

# TRATADOS INTERNACIONALES APROBADOS POR COLOMBIA QUE ESTABLECEN CLÁUSULAS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Jorge Iván Marín Hernández\*<sup>1</sup>

## Resumen

El artículo pretende analizar algunos tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, los cuales establecen o disponen cláusulas de responsabilidad objetiva, se determinan cómo han sido establecidas dichas cláusulas y sus características, y cuáles son sus similitudes o diferencias con el desarrollo jurisprudencial que al respecto ha tenido el Consejo de Estado. Se realiza un recorrido por los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el tema y la manera como han sido configurados. Se concluye que dichas cláusulas contienen algunas incongruencias y carecen de una unidad doctrinaria a la hora de establecer los mecanismos para obtener una reparación por los daños causados, además de que dichas reparaciones pueden lograrse a través de la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual ha desarrollado mecanismos jurídicos idóneos para que las personas logren una indemnización por los daños sufridos.

**Palabras clave:** Daño antijurídico, Indemnización, Responsabilidad Objetiva, Socialización del riesgo, Tratado Internacional.

**Sumario:** Introducción. I. Responsabilidad objetiva: Análisis y evolución jurisprudencial. II. Tratados Internacionales y cláusulas de responsabilidad. III. Características de las cláusulas de responsabilidad objetiva por vía de tratados internacionales. IV. Problemáticas de las cláusulas de responsabilidad en los Tratados internacionales V. Conclusión. V. Referencias Bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Antioquia. Litigante y actual asesor jurídico del municipio de Medellín. Correo electrónico [jmarinhernandez@gmail.com](mailto:jmarinhernandez@gmail.com). Éste artículo es presentado para optar al título de especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia

## **Introducción**

La responsabilidad objetiva ha sido, como casi todos los temas relacionados con la responsabilidad civil del Estado, un desarrollo eminentemente jurisprudencial. No obstante, existen algunos tratados internacionales ratificados por Colombia, donde el Estado, en convenio con otros países, se ha obligado a sí mismo a reparar los daños producidos a particulares producto de actividades industriales, contaminación por residuos tóxicos, derrames y contaminación con hidrocarburos, contaminación marítima internacional, accidentes con objetos espaciales o contaminación biotecnológica y otras actividades propias del desarrollo tecnológico e industrial que vive el mundo moderno. Dicha reparación tiene como origen el artículo 90 de la Constitución Política, el cual establece la responsabilidad patrimonial del Estado por la producción de los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Doctrinariamente la responsabilidad patrimonial del Estado se fundamenta sobre dos supuestos fácticos: un daño antijurídico o lesión, y una acción u omisión imputable al Estado. Respecto al daño antijurídico, si bien el mismo constituye un concepto constitucional parcialmente indeterminado, en cuanto la Carta no lo define en forma expresa, la jurisprudencia y la doctrina, dentro de una interpretación sistemática de las normas constitucionales que lo consagran y apoyan, lo definen como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo.

En cuanto al incumplimiento del Estado, éste se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas. Finalmente, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que dicho daño sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración; es decir, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente.

El cambio sustancial respecto de la responsabilidad objetiva que este artículo analiza, es que ahora el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la administración (culpa), sino la calificación del daño que ella causa. En la responsabilidad objetiva no se evalúa la posible culpa o falla del actuar estatal, sino que se trata de establecer si el

actuar público produce o no un daño antijurídico; es decir, un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar.

La idea que subyace tras la firma de estos Tratados internacionales, es establecer unas cláusulas de responsabilidad objetiva en las que los afectados por los daños provocados por dichas actividades, recurran al Estado causante sin necesidad de que la víctima pruebe la culpa técnica o la negligencia en la operación, especialmente en el manejo de actividades consideradas peligrosas (piénsese en el lanzamiento de cohetes espaciales o traslado de materiales tóxicos). Si bien las sentencias de la Corte Constitucional analizan dichos tratados bajo la lupa de la responsabilidad objetiva, una lectura detallada de dichos convenios evidencia errores, incongruencias y cláusulas que parecieran establecer un régimen de responsabilidad con falla probada o culpa y en algunos casos un sistema mixto que establece zonas grises en la aplicación de los Tratados.

