturales (Rodríguez, 2012, p. 5).

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. Fortaleció a nivel internacional la idea de desarrollo sostenible. En ella se exhortó

a los Estados para que incorporaran en sus ordenamientos jurídicos, la protección a las víctimas de daños ambientales y su reparación cuando sus derechos resultaran vulnerados de alguna manera.

En el Principio 2 de la Declaración de Río de 1992 se consagró el principio de soberanía de los Estados sobre sus recursos, sobre su política ambiental y sobre sus actividades, siempre que no afectaran a otros Estados (ONU, 1992; Ortega Guerrero y Ávila Suárez, 2015, p. 95).

Como se puede apreciar este instrumento impone una obligación general de no causar daño al medio ambiente de otros países o a zonas más allá de la jurisdicción nacional. En efecto, el Principio 2 de la Declaración de Río de 1992, prevé:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.

Con el fin de proteger la integridad del sistema ambiental, la Declaración de Río establece en el Principio 7 el deber de los Estados de cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación de medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del

desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.

En el Principio número 11 de la Declaración de Río de 1992, se estableció que:

“Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo”.

Según el Principio 12, los Estados deben promover un sistema económico internacional favorable y abierto que lleve al crecimiento económico y desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar de mejor forma los problemas de la degradación ambiental.

En el Principio número 13 se mencionó el deber de los Estados para desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales, así como para impulsar la creación de nuevas leyes internacionales en materia de responsabilidad e indemnización (ONU, 1992; Ortega Guerrero y Ávila Suárez, 2015, p. 95).

Como se puede apreciar, la responsabilidad que adquiere el Estado ya no solo corresponde al marco de su soberanía, sino que constituye un ejercicio de preocupación internacional. En esta declaración se exhorta a los Estados a

promulgar leyes eficaces para realizar un control efectivo que permita mitigar los daños que se ocasionan al medio ambiente. Así mismo, la Declaración de Río propende por una comprensión de la tierra como un espacio común y porque el ejercicio soberano de cada Estado deba estar encaminado hacia la preservación de tal condición.

Ahora bien, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, uno de los documentos de mayor trascendencia en el desarrollo del derecho internacional ambiental, contiene vagas referencias sobre la definición de medio ambiente. Para referirse al medio ambiente, esta declaración utiliza expresiones como *“la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, nuestro hogar”*, y *“la integridad del ecosistema de la Tierra”*, evitando dar una definición expresa; además, preserva la mirada antropocéntrica con la que se inició el desarrollo moderno del derecho internacional ambiental, prescribiendo en el Principio 1 que *“los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones”* (Uribe Vargas & Cárdenas Castañeda, 2010, p. 35).

La Declaración de Principios de Estocolmo de 1972 puso el acento en el medio ambiente humano, en tanto que la Declaración de Río de 1992 fijó su interés en el ser humano como centro del desarrollo sostenible (Moreira, 2016, p. 51).

De esa manera, observamos que los principios del derecho internacional ambiental se sostienen en las declaraciones de la Organización de las Naciones Unidas, los cuales se convierten en pautas regulatorias generales que permiten el desarrollo de una legislación propia en materia ambiental. Dentro de estos principios los más destacados son los siguientes: 1) principio de soberanía sobre los recursos y la responsabilidad de no daño a otros Estados; 2) principio de acción preventiva,

3) principio de buena vecindad y cooperación internacional, 4) principio de precaución y principio de prevención, 5) principio de responsabilidad relación contaminador-pagador y 7) principio de responsabilidad común diferenciada.

Las reglas del derecho internacional ambiental se han desarrollado en el contexto de dos objetivos fundamentales que apuntan en direcciones opuestas: que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus recursos naturales y que los Estados no deben causar daño al medio ambiente (Püschel y Urrutia, 2011, pág. 2).

La ambigüedad radica en que los Estados están en el derecho de usar sus recursos naturales de manera soberana, lo que les permite crear legislaciones para la minería, la extracción de hidrocarburos, el desarrollo de industrias agrícolas, etc. pero, por otro lado, la declaración les exige no causar daños al medio ambiente, lo que implica, entonces, buscar una suerte de equilibrio entre el manejo de los recursos y el desarrollo económico. En múltiples casos se ha visto como el desarrollo de esta tensión es difícil de sortear y convierte esta dimensión en uno de los puntos de inflexión complejos del desarrollo del derecho ambiental, no solo en el ordenamiento internacional, sino en las agendas propias de cada Estado.

Los Estados están obligados a no usar su territorio o no permitir el uso del mismo de forma perjudicial a otros Estados; y por tanto, para que surja la responsabilidad del Estado por el hecho ilícito ambiental, es preciso que el Estado haya omitido actuar con diligencia debida en la prevención del daño y el mismo se haya concretado (García Elorrio & Sommer, 2016, p. 78).

En ese sentido, algunas de las características del derecho internacional medioambiental podrían determinarse, así: 1) dispersión normativa, 2) una actividad jurisdiccional prácticamente nula que se ha concentrado en los tribunales de

arbitramiento privados, 3) una cierta ausencia y desaparición de las responsabilidades, 4) ineficacia en el cumplimiento de los tratados por ausencia de delegación de competencias, entre otras dimensiones que resultan problemáticas en la conformación de esta materia como escenario de tramitación de conflictos (Servi, 1998).

Ahora bien, cabe destacar que en el Proyecto de los Artículos del 2001 de la Comisión de Derecho Internacional, en adelante CDI, se estableció la posibilidad de excluir la responsabilidad del Estado en algunas situaciones que demuestren circunstancias excepcionales dentro del marco de la afectación: 1) el consentimiento válido de los Estados en la comisión de un hecho, 2) la legítima defensa, 3) contra-medidas respecto de actos internacionales ilegales, 4) la fuerza mayor, 5) una situación de peligro y el 6) estado de necesidad (Uribe Vargas y Cárdenas Castañeda, 2010, pp. 278-279).

De allí que resulte necesario establecer una especie de marco general internacional que permita, por un lado, identificar las responsabilidades, y, por el otro, condenar a los Estados ante la evidencia de un daño medioambiental.

En estas condiciones se exige a los Estados un nivel de diligencia, el cual está conformado por la obligación de cooperar, que en la materia puede canalizarse a través de los mecanismos de vigilancia y monitoreo previstos en los tratados correspondientes, la de exigir autorización previa por la autoridad estatal competente, la de llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental en caso de riesgo de daño sensible transfronterizo, la de notificar y consultar con los posibles Estados afectados, así como la notificación oportuna en caso de producirse un siniestro (Moreira, 2016, p. 49).

Como corolario de lo anterior, podemos afirmar que las fuentes y los principios de derecho ambiental internacional, así como los instrumentos internacionales que otorguen mayor protección al medio ambiente y la biodiversidad, resultan de aplicación a nivel nacional (Arrieta Quesada, 2015, p. 336).

Ahora bien, cabe destacar, igualmente, la importancia en materia ambiental del principio de precaución y el de prevención, los cuales se erigen como otros de los fundamentos del derecho nacional e internacional. El primero opera ante la falta de certeza científica o cualificada sobre distintos aspectos riesgosos o nocivos de una actividad, pues, precisamente, la imposibilidad de demostrar plenamente los peligros de una actividad, producto o tecnología es lo que justifica la aplicación de dicho postulado. Por su parte, el segundo aplica en los eventos en que se tiene claridad y certeza respecto de los impactos o implicaciones de una determinada actividad, producto o proceso, razón por la que resulta necesario anticiparse para evitar o mitigar los efectos nocivos (Consejo de Estado. 2018a).

El principio de precaución se aplica en eventos en los que, cuando exista peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente. Entonces, no es necesario un estudio de resultados ciertos e irrefutables, sino la existencia de elementos a través de los cuales se puede desprender la posible afectación ambiental (Consejo de Estado. 2017).

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, es el documento en el cual se consagra el principio de precaución. Ciertamente, en el Principio 15 de esta Declaración, se dispuso:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Esta declaración, reforzada por lo previsto por el artículo 3.3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica del mismo año (posteriormente incorporadas a nuestro ordenamiento por las leyes 164 y 165 de 1994 respectivamente), serviría de base para su positivización e introducción formal en el sistema jurídico nacional por el numeral 6º del artículo 1º de la Ley 99 de 1993. De acuerdo con esta disposición:

“6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”.

Este principio, habilita a que en supuestos de amenaza de daños graves e irreversibles a los ecosistemas y recursos naturales, a la salud de las personas o a la seguridad de los consumidores, las autoridades actúen y adopten medidas (positivas o negativas) enderezadas a evitarlos, aun cuando no se tenga certeza científica sobre las causas o alcance de estos riesgos y aunque las decisiones que

así se adopten resulten restrictivas de libertades individuales (Consejo de Estado. 2016a).

Por su parte, el principio de prevención está llamado a operar en ámbitos en los cuales se tiene claridad y certeza respecto de los impactos o implicaciones ambientales de una determinada actividad, producto o proceso, de manera que resulta imperioso anticipar, evitar o mitigar sus efectos nocivos sobre los ecosistemas (Consejo de Estado. 2016c).

El principio de prevención se aplica en los casos en los que es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzca, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas. En este orden de ideas, el principio de prevención se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, que permiten actuar a favor del medio ambiente, en el evento en el que se conoce cuál será el resultado (Consejo de Estado. 2015a).

El derecho internacional, y en especial los tratados, han sido fuente principal del derecho ambiental el cual ha obtenido un espacio en el ordenamiento jurídico que le ha permitido posicionarse como una nueva rama importante del derecho y que hoy lo convierte en objeto de estudio indispensable, de cara a los retos que sobre protección de los recursos naturales afronta el mundo globalizado (Rodríguez, 2012, p. 6).

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que existen varios instrumentos de carácter internacional que dan sustento a la responsabilidad de los Estados,

cuando por su acción u omisión causan un daño al ambiente, los cuales, además, constituyen la base para el desarrollo de las legislaciones nacionales sobre la materia.

1.2. Los principales instrumentos internacionales sobre la responsabilidad de los Estados por la producción de daños ambientales en la actividad petrolera

Ahora bien, a raíz del aumento de las catástrofes petroleras ocurridas en los últimos decenios, han surgido importantes tratados y convenios encaminados a proteger el medio ambiente de este tipo de siniestros, entre ellos los enfocados a la preservación de los recursos o fuentes hídricas, la flora y la fauna.

Pueden citarse el *Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos de 1969, CL/69*. En este convenio la responsabilidad ambiental por contaminación con vertidos de hidrocarburos en el mar, recaía en el propietario del barco, a lo que debe agregarse que el mismo solo imponía sanciones de tipo pecuniario, sin expresar nada acerca de las medidas tendientes a rehabilitar el medio ambiente afectado.

El Convenio Internacional sobre la constitución de un Fondo Internacional de indemnización de daños causados por la contaminación por hidrocarburos, suscrito en Bruselas en 1971, complemento del Convenio CL/69. Su fin era indemnizar a las víctimas de los daños ocasionados por la contaminación con hidrocarburos, cuando el CLC/69 no cubriera efectivamente la indemnización.

El Acuerdo sobre la cooperación regional para el combate contra la contaminación del Pacífico sudeste por hidrocarburos y otras sustancias nocivas

en caso de emergencia de 1981, se suscribió en aras de evitar la propagación de los daños ocasionados por vertimientos de hidrocarburos en el pacífico sudeste.

En este se estableció que cuando uno de los Estado que suscribió el acuerdo se encontrara en una situación de emergencia como consecuencia de la contaminación por hidrocarburos, podía solicitar la cooperación de otros de los Estados contratantes, más aun cuando este último también podría verse afectado por dicha situación de peligro.

El Protocolo complementario del acuerdo sobre la cooperación regional para el combate contra la contaminación del pacífico sudeste por hidrocarburos y otras sustancias nocivas de 1983. Su objetivo consistía en precisar los mecanismos para la cooperación cuando un derrame masivo de hidrocarburos superara la capacidad individual de un país para enfrentarlo. Estableció los parámetros que debían contener los planes de contingencia que cada país debía adoptar.

El Convenio para la protección y desarrollo del medio marino en la región del Gran Caribe de 1983. En este se establecieron las medidas que las partes contratantes debían adoptar en procura de enfrentar un evento de derrame de hidrocarburos, las cuales se circunscribían, básicamente, a evaluar inicialmente el incidente y analizar el impacto ocasionado como consecuencia de la contaminación; comunicar lo más pronto posible a los demás países el insuceso, determinar las medidas más eficaces para hacerle frente y, adoptar las medidas necesarias para prevenir, reducir o eliminar las causas y efectos de mismo.

El Protocolo de 1992 que enmienda el convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por

hidrocarburos, 1969, en lo sustancial, estableció que el propietario del buque era responsable de todos los daños por contaminación causados por los hidrocarburos, y no sólo del daño ambiental, sino también de los generados a las personas, sus derechos, bienes e intereses protegidos.

En este contexto y una vez analizados los principales instrumentos internacionales relativos a derrames de hidrocarburos ratificados por Colombia, podemos concluir que constituyen sin lugar a dudas una fuente de responsabilidad tanto para el Estado como para los particulares que desarrollen las correspondientes actividades de exploración, explotación, producción, manejo, administración, comercialización y transporte de hidrocarburos.

Cabe destacar como corolario de dicho análisis, que tanto en el Convenio de Bruselas de 1969 como en el vigente Protocolo de 1992, la responsabilidad por los daños ambientales causados con derrame de hidrocarburos era sin consideración a la culpa de su causante, sin que la prueba de su diligencia o cuidado lo eximiera de responsabilidad, pues para su surgimiento, bastaba la demostración del daño y su relación de causalidad, esto es, un régimen de responsabilidad objetivo.

El sistema de responsabilidad civil internacional por derrame de hidrocarburos persistentes en el mar, indemniza, principalmente, el daño ambiental consecutivo, es decir, aquel que por reflejo lesiona los derechos y bienes individuales de una persona por causa de la afectación del medio ambiente, el cual no se repara como bien en sí mismo considerado.

Entonces, pese a que se indemnizan los costos de limpieza del entorno afectado, la reparación de la totalidad del daño ambiental puro queda en ciernes,

pues los FIDAC no admiten otro tipo de respuestas jurídicas diferentes a esta, que pueda dejar indemne la totalidad del daño ecológico puro causado. Por ejemplo, ninguna medida se adopta para compensar la pérdida de individuos de una especie animal, o la totalidad de la especie, o la afectación que se le puede causar en su supervivencia, pues ni siquiera se compensan los costos del personal que trabaja por revertir tales pérdidas.

Esta situación obedece a varias circunstancias. Por una parte el CLC no premia la reparación *in natura* del daño como obligación principal después de haberse causado, sino que, por su propia naturaleza, pretende la indemnización de ciertos daños a través de fondos de dinero, priorizando la obligación de compensar lo perdido de manera monetaria (Roperó Patarrollo, 2015, pp. 139-141).

Ahora bien, resulta necesario referirnos a la problemática que ha suscitado a nivel internacional la producción de daños ambientales ocasionados en el marco de la actividad petrolera, para lo cual se hará referencia a algunos de los casos cuyos efectos nocivos han sido de tal magnitud para el medio ambiente, que han dejado en evidencia la poca capacidad de reacción de los Estados ante los eventos de esta naturaleza.

1.3. La problemática suscitada a nivel internacional por los daños ambientales provocados en el desarrollo de la actividad petrolera

La problemática que ha surgido por los daños ambientales provocados en el desarrollo de la actividad petrolera tiene un componente que podríamos llamar sociológico en el que se mueven una serie de variables económicas, productivas, laborales y culturales de las personas afectadas por este tipo de menoscabos

ambientales. Ello supone a su vez la pérdida de ese balance medioambiental del que los seres humanos son parte en la medida que habitan el planeta, además de que exige una evaluación de la forma en la que se plantea la relación entre la producción industrial de energía y las políticas mundiales sobre el cuidado del medio ambiente.

En esa doble variable es necesario analizar algunos casos que permitan dimensionar la compleja problemática a las que nos enfrentamos, la cual no supone ni la extinción del trabajo con hidrocarburos, ni pensar estos como la única alternativa en el desarrollo energético de los países.

El caso de Ecuador versus Chevron muestra la magnitud de este tipo de accidentes medioambientales a largo plazo. Durante los años en que Texaco estuvo en Ecuador, perforó y operó 356 pozos de petróleo y abrió al menos 1.000 piscinas en la selva, algunas de forma clandestina, donde se arrojaban residuos de todo tipo, como crudo, aguas y lodos tóxicos. El contenido contaminante de ciertas piscinas era incendiado junto a la vegetación a 200 metros a la redonda. En el proceso, además de los gases contaminantes lanzados a la atmósfera, se contaminaban las aguas y tierras, el ambiente y cualquier ser vivo en las cercanías (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2015, p. 2).

En el acuerdo entre Chevron y el Estado del Ecuador se convino usar técnicas seguras para la exploración petrolera, situación que no tuvo lugar y que provocó una serie de problemas para los habitantes y daños irreversibles al medio ambiente. Según las estadísticas del gobierno ecuatoriano el desastre tiene unas consecuencias inimaginables:

“En Ecuador, Chevron-Texaco produjo uno de los más graves crímenes ambientales de la historia. Más de 2 millones de hectáreas de la Amazonía ecuatoriana fueron afectadas a lo largo de casi 30 años de contaminación a manos de una sola compañía que actuó de manera impune violando los estándares mínimos de protección ambiental y que hoy se niega a reconocer Texaco” (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2015, p. 2).

El caso ecuatoriano es un caso importante en América Latina para pensar la relación existente entre la justicia medioambiental y el desarrollo de la industria petrolera. Los afectados debieron esperar cerca de 20 años para que la justicia ecuatoriana ratificara, en todas sus instancias, el crimen ambiental cometido por la empresa petrolera (Alterinfos, 2015, p. 1). Lo que resulta más problemático del caso es que Texaco suscribió con el Estado ecuatoriano el Convenio de “reparación ambiental”, que entró en ejecución en 1996. Los trabajos realizados por Texaco fueron cuestionados por los demandantes y posteriormente por la Contraloría General del Estado (Alterinfos, 2015, p. 3).

Por un lado, los demandantes, que son la sociedad civil organizada buscaban una reparación directa por un daño en el que sus territorios se vieron afectados y, por el otro, la multinacional alegaba que el juicio en su contra estaba arreglado y que era parte de una trama de corrupción que pretendía sobornar a la compañía.

El asunto trascendió en el sentido de que ya no solo se trató de una cuestión jurídica sino del desarrollo de un conjunto de relaciones de poder que exponen que la lógica del modelo de la soberanía puede ser compleja a la hora de

atender daños ambientales como estos. En efecto, CHEVRON dirigió su estrategia a presionar al Congreso Norteamericano para que no se celebraran acuerdos comerciales con Ecuador; acudió a arbitrajes internacionales con los cuales pretendió desconocer el sistema jurídico y la soberanía del Estado; inició una campaña de presión política hacia los jueces, con lo que puso en riesgo el principio de independencia judicial.

Las operaciones antitécnicas ejecutadas por la petrolera, durante 1964 y 1990, para la extracción de crudo y gas, en una de las zonas más mega diversas del planeta, provocó un grave daño en unas 450 mil hectáreas (Alterinfos, 2015, p. 1).

Ciertamente, el proceso de producción de crudo desarrollado por esta empresa estuvo marcado por las malas prácticas extractivas que afectaron al ambiente, a las personas, a la flora y a la fauna. La transformación del ecosistema provocó el desplazamiento de las comunidades indígenas de sus territorios ancestrales (Alterinfos, 2015, p. 6).

El último fallo, fue emitido el 12 de noviembre del 2013, por la Corte Nacional de Justicia, que revisó el caso en casación. Sin embargo, y a pesar de tener una sentencia en firme la petrolera se ha negado a cumplir con sus obligaciones. (Alterinfos, 2015, p. 1), lo que pone en tela de juicio la efectividad de las decisiones judiciales, teniendo en cuenta que debido a esta catástrofe se han registrado los más altos índices de enfermedad en los habitantes de esa zona, así como se han extinguido dos comunidades indígenas debido a la migración a la que se vieron obligados por la afectación producida, a lo que debe sumarse el daño para los campesinos ante la infertilidad de las tierras.

