

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 74, ISSN: 2463-1914

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

Perspectivas de la responsabilidad estatal
por el daño ambiental en Colombia.
Dificultades para su exigibilidad
y efectividad desde la jurisprudencia
del Consejo de Estado

Ernesto Burbano Ortega



Universidad del
Rosario

PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL
POR EL DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA.
DIFICULTADES PARA SU EXIGIBILIDAD Y EFECTIVIDAD
DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Perspectivas de la responsabilidad estatal por el daño ambiental en Colombia. Dificultades para su exigibilidad y efectividad desde la jurisprudencia del consejo de Estado / Ernesto Burbano Ortega - Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2016.

36 páginas - (Borrador de Investigación, Facultad de Jurisprudencia)

Incluye referencias bibliográficas

ISSNe: 2463-1914

Responsabilidad de daños ambientales - Colombia / Responsabilidad del Estado - Colombia / Control ambiental - Colombia / Protección del medio ambiente - Colombia / I. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Observatorio Laboral / II. Título / III. Serie.

344.046 SCDD 20

Catalogación en la fuente - Universidad del Rosario. Biblioteca

JDA

mayo 20 de 2016

PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL
POR EL DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA.
DIFICULTADES PARA SU EXIGIBILIDAD Y EFECTIVIDAD
DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Ernesto Burbano Ortega

BORRADOR DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
OBSERVATORIO LABORAL
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2016

Ernesto Burbano Ortega

Corrección de estilo

Claudia Rios

Diseño y diagramación

Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSNe: 2463-1914

Todos los derechos reservados

Primera edición: mayo de 2016

Made in Colombia

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	9
2. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD	12
3. POSTULADOS O PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL	13
3.1. El daño antijurídico	13
3.2. La imputación.....	15
4. MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE EN COLOMBIA, SUSTENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRODUCCIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES	17
5. LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE DAÑO AMBIENTAL	19
6. EL DAÑO AMBIENTAL	20
7. EL CONTRASTE ENTRE LOS PRESUPUESTOS TRADICIONALES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO AMBIENTAL	22
8. LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AMBIENTALES	26
9. CONCLUSIONES	30
REFERENCIAS.....	33

PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR EL DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA. DIFICULTADES PARA SU EXIGIBILIDAD Y EFECTIVIDAD DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Ernesto Burbano Ortega*

Resumen

El presente artículo aborda el tema de la responsabilidad del Estado por el daño ambiental y las limitaciones del sistema tradicional de responsabilidad jurídica adoptado por el Consejo de Estado para su exigibilidad y reparación efectiva. En especial, afronta las dificultades que se presentan para establecer la prueba del daño y el nexo de causalidad para su imputación al Estado, así como la conveniencia de mitigar esa exigencia en consideración a las connotaciones propias y especiales de esta clase de menoscabos. Propone igualmente que en todos los casos en que se verifique la existencia de un daño ambiental se adopten en la jurisprudencia del Consejo de Estado las medidas tendientes a rehabilitar el medio ambiente afectado, cuando ello fuere posible, o proceder a su compensación o indemnización plena.

Palabras clave: Responsabilidad estatal, derecho ambiental, responsabilidad ambiental, daño ambiental.

Abstract

This article addresses the issue of state responsibility for environmental damage and the limitations of the traditional liability system adopted by the Council of State of Colombia for its enforcement and effective redress. It particularly deals with the challenges presented when establishing damage proof and the causal link for charging the

* Abogado con Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana y Candidato a la Maestría en Derecho Administrativo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Se desempeña como profesional universitario en el Consejo de Estado. Correo electrónico: ernestoburbanoortega@gmail.co

state, as well as the convenience of mitigating the requirement regarding the own special connotations of such impairments. It also proposes that, in all cases in which the existence of environmental damage is verified, measures restoring the affected environment be adopted into the jurisprudence of the State Council, where this is possible, or else to give effect to compensation or restitution, in order to enforce the general interest.

Keywords: State responsibility, Environmental law, Environmental liability, Environmental damage.

1. INTRODUCCIÓN

Los daños ambientales tienen efectos negativos para el ser humano y para todo el planeta. Los problemas ambientales aquejan la salud de los seres humanos, así como todas sus actividades, sean vitales, productivas o sociales. En este sentido, es necesario que los particulares desarrollen este tipo de actividades dentro de un marco jurídico regido por normas constitucionales y legales, debiendo todas las actuaciones del Estado ceñirse igualmente a tal esquema normativo. Entonces, se hace indispensable establecer la responsabilidad del Estado cuando sea el causante de esos daños ambientales, así como propender consecuencial y principalmente por la rehabilitación del medio ambiente afectado.

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 no comprende todos y cada uno de los avances sociales, tecnológicos y económicos del mundo actual, por tal razón puede afirmarse que no se adecua plenamente a un tipo de responsabilidad especial como es la responsabilidad estatal por afectaciones ambientales.

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 posee connotaciones propias, especiales y auténticas, que obedecen a unos rasgos o elementos característicos *sui generis*. Situación que resulta interesante ya que el Estado en todo caso tiene el deber de resarcir integralmente el perjuicio ambiental que, por su acción u omisión, ocasiona al medio ambiente o a una persona en su integridad personal o en su patrimonio. Es así como la creciente 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 del Estado en el ámbito de los daños ambientales, teniendo en cuenta que constituye una temática propicia para reconsiderar muchos de sus postulados, habida cuenta de que el denominado perjuicio medioambiental obedece a unos elementos característicos y encuentra su sustento en un sistema de fuentes de carácter constitucional y legal propio que permite la aplicación de un subsistema de responsabilidad autónomo e independiente.