En este trabajo se analizarán algunos convenios internacionales suscritos por el Estado Colombiano en materia de responsabilidad: El Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972 aprobado por la ley 1591 de 2012 y revisado por La Corte Constitucional en la Sentencia C-829 de 2013. También está el Protocolo de 1992 que enmienda el convenio internacional sobre responsabilidad civil de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, aprobado por la ley 523 de 1999 y la sentencia de constitucionalidad C-426 de 2000. Adicional a los dos antes mencionados, se encuentra el protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación suplementario al protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología; tratado aprobado por la ley 1926 de 2018 y el cual se encuentra actualmente en trámite de revisión en la Corte Constitucional. Por último, se analiza el protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos de 1999, aprobado por la ley 945 de 2005 y revisado en su constitucionalidad en la sentencia C-1151 de 2005, pero que no ha entrado en vigor internacional.

Es un hecho conocido que la tendencia actual en el derecho de daños se orienta cada día hacia una objetivación de la responsabilidad, producto de los enormes avances técnicos y tecnológicos ocurridos en los últimos cien años, que es propiamente el tiempo de desarrollo aproximado de la teoría de la responsabilidad civil. En la actualidad, los riesgos inherentes a la

exploración científica, la exposición a materiales contaminantes, el movimiento de organismos peligrosos por el aire y por el agua, así como tantos riesgos ecológicos y técnicos, obligan a repensar la forma como los Estados enfrentan dichas problemáticas más allá de los límites de sus jurisdicciones y límites geográficos, para visualizar un horizonte donde se establecen cláusulas de responsabilidad que comprometen a las naciones mismas. Por ello, el entendimiento claro de la teoría de la responsabilidad objetiva ofrece luces que orientan a los Estados en la protección de los derechos de las sociedades, las comunidades, los individuos e incluso los propios Estados, los cuales se ven expuestos a los peligros de la industrialización exagerada. Un entendimiento equivocado de estas cláusulas, o lo que es peor, unas disposiciones confusas, incoherentes, vagas, pueden traer consigo la ineficacia de estos instrumentos internacionales e imposibilitar el acceso de las personas a una reparación que satisfaga los derechos vulnerados, ya que pensar siquiera en una reparación integral es casi una quimera.

La responsabilidad objetiva que se asienta en estos tratados internacionales tiene como fundamento la noción de riesgo, respecto de lo cual Saúl Uribe García afirma:

Así las cosas, entre la ciencia y la tecnología y el derecho existe una bien marcada interdependencia, a tal punto que podemos hablar de una regulación normativa de la ciencia y la tecnología y de los riesgos que estas generan. El derecho no es indiferente ante las actividades riesgosas, toda vez que producen un inevitable influjo en el ordenamiento jurídico generando una correlación avance técnico-cambio jurídico, siempre que se trate de un avance técnico con proyección social, como siempre lo son, las actividades científicas y tecnológicas. (Uribe, 2017, p. 16).

El artículo pretende demostrar como los elementos introducidos en los Tratados Internacionales que ha ratificado Colombia son a veces confusos, contradictorios y pueden tener elementos de la responsabilidad subjetiva o por falla probada que hacen difícil o incluso imposible que las víctimas accedan a una reparación integral, en los propios términos de los documentos de la ONU. Por ejemplo, los damnificados con un derrame de crudo o los afectados por la caída de un objeto espacial en su territorio, pueden acudir de manera simple y expedita ante el Estado del cual hacen parte para reclamar la indemnización de un daño provocado por una nación o institución extranjera sustraída, en principio, al poder de la jurisdicción nacional.