Respecto de la restauración del daño ambiental causado la Corte Nacional de Ecuador consideró:

“Luego de hacer un ejercicio de derecho comparado en materia de responsabilidad sobre el daño ambiental, concluye, con base en la Constitución Política de Ecuador, que la responsabilidad ambiental es objetiva, ya que en materia ambiental la responsabilidad subjetiva no funciona y muchos sistemas jurídicos acuden a la teoría de la responsabilidad objetiva. Y desde el análisis constitucional, se menciona la necesidad de que todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas” (CNE, 2012; Ortega Guerrero y Ávila Suárez, 2015, p. 101).

En el caso de Exxon se vertieron en la costa cerca de 37.000 toneladas de hidrocarburo, extendiéndose por al menos 2.000 kilómetros de costa, lo que sin duda es el mayor desastre medioambiental en Alaska (Estudio Jurídico “Grupo No. 6”. UNNE – Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas - Derecho de la Navegación. Liliana Moiraghi, 2011). En este caso se pudo determinar una corresponsabilidad entre actores estatales y privados, por daños producidos en una de las etapas productivas y por no haber atendido la emergencia de manera diligente o haberlo hecho de manera inadecuada.

De este derrame se tomaron medidas especiales tanto para prevenir, como para desarrollar estrategias de prevención. Dentro de ellas Exxon Valdez tuvo que transformar los buques de carga en al menos cuatro sentidos: reforzar el casco en el que está contenida la carga del hidrocarburo, contar con una estructura más

resistente, eliminar las conexiones eléctricas en la bodega, ventilar las áreas de carga, entre otras modificaciones (Informe *Deep Water. The Gulf Oil disaster and the future of offshore drilling*, 2011, pág. 7).

Respecto al medio ambiente afectado, se trató de utilizar para limpiar la marea negra dejada como consecuencia del siniestro, aspiradores, mangueras de agua caliente a presión, se procuró trasladar el petróleo que quedó en el buque a otro navío petrolero; sin embargo, el impacto de los daños ambientales que se generaron en la zona aún siguen en estudio.

Las huellas del derrame llegaron a 1.120 Kilómetros de costa, afectando recursos de pesca, refugios de animales salvajes y parques nacionales en una de las regiones con más recursos naturales de Alaska y Estados Unidos, matando aves marinas, peces y mamíferos en uno de los principales hábitats marinos del mundo.

Dos meses después del derrame petrolero, las autoridades de Alaska comentaron que ni un solo kilómetro de playa estaba completamente limpio y que el número de víctimas de aves, peces y mamíferos iba en ascenso: 11.000 aves de 300 diferentes especies, 700 nutrias del océano pacífico y 20 águilas calvas, de acuerdo con el reporte del Departamento de Estado de Conservación Ambiental. Los biólogos afirman que el número de víctimas podría ser cinco veces más que las encontradas, debido a que muchas pudieron ser llevadas por el mar o atacadas por depredadores.

La responsabilidad en este caso recayó en la compañía petrolera propietaria del buque y, a nivel estatal, en la guarda costera, la cual se declaró incompetente para atender la emergencia acaecida por falta de recursos y en el

Departamento de Conservación Ambiental de Alaska, puesto que se limitó a observar y se rehusó a intervenir directa e indirectamente para contener el desastre (Estudio Jurídico “Grupo No. 6”. UNNE – Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas - Derecho de la Navegación. Liliana Moiraghi, 2011).

Estos casos abren una serie de preguntas interesantes que implican repensar el marco sobre el que se instaura el derecho ambiental y la forma en la que los Estados abordan esta clase de afectaciones al medio ambiente; se puede decir que, en el caso de Ecuador vs Exxon, se trata del único caso en el que las personas directamente afectadas fueron capaces de someter a la justicia de su país a una compañía petrolera transnacional.

De lo anterior, debe cuestionarse si las medidas adoptadas por la justicia resultan efectivas para la reparación integral del daño ambiental causado, es decir, si desde las providencias emitidas por los organismos encargados de administrar justicia se realizan aportes para prevenir y conjurar este tipo de afectaciones para las personas y el medio ambiente.

Los fallos judiciales no deben quedar en simple letra muerta, en los que las diferentes instancias judiciales tomen las medidas del caso pero no hagan un seguimiento real de la situación ambiental puesta a su consideración, lo que implicaría desconocer la validez de tales providencias y evadir las obligaciones impuestas y las acciones de cobro a que resultan condenadas las empresas contaminantes. En efecto, en este tipo de casos se debe analizar si la reparación del daño ambiental, incluye por ejemplo la limpieza de los suelos, la instalación de sistemas de agua y la implementación de sistemas de salud para los habitantes de las zonas afectadas, si los jueces en sus providencias adoptan medidas de

garantía de no repetición, medidas de reparación integral de los ecosistemas afectados, acciones encaminadas a restaurar el impacto social causado, entre otras.

En este contexto, el análisis del tema relativo a la problemática suscitada a nivel internacional como consecuencia de los daños ambientales provocados en el desarrollo de la actividad petrolera, permiten concluir que las instancia judiciales a nivel nacional e internacional, si bien han logrado grandes avances, no han logrado adoptar medidas efectivas para conjurar los efectos nocivos que este tipo de afectaciones generan para el planeta y para los seres humanos y, especialmente, no han logrado establecer en cabeza de los responsables las acciones tendientes a lograr la reparación del daño ambiental vulnerado.

CAPÍTULO 2. POSTULADOS O PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

En este capítulo se abordará el tema relacionado con los presupuestos necesarios que se deben observar para poder declarar la responsabilidad del Estado por la producción de un daño antijurídico, para lo cual se determinarán, en primer lugar, las diferentes clases, formas o tipos de responsabilidad –subjetiva, objetiva, contractual y extracontractual-.

Se hará una aproximación a los fundamentos normativos de este último tipo de responsabilidad y se establecerán cada uno de sus elementos, el daño antijurídico, la imputación y el nexo de causalidad. En el tema del daño se analizarán sus elementos característicos, esto es, que sea antijurídico, que exista certeza sobre su causación y que sea personal.

Con el objetivo de conseguir el contexto requerido para resolver el tema central de investigación, se puede decir que la institución de la responsabilidad encuentra su sustento en el principio de no causar daño a otro, como uno de los principios básicos de conducta que se deben observar para efectos de vivir en sociedad y a cuya protección deben concurrir por un lado, la proscripción de causar daño y, por otro, su consecuencial obligación de responder, bajo determinadas condiciones, en caso de que este compromiso no sea acatado.

El no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana (Ángel Yágüez, 1989, p 21). Existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra (Planiol y Ripert, 1936, p 664).

La explicación de responder cuando se infringe un daño se funda en el principio de justicia que impone la necesidad de restablecer el estado anterior a la lesión causada injustamente (Bustamante Alsina, 1993, p 79).

En el ámbito del derecho, causar un daño a otro permite el surgimiento de la obligación de dejar a la persona afectada en las mismas condiciones en que se encontraba antes de sufrir el menoscabo o lo más similar posible que se pueda al estado que tenía.

En síntesis, el principio general de no dañar al otro, posibilita la vida en sociedad, regla de convivencia que cuando es transgredida lleva consigo una sanción consistente en la obligación -desde el punto de vista jurídico- de indemnizar el daño causado o una reacción del derecho para facilitar la represión del daño (De Cupis, 1970, p. 82).

2.1. Clases, formas o tipos de responsabilidad

Ahora bien, el deber de indemnizar un daño surge de múltiples fuentes y tiene sustento en diferentes principios, no solo con apoyo en el enunciado del derecho romano, según el cual, no hay responsabilidad sin culpa, sino que también se funda en teorías de carácter objetivo, en el entendido de no requerir como base única de responsabilidad el examen de la intención culposa o dolosa de la persona que se identifica como causante del daño.

En este sentido, cabe precisar que la responsabilidad se encuentra separada en dos modalidades, responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva.

2.1.1. La responsabilidad subjetiva: el sustento de este tipo de responsabilidad la encontramos en la conducta del autor del daño; para establecer

si se configura la responsabilidad no solo es necesario que se presente un daño, es imprescindible que este haya sido causado por el actuar doloso o culposo de su autor.

En esta clase de responsabilidad se hace necesario e indispensable, acreditar la prueba de la culpa del causante para que prospere la pretensión indemnizatoria. La responsabilidad subjetiva exige la prueba por parte del perjudicado del factor subjetivo o de la culpa del causante, para declarar su responsabilidad e imponerle la obligación de indemnizar (Martínez Rave y Martínez Tamayo, 2003, pp. 726 y 196).

En Colombia se ha implementado un régimen subjetivo, que exige la presencia de la culpa de la administración para poder imputar al Estado la responsabilidad por el comportamiento de sus agentes. Es decir, la regla general en la jurisprudencia colombiana para declarar la responsabilidad del Estado, requiere que se demuestre el daño, la imputación (incluyendo la culpa) y la relación de causalidad entre los dos anteriores (Arenas Mendoza, 2013, pp. xxii-xxiii).

2.1.2. *La Responsabilidad Objetiva:* tiene su fundamento en el hecho que genera el resultado dañoso, sin considerar si se ocasionó de forma dolosa o culposa, es decir, lo que resulta realmente relevante en este tipo de responsabilidad es la existencia de un daño y su relación de causalidad entre el hecho o acción realizada y el daño, sin examinar si se hizo de forma dolosa o culposa.

Para autores como Alessandri, la responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad, pues en ella se atiende

única y exclusivamente al daño producido. Basta este para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, exista o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho en sí mismo y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad (Alessandri, 1988. p. 92).

Esta última prescinde de cualquier elemento subjetivo que pueda estar en cabeza de quien causó el daño. Circunstancias psicológicas, económicas o externas de cualquier índole, no tienen influencia para efectos de la responsabilidad. Probado el vínculo causal entre agente y daño, se produce la responsabilidad; simplemente, se procura equilibrar los patrimonios de víctima y agente responsable (Tamayo Jaramillo, 1989. p. 19).

Por otra parte, la responsabilidad también se encuentra dividida en contractual y extracontractual.

La contractual originada en un vínculo obligacional entre las partes, procedente de un contrato o en relación con el mismo y, una extracontractual, que surge entre sujetos que no están atados por las reglas de un vínculo obligacional previo, es decir, que escapan a la esfera de marco contractual alguno y que tienen su génesis en hechos, operaciones, vías de hecho, omisiones u otra actuación de la autoridad generadora o causante del daño.

Una reflexión acerca de las notas diferenciadoras entre las dos especies de responsabilidad, contractual y extracontractual, nos permite observar que desde el punto de vista normativo la responsabilidad extracontractual procede de la Constitución y la ley, en consideración a la inexistencia de un vínculo contractual constituido previamente entre las partes, en tanto que en la

responsabilidad contractual las reglas o cláusulas sobre las cuales se ha establecido el escenario contractual son las primeras llamadas a utilizarse.

2.1.3. *Responsabilidad Contractual:* cuando hablamos de responsabilidad contractual nos referimos al deber de resarcir los perjuicios provenientes del incumplimiento, retraso o cumplimiento defectuoso de una obligación estipulada en un contrato. Para la configuración de esta tipología de responsabilidad es necesario que exista un acuerdo de voluntades previo entre el autor y quien sufre el daño, además de que el mismo sea consecuencia de esa relación. El profesor Arturo Alessandri sobre esta clase de responsabilidad expresa que la responsabilidad contractual supone una obligación anterior y se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente cuya violación sirve de sanción. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, es justo que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que cause (Alessandri, 1981. p. 10).

Cuando se produce el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, surge la necesidad de exigir el cumplimiento de un interés individual, el del acreedor, que puede pedir al deudor incumplido el resarcimiento de los perjuicios que el incumplimiento le ocasionó. Existe, por tanto, un deber previamente pactado, una relación jurídica y el sistema de responsabilidad derivado del contrato tiene como finalidad asegurar al perjudicado la obtención del beneficio que se buscó con la obligación pactada. Así, por ejemplo, Gabriel Marty expresa que se está ante la responsabilidad contractual siempre que el deudor contractual no cumpla por su culpa las obligaciones que el contrato le impone y que ese incumplimiento culpable causa daño al acreedor. Esta responsabilidad es

reglamentada por el contrato pues la voluntad de las partes es soberana (Marty, 1952. p. 270).

Por último, para el profesor Rodrigo Escobar Gil por responsabilidad contractual se entiende la obligación que surge a cargo de las entidades estatales de reparar los daños antijurídicos que causen a los contratistas como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones en el seno de los contratos (Escobar Gil, 1999. p. 503).

2.1.4. *Responsabilidad extracontractual:* frente a la responsabilidad extracontractual del Estado, contrario a lo que sucede en el caso de la responsabilidad contractual, no existe ningún vínculo entre el autor del daño y el perjudicado, o en caso de existir, el daño no procede de ese previo acuerdo de voluntades entre las partes. En la responsabilidad extracontractual no existe ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que entren en juego los principios de la responsabilidad (Mazeaud, 1959, p. 116).

El tratadista Gilberto Martínez Rave explica la noción de responsabilidad extracontractual como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso y que este tipo de responsabilidad nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior (Martínez Rave, 1988, p. 12).

En síntesis, el sistema de responsabilidad extracontractual –desde la óptica de la dogmática tradicional– puede definirse como el deber jurídico de reparar o indemnizar que surge como consecuencia de haber causado un hecho

dañoso sin que concurra relación jurídica o vínculo contractual previo entre el autor del daño y la víctima.

2.2.- Fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia

Antes de la Constitución Política de 1991 la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, a partir del contenido del artículo 16 de la Constitución de 1886, definieron los elementos determinantes de la responsabilidad extracontractual del Estado y establecieron la existencia de dos regímenes de responsabilidad. La falla del servicio de carácter subjetivo o edificado en la demostración de la culpa de la autoridad causante del daño y el segundo de carácter objetivo, constituido por el riesgo excepcional y el daño especial, títulos de imputación que tienen su fundamento en el desarrollo de una actividad peligrosa y en el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se consagró en el artículo 90 una cláusula general de responsabilidad, según la cual, son dos las condiciones necesarias para que proceda la declaración de responsabilidad en cabeza del Estado: la existencia de un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

En efecto, conforme lo plantea el Consejo de Estado en su jurisprudencia, los elementos de la responsabilidad patrimonial de carácter extracontractual del Estado que deben concurrir son, la existencia de un daño antijurídico o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado —o determinable—, que se inflige a uno o a varios individuos y que el mismo sea

imputable a una autoridad pública, de conformidad con el régimen de responsabilidad respectivo en cada caso concreto (Consejo de Estado. 2013c).

En este orden de ideas, se hará una breve exposición sobre estos presupuestos o condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

2.1.5. *El daño antijurídico - la noción de daño antijurídico desde la doctrina nacional y extranjera:* debemos advertir que la definición de daño antijurídico en nuestro país, no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino que es una acepción de creación doctrinal, según la cual el daño antijurídico es aquel que el Estado, en ejercicio de su soberanía y de sus funciones, no tiene derecho a causar. O lo que es lo mismo: cuando el Estado causa un daño que no tenía derecho a causar, es responsable (Tamayo Jaramillo, 2000, p. 23).

Para el profesor Hugo Andrés Arenas, en Colombia, el artículo 90 de la Constitución introduce el término de daño antijurídico, basado en la doctrina española. Para este autor, el daño se puede entender como aquel detrimento que el particular no debe soportar (Arenas Mendoza, 2013, p. 154). En efecto, esta definición tiene su fundamento en la propuesta conceptual propuesta por el profesor español Eduardo García de Enterría, quien lo definió como el perjuicio que es provocado a quien no tiene el deber jurídico de soportarlo. Para el referido doctrinante, un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y solo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo. Desde esta óptica la antijuridicidad del perjuicios es, pues, una antijuridicidad referida al perjudicado (García y Fernández, 2006, p. 383).

El daño debe ser entendido como la pérdida sufrida por una persona como consecuencia de la lesión a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de la víctima (Serrano Escobar y Tejada Ruiz, 2014, p. 6).

Esta característica está fuertemente vinculada con la antijuridicidad del daño introducida por el artículo 90 de la Constitución Política de 1991. Así que se debe empezar por determinar las situaciones concretas en que el asociado está obligado a soportar los daños impuestos por la Administración, casos en los cuales se elimina la antijuridicidad y la consiguiente indemnización por parte del patrimonio estatal.

La noción de daño antijurídico se predica de todos los poderes del Estado. Lo anterior es lógico en la medida que el artículo 90 de la Constitución se refiere al “*Estado*” sin que excluya alguna de las ramas que lo componen (Henao, 2002).

Desde la perspectiva jurisprudencial del consejo de Estado:

“[E]l daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada” (Consejo de Estado. 2012b).

Así mismo, esta Corporación con manifiesta claridad expresa que no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como la lesión de un interés

legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación (Consejo de Estado. 2012c).

2.1.6. *Elementos constitutivos del daño antijurídico:* luego de realizar una aproximación a la noción y al alcance del daño antijurídico desde una visión doctrinal y desde la perspectiva jurisprudencial del Consejo de Estado, conviene referirse a cada uno de sus elementos constitutivos con el fin de establecer concretamente en que casos se configura la responsabilidad del Estado, pues este no puede responder por cualquier daño cuya pretensión resarcitoria no ostente estos rasgos característicos.

En esta medida, para hablar de la producción de un daño antijurídico indemnizable es necesario que concurren tres requisitos: la certeza, que sea personal y antijurídico (Arenas Mendoza, 2013, p. 58).

Sobre los requisitos que deben concurrir para la configuración del daño antijurídico, el Consejo de Estado ha dicho que a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea

padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria (Consejo de Estado. 2012b).

En el mismo sentido, autores como Libardo Rodríguez, han discurrido de la siguiente manera, acerca de estas características que debe concurrir para que se configure un daño antijurídico indemnizable a cargo del Estado:

“1) Que sea cierto y real, es decir, que efectivamente haya lesionado un derecho del perjudicado, como son los daños presentes y los futuros reales, puesto 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; y 4) Que sea refiera a una situación jurídicamente protegida, pues es lógico que quien se encuentra en una situación ilegal debe correr los riesgos que ella produce” (Rodríguez Rodríguez, 1998, p. 372).

2.1.6.1. Que el daño sea antijurídico: la antijuridicidad radica en la contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado este en forma integral. Es un juicio objetivo de desaprobación sobre el hecho al cual se califica entonces de ilícito (Zavala de González, 1999, p. 313).

La antijuridicidad exigida para la configuración del daño se entiende como el detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede el

conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social (Henaó, 1998).

El daño merecerá la calificación de antijurídico cuando lesione un interés protegido por el derecho, entendidos, tanto este como aquél, en su sentido más amplio. Lo anterior significa que por intereses jurídicamente protegidos o tutelados no deben entenderse únicamente los derechos subjetivos, sino también los intereses legítimos e, incluso, las expectativas ciertas y legítimas, siempre y cuando unos y otras se encuentren protegidos por el ordenamiento jurídico, concebido este no sólo como la suma de sus concretas normas, sino integrado también por los principios y valores que lo informan (Naveira Zarra, 2006, pp. 48-49).

El daño debe ser antijurídico, es decir, producido o causado por el procedimiento irregular de la administración o incluso, por actividades plenamente lícitas, pero que producen un daño al particular y que no está en la obligación de soportar (Ramos Acevedo, 1994, p. 144).

En orden a precisar aquello en lo que consiste el daño antijurídico, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha concluido que dicha noción alude a la lesión que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar, esto es que lo de antijurídico es una calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de *“causales de justificación”* (Consejo de Estado, 1999b).

En otra oportunidad, la máxima corporación de lo contencioso administrativo expresó que la antijuridicidad del daño va encaminada a que no

sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho o interés contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo (Consejo de Estado. 2012b).

Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo (Consejo de Estado. 2015b).