En efecto, la responsabilidad por el daño ambiental responde a un régimen de responsabilidad *sui generis*, cuyo tratamiento, por su complejidad, no puede ser subsumido en los tradicionales postulados de la responsabilidad estatal, pues, si bien el daño ambiental comparte en términos general 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.¹

Para lograr el análisis propuesto se utilizará como aspecto metodológico un sistema de carácter mixto —cualitativo— de tipo descriptivo y explicativo, en el que se analizará el tópico relativo a la responsabilidad estatal en el ámbito de los daños ambientales, estudio que se abordará desde una visión doctrinal y desde el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, técnica útil para descubrir la base conceptual teórica y filosófica que tal corporación ha tenido en consideración para adoptar sus posturas sobre la materia.

El presente estudio parte de analizar 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.

Posteriormente se abordará el tema relacionado con los presupuestos necesarios para derivar o configurar la responsabilidad del Estado, para lo cual se explorarán de manera específica los conceptos de daño antijurídico e imputación.

Luego se hará alusión a las normas constitucionales y legales que dan sustento a la protección del medio ambiente como interés superior jurídicamente protegido y de las cuales se deriva el sustento de la responsabilidad del Estado como causante de afectaciones ambientales.

Para formular el marco teórico de la investigación que se proyecta realizar se torna necesario examinar la doctrina sobre la responsabilidad por daños ambientales, base conceptual que, como se dijo, constituye el soporte de las posturas jurisprudenciales que el Consejo de Estado adopta en sus providencias, las que al mismo tiempo orientan la actividad de los falladores de inferior jerarquía y contribuyen a la

1 Este texto es resultado parcial del proyecto de investigación de la Maestría en Derecho Administrativo titulado “La responsabilidad estatal por el daño ambiental en Colombia”, dirigido por la Dra. Gloria Amparo Rodríguez.

estructuración de un sistema de precedentes que busca la coherencia de las decisiones sobre este punto de derecho.

Dentro de la temática de investigación se abordará el concepto de daño ambiental y se diferenciarán los daños causados directamente al medio ambiente, como bien o interés protegido por el ordenamiento jurídico, de los daños ocasionados a las personas o sus bienes, como consecuencia de una afectación ambiental.

Posteriormente se abordará el tema referente al conflicto existente entre los presupuestos tradicionales de la responsabilidad del Estado y los elementos característicos de la responsabilidad por afectaciones ambientales, el cual se analizará desde una óptica doctrinal y jurisprudencial del Consejo de Estado, aspecto que nos permitirá cuestionarnos acerca de si la responsabilidad del Estado en materia de daño ambiental se comprende en los presupuestos tradicionales del régimen de responsabilidad del Estado o, por el contrario, se trata de un sistema de responsabilidad que posee reglas propias y que por tanto requiere un tratamiento especial.

De igual manera, se hará una labor de identificación y análisis de algunas providencias proferidas por la citada corporación, relacionadas con la temática de investigación, lo cual permitirá observar en la práctica judicial el dilema al que se enfrenta el operador jurídico ante la resolución de controversias que involucran esta clase de afectaciones, esto es, si dirimirlos apoyándose en los tradicionales presupuestos de la responsabilidad general del Estado o acudir a un sistema que tenga en cuenta sus rasgos propios o característicos.

Finalmente, y a manera de conclusión, se hará una serie de propuestas sobre el tratamiento que el Consejo de Estado, como máxima corporación de lo contencioso administrativo, debe dar a los eventos de responsabilidad estatal por afectaciones ambientales, haciendo especial énfasis en el tema de la prueba de la causalidad necesaria para derivar la responsabilidad del Estado, la pertinencia de morigerar la prueba al respecto y la necesidad de invertir dicha carga probatoria en algunos casos que por su complejidad lo requieren, sin dejar de lado, dada su trascendental importancia, el tema relativo a la reparación del daño ambiental y, principalmente, a la rehabilitación del medio ambiente afectado como derecho o interés protegido de rango superior.

2. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Con el objetivo de conseguir el contexto requerido para resolver el tema central de este proyecto de investigación referente a la responsabilidad del Estado por afectaciones ambientales, 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 parámetros básicos de conducta que se deben observar para efectos de vivir en sociedad y a cuyo amparo 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 deber no sea acatado. Ricardo de Ángel Yágüez sostiene que el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana (De Ángel, 1989, p. 21). Para Planiol y Ripert existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra (Planiol & Ripert, 1936, p. 664). En similar sentido reflexiona Jorge Bustamante Alsina, para quien 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, 1993, p. 79).

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, en palabra de De Cupis, “una reacción del derecho para facilitar la represión del daño” (De Cupis, 1970, p. 82).

3. POSTULADOS O PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

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.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, los elementos cuya acreditación resulta necesaria para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado son la existencia de

(i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, *cierto y determinado* —o *determinable*—, que se inflige a uno o a varios individuos; *(ii)* una conducta, activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, y *(iii)* cuando hubiere lugar a ella, una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la entidad accionada” (Consejo de Estado, sentencia 32876 de 24 de junio de 2015).

En este orden de ideas, se hará una breve exposición sobre estos presupuestos indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad a cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público.

3.1. El daño antijurídico

3.1.1. 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, 2000, pp. 23-33).