Respecto de las cláusulas establecidas en dichos convenios vale la pena preguntarse ¿Qué similitudes y diferencias existen con las cláusulas que son desarrollo jurisprudencial, especialmente del Consejo de Estado y cuál es el horizonte que se perfila con estas cláusulas y el

evidente estrechamiento entre la responsabilidad civil del Estado y la responsabilidad internacional de los Estados? ¿Cuál es la naturaleza de las cláusulas de responsabilidad objetiva contenidas en estos convenios internacionales ratificados por Colombia y si lo son realmente? La respuesta se encamina a mostrar cuales son las similitudes y diferencias que existen en dichas cláusulas y cuales elementos son compartidos por el derecho internacional, al ser estos convenios celebrados con otros países.

Para desarrollar el objetivo propuesto con este trabajo se utilizará como aspecto metodológico un trabajo descriptivo y explicativo, que se enfoca en realizar un recuento del Estado actual de la teoría de la responsabilidad objetiva para luego hacer una lectura de los cuatro tratados arriba mencionados y constatar su coherencia con las doctrinas estudiadas. Para ello, se cuenta con las leyes aprobatorias en Colombia de dichos tratados internacionales, así como el pronunciamiento que sobre estos hace la Corte Constitucional en revisión previa. Además, los trabajos de reconocidos tratadistas nacionales sobre la materia y las sentencias fundamentales que sobre el tema de la responsabilidad objetiva ha producido el Consejo de Estado.

## **I. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. ANÁLISIS Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.**

La responsabilidad objetiva hace parte de un sistema de imputación de responsabilidad a la actividad estatal que tiene como dos grandes ramas el sistema de responsabilidad con culpa; es decir, aquella rama que parte de la culpa o falta de la administración por una prestación deficiente o irregular de su actividad para poder así hacerse responsable de los perjuicios ocasionados a los ciudadanos; y aquella rama que prescinde de la culpa y se fundamenta en la simple ocurrencia del daño prescindiendo de un juicio ético, técnico o jurídico de la actuación de la administración y se basa en la equidad de las cargas públicas, o el riesgo excepcional de una determinada actuación de la administración.

Algunos tratadistas, consideran que hay una diferencia radical entre ambos regímenes que se fundamenta en las funciones indemnizatorias de uno y otro sistema. Mientras que la responsabilidad con falta implicaba una sanción y un juicio de valor sobre la conducta de la administración, la responsabilidad sin falta no pretendía censurar actuaciones negligentes de la

administración al tiempo que facilitaba el deber de mantener la equidad reparando los perjuicios anormales causados en interés de la comunidad. Por otro lado, hay tratadistas, que pregonan una abolición completa del régimen del sistema de responsabilidad por falta basándose en la teoría de la garantía, teoría que ha recibido críticas y que se considera inadecuada en nuestro sistema jurídico y el cual, obviamente, no se aplica en los tratados que más adelante se analizarán.

Al respecto establece sobre la responsabilidad objetiva Wilson Ruiz Orejuela que:

En la imputación objetiva construida desde las posiciones de garante, la realización externa de la conducta, por acción u omisión, no es lo determinante sino la demostración de que el sujeto ha cumplido o no los deberes emanados de la posición de garante. En cualquier caso, el juicio de imputación, una vez demostrado el daño antijurídico, supone analizar la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño (Ruiz, 2016, p.20).

Es casi un lugar común afirmar que existe una tendencia, pronunciada quizá, hacia la objetivación de la responsabilidad civil. Es decir, un desplazamiento de los regímenes de la imputación de la responsabilidad en las diferentes legislaciones occidentales que va desde los sistemas basados en la responsabilidad subjetiva o con culpa hacia un sistema que prescinde de la culpa como elemento primordial y se construye bajo la noción del daño como concepto fundamental de la responsabilidad. Este desplazamiento no tiene nada de nuevo; en nuestro ordenamiento la responsabilidad por productos defectuosos, por desechos y residuos peligrosos, por accidentes laborales o daños al medio ambiente ya tiene una consagración legal y los jueces colombianos pueden aplicarlos.