2.1.6.2. *La certeza del daño:* con apoyo en lo manifestado por el Profesor Hugo Andrés Arenas, acerca del daño debe haber certeza sobre su ocurrencia (no simples hipótesis o alegaciones), además no puede ser calificado de eventual, sin importar que sea actual o futuro (Arenas Mendoza, 2013, pp. 158-159).

Es aquel que es real, que es verdadero, aquel respecto del cual el juez tiene la certeza de la afectación que le produce al demandante, a diferencia del hipotético o eventual, que es especulativo o fundado en suposiciones o conjeturas, en relación con el cual no se sabe si se daría o no, y por el cual no se debe responder, porque, por un lado, se estaría enriqueciendo injustamente al demandante, por cuanto no se tiene certeza de que este haya experimentado pérdida alguna, ni que la vaya a experimentar en el futuro y, por otro lado, se hace soportar al demandado, consecuencias que no se han derivado de su conducta (Serrano Escobar y Tejada Ruíz, 2014, p. 44).

El daño debe ser cierto, verdadero e incuestionable, independientemente de si es pasado, presente y futuro (Ramos Acevedo, 1994, p. 148).

El daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. En cambio, el perjuicio es hipotético y, en consecuencia, no hay lugar a su reparación, cuando la víctima sólo tenía una posibilidad remota de obtener un beneficio en caso de que no se hubiera producido la acción dañina. Sólo, pues, cuando la demanda no está basada en una simple hipótesis o expectativa, la víctima tendrá derecho a reparación (Tamayo Jaramillo, 2011, pp. 339-240).

El daño puede ser cierto independientemente de que se haya realizado ya o que deba tan solo producirse en lo futuro, en tanto se pruebe que efectivamente este existe, bien sea demostrando que ya se produjo (daño presente), bien sea probando que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual (daño futuro). Cuando el perjuicio es actual, su existencia no ofrece duda, pues es verificable empíricamente, teniendo en cuenta que las consecuencias dañosas ya se han dado. Pero igualmente puede haber certidumbre respecto del perjuicio futuro, en tanto se verifique las consecuencias adversas del hecho dañoso son inevitables, es decir, que indefectiblemente se darán, pues todo hace pensar que así será, y no hay nada que nos demuestre lo contrario (Serrano Escobar y Tejada Ruíz, 2014, p. 44).

Respecto de esta específica característica del daño, Juan Carlos Henao, ha considerado igualmente que, para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar su certeza, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo enuncia una fórmula bastante utilizada en derecho

colombiano, el perjuicio “*aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual*” (Henao, 1998, p. 131).

Han sido igualmente numerosas las elaboraciones jurisprudenciales del Consejo de Estado sobre esta característica del daño:

Para que un daño sea indemnizable debe ser cierto, es decir que no trate de meras posibilidades, o de una simple especulación: Ha sido criterio de la Corporación, que el daño para su reparación, además de antijurídico debe ser cierto, sin que haya lugar a reparar aquellos que constituyan una mera hipótesis o sean eventuales, y en todo caso los que no pudieren llegarse a comprobar fehacientemente en el proceso respectivo. En este sentido, la doctrina nacional igualmente ha esbozado su criterio según el cual, el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización, y que eventualidad y certeza se convierten en términos opuestos desde un punto de vista lógico, pues el perjuicio es calificado de eventual - sin dar derecho a indemnización -, o de cierto – con lo cual surge entonces la posibilidad de derecho a indemnización -, pero jamás puede recibir las dos calificaciones” (Consejo de Estado, 2000a).

Entonces, para que el daño sea indemnizable, debe ser cierto, actual, real, es decir, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su existencia, y que no se trate de un daño meramente hipotético o eventual, precisamente porque no es cierto y se funda en suposiciones y aunque puede tratarse de un daño futuro, deben existir los suficientes elementos de juicio que permitan considerar que así el daño no se ha producido, exista suficiente grado de certeza de que de todas maneras habrá de producirse (Consejo de Estado, 2012a).

2.1.6.3. *El daño antijurídico debe ser personal:* respecto del carácter personal del daño, debe decirse que este se refiere a quien ostenta el derecho de reclamar la reparación del daño y su correlativa indemnización, es decir, dicho carácter se deriva del derecho que tiene quien demanda la reparación del bien jurídicamente protegido que sufrió un detrimento o menoscabo.

Doctrinantes como Juan Carlos Henao han considerado que el carácter personal del daño, estará presente cuando el demandante relaciona el daño padecido con los derechos que tiene sobre el bien que sufrió menoscabo, debiendo establecer una titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto del bien menoscabado (Henao, 2007, p. 103).

Para este autor, al realizar el estudio sobre el carácter personal del daño, es labor del juez determinar si el título jurídico con el que el demandante comparece al proceso lo legitima para actuar como tal, es decir, si hay legitimación en la causa por activa. A tal punto, que de no demostrarse dicha legitimación el juez deberá denegar las pretensiones de la demanda (Henao, 1998, pp. 102-103).

Se debe precisar que el carácter personal del daño se ha ampliado a diversos grados para lograr la reparación de daños colectivos, permitiéndose tanto a grupos de personas como a personas jurídicas reclamar la reparación de los daños causados a más de un ciudadano en concreto (Arenas Mendoza, 2013, p. 165).

Para Jairo Ramos Acevedo, el daño debe ser propio, es decir, que quien reclama, no importando si es una persona o un grupo de personas determinadas, deben demostrar que hubo una afectación o disminución patrimonial, pues nadie

puede reclamar para sí el perjuicio sufrido por otro, en tanto que se configuraría enriquecimiento sin causa (Ramos Acevedo, 1994, p. 144).

El daño personal puede ser directo, el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, o indirecto cuando el acto ataca los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado (Bustamante Alsina, 1992, pp. 158-159).

Al realizar el estudio sobre el carácter personal del daño, es labor del juez determinar si el título jurídico con el que el demandante comparece al proceso lo legitima para actuar como tal, es decir, si hay legitimación en la causa por activa.

Acreditados los tres elementos que configuran el daño antijurídico, corresponde analizar los otros presupuestos que deben observarse para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado, esto es, la imputación y el nexo de causalidad.

2.2.2.4.- El daño directo e indirecto

El daño directo se puede definir como la consecuencia negativa, perjudicial, producida de manera inmediata y próxima por evento o hecho dañoso.

El daño indirecto es aquel que si bien es generado por el mismo agente que produjo el directo, dicho perjuicio es ocasionado de manera mediata, o teniendo como causa, el daño directo (Jácome Lleras, 2003, p. 13).

2.2.2.5.- El daño actual y futuro

El daño actual es aquel que coincide, desde el punto de vista del derecho procesal, con el hecho dañoso, con el instante en que este ocurre; puede decirse entonces que es el daño que se ha generado o se está generando realmente y del cual podemos decir que se ha materializado.

El daño futuro, al contrario del actual, es un daño que aún no se ha producido, pero que se espera de manera cierta su producción, es decir que la producción no debe depender de una eventualidad (Jácome Lleras, 2003, p. 14).

El daño actual, es aquel que emana de un hecho ya acontecido y que ha producido todas sus consecuencias al momento de reclamarse la indemnización. En este supuesto, se entiende que el daño ya se ha producido y que, por tanto, existe en el acto, en el instante en que nace la responsabilidad (De Cupis, 1975, p. 320).

El daño futuro, es aquel que resulta de un hecho ya ocurrido, cuyos efectos nocivos no han desarrollado aún todas sus consecuencias, pero que se espera que de acuerdo al curso ordinario de los acontecimientos lo hagan. En este caso, las consecuencias futuras del evento dañoso son indemnizables siempre que exista la certidumbre o alta probabilidad de que estas ocurran. Este tipo de daño se contrapone al daño hipotético o eventual, referido a la situación en que al momento de reclamarse la indemnización, aún no se ha producido el evento dañoso y lo único que existe es una posibilidad de que este acontezca, en cuyo caso no se tiene derecho a reclamar indemnización alguna. De este modo, cuando la consecuencia del hecho que se alega no es necesariamente dañosa, sino contingente o puramente temida, entonces el daño es incierto (Osterling Parodi & Rebaza González, 2002, p. 2)

2.2. La imputación

Ahora bien, una vez establecida la existencia del daño antijurídico, es necesario abordar el análisis de su imputación con el fin de determinar si dicho

daño le puede ser atribuido al Estado y, por tanto, si constituye deber jurídico de este resarcir los perjuicios que del mismo se derivan.

Como lo advierte, el tratadista Hugo Andrés Arenas, el segundo de los elementos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es la imputación o posibilidad de ser atribuido el daño al Estado, debido a su acción u omisión en un caso específico (Arenas Mendoza, 2013, p. 191).

A través de esta figura el legislador pretende dos cosas: la primera, que el Estado no responda por daños que no tengan un perjudicado o víctima determinada; y la segunda, que se excluyan aquellos daños que sean generales o graven a un grupo muy amplio de ciudadanos, es decir se convierta en una carga colectiva, lo que haría imposible su protección patrimonial debido a los costos (Arenas Mendoza, 2013, p. 163).

La imputación es el mecanismo jurídico que justifica que una persona se haga cargo del daño padecido por el otro (Serrano Escobar y Tejada Ruiz, 2014, pp. 291-292).

La imputación o atribución constituye un proceso dirigido a establecer a quién se le puede atribuir la lesión o afectación que aquél representa (Gil Botero, 2011, p. 55).

Los profesores Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández puntualizaron que la imputación es así un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, con base en la relación existente entre aquel y este (García y Fernández, 2006, p. 390).

La imputación es un proceso que se concreta en establecer a quien se le debe adjudicar la lesión (Arenas Mendoza, 2013, p. 194). En consecuencia, para que una persona pública pueda ser considerada responsable de algo, debe haber producido, ante todo, una actuación que le sea imputable, es decir una conducta de la cual esa persona pública haya sido autora (Rodríguez Rodríguez, 2011, p. 527).

El Consejo de Estado en relación con los elementos que sirven de fundamento para declarar la responsabilidad del Estado, ha precisado que son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos.

Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que este se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público (Consejo de Estado, 1999a).

En este punto conviene hacer referencia a los tres títulos de imputación utilizados para declarar la responsabilidad del Estado: *falla en el servicio*, *riesgo excepcional* y *el daño especial*, los cuales se aplican según las circunstancias de cada caso.

Cuando se imputa *falla en el servicio*, se presupone un deber a cargo del Estado, por tanto este responderá cuando en el caso concreto se compruebe: a) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, b) la omisión o inactividad de la administración pública o, c) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la Administración.

Tratándose del *riesgo excepcional*, se dará porque comporta un riesgo de naturaleza excesivo o anormal, sea por haberlo incrementado o creado en el desarrollo de la función estatal, generando una exposición e intensidad desbordadas o excesivas a aquellas que razonablemente debe asumir el administrado.

En cuanto al *daño especial* por este se atribuye responsabilidad con fundamento en el desequilibrio de las cargas públicas fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado por el desarrollo de una actividad legítima del Estado y a cuya reparación se debe concurrir en virtud de la equidad y la solidaridad (Consejo de Estado. 2017c).

2.3. El nexo de causalidad

La causalidad es otra de las condiciones de existencia de la responsabilidad, cuya expresión significa que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso; es decir que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto (De Ángel, 1993, p. 751).

En relación con este elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, la doctrina igualmente ha sostenido que el nexo causal aparece así en el esquema ordinario, como el elemento que permite vincular el daño con el

responsable de este, de forma que para que pueda ser declarada la responsabilidad debe establecerse una relación de causa a efecto entre el actuar administrativo y el daño (Serrano Escobar y Tejada Ruiz, 2014, p. 190).

En igual sentido, se ha argumentado que el nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado.

Para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa a efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad (Patiño Domínguez, 2008, p. 193).

La comprobación de la existencia de un nexo causal entre la actuación de un sujeto y un menoscabo injustificado de los derechos de una persona permite al juzgador, a la hora de un juicio de responsabilidad, imponer la condena única y exclusivamente al causante del daño y obligarlo a resarcir solamente los perjuicios que ocasionó con su conducta. La causalidad evita que el débito indemnizatorio se disperse en cabeza de cualquier sujeto y lo concentra en cabeza del agente dañador, con lo que cristaliza una exigencia de justicia y más específicamente, de justicia correctiva en la responsabilidad (Rojas Quiñones y Mojica Restrepo, 2015, p. 39).

Sobre el nexo de causalidad, el Consejo de Estado señaló que el problema en la relación de causalidad surge a partir de la premisa lógica de que no está llamado a resarcir un daño aquel que no ha contribuido a su realización, de manera que siempre debe existir un ligamen entre el daño causado y el hecho

que se atribuye a quien debe responder. Esa relación necesaria se ha denominado nexo causal y se ubica como un elemento imprescindible que debe ser acreditado en todos los casos para efectos de estructurar la responsabilidad, sin importar la noción jurídica a través de la cual se pretenda constituir la, es decir, el nexo causal requiere ser acreditado tanto en los regímenes de responsabilidad objetiva como en el de responsabilidad subjetiva (Consejo de Estado, 2010a).

De todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que para que pueda declararse la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando a través de una acción u omisión de sus agentes ha provocado un menoscabo a los derechos de los particulares, es necesario que concurren tres elementos cuya observancia resulta obligatoria, esto es, el daño, la imputación y el nexo de causalidad, presupuestos que, a su vez, ostentan ciertas características que permiten su plena configuración. Ciertamente, el daño para que pueda ser resarcible debe ser antijurídico, cierto y personal; respecto a la imputación, puede decirse que es el elemento que permite atribuir ese daño al Estado, bajo la condición de que este tenga relación con el servicio y, finalmente, el nexo de causalidad, consiste en la posibilidad de vincular el comportamiento del agente estatal con el daño acaecido, con el fin de evitar que la Administración responda por un menoscabo de intereses respecto del que no ha contribuido a su realización.

Así las cosas, una vez establecidas las condiciones necesarias para proceder, desde la dogmática tradicional, a la declaratoria de responsabilidad del Estado, resulta necesario realizar un estudio de los fundamentos normativos y jurisprudenciales que cimientan el deber del Estado de reparar el daño ambiental causado.

CAPÍTULO 3- FUNDAMENTOS DEL DEBER DE REPARACIÓN A CARGO DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE LA PRODUCCIÓN DE UN DAÑO AMBIENTAL

Para desarrollar este capítulo es necesario referirse a las instituciones de la responsabilidad ambiental, clarificar las nociones de daño ambiental y referirse a sus clases, daño ambiental directo e indirecto; se evaluará el sustento normativo de la responsabilidad del Estado por la producción de daños ambientales.

El propósito central de este capítulo consiste en exponer el contraste existente entre los presupuestos tradicionales de la responsabilidad estatal y los presupuestos de la responsabilidad estatal como consecuencia de la producción de un daño ambiental.

3.1. La responsabilidad ambiental

A partir de todo lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que la responsabilidad ambiental tiene como fin primordial obligar al causante de un daño ambiental a pagar su reparación.

La responsabilidad por daños ambientales es un subsistema integrado por el conjunto de reglas jurídicas que determinan las condiciones bajo las cuales nace la obligación de indemnizar uno o varios daños derivados de una perturbación ambiental.

El mencionado débito indemnizatorio obedece a un menoscabo o detrimento del ambiente sano, que afecta a la colectividad toda o a ciertos individuos determinados. En cualquier caso, el común denominador es que existe, como se decía, una afectación al ambiente que, de una u otra forma, se concreta

en un perjuicio indemnizable, detonante de la responsabilidad (Rojas Quiñones, 2012, p. 19).

La responsabilidad ambiental se configura cuando un individuo o una empresa abusan de su derecho de utilizar o gastar la oferta ambiental disponible. Esta tesis parte entonces de la base de que la Constitución Política les atribuye, a todos los individuos, la facultad lícita de explotar razonablemente los recursos naturales. Sin embargo, cuando dicha explotación se realiza con culpa o dolo, o cuando se desvían de su finalidad social o excede los límites a los que está sujeta, se transporta del campo del uso, al del abuso, de manera tal que, si existe además un perjuicio, surge la obligación de indemnizarlo (Rojas Quiñones, 2012, p. 32).

3.2. El daño ambiental – Daños ambientales directos e indirectos

En este orden de ideas, por daño ambiental puede entenderse aquella agresión física, química o biológica que provoca una contaminación intolerable al sujeto de derecho, lo que impide que pueda usar o disfrutar de los bienes que componen el medio ambiente (Córdoba Sánchez y Sánchez Torres, 2002, p. 57).

Al respecto, Luis Fernando Macías definió el daño ambiental como el deterioro o afectación al medio ambiente que la sociedad no está dispuesta a soportar o internalizar (Macías Gómez, 2013, p 36).

De igual forma, debe hacerse alusión a la definición que trae el artículo 42 de la Ley 99 de 1993, según la cual, se entiende por daño ambiental el que afecta el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos o sus componentes.

Cabe anotar que el daño ambiental es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común

a una colectividad, en cuyo caso hablamos de *"impacto ambiental"*, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote a los intereses legítimos de una persona determinada (Bustamante Alsina, 1995, p. 45).

Se hace referencia al daño causado sobre el ambiente mismo y, por contera, al que se causa sobre un interés difuso que afecta directa o indirectamente a toda la sociedad, pero que, en sí mismo considerado, no implica una lesión concreta y específica en cabeza de un individuo en particular (Rojas Quiñones, 2012, p. 80-81).

Cuando se habla de daño ambiental, se hace alusión al perjuicio, menoscabo o lesión infringido al ambiente como bien o interés colectivo. Específicamente, hace referencia entonces a aquel que se produce en los bienes de uso público, como serían el aire, los bosques baldíos, las carreteras, el agua (Tamayo Jaramillo, 2007, p.1277).

En el similar sentido, el profesor Andrés Briceño Chaves precisó que el daño ambiental puro es cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, aire, flora), causados por cualquier actividad u omisión, que supera los niveles permitidos y la capacidad de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano (Briceño Chaves, 2009, p. 71).

Además del perjuicio colectivo, la afectación ambiental puede generar también perjuicios individuales y concretos sobre bienes jurídicos de un sujeto particular, se trata de daños consecuenciales o daños reflejos derivados de situaciones de contaminación ambiental, que se puede manifestar en *"el deterioro de bienes de particulares que conforman el ambiente"*, tal sería el caso del

incendio de un bosque de propiedad de un particular, en cuyo caso, el único legitimado para cobrar la indemnización o para solicitar la restauración del bosque es su propietario o poseedor.

Otro podría ser el caso de la persona que ve destruido su cultivo o que adquiere una enfermedad como consecuencia de la contaminación del aire o de las aguas de una fábrica vecina. Es evidente que solo la víctima o sus causahabientes pueden reclamar la indemnización de tales daños (Mejía, 2014, pp.19-20).

El daño ambiental civil es aquel que sufre una persona sobre sí misma, o sobre sus bienes patrimoniales a través de un elemento del ambiente. Se lo llama también indirecto porque supone la preexistencia de un daño directo sobre algún elemento del ambiente. En general, para estos supuestos se prevé la indemnización o reparación civil en dinero o en especie.

El daño ambiental colectivo en cambio, es aquel que ocurre sobre algún elemento del ambiente con prescindencia de que este se traduzca en un daño sobre una persona o sus bienes, es por ello que se lo llama directo. Este daño a un bien público, como es el ambiente en conjunto o cualquiera de sus elementos, crea en general una obligación, en muchas legislaciones de rango constitucional, prioritaria de recomponer (Signorino Barbat, 2011, p. 179).

Los daños ambientales (un vertido contaminante, un escape a la atmosfera de sustancias toxicas, la contaminación de suelo, etc.), pueden producir dos tipos de lesiones de carácter muy diferente, aunque a veces ambos tienen lugar simultáneamente. Por un lado, se puede ocasionar daños en los bienes o derechos privados o en las personas y, por otro, daño al medio ambiente en sí

mismo que no producen ninguna lesión individualizada, los que hemos designado como “daños ambientales autónomos” o “daños públicos ambientales” (Lozano Cutanda, 2006, p. 268).