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, la lesión se puede entender como aquel detrimento que el particular no

debe soportar (Arenas, 2013, p. 154). En efecto, esta definición tiene su fundamento en la propuesta conceptual presentada 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 (García, 2002, p. 378).

3.1.2. El daño antijurídico desde la perspectiva jurisprudencial del Consejo de Estado

El Consejo de Estado ha precisado que, “aunque el ordenamiento jurídico no prevé una definición de daño antijurídico, éste hace referencia a 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” (Consejo de Estado, sentencia 11945 de 2 de marzo de 2000).

Asimismo, esta corporación con manifiesta claridad ha expresado 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, sentencia 22366 de 9 de mayo de 2012).

Luego de realizar una aproximación a la noción y alcance del daño antijurídico desde una visión doctrinal y desde la perspectiva jurisprudencial del Consejo de Estado, conviene hacer una breve alusión a cada uno de sus elementos constitutivos con el fin de establecer concretamente en qué casos se configura la responsabilidad del Estado, pues desde el sistema tradicional de responsabilidad este no puede responder por cualquier daño cuya pretensión resarcitoria no ostente estos rasgos característicos. En esta medida, para hablar de la producción de una lesión o daño antijurídico indemnizable es necesario que concurren tres requisitos: la certeza, que sea personal y antijurídico (Arenas, 2013, p. 158).

Sobre los requisitos que deben concurrir para la configuración del daño antijurídico, el Consejo de Estado ha dicho que

El daño antijurídico 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 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, sentencia 21.861 de 25 de abril 2005).

3.2. La imputación

3.2.1. La imputación desde la doctrina nacional y extranjera

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 lo 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 las administraciones públicas es la imputación o posibilidad de ser atribuido el daño al Estado debido a su acción u omisión en un caso específico (Arenas, 2013, p. 191).

Otros doctrinantes, explican este elemento como el mecanismo jurídico que justifica que una persona se haga cargo del daño padecido por el otro (Serrano & Tejada, 2014, pp. 291-292). En la obra de los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández intitulada “Curso de Derecho Administrativo II” se puntualizó 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 & Fernández, 2006, p. 390).

Ricardo de Ángel Yágüez, en su obra *Tratado de responsabilidad civil*, manifiesta que la relación de causalidad es otra de las condiciones de existencia de 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).

3.2.2. La imputación desde la perspectiva jurisprudencial del Consejo de Estado

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 éste 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, sentencia 10922 de 16 de septiembre de 1999).

Sobre el nexo de causalidad la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido esbozando que

[...] es un concepto estrictamente naturalísimo que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar —acción u omisión—, que podría interpretarse como causalidad material y, por su parte, la imputación jurídica supone “establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico” (Consejo de Estado, sentencia 19548 de 22 de junio de 2011).

4. MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE EN COLOMBIA, SUSTENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRODUCCIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES

Nuestra Constitución Política le dio una dimensión positiva a la protección del ambiente, lo cual se proyecta en los siguientes aspectos: “i) deber abstracto de protección en cabeza del Estado y de los particulares, ii) derecho a gozar del mismo a favor de todas las personas [...] y iii) deber concreto que le impone al Estado de ejercer una función precautoria, preventiva, represora y de limitación, fundamentalmente de la propiedad y de la libertad económica” (Consejo de Estado, sentencia 22060 de enero 30 de 2013).

Se presenta entonces el ambiente en una doble faceta, como un derecho y como un deber: en el primer supuesto se trata de un derecho reconocido a todas las personas de disfrutar o gozar de los beneficios del ambiente, mientras que en el segundo impone un deber, mandato o encargo de protección en cabeza tanto de los particulares como de las autoridades públicas (Gil & Rincón, 2013, p. 17).

Las anteriores facetas o dimensiones se encuentran contenidas en la Constitución Política de 1991, al considerar que es obligación del Estado y de todas las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (artículo 8), el derecho a un ambiente sano y la participación democrática en las decisiones que afecten el medio ambiente, así como la obligación del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines (artículo 79). De igual manera, consagra el deber de planificación del Estado, al señalar que el manejo y aprovechamiento de los recursos se debe garantizar en pro de su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución y que se deben prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (artículo 80). El artículo 95 numeral 8 prevé que son deberes de la persona y del ciudadano, entre otros, proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano, y en su artículo 333 establece límites a la libertad económica, cuando así lo exija la protección del ambiente.

Cabe anotar, igualmente, que la Constitución Política estableció en su artículo 80 una especie de cláusula de responsabilidad del Estado por el daño ambiental causado,

disposición que resulta aplicable cuando dicha afectación es causada por la acción de la administración pública o su omisión en el desarrollo de sus obligaciones constitucionales y legales.

Por su parte, el legislativo colombiano estableció en el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, por la cual se concedieron facultades al Presidente para la expedición del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, una especie de cláusula general de responsabilidad ambiental, al consagrar 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 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 el artículo 1 del Decreto 2811 de 1974, o Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, se desarrolló el postulado según el cual el ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social.

En síntesis, la Constitución Política y las disposiciones de carácter legal, además de imponer la obligación de castigar o sancionar las conductas que quebranten las normas vigentes de carácter ambiental, ordenan al Estado la efectiva protección y conservación del ambiente a través de la prevención de los factores de deterioro ambiental y la exigencia de la reparación de los daños ocasionados, con lo cual se busca el desarrollo y el mejoramiento de la calidad de vida de todos sus habitantes. Así mismo, la política dirigida a la protección del medio ambiente en Colombia incorpora los principios universales relacionados a continuación: en primer lugar, se debe priorizar el desarrollo sostenible, en segundo lugar, se revela que la biodiversidad del país es considerada patrimonio nacional y de interés global y, por último, se dispone que la vida saludable y productiva del ser humano es un derecho que debe ser salvaguardado (Rodríguez, 2015, p. 168).

5. LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE DAÑO AMBIENTAL

Como lo afirma Sergio Rojas Quiñones, junto al 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 civil ambiental, en particular 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, 2012, pp. 42-43).

Sobre el tema de la responsabilidad por el daño ambiental Sergio Rojas Quiñones expresó que este es un subsistema de responsabilidad 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 (Rojas, 2012, p. 19). Para este autor, el presupuesto fundamental de ese tipo de responsabilidad está dado por una afectación al medio ambiente. En efecto, en este escenario, el mencionado débito indemnizatorio obedece a un menoscabo o detrimento del ambiente sano, que afecta a la colectividad toda —daño ambiental puro— o a ciertos individuos determinados —daño ambiental impropio—. En cualquier caso, existe el común denominador, como se decía, de una afectación al ambiente que, de una u otra forma, se concreta en un perjuicio indemnizable, determinante de la responsabilidad (Rojas, 2012, p. 19).

En este contexto, podemos afirmar que el Estado puede ser declarado responsable por la producción de afectaciones ambientales cuando por su acción u omisión causa un detrimento del medio ambiente o de los derechos subjetivos de los particulares, así como cuando incumple el contenido obligacional a su cargo dispuesto en diferentes disposiciones constitucionales, legales o incluso consagradas en instrumentos de orden internacional de carácter ambiental acogidos por Colombia.

6. EL DAÑO AMBIENTAL

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que, por lo general, las consecuencias dañosas de un ataque al medio ambiente son irreversibles, entendemos que puede definirse el daño ambiental como aquella agresión física, química o biológica que provoca una contaminación intolerable al sujeto de derecho, impidiendo que pueda usar o disfrutar de los bienes que componen el medio ambiente (Córdoba & Sánchez, 2002, p. 57).

La noción estrictamente jurídica que a nuestro entender se asimila más a la concepción de daño ambiental es el menoscabo soportado por los elementos de la naturaleza o el medio ambiente, sin recaer en particular en persona o cosas jurídicamente tuteladas. Es decir, un perjuicio al medio ambiente, que afecta en forma directa la calidad de vida de los seres humanos (Fernández, 2004, p. 2).

Debemos aclarar, sin embargo, 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 (*par ricochet*) a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado (Bustamante, 1995, p. 45).

Cuando se habla de daño ambiental puro, según Javier Tamayo Jaramillo, 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, etc. (Tamayo, 2007, p. 1277). Se entiende, por tanto, que en este caso, a lo que se alude es al daño causado sobre el ambiente mismo y, por contera, al daño 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, 2012, pp. 80-81).

Para Henry Mejía, 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 pueden 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.

De lo anterior se tiene que este subsistema de responsabilidad civil extracontractual tiene una fuente común de daños que se origina en una afectación ambiental, la cual se puede materializar tanto en un daño ambiental puro, esto es, daño al patrimonio ambiental de la humanidad, cuyo titular es una persona colectiva, como en un daño ambiental impuro, el cual se concreta en un daño patrimonial o extrapatrimonial de una persona o de varias (Briceño, 2009, p. 32).

7. EL CONTRASTE ENTRE LOS PRESUPUESTOS TRADICIONALES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO AMBIENTAL

En este acápite se abordará, desde una visión doctrinal y desde el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, la temática referente al contraste existente entre los presupuestos o postulados necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por la producción de daños antijurídicos y los elementos que se deben observar para derivar la responsabilidad de la administración pública como productor o causante de daños ambientales. Así las cosas, tenemos que 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, diferenciado. 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).

En efecto, debe decirse que contrario a la concepción de la dogmática tradicional referente a la responsabilidad 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, 1996, p. 171).

Como lo indica el profesor Sergio Rojas Quiñones, 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. Dicha postura se sustentó en los siguientes términos:

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, sin que sea entonces necesario acudir al abuso del derecho o a las actividades peligrosas para explicar las reglas que orientan al sistema objeto de examen. 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 [...] (Rojas, 2012, pp. 40-41).

De lo expuesto anteriormente, se puede afirmar, apoyados en el criterio del Sergio Rojas Quiñones, que el artículo 16 de la Ley 23 de 1973 introduce entonces un sistema especial de responsabilidad para los casos de daños ambientales. Y argumenta además, que de esta manera se hace innecesario, amén de poco acertado, subsumir esta manifestación de la responsabilidad en otras hipótesis que, si bien podría eventualmente encajar, no constituyen el fundamento a la medida de la institución bajo examen (Rojas, 2012, p. 41).

Por su parte, Mariano Gutiérrez Azparren ha entendido que, una vez definido el concepto de daño ambiental, surge un nuevo tipo de responsabilidad íntimamente relacionado con la responsabilidad civil de la cual obtiene sus orígenes, pero que por sus particularidades y necesidades contiene elementos propios (Gutiérrez, 2007, p. 1). Para Barros Boure, los institutos de la responsabilidad 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, 2007, p. 806). Para Luis Díez-Picazo, el daño ambiental provoca ciertos y serios cuestionamientos a los presupuestos de la responsabilidad civil, tales como la ilicitud o la relación causal; al menos para este supuesto, aquellos, según los conocemos, debían ser adaptados, ya que algunos se muestran insuficientes para explicar el perjuicio ambiental (Díez-Picazo, 2002, p. 81).