Se debe recordar que en la sentencia de 29 de julio de 1947 del Consejo de Estado del periódico El Siglo contra la Nación se analizó la responsabilidad objetiva del Estado colombiano por la clausura y suspensión del periódico en medio de los disturbios que se vivían en la capital de Nariño por esa época. Otro fallo que resulta un hito en el tema de la responsabilidad objetiva es el fallo de 23 de mayo de 1973, actor Vitalia Duarte, quien demandó al Estado por la destrucción de su casa en Bogotá efectuada por el Ejército Nacional con motivo de la captura de Efraín González, hecho ocurrido en 1965. Estas sentencias a todas lucen evidencian que contrario a lo que se pueda pensar, el tema de la responsabilidad objetiva no es tan nuevo como parece y ya los jueces colombianos han producido sentencias ilustradoras sobre las dimensiones de este tipo de responsabilidad. Además de ser sentencias proferidas al interior de nuestro

sistema jurídico, que proveen herramientas de reparación a los ciudadanos sin necesidad de acudir a una instancia transnacional.

El debate en la jurisprudencia colombiana sobre la aplicación o no de la responsabilidad objetiva o sin falta ha sido largo. Principalmente, la Corte Suprema de Justicia ha sentado los puntos esenciales del debate al producir fallos hito en la historia de la responsabilidad civil en Colombia. Uno de ellos fue el fallo de 05 de agosto de 1937 donde esta Corte expuso:

Como fuentes de la responsabilidad civil, existen cuatro clases de actos genéricos:(d) El de riesgo o excesivo. Este se encamina a que responda del daño que traiga tras sí su acto el que lo haya ejecutado con la necesaria previsión y prudencia y sin posibilidad alguna de prever el resultado dañoso. Se sustituye completamente por el objetivo el criterio subjetivo. La reparación del daño se basa entonces en la idea de que quien crea un riesgo debe sufrir las consecuencias de su realización, cuando perjudican a otro, abstracción hecha de toda culpa cometida. (CSJ, 1937, p. 420)

No obstante, esta afirmación, un año después de esta sentencia, la misma Corte se retractó del uso de la noción del riesgo para fundamentar una responsabilidad objetiva:

De todo lo expuesto se deduce que el sistema del Código Civil colombiano no admite ni acoge en forma alguna la teoría de la responsabilidad objetiva, en virtud de la cual una persona responde de sus actos perjudiciales a otros, prescindiendo de toda idea de culpa; noción que en tal teoría se reemplazará por la del riesgo. Esta última teoría es la que implícitamente acoge el sentenciador, según se infiere de sus razonamientos. La expresada teoría, al trasladar el fundamento de la indemnización por daño de la noción clásica de la culpa la del riesgo, exige para su aplicación un texto expreso, un sistema legal completo, concienzudamente adoptado (Uribe, 2017, p. 21).

El afianzamiento de la responsabilidad civil objetiva en determinados espacios no es caprichoso, obedece a las necesidades que surgen de la complicada vida en la sociedad moderna, que algunos teóricos han tratado de explicar a través de la noción de la "sociedad del riesgo". La sociedad industrial contemporánea con sus procesos ha creado un espacio de peligrosidad como nunca antes habíamos tenido como seres humanos: objetos espaciales orbitando a nuestro alrededor, organismos vivos modificados (OVM) que pueden mutar en virus globales, el derrame de hidrocarburos que afectan el medio ambiente y a poblaciones enteras entre otros peligros asociados a la vida moderna, los cuales deben ser atendidos por el Estado, por ello se hace necesario que se cuente con herramientas jurídicas eficaces que le permitan reparar a los afectados y proteger sus finanzas públicas.

En el ámbito internacional la situación es la misma, pues la globalización económica y la sofisticación de los procesos industriales ha creado riesgos inéditos en la historia de la humanidad, riesgos que son enfrentados a través de mecanismos como lo son los Tratados Internacionales, mediante los cuales los Estados soberanos asumen compromisos de reparación frente a estos riesgos que amenazan comunidades, países o continentes enteros, sin necesidad de que los afectados tengan que probar la culpa o la negligencia del Estado en la producción del hecho dañoso. La idea detrás de estos mecanismos es que sean rápidos, sencillos y eficaces a la hora de reparar los daños producidos; asimismo, que los individuos puedan acceder a estos sin tener que entrar al laberinto del fauno jurídico que supone muchas veces enfrentarse al Estado en un proceso judicial tradicional.