En relación con la anotada tipología del daño ambiental la jurisprudencia del Consejo de Estado ha discurrido de la siguiente manera:

“La jurisprudencia ha distinguido, de manera precisa y concreta, la diferencia entre daño ambiental puro y daño ambiental consecutivo. Al respecto, la Sección Tercera, en un caso en el que se cuestionaban los perjuicios derivados de un derrame de crudo, afirmó: ‘Se advierte que aunque, en el caso concreto, la contaminación de las aguas y riberas por donde discurre el río Rosario y sus afluentes, los cuales arrastraron el petróleo, produjo daño al derecho colectivo al medio ambiente sano (daño ambiental puro) y, por lo tanto, su reparación podía ser objeto de una acción popular, el hecho también repercutió sobre el patrimonio de los pobladores de la región que subsistían de los recursos naturales que fueron afectados con el mismo (daño ambiental consecutivo)’” (Consejo de Estado. 2004b).

Recapitulando tenemos que la responsabilidad ambiental podemos definirla como el conjunto de reglas jurídicas que establecen la forma de obligar al causante de un daño ambiental a pagar su reparación, entendido este como el causado un interés colectivo como el ambiente y daños particulares y concretos que nacen como consecuencia de esa lesión ambiental.

Establecidas las características esenciales de la responsabilidad ambiental y clarificadas las nociones de daño ambiental, en sus dos vertientes, se

hace indispensable indagar por el sustento normativo de la responsabilidad del Estado como causante de daños ambientales.

3.3. El sustento normativo de la responsabilidad del Estado por la producción de daños ambientales

Nuestro ordenamiento jurídico, en concordancia con lo convenido en diferentes instrumentos internacionales, garantiza expresamente la protección del medio ambiente y establece una obligación de reparar los daños ambientales (Consejo de Estado. 2014c).

En virtud del mandato constitucional consagrado en el artículo 80, es obligación del Estado, además de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

“Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”.

La Ley 23 de 1973, por medio de la cual se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales, consagró en su artículo 16 los elementos esenciales de la responsabilidad ambiental del Estado y los particulares, en los siguientes términos:

“El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de

acciones que generan 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”.

En materia ambiental la responsabilidad del Estado y de los particulares está presente en el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, el cual establece que 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 (Rodas Monsalve, 2001, p. 315).

La anterior disposición normativa, se puede decir que constituye la cláusula general de responsabilidad ambiental aplicable tanto al Estado como a los particulares.

Con el citado artículo 16 de la Ley 23 de 1973 corre parejo otro fundamento especial, el precepto constitucional contenido en el artículo 80 de la Carta Política de 1991. Ciertamente, esta es una norma de rango superior que sirve también de asidero jurídico especial o especializado, para referirse a la responsabilidad ambiental, particularmente en lo que se refiere a su inciso segundo, que preceptúa que es deber del Estado exigir la reparación de los daños causados. Nótese que se trata de una disposición que, con la estructura genérica propia de una norma constitucional, consagra una modalidad especial de responsabilidad, derivada del perjuicio ambiental. En efecto, al aludir a la reparación de los daños causados frente al bien jurídico colectivo del ambiente o el ambiente sano, es razonable inferir que sirve de sustento de una tipología

especial, singular y autónoma de responsabilidad cual es la responsabilidad por el daño ambiental (Rojas Quiñones, 2012, pp. 42-43).

Con el artículo 16 de la Ley 23 de 1973 el legislador de una parte, estructuró los elementos fundantes de la responsabilidad ambiental (el hecho imputable, el daño y la relación de causalidad) y, de otra, se sumó a la tendencia internacional imperante en la materia, en el sentido de prescindir de un factor subjetivo de imputación –como la culpa o el dolo-, para endilgar la obligación de indemnizar (Rojas Quiñones, 2012, pp. 71-72).

Como se puede apreciar, existen instrumentos normativos de carácter nacional y diferentes instrumentos internacionales suscritos por Colombia en materia ambiental que estructuran el sistema de responsabilidad del Estado por la producción de afectaciones ambientales, todo lo cual constituye el punto de partida para determinar la responsabilidad que le asiste al Estado por los daños ocasionados en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera en Colombia. La responsabilidad del Estado, en todo caso, encuentra su fundamento en el deber que la Constitución Política impone al Estado de proteger el medio ambiente.

En estas condiciones, una vez estudiados los postulados o presupuestos tanto del sistema tradicional de responsabilidad estatal como del sistema de responsabilidad por afectaciones ambientales, conviene referirse al contratase existente entre ellos, con el propósito de establecer si estos últimos encuentran una reparación efectiva en el sistema tradicional de responsabilidad, en consideración a su conceptualización y a sus características especiales.

3.4. Contraste entre los presupuestos tradicionales de la responsabilidad del Estado y los presupuestos de la responsabilidad estatal por el daño ambiental

Es claro para un importante sector doctrinal, que el derecho público es insuficiente para salvaguardar al medio natural, más aún, para resarcir los daños individuales derivados del perjuicio ambiental (Pico Zúñiga, 2015, p. 14).

Como se ha venido predicando, el daño antijurídico, el resarcible, el reparable, tiene que cumplir con una serie de requisitos que enseña la doctrina: debe ser cierto, concreto, directo, personal. En oposición al daño ambiental, el cual no cumple con ninguno de estos requisitos, pues es indirecto o reflejo, impersonal, muchas veces incierto, hasta hipotético o conjetural, es de causalidad difusa, es decir, presenta para el operador jurídico un desafío enorme de redefinición de los conceptos clásicos del derecho de daños porque el instrumental jurídico tradicional “*disfunciona*” frente a la problemática del daño ambiental (Cafferatta, 2010, p.88).

Así, siendo característico del daño el hecho de que hubiese recaído directamente sobre una determinada persona (reclamante) y que pueda establecerse con certeza su magnitud, no sería posible concebir la existencia de un daño como el ambiental, que a todas luces es impersonal, que lesiona intereses difuminados en un colectivo y cuya determinación (cuantificación o certeza de este) representa un gran reto para cualquiera que los pretenda establecer (Roperó Patarroyo, 2015, p. 129).

En efecto, debe decirse que contrario a la concepción de la dogmática tradicional referente a la responsabilidad extracontractual de Estado, en materia

de daño ambiental este tipo de perjuicio tiene la connotación de ser incierto, indeterminable, futuro en relación con sus causas y efectos, además de difuso, en el que es muy difícil establecer las causas concretas que lo han provocado y el autor o autores responsables (Ramírez Bastidas, 1996, p.171).

Ciertamente, la problemática en cuanto el daño ambiental usualmente recae sobre un número plural de personas, afecta a una, muchas o todas, puede imputarse a la conducta unitaria o colectiva, provenir de comportamientos únicos, múltiples o coligados, ya del mismo sujeto, ora de varios, sus efectos nocivos a futuro, certidumbre o dimensión, suelen ser difíciles de apreciar por impredecibles e incalculables, el detrimento de idéntico o diverso interés podrá ser directo, indirecto, reflejo, conexo o consecuencial y la causalidad difusa (Corte Suprema de Justicia, 2011a).

El daño ambiental tiene ciertos matices o particularidades en su análisis que lo distancian un poco del examen tradicional del daño en sede de responsabilidad. Con todo, a través de los mecanismos procesales idóneos, es perfectamente viable buscar su reparación y su prevención, claro está en un todo de acuerdo con las reglas especiales que existen para el efecto (Rojas Quiñones, 2012, pp. 83-84).

La responsabilidad por las afectaciones del ambiente constituye una responsabilidad especial o singular que en su condición de tal, no debe remitirse ni subsumirse en otro sistema específico.

Esta teoría encuentra pleno respaldo en la existencia de normas ambientales especializadas en materia de responsabilidad, que le asignan un régimen propio y que, por sí solas, sirven de fundamento jurídico de este instituto.

En concreto, el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, incorpora una disposición que, a las claras, edifica un sistema especial o singular de responsabilidad por afectaciones al ambiente, al preceptuar que el Estado será responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generan contaminación o detrimento del ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado

Los institutos de la responsabilidad extracontractual son insuficientes en un ambiente en el que los hechos generadores del daño ambiental se difuminan por el hecho de concurrir en el mismo diversos agentes, de producirse con retardo y de ser el resultado de la sumatoria de los efectos de diversas actividades que por sí solas no constituyen focos de contaminación (Barros Bourie, 2007, p. 806).

Han existido notables progresos de la conceptualización jurisprudencial del daño ambiental, superando a su vez las primeras fases de la responsabilidad extracontractual, que, si bien aporta elementos muy importantes, pueden resultar insuficientes para abordar el tema desde una perspectiva de valoración y reparación integral del daño (Ortega Guerrero y Ávila Suárez, 2015. p. 97).

En este sentido, debe destacarse que el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en materia de responsabilidad por el daño ambiental se basa en sus propios rasgos característicos y en ese sentido, tal como lo han considerado doctrinantes como Félix Trigo Represas y Marcelo López Mesa, un análisis de la responsabilidad por los daños al ambiente en el sistema jurídico colombiano, debe partir de tres premisas fundamentales, a saber:

“a).- En primer lugar, en tratándose de una manifestación especial de la responsabilidad civil en general, la responsabilidad por daño ambiental se ocupa de determinar los presupuestos, condiciones y circunstancias por las que una persona que ha sufrido un daño jurídicamente tutelable como consecuencia de la conducta o actividad de un tercero tiene derecho a exigir su reparación a ese tercero o a otra persona que se encuentre con él en una determinada relación. Más concretamente, la responsabilidad ambiental, a semejanza de la responsabilidad civil general, busca determinar las circunstancias bajo las cuales se impone la obligación de indemnizar un daño relacionado con el ambiente o derivado de una afectación ambiental.

b).- En segundo lugar, debe precisarse que tales circunstancias son, en principio, las mismas que orientan el género de la responsabilidad. Así las cosas, *ab initio*, puede decirse que el débito resarcitorio en el escenario bajo examen, surge en aquellos casos en que una actuación jurídicamente imputable a un particular, irroga causalmente un perjuicio de naturaleza ambiental, cuya reparación se impone. En este orden de cosas, la responsabilidad derivada de la lesión al ambiente comulga, in genere, con los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil, como son el factor de atribución o imputación (I), el daño (II) y la relación causal (III).

c).- Con todo, en tercer lugar, debe puntualizarse que, aun cuando existe una correspondencia genérica, es tan cierto que el análisis de cada uno de los presupuestos axiológicos involucra una serie de aristas o particularidades que singularizan a la responsabilidad por el daño ambiental. En este sentido, existen puntuales características del daño, la imputación, la casualidad y la indemnización en el ámbito de las lesiones

ambientales, que ameritan un estudio individualizado y que, por lo demás, establecen una diferencia específica entre aquellas y la responsabilidad genérica” (Trigo Represas y López Mesa, 2004, p. 533).

La doctrina especializada sobre el tema ha considerado que el primer aspecto de difícil precisión es el referente a la delimitación misma del término “*antijurídico*”, toda vez que muchas de las lesiones ocasionadas al ambiente se encuentran enmarcadas en el ámbito de la legalidad, al estar autorizadas por una ley o un acto administrativo (Gil Botero y Rincón Córdoba, 2013, p. 28). El presupuesto de la antijuridicidad, otrora necesario en la responsabilidad civil clásica, consideramos no es menester, cuando de daños ecológicos se trata (Diez-Picazo, 1999, pp. 290-291).

Como se puede apreciar, todo lo hasta aquí expuesto demuestra la necesidad de dar sustento jurídico al carácter especial o singular del régimen de responsabilidad por el daño ambiental causado, toda vez que, como lo han venido sosteniendo algunos doctrinantes sobre el tema, la responsabilidad por las afectaciones del ambiente constituye una responsabilidad especial o singular que en su condición de tal, no debe remitirse ni subsumirse en otro sistema específico.

En efecto, no es necesario acudir a diversos fundamentos para explicar esta modalidad de responsabilidad, toda vez que se trata de una tipología especial que tiene varias características singulares, las cuales la diferencian de otras formas ajenas (Rojas Quiñones, 2012, pp. 40-43).

Se trata, por tanto de un régimen especial que si bien comulga con los postulados generales de la responsabilidad - por ser éste su género -, desarrolla también ciertas reglas de carácter especial que, en su condición de tal, están

llamadas a ser aplicadas en forma primaria o preferente (Rojas Quiñones, 2012, p. 23).

De lo anteriormente expuesto, es posible concluir que el daño ambiental, en virtud de su conceptualización y de sus características especiales, no encuentra una respuesta efectiva en el sistema tradicional de responsabilidad del Estado, circunstancia que exige que en la resolución de este tipo de controversias, se apliquen las reglas y las normas especiales de que dispone.

CAPÍTULO 4.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO COMO CONSECUENCIA O EN RAZÓN DE LA ACTIVIDAD PETROLERA EN COLOMBIA

En este capítulo se emprenderá el estudio de la responsabilidad del Estado en la producción de daños ambientales provocados en el ejercicio o por razón de la actividad petrolera en Colombia, para lo cual resulta necesario identificar las normas que le dan sustento la actividad petrolera en Colombia y al funcionamiento de la empresa autorizada por el Estado para desarrollar las actividades de exploración, explotación, refinación y transporte de hidrocarburos, así como las disposiciones que permiten establecer la responsabilidad por la causación de los daños ambientales que se generen y las que permiten que esta clase de controversias sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

Se estudiarán las diferentes modalidades o formas a las que ha acudido el Consejo de Estado para declarar la responsabilidad del Estado por el daño ambiental causado en o por razón de la actividad petrolera que desarrolla en Colombia; se detectarán las principales dificultades a las que puede enfrentarse el operador jurídico en la resolución de este tipo de casos, para a partir de este análisis proponer algunas soluciones que permitan desde la jurisprudencia del Consejo de Estado la efectividad de las decisiones judiciales encaminadas a la reparación integral del medio ambiente y a la indemnización de las personas o comunidades afectadas.

4.1. La normatividad constitucional y legal sobre la actividad petrolera en Colombia

En el artículo 202 de la Constitución de 1886, se consagró como principio que los recursos del subsuelo eran de propiedad de la República.

En virtud de lo establecido en el artículo 332 de la actual Constitución Política, el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, disposición de la cual es dable inferir que el petróleo pertenece al Estado y que su explotación es un monopolio en su favor, actividad que puede realizar directamente o a través de terceros.

El Glosario Técnico Minero del Ministerio de Minas y Energías, define a los hidrocarburos como *“los compuestos orgánicos conformados por carbono e hidrógeno, formados por procesos naturales debidos a la descomposición de plantas y animales, bajo condiciones especiales de enterramiento. Pueden encontrarse en estado sólido (asfaltos), líquido (petróleos) y gaseoso (gas natural)”*. (Ministerio de Minas y Energía, 2015, p. 81).

De conformidad con el artículo 1° del Código de Petróleos o Decreto 1056 de 1953, se denomina petróleo las mezclas naturales de hidrocarburos que se encuentran en la tierra, cualquiera que sea el estado físico de aquéllas, y que componen el petróleo crudo, lo acompañan o se derivan de él.

La Empresa Colombiana de Petróleos, en adelante ECOPETROL, es la empresa autorizada para desarrollar las actividades relacionadas con la exploración, explotación, refinación y transporte de hidrocarburos.

A través de la Ley 165 del 27 de diciembre de 1948 se autorizó al Gobierno Nacional para la creación de una Empresa Colombiana de Petróleos, en

principio de carácter mixto, cuyo patrimonio debía contar con la participación de la Nación y de capital privado nacional y extranjero, señalándose que de no ser ello posible se organizaría como empresa Oficial.

Posteriormente, mediante el Decreto 30 del 9 de enero de 1951, el Gobierno la organizó como una empresa oficial con autonomía y personería jurídica que tendría a su cargo la concesión petrolera “*De Mares*”, con sus oleoductos y demás instalaciones referentes a la explotación, refinación y transporte de petróleo y derivados que revertieron a la Nación, iniciando así su intervención en la cadena de producción de petróleo, teniendo en cuenta que la exploración y explotación de ese producto se encontraba a cargo de compañías extranjeras, debido a la política estatal y a los altos costos y complejidad técnica inherentes a esta actividad

Mediante el Decreto 3211 del 9 de diciembre de 1959, se reorganizó como una empresa de carácter industrial y comercial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, pudiendo actuar en su organización interna y en sus relaciones con terceros como sociedad comercial, siendo autónoma para realizar todos los actos, operaciones y contratos que desarrollaran su objeto, sin perjuicio de los intereses económicos del Estado.

Por medio del Decreto No. 1760 del 26 de junio de 2003, se ordenó la escisión de la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol- dando origen a la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH y la Sociedad Promotora de Energía de Colombia y aquella a su vez quedó organizada como sociedad pública por acciones, denominada Ecopetrol S.A., con capital 100% estatal, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y regida por sus propios estatutos.

Finalmente, a través la Ley 1118 del 27 de diciembre de 2006, la Empresa Colombiana de Petróleos se organizó como una sociedad de economía mixta de carácter comercial, de orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, también denominada Ecopetrol S.A. (Consejo de Estado, 2017b)

Ahora bien, aunque los actos jurídicos de ECOPETROL S.A., se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado, ello no obsta para que de conformidad con lo previsto en la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, las controversias y litigios originados en su actividad, como entidad pública que es, sean juzgadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con la Constitución y la Ley (Corte Constitucional, 2007a).

La responsabilidad por el daño ambiental puede generarse de diferentes formas, en cuyo caso el artículo 80 de la Constitución ecológica y el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, constituyen el fundamento normativo de la responsabilidad por los daños causados a las personas o a los recursos naturales como consecuencia de la contaminación o detrimento del medio ambiente, daño o uso inadecuado de los recursos naturales, una de cuyas expresiones es la contaminación causada con derrames de hidrocarburos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 2000-00005-01 de 16 de mayo de 2011).

4.2. Modalidades o formas a las que acude el Consejo de Estado para declarar la responsabilidad estatal por el daño ambiental causado en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera en Colombia

El estudio de la responsabilidad del Estado por el daño ambiental causado en desarrollo de la actividad petrolera, podemos abordarlo desde dos

modalidades: una, la relacionada con daño ambiental causado en el desarrollo de las actividades de exploración, explotación, producción, transporte y almacenamiento de hidrocarburos, y, otra, referida a la responsabilidad del Estado en los eventos de ocurrencia de actos de violencia, que si bien no le resultan atribuibles desde el punto de vista factico, pueden comprometer su responsabilidad cuando este ha contribuido causalmente en su producción, como los daños provenientes de atentados terroristas dirigidos en contra de la infraestructura petrolera con el ánimo de desestabilizar las instituciones públicas.

En consideración a que la actividad que ECOPETROL realiza directamente o con el concurso de terceros es, como se dijo, de las denominadas peligrosas, habida cuenta de que por su propia naturaleza conlleva riesgos de contaminación ambiental, en principio podríamos afirmar que este tipo de eventos se rige por un régimen objetivo de responsabilidad, no obstante lo anterior, también puede ocurrir que en estos eventos se configure una falla del servicio, esto es, que se deba acudir a un régimen subjetivo de responsabilidad, según se presenten o no problemas de carácter técnico, tecnológico o humano en el desarrollo de la mencionada actividad.

En estas condiciones, podemos afirmar que la responsabilidad por los daños ocasionados en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera en Colombia puede obedecer, dependiendo del caso, a un régimen objetivo de responsabilidad, en consideración al carácter de peligrosas de este tipo de actividades, o a un régimen subjetivo, en los eventos de inobservancia de conductas regladas en normas legales y administrativas, verbigracia, la originada en la omisión en la atención de una contaminación presente en el territorio

nacional independientemente de que el Estado no sea el autor del hecho físico, como por ejemplo, cuando inaplica el plan de contingencia a que está obligado frente a un derrame de hidrocarburos.

La misma consideración se puede predicar de los casos de atentados terrorista, pues permiten la aplicación de un régimen objetivo, como por ejemplo cuando se somete a un riesgo de naturaleza excepcional a las personas que habitan cerca de la infraestructura petrolera, la cual es atacada por grupos subversivos que dirige su ataque contra ese objetivo con el ánimo de desestabilizar las instituciones del Estado, o acudiendo a un régimen subjetivo, en los cuales el Estado incumple sus obligaciones de protección y vigilancia, cuando tal hecho era previsible.

Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad del operador de hidrocarburos se comprende no sobre el daño ocasionado, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones no causa el derrame, sino que quien lo provoca es un tercero, circunstancia que en principio impediría tener por acreditado el nexo causal, sin embargo, en esas condiciones su responsabilidad se circunscribe a la no aplicación del plan de contingencia o a su aplicación tardía o irregular.

El plan de contingencia podemos definirlo como la herramienta estratégica, operativa e informática precisamente diseñada con el objeto de mitigar o corregir los daños y efectos nocivos causados por el derrame de hidrocarburos a las aguas marinas y los ecosistemas.

En Colombia, a través del Decreto 2190 de 1995, se ordenó la elaboración y desarrollo del plan nacional de contingencia contra derrames de hidrocarburos, derivados y sustancias nocivas en aguas marinas, fluviales y lacustres, como

instrumento rector del diseño y realización de actividades dirigidas a prevenir, mitigar y corregir los daños que estos pueden ocasionar.

En virtud de ello el Gobierno Nacional expidió el Decreto 321 de 17 de febrero de 1999, por el cual se adoptó el plan nacional de contingencia contra derrames de hidrocarburos, derivados y sustancias nocivas.

Según el artículo 2, el objeto general del plan nacional de contingencia contra derrames de hidrocarburos, derivados y sustancias nocivas en aguas marinas, fluviales y lacustres, es servir de instrumento rector del diseño y realización de actividades dirigidas a prevenir, mitigar y corregir los daños que éstos puedan ocasionar, y dotar al Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres de una herramienta estratégica, operativa e informática que permita coordinar la prevención, el control y el combate por parte de los sectores público y privado nacional, de los efectos nocivos provenientes de derrames de hidrocarburos, derivados y sustancias nocivas en el territorio nacional, buscando que estas emergencias se atiendan bajo criterios unificados y coordinados. (Consejo de Estado. 2004c).

El Decreto 1609 de 2002, por el cual se reglamenta el manejo y transporte terrestre automotor de mercancías peligrosas por carretera, determina que el plan de contingencia, es un programa de tipo predictivo, preventivo y reactivo con una estructura estratégica, operativa e informática desarrollado por la empresa, industria o algún actor de la cadena del transporte, para el control de una emergencia que se produzca durante el manejo, transporte y almacenamiento de mercancías peligrosas, con el propósito de mitigar las consecuencias y reducir los riesgos de empeoramiento de la situación y acciones inapropiadas, así como para

regresar a la normalidad con el mínimo de consecuencias negativas para la población y el medio ambiente.

El Decreto 2820 de 2010, sobre licencias ambientales, en su artículo 41 establece que si durante la ejecución de los proyectos, obras, o actividades sujetos a licenciamiento ambiental o plan de manejo ambiental ocurriese incendios, derrames, escapes, parámetros de emisión y/o vertimientos por fuera de los límites permitidos o cualquier otra contingencia ambiental, el titular deberá ejecutar todas las acciones necesarias con el fin de hacer cesar la contingencia ambiental e informar a la autoridad ambiental competente en un término no mayor a veinticuatro (24) horas.

La autoridad ambiental determinará la necesidad de verificar los hechos, las medidas ambientales implementadas para corregir la contingencia y podrá imponer medidas adicionales a las ya implementadas en caso de ser necesario.

En el último inciso de dicho artículo, se establece que las contingencias generadas por derrames de hidrocarburos, derivados y sustancias nocivas, se regirán además por lo dispuesto en el Decreto 321 de 1999 o la norma que lo modifique o sustituya.

El Decreto 3930 de 2010, sobre usos del agua y residuos líquidos, modificado por el Decreto 4728 de 2010 en el artículo 3, estableció que los usuarios que exploren, exploten, manufacturen, refinan, transformen, procesen, transporten o almacenen hidrocarburos o sustancias nocivas para la salud y para los recursos hidrobiológicos, deberán estar provistos de un plan de contingencia y control de derrames, el cual deberá contar con la aprobación de la autoridad ambiental competente.

La Resolución 1401 de 2012, señala el criterio para definir la autoridad ambiental competente para aprobar el plan de contingencia del transporte de hidrocarburos o sustancias nocivas de que trata el Decreto 4728 de 2010.

La Ley 1523 de 2012, adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, es un proceso social orientado a la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas, estrategias, planes, programas, regulaciones, instrumentos, medidas y acciones permanentes para el conocimiento y la reducción del riesgo y para el manejo de desastres, con el propósito explícito de contribuir a la seguridad, el bienestar, la calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible (Alcaldía de Medellín & otros, 2013).

Importa tener en cuenta que en cumplimiento de obligaciones contraídas por el Estado colombiano en convenios internacionales suscritos en el marco de las Conferencias de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el legislador ha exigido a ECOPETROL en su condición de empresa dedicada a la exploración, explotación, refinación y transporte de hidrocarburos, explotación e importación de petróleos y sus derivados en Colombia, autorizada por la Superintendencia General de Puertos para administrar y operar varias estaciones marinas de cargue, la adopción de planes de contingencia con responsabilidades concretas en materia ambiental para prevenir y controlar el impacto producido por un derrame de hidrocarburos.

De otra parte, en consideración a que la actividad que ECOPETROL realiza directamente o con el concurso de terceros es de las denominadas peligrosas habida cuenta de que por su propia naturaleza conlleva riesgos de

contaminación ambiental por derrame de hidrocarburos, con independencia de quién resulte siendo civilmente responsable por los daños causados por el vertimiento, ECOPETROL es el ente responsable de implementar el plan de contingencia para controlar y mitigar el impacto de los vertimientos de hidrocarburos, que es la herramienta estratégica, operativa e informática precisamente diseñada con el objeto de mitigar o corregir los daños y efectos nocivos causados por el derrame de hidrocarburos a las aguas marinas y los ecosistemas y controlarlos (Consejo de Estado. Sentencia 2001-00014 (AP) de 17 de febrero de 2004).

De conformidad con lo anterior, consideramos que se deben examinar los daños ambientales ocasionados por contaminación consistentes en vertir o emitir sustancias sólidas, líquidas o gaseosas, de la que le cabe por omitir sus obligaciones positivas en materia ambiental, ello es, cuando la vulneración es generada por un particular y no se toman medidas o las adoptadas resultaron insuficientes, pues se termina afectando el medio ambiente y por contera intereses individuales (Consejo de Estado. 2014a).

Una vez establecidos los principales fundamentos cuya observancia resulta indispensable para poder predicar la responsabilidad del Estado en materia de daño ambiental, resulta pertinente referirnos al tratamiento jurisprudencial del Consejo de Estado frente a esta problemática ambiental, teniendo en cuenta que se trata de una área que plantea complejos interrogantes a propósito de la naturaleza de este tipo de menoscabos para el medio ambiente.

Así las cosas, en un caso en el que se pretendía derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por el derramamiento de crudo en la estación la Guayacana

del municipio de Tumaco, ocurrido como consecuencia de la apertura de una válvula de seguridad de bombeo del oleoducto Transandino, el Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado por no haberse adoptado medidas de seguridad eficaces para evitar el hecho, ni haber ejecutado, con posterioridad a la misma, las acciones necesarias establecidas en sus planes de contingencia para remediar los daños ecológicos que este produjo, con los consecuentes perjuicios patrimoniales y morales para los demandantes que habitaban en las riberas del río Rosario y sus afluentes. En esa oportunidad el Consejo de Estado consideró:

“ECOPETROL tiene a su cargo la administración, explotación y comercialización de hidrocarburos del país, de conformidad con lo establecido en el decreto 2310 de 1974, vigente al momento de ocurrir los hechos y como tal es propietaria de un sistema de oleoducto para el transporte de crudo desde los campos de producción de Orito y Putumayo hasta el puerto de Tumaco. En tal condición, asume la responsabilidad por los daños que se cause de manera directa o indirecta a los particulares con esas actividades o los bienes destinados a éstas, siempre que le sean imputables.

En el caso concreto, de acuerdo con las pruebas antes señaladas, se considera que aunque la apertura de la válvula que generó el derramamiento de crudo no fue realizada por funcionarios de la empresa demandada, sino, al parecer, por terceras personas que realizaban una manifestación pública, ECOPETROL es solidariamente responsable del daño (art. 2344 C.C.), por haber incurrido en las siguientes omisiones:

1. No adoptar las medidas de seguridad necesarias para proteger la estación, a pesar de la advertencia de los manifestantes, la cual se concretó, inicialmente, en el panfleto que enviaron desde el 8 de febrero de 2000,

exigiendo la presencia de un operario para que cerrara las válvulas de la estación y posteriormente, el día 17 siguiente, que la empresa fue informada de que aquéllos intentaron cerrar las válvulas de bloqueo del oleoducto. Sin embargo, ésta no adelantó ninguna gestión tendiente a proteger el oleoducto, en particular, no solicitó a las autoridades militares y de policía competentes reforzar la seguridad del mismo.

2. Como lo reconoce la misma empresa en el informe presentado por la vicepresidencia adjunta de producción, a pesar de que la zona donde se hallaba la estación reductora era considerada como “de conflicto y con intensos problemas de orden público”, ésta no estaba debidamente protegida. De acuerdo con el acta de verificación suscrita el 25 de febrero de 2000, la puerta de entrada a la estación sólo se hallaba asegurada con cadena y candado y lo peor, las válvulas no estaban protegidas siquiera con esas mínimas seguridades.

3. A pesar de la situación de orden público de la zona y de la riqueza ecológica que debía ser protegida, la empresa no había diseñado un plan de contingencia que permitiera mitigar en forma más oportuna y eficaz la contaminación producida por el derramamiento de crudo, hecho que se aceptó en el informe presentado por la vicepresidencia adjunta de producción.

4. La empresa es responsable solidariamente del daño porque no adoptó, en forma inmediata, las medidas tendientes a reducir el impacto ambiental, pues sólo en las primeras horas de la noche del día 20 de febrero, es decir, cuando el crudo llevaba discurriendo casi tres días por el río, se cerraron las válvulas de bombeo y se colocaron las mallas de protección que impidieron que se continuara extendiendo la mancha sobre el río” (Consejo de Estado. 2004b).

Como se puede apreciar, el Consejo de Estado acudió en este caso a un régimen de responsabilidad subjetivo, toda vez que encontró demostrada la falla del servicio en que incurrió ECOPETROL por no haber adoptado las medidas de seguridad necesarias para proteger la estación, solicitando a los órganos competentes las medidas de seguridad que el asunto requería, a pesar de la advertencia de las personas que finalmente procedieron a abrir la válvula de bombeo; asimismo la empresa no había diseñado un plan de contingencia que hubiera permitido mitigar en forma más oportuna y eficaz la contaminación producida por el derramamiento de crudo.

En otro asunto, en el que correspondía determinar si existía una acción u omisión atribuible a Ecopetrol o del Ministerio de Defensa-Ejército Nacional como consecuencia de los daños materiales sufridos por la sociedad Fierro Ávila y Cia. S. en C., en hechos ocurridos el 17 de marzo de 1991 en la vereda El Entable del municipio de Albán (Cundinamarca), cuando integrantes de la guerrilla de las FARC dinamitaron un tramo del poliducto de propiedad de Ecopetrol que se extendía entre Puerto Salgar y Facatativá, el Consejo de Estado estimó que daño revestía el carácter de antijurídico y que era imputable a la administración porque estuvo dirigido contra un objetivo claramente identificable como Estado, en el marco del conflicto armado interno y que supuso la materialización de un riesgo de naturaleza excepcional, creado conscientemente por Ecopetrol para el desarrollo de su objeto social.

En esa oportunidad el Consejo de Estado discurrió de la siguiente manera:

“En el caso bajo examen está probado que el atentado terrorista no tenía un carácter indiscriminado, sino que estaba dirigido específicamente contra un bien claramente identificable como Estado, en el marco del conflicto armado interno. En efecto, como se expuso en el capítulo de hechos probados, el atentado fue perpetrado por la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, en adelante FARC, contra la infraestructura de transporte de combustible de propiedad de Ecopetrol (que es una empresa industrial y comercial del Estado) en su intento, por todos conocido, de desestabilizar y debilitar las instituciones democráticas, y de conquistar, por la vía armada, el poder político.

(...)

Adicionalmente, está probado que el daño surgió de la materialización de un riesgo excepcional. En efecto, dada la situación de conflicto armado, la cercanía a las instalaciones e infraestructura para el transporte de combustible generaba riesgos para la seguridad de las personas y sus bienes. Es de público conocimiento que, a finales de la década de los ochenta y principios de los noventa, la guerrilla estaba empeñada en atacar contra la infraestructura energética y petrolera del país. Las voladuras de torres de energía y los atentados contra los oleoductos eran hechos que se repetían con frecuencia a lo largo y ancho del territorio nacional.

(...)

En estas condiciones, se concluye que la cercanía al propanoducto de propiedad de Ecopetrol puso a los habitantes y trabajadores de la vereda El Entable del municipio de Albán (Cundinamarca), en general, y a la sociedad Fierro Ávila y Cía, S. en C., en particular, en una situación de riesgo excepcional. Si bien no se desconoce que la explotación y transporte de

hidrocarburos constituye una actividad legítima para el desarrollo del objeto social de la empresa demandada, dadas las condiciones de seguridad imperantes en la zona, el paso del propano por el área rural del mencionado municipio y por los predios de la sociedad actora, generó un riesgo de naturaleza excepcional que, al materializarse y ocasionar a ésta un daño antijurídico, debe ser indemnizado” (Consejo de Estado. 2012d).

En el caso en estudio, el Consejo de Estado utilizó un régimen de naturaleza objetiva, toda vez que encontró demostrado que el atentado terrorista estaba dirigido específicamente contra un bien del Estado, en el marco del conflicto armado interno, con el ánimo de desestabilizar y debilitar las instituciones democráticas, y de conquistar, por la vía armada, el poder político. En ese sentido, expresó que el daño surgió de la materialización de un riesgo excepcional, en consideración a que la cercanía a la infraestructura para el transporte de combustible generaba riesgos para la seguridad de las personas y sus bienes.

El Consejo de Estado, como máxima autoridad de lo contencioso administrativo, no ha dirimido este tipo de casos acudiendo a un solo régimen de responsabilidad, sino que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto ha optado por un régimen objetivo o subjetivo, pues tal como se ha establecido en sentencia de unificación de 19 de abril de 2012, al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, por lo que los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento.

4.3. Las principales dificultades en la determinación de la responsabilidad por la causación de un daño ambiental en el desarrollo de la actividad petrolera

Ahora bien, el Consejo de Estado ha encontrado problemas para establecer la existencia del daño ambiental, por la dificultad de determinar con precisión el hecho dañoso concreto y el agente estatal que lo provocó.

En otros eventos, a pesar de que ha constatado la existencia de un daño ambiental, no ha considerado la posibilidad de adoptar medidas razonables para remediar los efectos ocasionados al medio ambiente, así como para indemnizar plenamente a las personas o comunidades afectadas.

En un fallo proferido por el Consejo de Estado el 5 de octubre de 2016, dentro del radicado número 38335, en el que se trató el evento de un derrame de petróleo ocurrido en la ensenada de Tumaco el 26 de febrero de 1996, en el que se causaron daños ambientales al ecosistema, así como la disminución de las especies marinas y de actividades como la pesca, de la cual derivaban su sustento las accionantes, demuestra la dificultad a la que se enfrentó el operador jurídico en la resolución de este caso, en consideración al carácter histórico y difuso de esta clase de menoscabos. Veamos:

“Adicionalmente, según memorando del 30 de septiembre de 2005, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial indicó que el derrame de crudo del 26 de febrero de 1996 fue un hecho puntual, del cual no se podía

determinar si aún continuaban los efectos ambientales negativos originados inicialmente, no solo por el tiempo que había transcurrido desde entonces, sino también porque se han presentado derrames posteriores en la misma zona, como por ejemplo el de Petroecuador en julio de 1998, razón por la cual consideró irresponsable ligar la disminución de los recursos pesqueros del área al derrame del buque-tanque “Daedalus”.

(...)

En el libelo, se señala específicamente que el resultado dañoso del derrame de crudo en la ensenada de Tumaco consistió en a) desaparición de especies marinas de la región; b) contaminación y muerte de miles de hectáreas de manglar tropical; c) desaparición de especies marinas y crustáceos de la zona de manglar, base de la dieta alimenticia de la población y fuente de ingresos para la población nativa; d) afectación de las playas, la ensenada y en general, los alrededores de la ciénaga con incalculables consecuencias para las labores de los pobladores.

(....)

Igualmente, desdibuja la certeza del daño, el hecho de que los vertimientos orgánicos de la población también son un factor contaminante de la Bahía y que, como lo afirmaron las demandantes en el libelo y se estableció en la acción popular, hubo derrames anteriores al del 26 de febrero de 1996 y posteriores a él, por lo que los efectos de dichos eventos pueden confundirse al no poderse calcular su prolongación en el tiempo” (Consejo de Estado. 2016b).

El Consejo de Estado en la resolución de este caso encontró problemas relacionados con la determinación en el tiempo de los efectos nocivos de esta

clase de menoscabos, por tratarse, como se dijo, de daños ambientales históricos, así como por la dificultad de determinar el hecho dañoso concreto y su causante, en consideración a que en esa zona ya se habían presentado siniestros similares; este fallo revela que el operador jurídico se enfrentó a dificultades para determinar la existencia del daño ambiental, dada la ausencia de una prueba con respaldo científico o técnico que lo acreditara.

En el expediente obraron como pruebas la sentencia dictada por el Consejo de Estado dentro de la acción popular que por los mismos hechos se profirió el 22 de febrero de 2007², la sentencia de la Corte Constitucional T-574 del 29 de octubre de 1996, que ordenó a ECOPETROL que durante un plazo mínimo de 5 años debía efectuar un monitoreo en el sector costero de la playa de Salahonda, con el fin de superar cualquier secuela que quedase del vertimiento de petróleo ocurrido el 26 de febrero de 1996 en la bahía de Tumaco; sin embargo, el Consejo de Estado concluyó que no existía certeza del daño ambiental o ecológico que condujera a la disminución de las especies marinas y otras afectaciones, toda vez que hubo derrames anteriores y posteriores, por lo que los efectos de dichos eventos podían confundirse al no poderse calcular su prolongación en el tiempo.

Esto evidencia que el operador jurídico prefirió negar las pretensiones de la demanda frente a las dificultades que tuvo en cuanto a la certeza del daño ambiental, que buscar otras alternativas para lograr la indemnización de los afectados y la reparación del daño ambiental. Ciertamente, pudo haber acudido a las figuras de las presunciones y los indicios, a la inversión de la carga de la

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de febrero de 2007, expediente 52001-23-31-000-2004-00092-01(AP), CP: Ruth Stella Correa Palacio.

prueba, toda vez que lo más probable era entender que al ser ECOPETROL la entidad que explotaba esa actividad industrial en ese puerto del pacifico, su comportamiento resultaba el más idóneo para producir el resultado dañoso.

Tampoco acudió a su facultad de decretar pruebas de oficio con el propósito de encontrar la certeza requerida para determinar el o los causantes de esos daños, esto es, decretando pruebas técnicas o científicas que le hubieran permitido establecer el responsable del daño.

En la misma línea, el Consejo de Estado, en otro asunto en el que se formuló demanda de reparación directa contra el Ministerio de Minas y Energía y la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL-, con el fin de que se les declarara administrativamente responsables por los perjuicios ocasionados por el derrame de crudo ocurrido el 26 de febrero de 1996 en el Terminal del Oleoducto Transandino y que llegó a la playa Francisco Pizarro, contaminando el ecosistema marino y generando unos perjuicios económicos al demandante, consistentes en la imposibilidad de desplegar la actividad pesquera que venía allí realizando, dentro del proceso con el radicado número 32618 de 14 de septiembre de 2015, consideró que no se había acreditado el daño ambiental indirecto. Veamos:

“En criterio de la Sala para acreditar la existencia del daño en casos como el sub lite se requiere, por una parte, probar que efectivamente ocurrió el daño ambiental de base o "puro" -en el caso concreto, el derramamiento de crudo- y , por otra parte, se debió probar que dicho daño ambiental produjo -con un grado de certeza suficiente- la consecuencia concreta que se está pretendiendo endilgarle, para, finalmente, probar que dicha situación -la

imposibilidad de adquirir el producto de la pesca- tuvo un impacto negativo en su patrimonio.