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 contexto, tal como lo han considerado Félix Trigo Represas y Marcelo López Mesa, entre otros, 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 & López, 2004, p. 533).

Otra de las dificultades de catalogar el daño ambiental dentro del contexto de la responsabilidad del Estado tiene que ver con la existencia de causas y contaminadores concurrentes, daños anónimos y contribuciones leves al medio ambiente (Rojas, 2012, p. 116). En fin, situación usualmente compleja, tiene que ver con la imposibilidad de determinar o individualizar un agente causante del daño dentro de un grupo de posibles victimarios. 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 esta última que, como es natural, dificulta enormemente la imputación de responsabilidad (Rojas, 2012, pp. 112-114).

Ahora bien, para proceder a determinar la responsabilidad del Estado en materia de daño ambiental resulta necesario que se demuestre la relación de causalidad entre la acción y el daño, pero hay muchos casos en los que esta demostración resulta imposible de establecer en el ámbito del medio ambiente, como ocurre en los casos de daños difusos procedentes de múltiples fuentes. En otras ocasiones, aunque se puede establecer la relación de causalidad, el contaminador o bien es insolvente o bien no puede ser identificado, como puede suceder en los denominados “daños históricos”, que se presentan muchos años después de haber tenido lugar la actividad

causante, con lo que los responsables de la lesión pueden ser empresas que ya no operan en la zona (Lozano, 2006, p. 272).

En consecuencia, Rojas Quiñonez entiende que esta naturaleza singular conduce entonces a que su análisis no admita la aplicación estricta de los postulados del daño indemnizable de la responsabilidad civil en general (Rojas, 2012, pp. 82-83).

El Consejo de Estado también ha venido aceptando que la responsabilidad por afectaciones ambientales posee connotaciones especiales y fundamentos constitucionales y legales propios.

En suma, el art. 16 de la Ley 23 de 1973, aunque solo hace relación a los perjuicios que se causan a un individuo o a los recursos naturales de propiedad privada, es el fundamento legal de la responsabilidad por afectaciones al ambiente concretadas en un particular, y el art. 80 de la Constitución Política el fundamento basilar de carácter constitucional, que protege al ambiente como bien jurídico de carácter colectivo. Así las cosas, se sostiene que el fundamento jurídico de la responsabilidad por las lesiones al ambiente está albergado en un sistema de fuentes con características legales y constitucionales propias, lo que permite hablar de un subsistema de responsabilidad civil (Consejo de Estado, sentencia 29028 de 2014).

8. LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AMBIENTALES

Para lograr el propósito del presente trabajo se hace necesario abordar el tratamiento que el Consejo de Estado ha dado a la temática del daño ambiental, técnica que resulta útil para resolver la hipótesis planteada sobre si los presupuestos de la responsabilidad general del Estado se adecuan plenamente a un tipo de responsabilidad especial como es la responsabilidad estatal por daños ambientales. Para tal efecto, analizaremos los siguientes casos de estudio:

1.- Contaminación del río Bogotá. El Consejo de Estado declaró como responsables por acción de la catástrofe ambiental, ecológica y económico-social de la cuenca hidrográfica del río Bogotá y de la contaminación de los ríos y quebradas afluentes del primero “a todos los habitantes e industrias de la cuenca que desde hace no menos de treinta años han venido realizando sus vertimientos domésticos e industriales, además de las malas prácticas agropecuarias y de disposición de residuos sólidos, todos ellos, como actores difusos”. Declaró la responsabilidad por omisión de las entidades demandadas, en tanto no adoptaron las medidas necesarias para evitar los inadecuados vertimientos domésticos e industriales a las aguas del río Bogotá.

Como se puede apreciar, en el presente caso se observa un punto de conflicto respecto del elemento de la imputación del daño ambiental causado, toda vez que el Consejo de Estado no encontró claramente determinados los agentes causantes de dicha afectación ambiental, en consideración al carácter indeterminable, incierto y de causalidad difusa de este tipo de daño, en el que es muy difícil establecer el autor o autores responsables y las causas concretas que lo provocaron.

2.- Contaminación y daño del humedal Meandro El Say. El Consejo de Estado encontró suficientemente probado que la CAR con su actitud omisiva colaboró de manera determinante en el proceso de degradación del ecosistema a su cargo, ocasionada por la acción contaminante de algunos particulares, desplegado sobre el humedal denominado el Meandro del Say, el cual llegó a una situación de deterioro tal, que su recuperación requería un proceso ambiental complejo. Los vertimientos encontrados se clasificaron como industriales y domésticos, en su mayoría ocasionales o discontinuos.

En el caso de autos, si bien se identificaron algunos de los principales agentes y causas generadoras del daño ambiental producido al humedal y se ordenó a la CAR que inicie las acciones pertinentes en contra de ellos, no se pudo establecer la responsabilidad de la totalidad de los agentes contaminantes, así como su grado de participación, toda vez que resulta claro que en su producción concurren más agentes y es el resultado de la sumatoria de diversas actividades contaminantes que se prolongaron a través del tiempo, lo que impidió determinar de manera exacta cuál de ellos fue el que inició el curso causal que desembocó en el mencionado perjuicio.