La justificación de la responsabilidad objetiva lo encontramos en el texto de Ramiro Saavedra Becerra quien afirma:

Tal es el objetivo teórico del régimen general de la responsabilidad: si las personas son demandables por los daños causados por su “negligencia”, y la “negligencia” se define estableciendo un balance entre los costos y los beneficios de la conducta que tuvo el demandado, entonces los posibles demandados optarán por una cantidad de actividad peligrosa “correcta” (*right*) o “económicamente eficiente”. El corolario es que como la responsabilidad objetiva (*strict liability*) normalmente desincentiva en una gran medida la actividad peligrosa, solo debe implantarse cuando el sistema de responsabilidad por culpa no es suficiente para producir la cantidad “correcta” de esa actividad. (Becerra, 2018, p. 528-529)

Como lo afirma el Tratadista Enrique Gil Botero:

La imputación fáctica -y con ella la imputación objetiva del daño- consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que en la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar sí, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico -subjetivo u objetivo- de resarcir el perjuicio. (Gil, 2017, p.69)

Por otro lado, en relación con el mismo tema, afirma el mismo Tratadista Gil Botero:

En esa línea de pensamiento, con los nuevos paradigmas de la responsabilidad no sólo se ha desplazado la culpa del eje central del problema - al grado que se acepta desde hace varias décadas la posibilidad de aplicar regímenes objetivos basados en el principio del rompimiento de las cargas públicas-, sino que se ha comprobado que la camisa de fuerza que imponen las teorías causales -estructuradas en la exactitud y precisión propias de las ciencias naturales-lleva aparejado un grado de injusticia en la definición de los problemas actuales que enfrenta el instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado. (Gil, 2017, p. 72)



Las dificultades asociadas a la imputación objetiva de la responsabilidad del Estado, se suponen superadas cuando en un convenio internacional, y a través de la soberanía que le permite obligarse ante otros Estados en igualdad de condiciones, se obliga unilateralmente a resarcir los daños producidos en diferentes eventos. Pero como se constatará más adelante, no es tan fácil como parece; las disposiciones establecidas en los Tratados Internacionales producen la impresión de que más que el establecimiento de una responsabilidad objetiva, se trata de establecer una responsabilidad con culpa que permite a los Estados exonerar su responsabilidad acudiendo a los criterios tradicionales de fuerza mayor, caso fortuito o el hecho de un tercero. Por ello, es válido preguntarse si no es preferible acudir a los mecanismos judiciales tradicionales de la legislación colombiana basados en la responsabilidad por riesgo que ostenta un mayor desarrollo jurisprudencial.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, a través de su Sección Tercera, ha establecido un contorno muy claro al tema de la responsabilidad objetiva. En sentencia de 2008, ha resumido de manera concisa la responsabilidad por riesgo creado, o riesgo excepcional, de la siguiente manera:

El título jurídico de imputación consistente en el riesgo creado o riesgo excepcional deriva su existencia de la consideración según la cual el sujeto de derecho que despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de la causación de éstos en el evento en que sobrevengan o de que, aun cuando la actividad no entrañe verdadera peligrosidad, conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia. En ese orden de ideas, se sostiene que pueden existir tres modalidades de responsabilidad por riesgo: Responsabilidad por riesgo-peligro. Es la asociada tradicionalmente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, con la idea de “actividades peligrosas” y, dentro de ella, quedan comprendidos tres supuestos diferenciables: Responsabilidad derivada del uso de objetos peligrosos, entre los cuales puede referirse (i) a las sustancias peligrosas -verbigracia, químicos o explosivos-; (ii) a instrumentos o artefactos peligrosos -caso de las armas de fuego o los vehículos automotores- o (iii) a las instalaciones peligrosas -como las redes de conducción de energía eléctrica o de gas domiciliario. (Consejo de Estado, 2008, Exp 16.530).

