

Introducción

Este libro, derivado de una tesis de investigación, pretende ilustrar el contenido y ámbito de aplicación del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, en el caso de responsabilidad del Estado por daño ambiental generado por las actividades marítimas de concesiones de playas marítimas y terrenos de bajamar. El referido inciso primero del artículo 90 de la Constitución señala: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Para ello, se revisa básicamente, además de la norma constitucional y distintas leyes reguladoras, la aplicación de las mismas por los tribunales colombianos cuando el Estado y sus entidades han sido demandados por daños al medio ambiente atribuibles a sus actuaciones.

El problema tratado tiene relevancia por los siguientes aspectos: resalta la importancia geográfica de las zonas marítimas y costeras; destaca el desarrollo de la normatividad internacional sobre el medio marino costero, y porque, finalmente, analiza el impacto de esas normas internacionales en el ámbito normativo nacional, recogido en diversas providencias expedidas por la justicia contenciosa.

La temática de la responsabilidad en el campo jurídico cobra importancia debido a la evolución del sistema social y normativo. El hombre, como base de la sociedad que excede el

límite en el ejercicio de sus derechos, debe asumir las consecuencias de sus actos y resarcir los perjuicios ocasionados, según los deberes legales impuestos por la sociedad.

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

Las zonas costeras gozan de innumerables recursos naturales, vitales para la humanidad; por ende, su cuidado y protección son indispensables, así como las características sociales, culturales, preservación de los valores culturales de las comunidades asentadas (PNAOCI, 2000), siendo Colombia un país privilegiado al estar bañado por los océanos Atlántico y Pacífico.

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

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

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

El texto propone tres capítulos; el primero de ellos, *Ámbito de aplicación del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y evolución normativa-ambiental*, tiene dos elementos estructurales; primero, los tipos de interpretación histórica, sistemática y finalista del inciso 1 del artículo 90 de la Constitución de 1991, aplicado sobre

categorías conceptuales, como daño, daño ambiental y daño antijurídico, y el desarrollo doctrinario de la temática bajo estudio.

El segundo capítulo, *Teorías de imputación de responsabilidad del Estado*, realiza un análisis histórico del tratamiento de la responsabilidad del Estado. También la caracterización doctrinal y jurisprudencial de las teorías de imputación estatal.

En el tercer capítulo, *Análisis jurídico y jurisprudencial de las acciones derivadas del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia*, examina varios casos de la costa norte colombiana, derivados del ejercicio de las actividades marítimas (concesiones de playa marítima y terrenos de bajamar), y bajo el desarrollo de dos hipótesis se establece si puede configurarse la responsabilidad del Estado.

El tercer capítulo sigue lo expuesto por Da Silva, quien manifestó que en la jurisprudencia italiana nació la teoría del examen caso por caso para determinar la eficacia que tienen las normas constitucionales. Lo anterior se suscitó cuando la constitución italiana entró en vigor el 1º. de enero de 1948, y el Tribunal Penal de Roma, el 19 del mismo mes y año, emitió una decisión sobre la eficacia jurídica y aplicabilidad de las normas constitucionales (Da Silva, 2003).

De lo expuesto se deriva la necesidad de estudiar los criterios orientadores para determinar la responsabilidad frente a los daños ambientales causados en el ejercicio de las actividades marítimas, y así construir presupuestos que evidencien la ocurrencia de afectaciones de derechos ambientales imputables al Estado. Es, sin duda, un tema amplio, complejo, que debe seguir siendo sometido a estudios y debates permanentes en las facultades de Derecho del país.

Capítulo I

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

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

Se resalta que estos tipos de interpretación son importantes y, en palabras de (Contreras Hauser , 1981):

La norma jurídica debe ser entendida más como un instrumento creado para la acción que como una proposición científica. Estos utensilios producirán ciertos efectos ante determinadas situaciones correlativas que se irían dando en la vida social” [...] “El orden jurídico positivo no consta solo de leyes, sino también de la función jurisdiccional. Y tal función debe ser -por demás- razonable (p. 77).

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

Luego del análisis de los métodos de interpretación se procede al desarrollo histórico normativo, y el tercer punto, un

abordaje doctrinal con el que se demuestra la originalidad de esta investigación.

Tipos de interpretación. Interpretación histórica-génesis de la norma constitucional

Este tipo de investigación pertenece a la escuela de interpretación histórica, desarrollada por el alemán Savigny:

[...] admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la misma esencia de la nación misma y de la misma esencia (p. 16).

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

En este sentido, (Stammler, 1908) afirma que:

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

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

A finales del siglo XX Colombia experimentó una crisis de orden público, económico, de aumento del narcotráfico, así como la toma del Palacio de Justicia por un grupo al margen de la ley, el M-19, el homicidio de tres candidatos presidenciales y la desestabilización política (Orjuela, 2011).

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

Como lo afirmó Gil (2011):

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

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

ARTÍCULO: Tanto el Estado como los funcionarios públicos y los particulares que cumplan funciones públicas o presten servicios públicos, serán responsables de los daños injurídicos que, por acción u omisión, causen con ocasión o con pretexto de sus tareas.

En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.

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

En España se desarrolló la tesis de que el Estado responde de los daños que cause con el funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos, y siempre que ocasione un daño a un particular que no debe soportarlo habrá lugar a responsabilidad. Esta consagración se elevó a carácter constitucional en 1978.

Sobre el término *injuridicidad*, en la presentación del artículo (Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, 1991) se afirma:

Por otro lado, el esquema de la responsabilidad estatal construida a parte de la consideración de la injuridicidad de la conducta o la actividad del agente público (llámesela responsabilidad por culpa directa o indirecta, por falla del servicio, por actividades peligrosas o de otra forma semejante) ha venido dando muestras de insuficiencia, como lo prueban las más recientes construcciones jurisprudenciales tales como la llamada de la responsabilidad por daño especial. En tal virtud, conviene desplazar su “centro de gravedad” a la injuridicidad del daño o perjuicio, tal como aquí se propone (p. 3).

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

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

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

[...] el articulado que hoy se propone, se plantea la responsabilidad objetiva para daños ocasionados por un estado o por funcionarios públicos. Consideramos allá que en el caso de los Derechos Colectivos, es fundamental que esa responsabilidad objetiva, vale decir que es necesario comprobar que se ha hecho el daño y que hay responsabilidad de una persona, pero que no es necesario demostrar su culpa, culpabilidad, que ese principio se consagre de manera general para los Derechos Colectivos, porque de lo contrario resulta muy difícil realmente ejercitar a plenitud este derecho, cuando es necesario probar la culpabilidad de quien ha inferido un daño, por ejemplo al medio ambiente, o al espacio público, o a la competencia [...] (Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 22).

En contraposición a lo expuesto el tratadista (Güechá, 2012) a raíz de la jurisprudencia de antaño del Consejo de Estado afirma que “[...] fue la Constitución de Cundinamarca la que como lo indicamos en acápite anterior, consagró por primera vez la responsabilidad objetiva del Estado, en cuanto a la obligatoriedad de indemnizar los perjuicios derivados de la expropiación de bienes inmuebles” (p. 170).

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

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

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

es que se desplace el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado, de la conducta antijurídica del ente público a la antijuridicidad del daño ... y no solamente cuando su conducta ha dado lugar a que se causen unos daños, sino cuando le ha infringido alguno a un particular que no tenga por qué soportar ese daño [...] (Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, 1995, pp. 3-4).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se examina el Estado conforme a (Correa, 2011):

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