En cuanto a la prueba del derramamiento de crudo, en el expediente obran numerosos medios de acreditación que dan cuenta de su ocurrencia, de su extensión y de las consecuencias nocivas que se presentaron para el medio ambiente en general y, en particular, para la zona de Salahonda, entre ellos se arrimó la copia íntegra del expediente correspondiente a la investigación que por dicho derramamiento de crudo se abrió en la Capitanía de Puerto de Tumaco, incluidas las providencias que al respecto se profirieron. De igual manera, se encuentra la sentencia T-574 de 1996, que se ocupó de este asunto de los derechos fundamentales que se vieron vulnerados por esa situación. También resulta pertinente, al efecto traer a colación la sentencia del 22 de febrero de 2007, en el que la Sección Tercera se ocupó, en sede de acción popular, del siniestro ambiental ocurrido el 26 de febrero de 1996, en la que se dio cuenta específicamente del alcance del derrame de crudo y de su incidencia para los derechos colectivos³.

Así las cosas, no existe duda alguna en que en la tarde del 26 de febrero de 1996, mientras se realizaba un procedimiento de cargue del buque Daedelus, se produjo una fuga que generó una marea negra contaminando con ello, entre otras zonas, la de Salahonda.

Sin embargo, aun cuando se acreditó de manera adecuada la legitimación en la causa por activa, en el expediente no obran medios de convicción que permitan establecer o tomar por cierto que dichas circunstancias —el derrame de crudo y el consecuente impacto negativo en la economía de la zona-

³ Cita textual del fallo: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de febrero de 2007, Exp. AP-092. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

generaron el impacto negativo que la parte alega, es decir, no existe prueba de que el perjuicio realmente se haya producido. La parte actora no aportó medio de convicción alguno que permitiera otorgarle certeza a las afirmaciones que realizó en la demanda; por el contrario, existen numerosos medios de convicción que impedirían considerar al señor Aquiles Caicedo Lozano como perjudicado por lo ocurrido, en la medida en que dan cuenta de que el daño, tal y como lo identificó la parte actora, no ocurrió.

(...)

En la misma línea, tampoco se cuenta con información tributaria o de alguna otra naturaleza que permita contar con un parámetro objetivo de determinación de la existencia del perjuicio, pues la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales certificó que el señor Caicedo González no se encontraba inscrito en el Registro Único Tributario, por lo tanto no se encontró información de las declaraciones de renta del aquí demandante durante el tiempo en que supuestamente ocurrieron los perjuicios; en esa dirección, en vista de que no se logró identificar el NIT de la Pesquera María del Mar, no se pudo allegar al expediente información tributaria de dicho establecimiento de comercio, por estas razones y en general por la ausencia de prueba al respecto —no solamente tributaria, sino contable o de otra naturaleza-, se reitera, tampoco se encuentran elementos de juicio para establecer la pérdida alegada de las utilidades de la Pesquera María del Mar o del perjuicio patrimonial que habría podido sufrir el señor Caicedo González como propietario de dicho establecimiento comercial.

Por otra parte, el único medio de convicción que da cuenta específicamente de la existencia de los perjuicios alegados es el dictamen pericial rendido por

los expertos Jaime Miguel Bravo Díaz y Olmedio Marino Castillo Mindineros (...).

Ahora bien y sin perjuicio de lo anterior, la Sala encuentra pertinente señalar que aun cuando los expertos concluyeron que existía una relación directa entre el derrame de crudo y la pérdida del capital de trabajo de la referida pesquera, dicha afirmación resulta contradicha por los datos que el mismo dictamen pericial recoge” (Consejo de Estado. 2015c).

En este caso, a pesar de que el Consejo de Estado encontró acreditada la ocurrencia del derramamiento de crudo, así como su extensión y las consecuencias nocivas que se presentaron para el medio ambiente en general y, en particular, pues, incluso hizo alusión a la sentencia T-574 de 29 de octubre de 1996, por medio de la cual la Corte Constitucional protegió el derecho fundamental a la libertad de oficio de dos pescadores de esa zona, no ordenó la verificación de las condiciones ambientales de la zona afectada y su posible restauración. Con ello, el Consejo de Estado conlleva a la impunidad del agente que con sus actuaciones u omisiones ocasionó el daño ambiental e impide exigir la reparación efectiva e integral de los daños ocasionados al ecosistema en desarrollo de esa actividad industrial.

Igualmente, el Consejo de Estado prefirió en este caso negar las pretensiones a los demandantes y no acudir a la figura de la condena *in genere* o a la presunción de que una persona laboralmente activa devengaba al menos el salario mínimo, cuando en el proceso obraban elementos de juicio que le permitían inferir la posible afectación económica del demandante, tales como los dictámenes periciales y las pruebas documentales y testimoniales.

En efecto, aunque hizo alusión a varias pruebas que demostraban que se produjo una afectación económica para los pescadores y pobladores resultante de la disminución de la pesca en las playas de Salahonda como consecuencia del derrame, esto es, el impacto negativo en la economía de la zona, consideró que no existía prueba de que el perjuicio realmente se hubiera producido, con lo que omitió considerar que, una vez verificados los presupuestos de la responsabilidad por daño ambiental, lo más justo era que la determinación del pago de los daños y perjuicios deba hacerse a través de una condena *in genere* y liquidarse incidentalmente, oportunidad en la que se determinaría el respectivo quantum.

En otro caso en el que se demostró que sobre el poliducto Buenaventura – Yumbo de propiedad de Ecopetrol S.A., se presentó un derrame de combustible Diésel, producido aparentemente por un golpe sufrido en la tubería por parte de los equipos del contratista a cargo del INVIAS, no se adoptaron algún tipo de medidas de reparación integral encaminadas a lograr, en lo posible, la restauración del medio ambiente afectado con el derrame de crudo.

En el fallo con radicado No. 37038 de 14 de julio de 2017, se constató que se produjo un derrame de aproximadamente 2.403 barriles de combustible Diésel. En el sub lite se encontró demostrada la responsabilidad del INVIAS por los daños producidos a ECOPETROL por la ruptura del poliducto de su propiedad. Se tenía acreditado que se había advertido al INVIAS la ubicación cercana del poliducto al proyecto de obra que desarrollaba, sin que se hubiera evidenciado la suficiente diligencia y cuidado en su actuar para afrontar dicha situación. En esa oportunidad se sostuvo:

“Así las cosas, dichas circunstancias sumadas a las conclusiones del dictamen pericial en donde se señaló como causa determinante de la ruptura de dicha tubería el uso de una retroexcavadora con mordazas, aunado al hecho de que en el lugar donde se presentó el daño habría paso de volquetas y maquinaria pesada por parte del contratista del Invias, para esta Corporación estaría suficientemente demostrado que el daño habría sido por causa de este.

Por el contrario, lo que sí es claro es que una vez ocurrido el conocido derrame de combustible, meses después, se realizó el traslado del aludido tramo de poliducto que habría sido afectado, denotando que el mismo pudo haber sido evitado si habría actuado con la respectiva diligencia (Consejo de Estado” (2017a).

Respecto a lo anterior, es del caso resaltar que, pese a tener conocimiento de la producción de un daño ambiental, no se adoptaron medidas de reparación integral encaminadas a lograr, en la medida de lo posible, la restauración del medio ambiente afectado con el derrame de crudo, así como aquellas dirigidas a los agentes causantes y a la comunidad en general, acerca de las consecuencias, responsabilidades y sanciones que representan y/o generan conductas como las que dieron lugar a la demanda, para evitar que esa clase de acciones y menoscabos contra el medio ambiente vuelvan a repetirse.

En otro caso, en el que el demandante hizo consistir el daño en la inundación de los pozos de petróleo ubicados en su propiedad, hacienda “*Bufalera Oro Negro*”, que produjo el derrame de crudo en un área aproximada de doscientas hectáreas de potreros y que los habría dejado inservibles para la

explotación ganadera, durante una creciente del río Magdalena ocurrida entre el 19 y el 23 de diciembre de 1999, el Consejo de Estado, en fallo del 1 de febrero de 2018, dentro del radicado número 40640, consideró lo siguiente:

“Igualmente, se arrimaron copias de ocho comunicaciones suscritas en los años 1994 y 1995, unas por el actor y otras por el administrador de la hacienda “Bufalera Oro Negro”, todas dirigidas a ECOPETROL S.A., en las cuales informaban de unos derrames de crudo ocurridos en esa propiedad en los años 1994 y 1995 y solicitaban a esa empresa realizar trabajos de descontaminación.

(...)

Igualmente, la demandada allegó copias de diez denuncias adicionales a los entregados en la diligencia anterior, a fin de demostrar que los derrames presentados no habían sido causados por ECOPETROL S.A., sino por hurto de válvulas o tuberías por parte de terceros.

(...)

De las pruebas recaudadas advierte la Sala que resulta probable que las manchas que se observaron en algunos sectores de la hacienda “Bufalera Oro Negro” provengan de los pozos de crudo cercanos a la propiedad y que pertenecen a ECOPETROL S.A., dado que, como lo observó el perito, la zona básicamente es de explotación petrolera y ganadera; no obstante, no ofreció certeza de ello, dado que no se recogieron muestras de los potreros en donde se observaron las manchas tanto en vegetación como en cuerpos de agua, como tampoco se hicieron pruebas de laboratorio.

(...)

De ahí que, en principio, la fuente del supuesto daño irrogado al actor lo

constituye una inundación del río Magdalena que habría arrastrado sustancias de los pozos de ECOPETROL S.A. hacia su propiedad, algo que era muy frecuente, según el perito, por las condiciones topográficas de la zona; sin embargo, de dicha circunstancia no se tienen datos precisos en el plenario, pues las peticiones que el demandante presentó ante ECOPETROL S.A., solicitando labores de mitigación, se refieren a un derrame ocurrido el 16 de enero de 1994 y a otro del 8 de septiembre de 1995, pero no se allegaron evidencias que corroboren los hechos de diciembre de 1999, a los que alude la demanda.

(...)

Lo anterior, implica que no exista claridad de cuál fue exactamente la afectación por derrame del petróleo en la hacienda “Bufalera Oro Negro” con la creciente del río Magdalena en diciembre de 1999, a que hace referencia la *causa petendi*, dado que ni para entonces ni para el momento de la inspección judicial, se tomaron muestras de la sustancia que supuestamente bañaba los pastos y que se encontraría mezclada con el agua de los potreros.

(...)

Finalmente, como ya lo ha señalado esta Subsección en casos similares, desdibuja la certeza del daño el hecho de que hubo derrames anteriores como los referidos en las peticiones del actor en los años 1994 y 1995 y los posteriores denunciados por ECOPETROL S.A. en el año 2003, debido a los hurtos de tuberías y válvulas efectuados por terceros, los cuales no pueden atribuirse a la empresa, pues dicha entidad es la primera afectada y tampoco se comprobó una falla suya que diera lugar a dichas sustracciones; de ahí que los efectos de dichos eventos pueden confundirse al no poderse calcular su prolongación en el tiempo” (Consejo de Estado, 2018b).

En este caso, para el Consejo de Estado no existía certeza del daño

ambiental alegado, en razón a que no se habían recogido muestras o se habían realizado pruebas de laboratorio de los potreros en donde se habían observaron las manchas tanto en vegetación como en los cuerpos de agua, a lo que agregó que se habían presentado derrames anteriores y posteriores a los que originaron la demanda de la referencia, lo que dificultaba establecer que ECOPETROL hubiera sido el agente causante de tal afectación.

Como se puede apreciar, el Consejo de Estado a pesar de constatar la existencia de un daño ambiental y de tener incertidumbre acerca del hecho generador del daño y de su causante, así como de aceptar que no obraba en el expediente una prueba técnica o científica allegada por la parte actora que demostrara la causa de esa lesión ambiental, tampoco acudió a la facultad oficiosa con que cuenta y procedió a ordenar tales elementos de prueba, lo que le hubiera permitido tener los elementos necesarios para proferir un fallo en justicia. Asimismo, teniendo conocimiento de que ECOPETROL era la entidad que explotaba esa actividad industrial en ese sector, no acudió a las figuras de las presunciones, los indicios o a la inversión de la carga de la prueba.

Como se ha venido advirtiendo, tampoco ordenó la verificación de las condiciones ambientales de la zona afectada, lo que impidió la reparación efectiva e integral de los daños ocasionados al ecosistema en desarrollo de esa actividad industrial.

Como se puede extraer del anterior recuento jurisprudencial, las dificultades para catalogar el daño ambiental dentro del contexto de la responsabilidad extracontractual del Estado, tiene que ver con la existencia de causas y contaminadores concurrentes, daños anónimos y contribuciones leves al

medio ambiente. En fin, esta situación compleja, tiene que ver con la imposibilidad de determinar o individualizar un agente causante del daño dentro de un grupo de posibles victimario.

En esta hipótesis, el intérprete entiende que existe una comunidad más o menos amplia de individuos potencialmente responsables, pero no puede dilucidar en forma cierta, cuál de ellos dio inicio al curso causal que desembocó en el perjuicio. Se trata entonces de casos de daños anónimos o de autor desconocido, vicisitud ésta última que, como es natural, dificulta enormemente la imputación de responsabilidad (Rojas Quiñones, 2012, pp. 111-116).

Cuando a la complejidad ordinaria de la causalidad se le suma un escenario en el que la mayoría de hipótesis revelan causas concurrentes, daños anónimos y contribuciones leves, la dificultad crece exponencialmente.

En efecto, las características particulares de esta modalidad de responsabilidad impiden, las más de las veces, conocer a ciencia cierta cuál fue la causa que desató una situación de alteración ambiental (Rojas Quiñones y Mojica Restrepo, 2015, p. 35).

La dificultad que reviste en muchos de los daños ambientales es probar la relación de causalidad entre una acción u omisión ilícita y la lesión causada. En muchos supuestos, el daño tiene su origen en la actividad simultánea de varios sujetos y no puede identificarse una acción aislada como la responsable de la lesión.

La contaminación de los acuíferos subterráneos o del suelo, por ejemplo, puede tardar años en manifestarse, con lo que los causantes de la lesión pueden ser industrias que no operan ya en esa zona. Ello conduce a que en varios casos

los Tribunales, por mucho que apliquen una responsabilidad de carácter objetivo, deben desestimar las pretensiones de responsabilidad patrimonial por daños ambientales por falta de prueba del nexo causal entre la actividad contaminante y los daños producidos (Lozano Cutanda, 2006, p. 277).

En efecto, son de sobra conocidos, en la esfera ambiental, los problemas derivados de la concurrencia de contaminadores, de daños en masa, de daños anónimos, de contribuciones causales, entre otros; así las cosas, los problemas propios de la relación de la causalidad se hacen especialmente patentes en la esfera ambiental, en donde la incertidumbre es cuestión de todos los días (Rojas Quiñones y Mojica Restrepo, 2015, p. 35).

Sobre la relación de causalidad ha dicho la doctrina que este presupuesto se presenta como el más complejo o el de mayor dificultad. Tal aserto se apoya en la circunstancia en que el daño ecológico no siempre se produce por una sola causa, aparecen en el camino ciertas condiciones que colaboran en la producción del perjuicio. En otras ocasiones el detrimento es consecuencia de actos contaminantes efectuados a lo largo del tiempo, a veces, el daño se provoca porque han realizado actividades varios sujetos, sin que pueda determinarse, cuál de todas es la causante del menoscabo (Córdoba Sánchez y Sánchez Torres, 2002, p. 61).

En efecto, con frecuencia los daños al medio ambiente no tienen una manifestación inmediata sino que se presentan muchos años después de haber tenido lugar la actividad causante del daño (son los llamados “*daños históricos*” o “*daños originados en el pasado*”).

Resulta pertinente destacar entonces que las dificultades de establecer los efectos ambientales negativos originados como consecuencia de la industria petrolera se pueden presentar posteriormente, en consideración al tiempo que transcurre desde la ocurrencia de un derrame de hidrocarburos y la afectación primaria, circunstancia que impide determinar la causa determinante y el agente que desató la situación de alteración del medio ambiente, forma de responsabilidad ambiental que no ha sido objeto de un análisis profundo y que impone su construcción acudiendo a conocimientos técnicos y científicos en el tema.

Con fundamento en los fallos del Consejo de Estado antes analizados, propondremos para una mayor comprensión del tema, la siguiente línea jurisprudencial.

1.-TEMA SELECCIONADO

El tema objeto de estudio y análisis en la presente línea jurisprudencial es la responsabilidad del Estado colombiano por el daño ambiental causado en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera, con el propósito de analizar si el Consejo de Estado ha evitado o no la impunidad del agente causante del daño ambiental y si ha posibilitado o impedido la reparación efectiva e integral de los daños ocasionados al ecosistema en desarrollo de esa actividad industrial.

2.- PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se pretende dilucidar en esta línea jurisprudencial planteado en forma de pregunta abierta es ¿En los casos puestos en conocimiento del Consejo de Estado como consecuencia de la ocurrencia de siniestros en el desarrollo de la actividad petrolera, se repara integralmente a las personas o

comunidades afectadas y se adoptan medidas razonables para remediar los efectos ocasionados al medio ambiente?

3.- LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Esta línea jurisprudencial se construye porque se pretende explicar y profundizar en el tema planteado que está siendo objeto de estudio con fines netamente académicos e investigativos, igualmente se considera importante analizarlo por la trascendencia jurídica en materia contencioso administrativa. Esta línea jurisprudencial, se construye haciendo un análisis dinámico de los fallos del Consejo de Estado y examinando su postura en las sentencias proferidas por el mismo en lo concerniente a la responsabilidad del Estado por el daño ambiental causado en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera y por medio esta manera responder a la pregunta invocada en el problema jurídico.

Esta línea se construye con el fin de alcanzar los siguientes objetivos:

a.- Definir de manera clara y expresa lo planteado en la pregunta problema, con el propósito de establecer si la jurisprudencia del Consejo de Estado ha realizado algún tipo de aportes para reparar y conjurar este tipo de afectaciones para las personas y el medio ambiente.

b.- Mejorar la capacidad de análisis de la jurisprudencia, en este caso del Consejo de Estado, y entender mejor las diferentes teorías y modalidades en materia de responsabilidad estatal por el daño ambiental causado en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera.

c.- Sembrar en los lectores además de una explicación y análisis jurisprudencial, mayor interés por el tema escogido o por alguna de sus aristas, las cuales resultan de alta trascendencia jurídica.

Para explicar con mayor detalle el tratamiento jurisprudencial del Consejo de Estado a las controversias que implican la causación de daños ambientales producidos en el desarrollo la actividad petrolera, se seguirá el siguiente orden *i)* se expondrá el grafico con el problema jurídico y las dos opciones de respuesta; *ii)* luego, vendrán las conclusiones y, *iii)* finalmente, la evaluación de la línea jurisprudencial.

Tratamiento jurisprudencial del Consejo de Estado a las controversias que implican la causación de daños ambientales producidos en el desarrollo de la actividad petrolera

¿En los casos puestos en conocimiento del Consejo de Estado como consecuencia de la ocurrencia de siniestros en el desarrollo de la actividad petrolera, se repara integralmente a las personas o comunidades afectadas y se adoptan medidas razonables para remediar los efectos ocasionados al medio ambiente?	
No, porque no se logró probar la relación de causalidad entre una acción u omisión ilícita y la lesión ambiental causada.	Sí, porque se lograron establecer los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado
<p>S. No. 40640 de 2018</p> <p style="text-align: center;">S. No. 37038 de 2017</p> <p>S. No. 38335 de 2016</p> <p>S. No. 32618 de 2015</p>	

Fuente: Elaboración propia con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, tomada de la relatoría de esa Corporación.
<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Conclusiones

La anterior línea jurisprudencial se puede catalogar *sui generis*, en la medida en que no se analiza la ocurrencia de un giro jurisprudencial en lo referente al tratamiento que el Consejo de Estado le ha dado a la temática de los daños ambientales causados en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera, toda vez que lo que se observa es que la tendencia ha sido a denegar las pretensiones indemnizatorias formuladas por los actores y a no reparar el daño ambiental causado a los ecosistemas, a pesar de que en la mayoría de los casos se admite la ocurrencia del mismo.