Una de las sentencias más importantes respecto de la responsabilidad objetiva es la sentencia C-333 de 1996, la cual establece de manera clara cuales son los dos elementos indispensables de la

responsabilidad contractual y extracontractual del Estado; los cuales son el daño antijurídico y la imputabilidad al Estado. La sentencia dispone que:

"(S)on dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. (Corte Constitucional, 1996, Sent. C-333/96)

En conclusión, en materia de responsabilidad del Estado, la jurisprudencia ha edificado varios casos de responsabilidad objetiva de la administración, las cuales son: responsabilidad por actividades peligrosas (daños por armas de dotación oficial, por vehículos de la administración y por la construcción de obras públicas), responsabilidad por riesgo excepcional (transporte de energía), responsabilidad del legislador por daño especial, esto sacando de nuestro objeto de estudio otro tipo de responsabilidades objetivas de tipo contractual.

Muestra de la tendencia a la objetivación en los temas de responsabilidad civil en general es el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 24 de agosto de 2009, donde se interpretó el artículo 2356 del Código Civil en términos de que este fundamentaba una responsabilidad objetiva basada en el riesgo y no una responsabilidad basada en la culpa en el ejercicio de las actividades peligrosas, como venían interpretándolo los jueces del país por más de 30 años. La Corte nuevamente retoma el tema del riesgo y concluye un tema que venía debatiéndose desde la década del 30:

Es una responsabilidad objetiva en la que no opera presunción alguna de responsabilidad, de culpa, de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás. La noción de culpa está totalmente excluida de su estructura nocional, no es menester para su constitución, tampoco su ausencia probada la impide ni basta para exonerarse. (CSJ, 2009, p.70).

Para finalizar, en el año 2010, la Corte cambia de posición nuevamente y niega que tenga aplicación la teoría del riesgo, concluye:

Lo anterior es demostrativo, se reitera, de que no es el mero daño que se produce ni el riesgo que se origina por el despliegue de una conducta calificada como actividad peligrosa la que

es fuente de la Responsabilidad Civil extracontractual de indemnizar a quien resulta perjudicado, sino que es la presunción rotunda de haber obrado, en el ejercicio de un comportamiento de dichas características con malicia, negligencia, desatención incuria, esto es, con la imprevisión que comporta de por sí la culpa. (Uribe, 2017, p.22).

Respecto de eventos de daños causados en el ejercicio del cuidado de menores de edad dentro de hogares comunitarios vigilados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Consejo de Estado ha sido claro y reiterativo al afirmar que:

Si bien la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que controversias de esta naturaleza se rigen por el título de imputación subjetivo de falla del servicio, es lo cierto que el régimen de responsabilidad llamado a regular situaciones de este matiz es el objetivo, como quiera que la administración pública no puede exonerarse con la sola acreditación de un comportamiento diligente y cuidadoso. En efecto, en supuestos de esta especificidad existen dos circunstancias que hacen aplicable el título objetivo de responsabilidad de daño especial: i) la naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y ii) la finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar. (Consejo de Estado, 2011, Exp. 36.912).

## **II. TRATADOS INTERNACIONALES Y CLÁUSULAS DE RESPONSABILIDAD.**

### **A. CONVENIO SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR DAÑOS CAUSADOS POR OBJETOS ESPACIALES.**

Este convenio fue aprobado el 29 de noviembre de 1971 y abierto para la firma el 29 de marzo de 1972 en Londres, Moscú y Washington, el cual entró en vigor el 1 de septiembre de 1972. Su justificación se encontraba en los avances en la tecnología espacial del siglo XX y en la necesidad de poner un marco jurídico para la regulación y control de los avances y conquistas científicas en materia espacial, así como una herramienta para la reparación de las personas que se vieran afectadas por la caída súbita de elementos espaciales, el cual dio origen al “*Turis Spatialis Internationalis*”, el cual constituye el principal instrumento en el ámbito del espacio ultraterrestre. (Corte Constitucional, 2013, Exp. LAT-403)