En síntesis, no se pudieron establecer las causas concretas que provocaron el daño ambiental ni los autores responsables, dado que se originó en la actividad simultánea de varios sujetos, con lo que también se quebrantó el presupuesto de la imputación o atribución de responsabilidad en cabeza de la entidad pública demandada.

3.- Daños causados a cultivos de yuca y caucho de propiedad de un particular, como consecuencia de las fumigaciones de glifosato realizadas por la Policía Nacional en el municipio Belén de los Andaquíes. El Consejo de Estado, a pesar de que echó de menos la prueba directa de la responsabilidad invocada en la demanda, consideró que las evidencias acreditaban el nexo de causalidad, pues en el expediente reposaban elementos de juicio que permitían inferir razonablemente que la aspersión aérea de glifosato generó daño en el predio de los demandantes y afectó el medio ambiente. Infirió que el 15 y el 27 de abril de 1999 la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional realizó fumigaciones con glifosato con el objeto de realizar erradicación de cultivos ilícitos en las regiones de Belén de los Andaquíes y San José del Fragua en el departamento de Caquetá, ante lo cual los vecinos de la finca “La Trinidad”, de propiedad de los demandantes, declararon que al medio día del 26 de abril de 1999 aeronaves de la Policía Nacional fumigaron el predio.

El Consejo de Estado acudió a la prueba indiciaria, ante la falta de prueba directa que demostrara que el daño fue consecuencia de las fumigaciones de glifosato, lo que deja en evidencia los problemas a los que se enfrenta el operador jurídico al momento de abordar el presupuesto de la causalidad del daño ambiental, en la medida en que por su carácter incierto, difuso e indeterminado es muy difícil establecer con certeza las causas que lo provocaron, con lo cual se quebrantó también el presupuesto de la imputación del daño ambiental.

En efecto, este caso merece atención, toda vez que a lo largo de la presente acción se alegó que correspondía al demandante la carga de la prueba científica

que acreditara de modo fehaciente la causalidad del hecho con los perjuicios presuntamente irrogados, esto es, que fue el glifosato el causante del daño ambiental impropio reclamado en la demanda.

En este sentido, lo que se propone en asuntos como el presente, en que los que el plenario probatorio cuenta con pruebas de cargo y descargo, es la inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima del daño ambiental, quien en la mayoría de los casos no dispone de los recursos económicos ni técnicos para producirla, eventos en los cuales, por estar la entidad demandada en mejores condiciones científicas y técnicas para hacerlo, deberá demostrar que actuó sin culpa o que se configuró a su favor una causal eximente de responsabilidad, pues, de no hacerse así, se podría correr el riesgo de dejar incólumes los daños ambientales causados.

4.- Derramamiento de crudo en la estación La Guayacana del municipio de Tumaco. El Consejo de Estado declaró la responsabilidad patrimonial del Estado, específicamente de la Empresa Colombiana de Petróleos –Ecopetrol–, por el derramamiento de crudo en la estación La Guayacana del municipio de Tumaco, por no haber ejecutado, con posterioridad al mismo, las acciones necesarias para remediar los daños ecológicos que este produjo, con los consecuentes perjuicios patrimoniales y morales para los demandantes que habitan en las riberas del río Rosario y sus afluentes.

En el fallo en comento no se analiza el contraste existente entre los presupuestos de la responsabilidad general del Estado y los de la responsabilidad ambiental, sino que resulta importante porque a pesar de constatarse la existencia de una afectación ambiental, no se tomaron las medidas de restauración necesarias sobre el medio ambiente afectado, cuando frente a la causación de un daño ambiental lo más importante es conseguir la restauración del medio ambiente afectado, cuando ello fuere posible, o su compensación o indemnización plena.

Como se puede observar, el operador jurídico acude en procura de resolver los asuntos referentes a la causación de afectaciones ambientales, a un sistema que no responde a la caracterización de este tipo de daños, lo cual podría implicar la denegación de las pretensiones incoadas en sede de daño ambiental propio o impropio y, de contera, a la imposibilidad de rehabilitación del medio ambiente afectado.

En efecto, la temática del daño ambiental tiene connotaciones especiales que no se acompañan en los postulados tradicionales de la responsabilidad general del Estado, toda vez que no comparten su misma caracterización. Como se aprecia, la certeza exigida en la dogmática general de la responsabilidad del Estado no siempre es

evidente en materia de daño ambiental, en el que el mismo es muchas veces incierto e indeterminable. Tratándose del requisito de la antijuridicidad exigido en el sistema de responsabilidad general, este componente en el campo de las afectaciones ambientales no es presupuesto para declarar la responsabilidad del Estado ni para imponerle el deber de reparar el medio ambiente afectado. Finalmente, en los daños ambientales puros, contrario a lo que acontece con el daño antijurídico, no es presupuesto para su exigibilidad su carácter personal, pues, como es sabido, cualquier persona puede interponer una acción popular en defensa de los derechos e intereses colectivos.

A lo anterior debe agregarse el carácter difuso de este tipo de menoscabos, en los que es difícil determinar con certeza las causas que lo provocaron y el agente o agentes responsables de su producción.

En estas condiciones, se hace necesario que el Consejo de Estado replantee el tratamiento que ha venido dando a este tipo de controversias, acudiendo a un sistema que consulte con sus propios elementos particulares y emplee como sustento sus propias disposiciones normativas.