El Consejo de Estado Consejo de Estado ha propiciado la impunidad del causante del daño ambiental y ha impedido la reparación efectiva e integral de los daños ocasionados al ecosistema, toda vez que, ante la dificultad de establecer la causa que desató una situación de alteración ambiental, debido a la existencia de causas, contaminadores concurrentes y daños históricos, no ha optado por decretar pruebas técnicas o científicas que le hubieran permitido establecer el responsable del daño.

Si bien en una de las sentencias, esto es, la identificada con el radicado No. 37038 de 2017, el Consejo de Estado reparó los perjuicios materiales causados a la parte actora, en este caso ECOPETROL, la cual allegó los registros contables y financieros de sus pérdidas, no adoptó ningún tipo de medidas tendientes a la restauración o compensación del medio ambiente afectado ni

mucho menos ordenó la reparación integral de las personas afectadas con este tipo de siniestros, ni aquellas dirigidas a la comunidad en general, acerca de las consecuencias, responsabilidades y sanciones que representan y/o generan conductas como las que dan lugar a demandas de este tipo, para evitar que esa clase de acciones y menoscabos contra el medio ambiente vuelvan a repetirse.

Evaluación de la línea jurisprudencial

El anterior estudio demuestra que el Consejo de Estado, en consideración a la complejidad del daño ambiental causado en desarrollo de la actividad petrolera, ha optado por denegar las pretensiones de las demandas, antes que acudir a otras alternativas para lograr la reparación de los perjuicios provocados a las personas y a las comunidades afectadas. Asimismo, pese a verificar la ocurrencia de un daño ambiental, no se ha planteado la posibilidad de adoptar medidas tendientes a la rehabilitación del medio ambiental.

Lo anterior debido a que esta Corporación sigue acudiendo a los tradicionales postulados de la responsabilidad extracontractual del Estado, sin considerar siquiera que está frente a un tipo de responsabilidad que obedece a unos elementos propios y especiales, circunstancia que ha conllevado a la impunidad del agente causante de la afectación ambiental.

Igualmente, es bastante cuestionable que se deje sin reparación el daño ambiental por ser un daño de difícil cuantificación, comoquiera que la dificultad de su determinación no puede conllevar que se ignore su acaecimiento (Roperó Patarroyo, 2015, p. 141), por tanto, resulta indispensable que se propongan una serie de herramientas tendientes a que se reparen los perjuicios causados en el patrimonio de las personas, así como para exigirle que ejecute todas las

actividades necesarias tendientes a la recuperación, restauración y compensación del ambiente.

Lo anterior, permite pensar en replantear desde la teoría de la justicia y la responsabilidad ambiental, la noción de daño ambiental, bajo el entendido de que quien lo origina mantiene una responsabilidad que no solo recae en la identificación de una conducta, sino adicionalmente en las exigencias de una responsabilidad ampliada que le exige restaurar *in natura* y compensar por los daños ambientales, tanto ecológicos como sociales, cuando se observan que estos han sido transgredidos (Ortega Guerrero y Ávila Suárez, 2015. pp. 93-94).

En el Anexo II de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, adoptada el 21 de abril de 2004, se establecieron los tipos de reparación, así: la reparación primaria, que es toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico; la reparación complementaria, que incluye todas las medidas reparadoras adoptadas cuando la reparación primaria no dé lugar a la plena restitución de los recursos naturales y/o servicios dañados, y la reparación compensatoria, es decir, aquella adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto (Arrieta Quesada, 2015, pp. 342).

Siempre es necesario procurar el cese de la actividad perturbadora, la recuperación del recurso, ecosistema o hábitat y solo después se debe procurar la indemnización monetaria (Arrieta Quesada, 2015, p. 351).

En esta medida, se establece un análisis jurisprudencial en contexto, con alcances cada vez más inclusivos y garantistas, partiendo de planteamientos sobre problemáticas ambientales desde la perspectiva ecológica asociada a los bienes afectados, pero que cada vez más va integrando aspectos sociales y elementos de protección y reparación más allá de las sanciones e indemnizaciones monetarias, lo que, en otras palabras, implica una visión integral a los problemas de valoración del daño (Ortega Guerrero y Ávila Suárez, 2015, p. 97)

Por lo tanto, dichas medidas restaurativas y compensatorias pueden estar referidas a disposiciones para integrar el restablecimiento frente al daño ecológico y social, incluyendo medidas diversas para la descontaminación de los ecosistemas e, incluso, el arrepentimiento público expresado por la comisión del daño, a fin de recuperar la confianza legítima que ha sido quebrantada de la sociedad frente al Estado (Ortega Guerrero & Ávila Suárez, 2015, p. 117).

Ahora bien, como se ha sostenido a lo largo del presente trabajo, el daño ambiental y, específicamente, el daño ambiental causado en el desarrollo o por razón de la actividad petrolera, en la manera como ha sido abordado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, no ha sido objeto de una reparación efectiva, todo lo cual permite aseverar que no ha logrado cumplir con el fin último para el cual fue instituido, esto es, hacer efectiva la justicia ambiental.

Lo primero que debe decirse es que el concepto de justicia ambiental puede ser definida como *“el tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes,*

reglamentos y políticas ambientales” (EPA – Environ Protection Agency. Monroy Rosas, 2011, pp. 2-3).

La Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera, en relación a la noción de justicia ambiental:

“Sobre el concepto justicia ambiental la sentencia T-294 de 2014 afirmó que, dentro de esa definición, el tratamiento justo supone que ningún grupo de personas, incluyendo los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias ambientales negativas como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas ambientales y políticas a nivel estatal, local o tribal.

(...)

“Ahora bien, en el ámbito interno los componentes de la justicia ambiental cuentan con respaldo constitucional expreso y quedan comprendidas dentro del mandato del Constituyente de asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2 CP). Es más, no se debe olvidar que la Carta del 91 consagra el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, disposición que, interpretada a la luz del principio de igualdad establecido en el artículo 13, fundamenta un derecho fundamental de acceso equitativo a los bienes ambientales y un reparto igualmente equitativo de las cargas públicas, al igual que un mandato de especial protección para los grupos sociales discriminados o marginados” (Corte Constitucional, 2014a).

De otra parte, el acceso a la justicia constituye uno de los pilares básicos del derecho internacional de los derechos humanos. Además de ser un derecho

en sí mismo, es también el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o quebrantados (CEPAL-ONU, 2016).

En este sentido, el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales se define como la posibilidad de acceder a órganos especializados en temas ambientales, judiciales o administrativos, de forma individual o colectiva para interponer acciones jurídicas en la defensa del medio ambiente y otros derechos humanos relacionados (CEPAL. 2017).

También es entendido como la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos (Brañes Ballesteros, 2000, p. 5).

En el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 se estableció el derecho de acceso a la justicia en materia ambiental, así:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá

proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

El acceso a la justicia ambiental es importante porque permite garantizar el derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano y en armonía con la naturaleza, apto para el desarrollo humano de las generaciones presentes y futuras (Benavente García, 2015, p. 14).

Por tanto, alcanzar una justicia ambiental efectiva solo sería posible a través del reforzamiento del cumplimiento de las resoluciones judiciales o administrativas, especialmente en la fase de ejecución. Por ello, se hace imperativo que las resoluciones administrativas finales y las sentencias, sean estrictamente acatadas, evitando todo tipo de actos que pretendan su desnaturalización, neutralización o paralización (Peña Chacón & González Ballar, 2015, p. 29).

Los Estados deberían avanzar hacia la creación e implementación de jurisdicciones ambientales especializadas en los niveles nacionales. En él entre tanto, muchos países ya cuentan con instancias judiciales o administrativas que se encargan de los procesos relacionados con el medio ambiente y buscan la resolución de los conflictos ambientales a través de sus fallos o resoluciones (Muñoz Ávila, Gutiérrez Robledo, Luna Ramírez & Castro Fernández, 2018, p. 154).

Bajo este contexto, podemos afirmar que el Consejo de Estado no ha logrado el cometido de justicia ambiental, en consideración a la falta de especialización de los operadores del derecho en la jurisdicción contenciosa

administrativa, lo que sugiere la modernización de los sistemas judiciales existentes, con el propósito de ir superando las concepciones tradicionales de la responsabilidad estatal con los que se solucionan los asuntos ambientales, dado que seguir aplicándolos, implicaría la imposición de verdaderas barreras u obstáculos al derecho de acceso a la justicia ambiental.

En esta materia, las resoluciones administrativas finales y las sentencias, deben fijar las responsabilidades del caso y ordenarse la inmediata reparación integral del ambiente degradado, las medidas y acciones necesarias para evitar que se incremente el daño ambiental ocasionado, determinando claramente los parámetros, medidas de restauración y compensación y el plazo propuesto para el cumplimiento de las obligaciones del responsable, así como los mecanismos de control y verificación de su cumplimiento. Igualmente debe cuantificarse y fijarse la indemnización por el daño ambiental acontecido, indicando expresamente la finalidad ambiental que debe atenderse, así como el órgano o entidad pública responsable de darle el destino señalado. La valoración económica del daño ambiental debe hacerse en forma integral, utilizando los métodos de valoración más apropiados para garantizar ese objetivo (Peña Chacón & González Ballar, 2015, p. 29).

CONCLUSIONES

Como es sabido, los efectos de la actividad petrolera son devastadores para el medio ambiente y la salud de las personas; en consecuencia, desde la jurisprudencia, resulta de vital importancia prevenir este tipo de contaminación, contrarrestar o minimizar sus efectos y exigir la reparación efectiva e integral de los daños ocasionados.

El daño ambiental en la manera como ha sido abordado por la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido objeto de una reparación efectiva, en consideración a que el sistema jurídico colombiano no dispone de herramientas jurídicas capaces de brindar un tratamiento eficaz y oportuno que responda a las particularidades de esta clase de menoscabos al medio ambiente.

La solución tradicional del Consejo de Estado para estos casos ha sido exonerar a todos los potenciales agentes dañadores y, de contera, privar de toda indemnización a la víctima, lo que ha llevado a su impunidad y ha impedido exigir la reparación efectiva e integral de los daños ocasionados al ecosistema, incumpliendo de esta manera con el fin último para el que fueron instituidas las autoridades judiciales en Colombia, esto es, la realización de la justicia ambiental y la protección del medio ambiente.

Los operadores jurídicos no cuentan con una preparación especial en materia ambiental, circunstancia que ha impedido una completa, efectiva y pronta solución judicial de esos conflictos. Esta situación ha permitido pensar en la necesidad de una capacitación constante de esos operadores en la jurisdicción contenciosa administrativa o en la creación de una jurisdicción especializada en el tema ambiental.

En muchos casos los efectos ambientales negativos originados como consecuencia de la industria petrolera no tienen una manifestación inmediata sino que se presentan muchos años después de haber tenido lugar la actividad causante del daño, circunstancia que impide determinar la causa determinante y el agente que desató la situación de alteración del medio ambiente. En este sentido esta forma de responsabilidad ambiental no ha sido objeto de un análisis profundo, lo que impone su construcción acudiendo a conocimientos técnicos y científicos en el tema.

Los resultados de la revisión doctrinal y jurisprudencial que se realizó, permiten entender que los principales problemas a los que se enfrenta el operador jurídico para catalogar el daño ambiental dentro del contexto de la responsabilidad extracontractual del Estado, tiene que ver con la existencia de causas y contaminadores concurrentes, daños anónimos e históricos al medio ambiente, lo que ha dificultado enormemente la imputación de responsabilidad.

Resulta pertinente entonces que se adopte un criterio menos exigente respecto de la prueba de la responsabilidad estatal en materia de siniestros ocurridos en la actividad petrolera, en el que se dé vía libre a un sistema de presunciones y probabilidades y en el que se acuda a la inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima del daño ambiental, en razón de que resulta evidente que quien realiza la actividad contaminante tiene más facilidad de desvirtuar los cargos que se le atribuyen.

Las soluciones más acogidas para este tipo de casos han sido la imputación por causa probable y las presunciones de causalidad.

En la imputación por causa probable, el intérprete entiende acreditada la causalidad cuando, a la luz de un examen objetivo, aparece que un comportamiento, además de idóneo para producir un resultado, fue probablemente el que, en el caso concreto, llevó a producirlo.

Las presunciones de causalidad: otra alternativa bastante recurrida consiste en presumir el nexo de causalidad. El efecto más importante de esta presunción, como es sabido, tiene que ver con el traslado de la carga de la prueba de la víctima al victimario. Por esta razón, resulta ser una estrategia muy idónea en aquellos casos en que es más fácil desvirtuar la causalidad que acreditarla (Rojas Quiñones y Mojica Restrepo, 2015, pp. 81-83).

Otra de las alternativas consiste en extender el principio de solidaridad a todos los individuos que potencialmente causaron el daño, en consideración a la dificultad de individualizar al agente causante del daño dentro de un grupo de posibles victimario.

En virtud del sistema proporcional, se lograría que cada uno de los potenciales causantes del daño respondan en proporción a la probabilidad de que haya causado el resultado, de modo tal que *i)* no se imponga la totalidad de la indemnización a un sujeto respecto del cual no tiene certeza que haya causado el daño y *ii)* no se deje sin ninguna clase de reparación a la víctima del perjuicio cuando se sabe que esta ha padecido una lesión o menoscabo (Rojas Quiñones y Mojica Restrepo, 2015, p. 85).

En efecto, la actuación del juez administrativo, no puede ser pasiva, ni mucho menos ajena a la situación, sino que debe buscar la información científica y técnica necesaria que le permita tener más elementos de sustento para la decisión

que deba adoptar, lo que le impone jugar un papel más preponderante en el recaudo de la prueba e incluso hacer uso de su facultad oficiosa en esta materia.

Las instancias judiciales no han logrado el efectivo cumplimiento de las decisiones judiciales hasta la reparación integral del medio ambiente. Los fallos judiciales no deben quedar en simple letra muerta, en los que las diferentes instancias judiciales tomen las medidas del caso pero no hagan un seguimiento real de la situación ambiental puesta en su conocimiento, lo que implicaría desconocer la validez de tales providencias y evadir las obligaciones impuestas. La efectividad de las reparaciones puede, a su turno, contribuir a la prevención del perjuicio al ambiente, en la medida en que desincentiva ciertos comportamientos antijurídicos en relación con el daño ambiental.

Desde la jurisprudencia se pretende que se haga un constante monitoreo, seguimiento y vigilancia de las medidas de reparación integral ordenadas en procura de rehabilitar el medio ambiente afectado. Este monitoreo debe ser efectuado por una comisión interinstitucional, con el propósito de superar cualquier secuela que quedase del vertimiento de petróleo.

La jurisprudencia del Consejo de Estado debe avanzar en el reconocimiento principal de la reparación *in natura*, pues resulta evidente que frente a un daño ambiental lo más importante es conseguir la restauración y recuperación del medio natural afectado. En estas condiciones, se deben ordenar las medidas necesarias para restaurar o recuperar el equilibrio ambiental afectado, toda vez que por tratarse de un derecho colectivo de rango superior, debería ser este precisamente el fin último que deban perseguir los fallos judiciales.

Los fallos judiciales deben ordenar el fortalecimiento de los planes de contingencia, en procura de que las medidas tendientes a conjurar la contaminación se adopten oportunamente.

Resulta necesario que se establezca en la jurisprudencia del Consejo de Estado una serie de garantías de no repetición, así como que se establezcan medidas de educación ambiental, tal como esta Corporación ha hecho en casos en los que se verifica la vulneración de derechos humanos y fundamentales, en las que se promueva la divulgación y consulta de las decisiones judiciales, teniendo en cuenta los efectos negativos de estas actividades las cuales conllevan a la destrucción de grandes regiones, lo que de contera afecta la seguridad alimentaria de las comunidades, produce desplazamientos, entre otras consecuencias nocivas.

Las decisiones que profiera esta Corporación deben igualmente integrar aspectos sociales y elementos de protección y reparación más allá de las sanciones e indemnizaciones monetarias, lo que, en otras palabras, implica una visión integral de los problemas de valoración del daño ambiental, que implique la implementación de programa de acercamiento social con las comunidades que pueden ver cercenados sus medios naturales de subsistencia, su calidad de vida y su derecho a la salud.

En lo concerniente a la indemnización del daño ambiental indirecto, lo más justo es que la determinación del pago de los perjuicios causados deba hacerse a través de una condena *in genere* y liquidarse incidentalmente, oportunidad en la que se determinaría el respectivo *quantum* o acudir a la figura de la presunción de que una persona laboralmente activa devengaba al menos el salario mínimo,

cuando en el proceso obren elementos de juicio que le permitían inferir la posible afectación económica del demandante.

Se debe destacar, en cuanto al régimen de responsabilidad para dirimir esta clase de afectaciones ambientales, que el Consejo de Estado de manera acertada no privilegia uno en específico, sino que la escogencia de un régimen objetivo o subjetivo de responsabilidad dependerá de las particularidades de cada caso concreto.

En síntesis, el presente trabajo busca aportar a la finalidad de evitar la impunidad de un sistema de justicia ambiental que en la actualidad no alcanza la reparación integral de los daños causados al medio ambiente, debido a que no se dispone de mecanismos para la resolución imparcial, independiente y oportuna de las controversias ambientales; busca igualmente proponer que los asuntos ambientales sean asumidos por profesionales del derecho con conocimientos especializados en materia ambiental y con la capacidad de establecer procesos de seguimiento que aseguren el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales hasta la reparación integral del medio ambiente.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA). “*Justicia Ambiental y Participación Comunitaria*”, en <http://www.epa.gov/espanol/saludhispana/justicia.html>.

Alessandri Rodríguez, Arturo. (1981). “*De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*”. Santiago de Chile: Imprenta Universal.

Alessandri, Rodríguez, Arturo (1988). “*Derecho Civil. De los Contratos*. Santiago de Chile”: Editorial Jurídica EDIAR.

Alterinfos América Latina, (2015). “*ECUADOR - Juicio contra Chevron-Texaco: defensa de derechos humanos y ambientales*”. <http://www.alterinfos.org>.

Ángel Yágüez, Ricardo, (1989). “*La responsabilidad civil*”, 2ª ed. Universidad de Deusto, Bilbao.

Área Metropolitana del Valle de Aburrá, Alcaldía de Medellín - Secretaría de Salud, CORANTIOQUIA, CORNARE, CORPOURABA. (2013). “*Términos de referencia para la elaboración del plan de contingencia para el manejo y transporte de hidrocarburos, derivados y sustancias nocivas*”. [PDF en línea]. Disponible en <http://www.corantioquia.gov.co>.

Arenas Mendoza, Hugo. (2013). “*El régimen de responsabilidad objetiva*”, Bogotá D.C. Editorial LEGIS.

Arrieta Quesada, Liliana. (2015). “*Responsabilidad por daños al medio ambiente en la jurisprudencia de Costa Rica*”. En “*Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*”. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. ISBN: 9789587723663.

Barros Bourie, Enrique. (2007) “*Tratado de responsabilidad Extracontractual*”, Chile, Editorial Jurídica de Chile. ISBN: 9789561017313. 1280 pp.

- Benavente García, Selene. (2015). *“El derecho de acceso a la justicia ambiental”*.
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental SPDA. ISBN 978-612-4261-09-1.
- Bodansky, Daniel. (2010). *The Art and Craft of the international Environmental Law*.
Massachusetts: Harvard University Press.
- Brañes Ballesteros, Raul. (1995). « *La responsabilidad por el daño ambiental* ».
Mexico, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.
PNUMA. En <http://www.pnuma.org/gobernanza>.
- Brañes Ballesteros, Raul. (2000). *“El acceso a la justicia ambiental en América Latina”*. Mexico, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. PNUMA. En <http://www.pnuma.org/gobernanza>.
- Briceño Chaves, Andrés Mauricio. (2009). *“Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental. Dos daños en un mismo esquema de responsabilidad”* en Daño ambiental. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, T. II.
- Bustamante Alsina, Jorge. (1992). *“Teoría general de la responsabilidad civil”*,
Buenos Aires. Argentina: Editorial Abeledo-Perrot SAE E.I. ISBN:
9789502009803.
- Bustamante Alsina, Jorge. (1993). *“Teoría general de la responsabilidad civil”*, 8ª
Edición. Buenos Aires. Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
- Bustamante, Alsina, Jorge. (1995). *“Derecho ambiental, Fundamentación y normativa”*, Buenos Aires. Argentina: Editorial Abeledo – Perrot SAE E.I.
ISBN: 950-20-0877-4. 316 pp.