El gobierno colombiano aprobó dicho tratado mediante ley 1591 de 20 de noviembre de 2012 y la Corte Constitucional examinó su constitucionalidad mediante sentencia C-829 de 2013, la cual destaca los principios que deben regir la exploración espacial, entre los cuales se destaca el No. 5: “la responsabilidad de las actividades que se desarrollen en el espacio ultraterrestre” (Corte Constitucional, C-829 de 2013). Se destaca así que, los Estados que suscriben el tratado reconocen los riesgos por la eventual caída de objetos lanzados al espacio, y

que no obstante las medidas de precaución que tomen los Estados y los organismos intergubernamentales en su lanzamiento, es necesario el diseño de normas y procedimientos que permitan asegurar la pronta reparación de los daños ocasionados por objetos espaciales.

La definición del daño resarcible es una definición simple que incluye “la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales u otros perjuicios a la salud, así como la pérdida de bienes o los perjuicios causados a bienes de los Estados o de personas físicas o morales, o de organizaciones internacionales intergubernamentales” (Convenio sobre responsabilidad por objetos espaciales, 1972, artículo 1). Así mismo, establece los responsables o los posibles responsables como aquellos Estados que lancen, que promuevan o aquellos desde cuyo territorio se lancen o intenten lanzar, dejando las cosas claras en cuanto al sujeto pasivo de la reclamación de perjuicios.

La responsabilidad de los Estados se encuentra establecida de la siguiente manera:

La responsabilidad del Estado de lanzamiento frente a los daños causados en la superficie de la Tierra o a aeronaves en vuelo, es absoluta, sin necesidad de que la víctima pruebe la culpa técnica o la negligencia en la operación, el manejo, del ingenio espacial (Art. III), en tanto se funda en el daño antijurídico con independencia de la conducta que la ocasiona.

La responsabilidad del Estado de lanzamiento, frente a los daños ocasionados por fuera de la superficie de la tierra, a otro objeto espacial o a las personas a bordo del mismo, se configura únicamente cuando se demuestre que incurrió en culpa. (Arts. III y IV), siendo por lo tanto una responsabilidad subjetiva, en tanto la víctima deberá probar la culpa de quien produjo el daño o el dolo en los casos a que haya lugar. (Corte Constitucional, 2013, Sent. C-829).

Una de las particularidades de esta disposición es la posibilidad que tiene el Estado de ser sujeto activo de una reclamación ante otro Estado por los daños que le cause. Es decir, no sólo se contempla a los sujetos individuales como posibles de sufrir un daño, sino que se contempla la posibilidad de que un Estado acuda por sí mismo o en representación de un ciudadano suyo a reclamar un daño ocasionado en virtud de un lanzamiento espacial realizado por una agencia espacial extranjera o privada.

No obstante, junto a las causales o modalidades para imputar responsabilidad a un Estado contratante, existen dos excepciones o eximentes de responsabilidad donde no se aplican las disposiciones del Tratado: la culpa exclusiva de la víctima o cuando por tratarse de daños a sus nacionales o extranjeros que participen en la operación, le corresponda a cada Estado, según su

legislación interna, definir la responsabilidad y las indemnizaciones a que haya lugar. En este punto se debe aclarar que Colombia por su condición de país en desarrollo, no cuenta con un programa espacial y por ende siempre se encontraría en la situación de país posiblemente afectado por el lanzamiento de objetos espaciales de las grandes agencias espaciales del mundo (Estados Unidos, Rusia, China) países que cuentan con una enorme inmunidad en el concierto internacional para la ejecución de sus programa espaciales frente a las reclamaciones de países sin peso diplomático para ejercer una posible acción de repetición por los daños ocasionados por objetos espaciales.

## **B. PROTOCOLO DE 1992 QUE ENMIENDA EL CONVENIO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE DAÑOS DEBIDO A CONTAMINACION POR HIDROCARBUROS 1969.**

Mediante ley 523 de 1999, el gobierno colombiano aprobó el convenio por medio del cual se aprobaban dos protocolos en materia de reparación por daños debidos a contaminación por hidrocarburos y la constitución de un fondo de reparación por los mismos daños, con el objeto de hacer efectiva, justa y equitativa, la responsabilidad civil que surge en los eventos en que se producen siniestros por derrame de hidrocarburos transportados en buques de un país a otro. (Corte Constitucional, 2000, Sent. C-426).