9. CONCLUSIONES

La responsabilidad por el daño ambiental responde a un régimen de responsabilidad *sui generis*, cuyo tratamiento por su complejidad no puede ser subsumido en los tradicionales postulados de la responsabilidad del Estado, pues, si bien el daño ambiental comparte en términos general 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 efecto el análisis de cada uno de estos elementos revela una serie de particularidades que hacen que sus rasgos característicos no se expliquen en los presupuestos tradicionales de la responsabilidad general del Estado, puesto que, retomando el criterio de Félix Trigo Represas y Marcelo López Mesa, “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 & López, 2004, p. 533).

En el sistema de responsabilidad general del Estado, el daño antijurídico debe ser cierto, directo y personal, contrario al daño ambiental que resulta ser en la mayoría de casos incierto, indeterminable y de causalidad difusa, en el que resulta muy complejo establecer las causas concretas que lo provocaron y el agente o agentes responsables de su producción. A ello debe agregarse que son el resultado de la unión de diversas actividades cuyos efectos no constituirán, si las observamos por separado, una conducta jurídicamente reprochable pasible de control judicial, circunstancia que implicaría que en el sistema de responsabilidad general del Estado se denieguen las pretensiones referentes a la producción de daños ambientales en consideración a la falta de prueba de la relación de causalidad que debe existir entre el hecho generador y los daños causados al medio ambiente.

Desde esta perspectiva, cabe anotar que los principales problemas a los que nos enfrentamos en aras de lograr la reparación integral del daño ambiental, teniendo en cuenta que es un instituto que no es coherente con el concepto tradicional de daño antijurídico en virtud de sus incertidumbres inherentes, se refieren básicamente a la prueba de la imputación o atribución de responsabilidad de ese daño a la entidad

pública demandada, en consideración a la dificultad de conocer con certeza si se constituye en su única causante o si concurrió con otros agentes en su producción, así como determinar la causa o causas determinantes que desataron la situación de alteración del perjuicio ambiental.

En este contexto, la propuesta que se hacen en el presente trabajo consiste en implementar en los casos de responsabilidad por daños ambientales abordados por el Consejo de Estado un subsistema de responsabilidad que, si bien se debe nutrir de los elementos de la responsabilidad general del Estado, por su especialidad debe ser aplicado observando sus propias particulares, en el que se acuda en procura de la exigibilidad y reparación efectiva del daño ambiental a la inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima. Ello, toda vez que resulta a todas luces más ventajoso que quien realiza la actividad contaminante desvirtúe los cargos que se le atribuyen, en la medida en que ostenta mayores conocimientos técnicos y científicos sobre las consecuencias nocivas de su actividad contra el medio ambiente.

En la misma dirección y con el ánimo de facilitar la prueba de la causalidad, se promulga por una libertad amplia en la producción de pruebas esencialmente complejas, en las que el fallador adopte un papel más decisivo en la producción de las mismas. Para ello, deberá intervenir de una manera más activa en el periodo probatorio y deberá hacer uso de su facultad oficiosa en caso de resultar necesario, además de que las mismas puedan ser valoradas por el juez con fundamento en la sana crítica.

De otra parte, se observó que no en todos los casos de conocimiento del Consejo de Estado en los que se involucren este tipo de menoscabos, se adoptaron medidas tendientes a restaurar o recuperar el equilibrio ambiental y a permitir la prevención de los daños generados al medio ambiente, cuando, por tratarse de un derecho colectivo de rango superior, debería ser este precisamente el fin último que deba perseguir en sus fallos judiciales.

En efecto, se debe señalar que el objetivo que debe perseguir el Consejo de Estado cuando encuentre acreditada la responsabilidad del Estado como causante de afectaciones ambientales es lograr en primera medida la descontaminación del ambiente dañado, su restauración a la situación anterior al hecho generador del daño, cuando esto fuere posible, o su compensación o indemnización plena.

En este punto se debe privilegiar la reparación *in natura*, en los casos en los cuales la indemnización en dinero no resulte procedente para reparar el daño ambiental

causado, reparación que implica la realización de las acciones necesarias para que el bien afectado vuelva a cumplir su función ecológica, o al menos de manera similar, tal como lo hacía antes de la producción del hecho dañoso.

Igualmente, en los eventos en que los supuestos anteriores resulten imposibles, se deberá buscar que la indemnización ordenada en las providencias proferidas por el Consejo de Estado favorezca otro bien de equivalente naturaleza, que permita la restauración del equilibrio ambiental alterado.

Finalmente, se propone que en los fallos judiciales emitidos por el Consejo de Estado se ordene de manera obligatoria, en los caso en los que se verifique la existencia de un daño ambiental, su reparación integral, incluyéndose medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, a lo que debe agregarse la realización durante estas etapas de un estricto seguimiento y control, con miras a que, en aplicación de los principios de precaución, prevención y desarrollo sostenible, se atenúen en lo posible las consecuencias negativas del atentado contra el medio ambiente y los derechos subjetivos de los particulares implicados.