- Cafferatta, Néstor. (2010). *“La responsabilidad por daño ambiental”*. [PDF en línea]. Disponible en <http://www.pnuma.org/gobernanza/PonenciasVPrograma.pdf>.
- Canepa, Martín. (2015). *“El derecho Internacional del Medio Ambiente y su relación con otras ramas del Derecho Internacional”*. Jurídicas CUC.
- CEPAL-ONU. (2016). *“Sociedad, derecho y medio ambiente. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables al acceso a la información, a la participación pública y al acceso a la justicia”*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Organización de Naciones Unidas (ONU).
- CEPAL-ONU. (2017). *“Observatorio del Principio 10 en América Latina y el Caribe”*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Organización de Naciones Unidas (ONU).
- CIDH. (2017). Opinión consultiva OC-23-17 de 15 de noviembre de 2017. San José.
- Córdoba Sánchez, Jorge y Sánchez Torres, Julio. (2002). *“El derecho de daños en el nuevo milenio”*. Córdoba. Argentina: Editorial Alveroni Ediciones.. ISBN: 9789879233764. 102 pp.
- De Ángel, Ricardo. (1993). *“Tratado de Responsabilidad Civil”*. Madrid. España: S.L. Civitas Ediciones. ISBN 9788447001521. 1104 pp.
- De Cupis, Adriano, (1970). *“El daño. Teoría general de la responsabilidad civil”*, Traducción de Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona.
- De Cupis, Adriano. (1975). *“El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”*. Bosch, Barcelona.

- Diez-Picazo, Luis. (1999). *“Derecho de daños”*. Madrid. España: S.L. Civitas Ediciones. ISBN: 9788447012695.
- Diez-Picazo, Luis. (2011). *“Fundamentos del derecho civil patrimonial. V. La responsabilidad civil extracontractual”*. Pamplona. Editorial Civitas. Thomson Reuters.
- Escobar Gil, Rodrigo. (1999). *“Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”*. Bogotá, Legis S. A.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomas, Ramón. (2006). *“Curso de Derecho Administrativo II”*. Madrid. España: Editorial: S.L. Civitas Ediciones. ISBN 9788447045129.
- García Elorrio, Magdalena y Sommer, Christian. (2016). *“El rol del Estado en la responsabilidad internacional por daño transfronterizo ambiental”* en *“La Responsabilidad Internacional del Estado y el Medio Ambiente”*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, CEDI, SLADI, LASIL, Biblioteca Jurídica DIKE.
- Gil, Enrique. (2011). *“Responsabilidad extracontractual del Estado”*. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 5a edición ISBN: 9789583509490.
- Gil, Enrique y Rincón Córdoba, Jorge. (2013). *“Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia”*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia. ISBN: 978-958-772-058-7.
- Gómez, Domingo. (2001). *“Responsabilidad por daño ambiental en la actividad petrolera de Colombia”* en *“Responsabilidad por daños ambientales”*. Ed. Universidad Externado de Colombia.

- Henao, Juan Carlos. (1998). *“Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”*, Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia. ISBN: 9789586161503.
- Henao, Juan Carlos. (2002) *“Responsabilidad del Estado Colombiano por Daño Ambiental”*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Henao, Juan Carlos. (2007). *“El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés”*. Edición Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Irisarri, Catalina. (2000). *“El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”*. Bogotá D.C. Editorial Universidad Javeriana.
- Lozano Cutanda, Blanca. (2006). *“Derecho Administrativo Ambiental”*. Madrid. España: Editorial Dykinson. 7ª Edición.
- Macías Gómez, Luis. (1998). *“Introducción al derecho ambiental”*. Bogotá. Ed. Legis.
- Macías Gómez, Luis. (2013). *“El daño ambiental. Hacía una reflexión conceptual desde la filosofía y el derecho ambiental”*. En *“Daño Ambiental”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Martínez Rave, Gilberto. (1988). *“La responsabilidad civil extracontractual en Colombia”* 4ª ed. Medellín, Biblioteca jurídica Diké.
- Martínez Rave, Gilberto y Martínez Tamayo, Carolina. (2003). *“Responsabilidad Civil Extracontractual”*. 11a. ed. Bogotá: Ed. Temis.
- Marty, Gabriel. (1952). *“Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones”*, Vol. I. México. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla.

- Mejía, Henry. (2014) *“La responsabilidad por daños al ambiente”*, San Salvador. El Salvador.: Editorial San Salvador, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia.
- Ministerio de Minas y Energía. (2015). *“Glosario Técnico Minero del Ministerio de Minas y Energías”*. www.minminas.gov.co.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. (2015). *“El caso Chevron / Texaco en Ecuador. Una lucha por la justicia ambiental y social”*. Quito.
- Moiraghi, Liliana. (2011). “Estudio Jurídico ‘Grupo No. 6’. - Derecho de la Navegación”. Universidad Nacional del Nordeste – Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas. Argentina.
- Monroy Rosas, Juan Carlos, (2011). *“El Costo de la Indiferencia Ambiental”*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario Universidad del Rosario.
- Moreira, Alberto. (2016) *“Aportes para una teoría general sobre responsabilidad internacional del Estado por daño ambiental”*. En *“La responsabilidad internacional del Estado y el medio ambiente”*. Bogotá. Colección estudios de derecho internacional. ISBN: 978-958-731-169-3.
- Muñoz Ávila, Lina, Gutiérrez Robledo, Ginary, Luna Ramírez, Gabriela y Castro Fernández, María Paula. (2018). *“El rol de las clínicas jurídicas en la consolidación de la justicia ambiental”* en Justicia Ambiental en Colombia. Grupo Editorial Ibáñez. ISBN. 978-958-749-882-0.
- Naveira Zarra, Maita María. (2006). *“El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual”*, Madrid. España. Editoriales de Derecho Reunidas. ISBN: 9788484941309.

- NCDH. (2011). Informe "*Deep Water. The Gulf Oil disaster and the future of offshore drilling*". 2011.
- ONU. (1972). La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972.
- ONU (1982). La Carta de la Naturaleza de 1982
- ONU. (1992). Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992.
- Ortega Guerrero, Gustavo Adolfo y Ávila Suárez, Tito Simón. (2015). "*El daño desde la teoría de la responsabilidad ambiental*". En "*Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia*". Editorial Universidad del Rosario. ISBN. 978-958-738-643-1.
- Osorio Sierra, Álvaro. (2013). "*Responsabilidad por daños ambientales transfronterizos*". En "*Daño Ambiental*", Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Osterling Parodi, Felipe & Rebaza González, Alfonso. (2002). "*Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad*". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Patino Domínguez, Héctor. (2008). "*Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano*". Bogotá D.C.: Revista de Derecho Privado. No 14. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/555/525>.
- Peña Chacón, Mario y González Ballar, Rafael (2015). "*El proceso ambiental en Costa Rica*". San José. Isolma.

- Peña Chacón, Mario (2018). *“Justicia en el Estado de Derecho Ambiental”*. En En Justicia ambiental en Colombia. Grupo Editorial Ibáñez. ISBN. 978-958-749-882-0.
- Pérez, M., y Panzón, R. (1994). *“Validez y eficacia del derecho internacional ambiental”* en revista Universitas, número 86, Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.
- Pico Zúñiga, Fernando Andrés. (2015). *“Aproximación al estudio del daño extrapatrimonial en la responsabilidad civil derivada del daño ambiental”*. En *“Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia”*. Editorial Universidad del Rosario. ISBN. 978-958-738-643-1.
- Planiol, Marcel y Ripert, Georges. (1936). *“Tratado práctico de Derecho Civil Francés”*. Tomo sexto, La Habana: Editorial Cultural, S.A.
- Püschel, Lorna y Urrutia, Osvaldo. (2011). *Curso de Derecho Internacional Ambiental*. Obtenido de Derecho ambiental internacional: <http://ocw.pucv.cl/cursos-1/derecho-ambiental-internacional/materiales-de-clases-1/catedras/clase-3/clase-3-principios-del-derecho-internacional-ambiental-apuntes>.
- Ramírez Bastidas, Yesid. (1996). *“El derecho ambiental”*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ramos Acevedo, Jairo. (1994). *“Responsabilidad Extracontractual del Estado”*, Cali. Valle del Cauca. Editorial Universidad Libre.
- Rave Martínez, Gilberto. (1988). *“La responsabilidad civil extracontractual en Colombia”*. Medellín. Dike.

- Rodas Monsalve, Julio Cesar. (2001). *“Constitución y derecho ambiental – Principios y acciones constitucionales para la defensa del medio ambiente”*, Bogotá, Cargraphics S.A.
- Rodríguez, Gloria Amparo (2012). *“La consagración de los derechos ambientales en las constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia”*. En *“Temas de Derecho Ambiental: una mirada desde lo público”*. Editorial Universidad del Rosario. ISBN: 978-958-738-262-4.
- Rodríguez, Gloria Amparo y Vargas Chaves, Iván. (2015). *“Reflexiones preliminares sobre la responsabilidad por daños ambientales”*. En *“Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia”*. Editorial Universidad del Rosario. ISBN. 978-958-738-643-1.
- Rodríguez, Gloria Amparo; Vargas Chaves, Iván y Gómez Rey, Andrés. (2016). *“Las obtenciones vegetales y el rol de la consulta previa en la prevención de las problemáticas asociadas a su regulación”*. En *“La prevención en materia ambiental – tendencia actuales”*. Editorial Universidad del Rosario. ISBN. 978-958-738-731-5.
- Rodríguez, Gloria Amparo. (2018). *“Reflexiones y perspectivas de la justicia y la participación en la política y la gestión ambiental en Colombia”*. En *Justicia ambiental en Colombia*. Grupo Editorial Ibáñez. ISBN. 978-958-749-882-0.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. (1998). *“Derecho Administrativo general y colombiano”*. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 10a Edición.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. (2011). *“Derecho Administrativo general y colombiano”*, Bogotá D.C.: Editorial Temis.

- Rojas Quiñones, Sergio. (2012). *“La responsabilidad civil por afectaciones ambientales”*. Bogotá D.C.: Editorial Ibáñez. ISBN: 9789587491937.
- Rojas Quiñones, Sergio y Mojica Restrepo, Juan Diego. (2015). *“De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana”* En *“Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia”*. Editorial Universidad del Rosario. ISBN. 978-958-738-643-1.
- Ropero Patarroyo, Jouline. (2015). *“Daños por contaminación de hidrocarburos persistentes en el mar y su cobertura en el derecho civil colombiano”*. En *“Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia”*. Editorial Universidad del Rosario. ISBN. 978-958-738-643-1.
- Serrano Escobar, Luis y Tejada Ruiz, Claudia. (2014). *“La Responsabilidad Patrimonial del Estado”*. Bogotá D.C.: Editorial Doctrina y Ley Ltda. ISBN: 9789586766043.
- Servi, Aldo. (1998). *“El Derecho Ambiental Internacional”*. Revista de Relaciones Internacionales.
- Signorino Barbat, Andrea. (2011). *“Peculiaridades del Seguro de Responsabilidad Civil Medioambiental”* Bogotá: Editorial Fundación De Cultura Universitaria.
- Tamayo Jaramillo, Javier. (1989). *“La culpa contractual”*. Bogotá: Temis.
- Tamayo Jaramillo, Javier. (1989). *“De la Responsabilidad Civil: Las presunciones de Responsabilidad y sus Medios de Defensa”*. Bogotá: Ed. Temis.
- Tamayo Jaramillo, Javier. (2000). *“La Responsabilidad del Estado: El daño antijurídico (Cons. Pol., art.90). El riesgo excepcional y las actividades peligrosas”*. Bogotá D.C.: Editorial Temis. ISBN: 9789587310801.

- Tamayo Jaramillo, Javier. (2007). *“Tratado de responsabilidad civil”*. Bogotá D.C.: Editorial Legis. ISBN: 9789586535588.
- Tamayo Jaramillo, Javier. (2011). *“Tratado de Responsabilidad Civil”*, T. II, 2ª edición, Temis.
- Trigo Represas, Feliz y López Mesa, Marcelo. (2004). *“Tratado de responsabilidad civil. El derecho de Daños en la Actualidad. Teoría y práctica”*. Buenos Aires. Argentina: Editorial La ley. Tomo III.
- Uribe Vargas, Diego y Cárdenas Castañeda, Augusto. (2010). *Derecho Internacional Ambiental*. Bogotá: Ediciones Utadeo.
- Velásquez Arias, Johana. (2016). *“Contaminación de suelos y cuerpos de agua por hidrocarburos en Colombia”*. Yopal: UNAD.
- Zavala de González, Matilde. (1999). *“Resarcimiento de daños”*. Buenos Aires. Argentina. Editorial Hammurabi. Tomo 4. .ISBN: 950-741-131-3.

Normatividad

- Colombia. Decreto 1895 de 1973. Por el cual se dictaron normas sobre exploración y explotación petrolera.
- Colombia. Ley 23 de 1973. Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones.
- Colombia. Decreto 2811 de 1974. Por el cual se dicta el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente.

Colombia. Decreto 1594 de 1984. 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 2811 de 1974 en cuanto a usos del agua y residuos líquidos.

Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991.

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

Colombia. Ley 165 de 1994. Por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Colombia. Decreto 2190 de 1995. Por el cual se ordena la elaboración y desarrollo del Plan Nacional de Contingencia contra derrames de Hidrocarburos, Derivados y Sustancias Nocivas en aguas marinas, fluviales y lacustres.

Colombia. Decreto 948 de 1995. Por el cual se reglamentan, 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 y 49 de la Ley 9 de 1979; y la Ley 99 de 1993, en relación con la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire.

Colombia. Decreto 321 de 17 de febrero de 1999. Por el cual se adoptó el Plan Nacional de Contingencia contra Derrames de Hidrocarburos, Derivados y Sustancias Nocivas.

Colombia. Decreto 1609 de 2002. Por el cual se reglamenta el manejo y transporte terrestre automotor de mercancías peligrosas por carretera.

Colombia. Decreto 2820 de 2010. Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.

Colombia. Decreto 3930 de 2010, Por el cual se reglamenta parcialmente el Título I de la Ley 9 de 1979, así como el Capítulo II del Título VI -Parte III- Libro II del Decreto-ley 2811 de 1974 en cuanto a usos del agua y residuos líquidos y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Resolución 1401 de 2012. Por la cual se señala el criterio para definir la autoridad ambiental competente para aprobar el plan de contingencia del transporte de hidrocarburos o sustancias nocivas de que trata el inciso 2 del artículo 3º del Decreto 4728 de 2010.

Colombia. Decreto 4728 de 2010. Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 3930 de 2010, sobre usos del agua y residuos líquidos.

Colombia. Ley 1523 de 2012. Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones.

Jurisprudencia

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (1999a). sentencia del 16 de septiembre de 1999; Expediente 10922. Consejero Ponente: Dr. Ricardo

Hoyos Duque. [En línea]. Disponible en <https://www.redjurista.com/Documents/ce-sec3-exp1999-n10922.aspx>.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (1999b). Sentencia del 21 de octubre de 1999. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 10948-11643. [En línea]. Disponible en <https://www.redjurista.com/documents/ce-sec3-exp1999-n10948.aspx>.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2000a). Sentencia de 15 de junio de 2000. Expediente No. 11614. Consejero ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. [En línea]. Disponible en <https://www.redjurista.com/Documents/ce-sec3-exp2000-n11614.aspx>.

Colombia. Consejo de Estado. (2004a). Sentencia de 17 de febrero de 2004. Radicación No. 25000-23-24-000-2001-00014-01(AP). Consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

Colombia. Consejo de Estado. (2004b). Sentencia de 13 de mayo de 2004. Radicación. No. 52001-23-31-000-2002-00226-01(AG). M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Colombia. Consejo de Estado. (2004c). Sentencia de 9 de septiembre de 2004. Radicación No. AG – 0574. M.P. María Elena Giraldo Gómez.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (2006a). Sentencia de 4 de octubre de 2006. Expediente No. 1775. Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. (2010a). Sentencia del 9 de junio de 2010; Expediente No. 18078. Consejero ponente Dra. Gladys Agudelo Ordoñez (E).

Colombia. Consejo de Estado. Sección Cuarta. (2011b). Sentencia de 26 de septiembre de 2011. Expediente No. 18213. Consejero Ponente Martha Teresa Briceño De Valencia.

Colombia. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (2012a). Sentencia de 16 de febrero de 2012. Radicación No. 25000-23-24-000-2001-00064-01. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno (E). [En línea]. Disponible en <https://www.redjurista.com/Documents/25000-23-24-000-2001-00064-01.aspx>.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección C. (2012b). Sentencia de 25 de abril de 2012. Expediente No. 21861. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [En línea]. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48491>.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección C. (2012c) Sentencia de 9 de mayo de 2012. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 22366. [En línea] Disponible en [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/68001-23-15-000-1997-03572-01\(22366\).htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).htm).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección C. (2012d). Sentencia de 29 de octubre de 2012. Radicación No. 18472, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. (2013c). Sentencia del 2 de septiembre de 2013. Expediente No 29.877. Consejero ponente Hernán Andrade Rincón.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B. (2014a). Sentencia del 27 de enero de 2014; Expediente No. 27687. Consejero ponente: Dra. Stella Conto Díaz del Castillo. [PDF en línea]. Disponible en [http://www.legismovil.com/BancoMedios/Archivos/sent-25000232600020000101001\(27687\)-14.pdf](http://www.legismovil.com/BancoMedios/Archivos/sent-25000232600020000101001(27687)-14.pdf)

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B. (2014b). Sentencia de 20 de febrero de 2014. Expediente. No. 29028 Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. (2014c). Sentencia de 29 de agosto de 2014. Expediente No: 30541. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. (2015a). Sentencia de 14 de enero de 2015. Expediente No: 05001-23-33-000-2014-01570-01(AC). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. (2015a). Sentencia de 10 de agosto de 2015.

Radicación No. 23001-23-31-000-2008-00281-01 (51167). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. (2015c). Sentencia de 14 de septiembre de 2015. Expediente No. 32618. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2016a). Sentencia de 19 de mayo de 2016. Expediente No. 73001-23-31-000-2011-00611-01(AP)A. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (2016b). Sentencia de 5 de octubre de 2016. Expediente No. 38335 Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2016c). Sentencia de 15 de diciembre de 2016. Expediente No. 88001-23-31-000-2011-00011-01(AP). Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2017). Sentencia de 13 de julio de 2017. Expediente No. 15001-23-33-000-2014-00223-01(AP)A. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (2017a). Sentencia de 14 de julio de 2017. Expediente No. 37038. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (2017b). Sentencia de 19 de julio de 2017. Expediente No. 57394. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (2017c). Sentencia de 19 de julio de 2017. Expediente No. 54118. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico (E).

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2018a). Sentencia de 4 de mayo de 2018. Expediente No. 23001-23-33-000-2017-00008-01(AP)A. Consejero Ponente: María Elizabeth García González.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2018b). Sentencia de 1 de febrero de 2018. Expediente No. 40640. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

Colombia. Corte Constitucional. (2007a). Sentencia C-722 de 2007. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia. Corte Constitucional (2014a). Sentencia T-294 de 2014. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

Colombia. Corte Constitucional. (2016a). Sentencia C-298 de 2016. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 2000-00005-01 de 16 de mayo de 2011. Magistrado Ponente: William Namén Vargas

Ecuador. Corte Nacional de Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 2013.

Caso Salazar y otros vs Chevron Corp. Juicio No. 174-2012. Quito.