REFERENCIAS

- Alessandri Rodríguez, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Universal.
- Arenas, H. (2013). *El régimen de responsabilidad objetiva*. Bogotá: Legis.
- Barros Bourie, E. (2007). *Tratado de responsabilidad extracontractual.*, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Berberoff, D. (2005). *Incertidumbre científica y riesgo: cinco ideas-fuerza a propósito del principio de precaución. El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Centro de Documentación Judicial. Recuperado de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/26/el-principio-de-precaucion-ambiental-en-la-sentencia-c-595-de-2010-de-la-corte-constitucional.pdf>
- Briceño Chaves, A. M. (2009). Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental. Dos daños en un mismo esquema de responsabilidad. En (s.n.). *Daño ambiental*, t. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bustamante Alsina, J. (1993). *Teoría general de la responsabilidad civil*. 8ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bustamante Alsina, J. (1995). *Derecho ambiental. Fundamentación y normativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. SAE E.I.
- Cafferatta, N. (2010). *La responsabilidad por daño ambiental*. Recuperado de <http://www.pnuma.org/gobernanza/PonenciasVPrograma.pdf>
- СІДН. Caso Ximenes Lopes, Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n°. 149.
- Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991.
- Colombia. Decreto 2811 de 1974. "Por el cual se dicta el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente".
- Colombia. Congreso de la República. 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. Consejo de Estado. Sentencia de abril 14 de 2005, rad. 18001-23-31-000-2004-00613-01(AC). M.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de enero 22 de 2014, rad. 27187. M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de enero 30 de 2013, rad. 18001-23-31-000-1999-00278-01(22060). M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de febrero 12 de 2015, rad. 85001-23-31-001-2012-00044-00(AP). M.P.: María Claudia Rojas Lasso
- Consejo de Estado. Sentencia de febrero 16 de 2012, rad. 25000-23-24-000-2001-00064-01. M.P.: Marco Antonio Velilla Moreno (E).

- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de febrero 22 de 2007, rad. AP-092. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de julio 18 de 2012, rad. 25000-23-26-000-1996-02146-01(18900). M.P.: Olga Mélida Valle de la Hoz.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de junio 11 de 2000, rad. 11614. M.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de junio 22 de 2011, rad. 19548. M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de junio 24 de 2015, rad. 27001-23-31-000-2002-01148-01(32876). M.P.: Hernán Andrade Rincón.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de junio 30 de 2011, rad. 25000-23-27-000-2004-02256-01(AP). M.P.: María Claudia Rojas Lasso.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de marzo 2 de 2000, rad. 11945. M.P.: María Elena Giraldo Gómez.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de mayo de 2012, rad. 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366). M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de octubre 21 de 1999, rad. 10948-11643. M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de septiembre 16 de 1999, rad. 10922. M.P.: Ricardo Hoyos Duque.
- De Ángel, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas.
- De Cupis, A. (1970). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Trad. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- El informe Brundtland (1987). *Nuestro futuro común*. Oxford: Oxford University Press.
- Fernández, & Espinosa López, L. C. (2009). La responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito forestal y de la conservación de la naturaleza. En (s. n.). *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. t. II. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández Madero, J. (2004). Los daños causados al medio ambiente. En *La Ley*. 2004.
- García de Enterría, E. (2002). *Curso de Derecho Administrativo II*. 8ª ed. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Civitas.
- Gil Botero, E., & Rincón, J. I. (2013). *Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Gutiérrez Azparren, M. (2007). *Responsabilidad por daño ambiental*. Recuperado de http://www.economicasunp.edu.ar/getace/images/stories/Gutierrez_Azparren_Responsabilidad_por_dano_ambiental.pdf.
- Henao, J. C. (2000). Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental. En (s. n.). *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Henao, J. C. (1996). *Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*. Ponencia presentada en las Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Henao, J. C. (1997). *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C. (1998). *Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Hunter, D. et al. (1994). *Concepts and principles of international environmental law: An introduction*. Ginebra: UNEP
- Martínez Rave, G., & Martínez Tamayo, C. *Responsabilidad civil extracontractual*. 11ª. ed. Bogotá: Ed. Temis, 2003.
- ONU (1972). Conferencia de las naciones unidas sobre el medio humano. Nueva York: ONU.
- ONU (1992). Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo. Nueva York: ONU.
- Ordoquí, G., & Olivera, R. (1974). *Derecho extracontractual*. vol. II, Compendio de responsabilidad extracontractual. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández.
- Planiol, M., & Ripert, G. (1936). *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. t. VI. La Habana: Cultural.
- Ramírez Bastidas, Y. (1996). *El derecho ambiental*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ramos Acevedo, J. (1994). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Cali: Editorial Universidad Libre.
- Rodríguez Becerra, M. (1994). *El desarrollo sostenible: ¿Utopía o realidad para Colombia? La política ambiental del fin de siglo*. Bogotá: Ministerio del Medio Ambiente, Colombia.
- Rodríguez, G. et al. (2015). *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rojas Quiñones, S. (2012). *La responsabilidad civil por afectaciones ambientales*. Bogotá: Ibáñez.
- Santaella Quintero, H. (2015). *Responsabilidad del Estado por daños al medio ambiente en el derecho administrativo colombiano*. En (v.a.) Memorias de las XVI Jornadas de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Serrano Escobar, L., & Tejada Ruiz, C. (2014). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Tamayo Jaramillo, J. (1989). *De la responsabilidad civil: Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa*. Bogotá: Temis.
- Tamayo Jaramillo, J. (2000). *La responsabilidad del Estado: El daño antijurídico (Constitución Política, artículo 90). El riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá: Temis.
- Tamayo Jaramillo, J. (2001). *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. Bogotá: Baker & Mackenzie.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.

- Trigo Represas, F., & López Mesa, M. (2004). *Tratado de responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad. Teoría y práctica*. t. III. Buenos Aires: La Ley.
- Zaccai, E., & Missa, J. N. (2000). *Le principe de precaution. Signification et consequences*. Bruselas: Editions de l'Université De Bruxelles.