La responsabilidad reglamentada en este Tratado, modificada y actualizada por el Protocolo de 1992, el cual incluyó cambios al Tratado original y al que establecía el fondo internacional de reparaciones, abarca todos los daños producidos por el derrame de hidrocarburos producido a las personas y al medio ambiente como consecuencia de accidentes o eventos de siniestralidad de buques de transporte de hidrocarburos. El área protegida es el territorio de la nación, el mar territorial y la zona económica exclusiva del Estado contratante. (Protocolo, 1992, p.4)

El instituto de responsabilidad establecido en este Protocolo, es de responsabilidad objetiva nuevamente, no obstante establecer algunas causales eximentes de responsabilidad como son: el acto de guerra, hostilidades o guerra civil, acción u omisión intencionada de un tercero, negligencia u otro acto lesivo de cualquier Gobierno o autoridad responsable del mantenimiento de luces o ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función. Además de esto, dispone el Protocolo contra quienes debe dirigirse la acción de reclamación de perjuicios,

excluyendo a los trabajadores, los ayudantes, los fletadores, gestores navales, armadores o personas que realicen operaciones de salvamento con autorización del propietario del buque.

El Protocolo establece la posibilidad de que los propietarios de los buques establezcan una responsabilidad civil limitada dependiendo de las unidades de arqueo de su buque, el cual es el volumen o espacio cerrado de una embarcación, que se obtiene al efectuar el cálculo correspondiente y cuyo resultado expresa el tamaño de una embarcación y su capacidad utilizable. Además de esto, una de las novedades del Tratado es disponer una unidad genérica monetaria para las indemnizaciones, denominada "unidades de cuenta", una medida estándar ampliamente aceptada para expresar el precio de los bienes o servicios, deudas y otras magnitudes económicas. Esto con el objeto de crear un sistema global universal para todos los partícipes del Convenio.

Aquí la novedad estriba en que el Protocolo dispone medidas que hacen de la responsabilidad por contaminación con hidrocarburos un sistema de seguridad social, donde se pueden establecer fondos limitados para reparar las víctimas, que es lo que se ha buscado lograr en áreas económicas con alta siniestralidad como el transporte. Existe, además, un Tratado de 1971 sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos al que los Estado contratantes se pueden adherir, y, en consecuencia, obra como un anexo a este Protocolo. La idea es justamente que ambos, Tratado y Protocolo, obren conjuntamente y su objetivo es "indemnizar a las víctimas de los daños ocasionados por contaminación en la medida en que la protección establecida por el Convenio de Responsabilidad Civil, 1992, resulte insuficiente".

### **C. PROTOCOLO DE BASILEA SOBRE RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS RESULTANTES DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE DESECHOS PELIGROSOS Y SU ELIMINACIÓN.**

Este Protocolo se adopta como resultado de las disposiciones establecidas en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 y tiene como justificación el reconocimiento del riesgo que representan para la salud humana, la propiedad y el medio ambiente los desechos peligrosos y otros desechos y su movimiento transfronterizo y su eliminación. El objetivo del Protocolo es establecer un régimen global de responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos, incluido el tráfico ilícito de esos desechos.

Los antecedentes de la adopción del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, y este protocolo que lo desarrolla, tienen como antecedente social las protestas llevadas a cabo en diferentes partes del mundo en los años 80, tras hacerse público que los países del primer mundo utilizaban depósitos en países en vías de desarrollo para guardar de manera insegura toda clase de desechos tóxicos.

Las disposiciones del Convenio giran en torno a la disminución de la generación de desechos peligrosos y la promoción de la gestión ambientalmente racional de los desechos peligrosos, la restricción de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, y la aplicación de un sistema regulatorio para los movimientos permisibles de desechos peligrosos. (CEPAL).

Una de las novedades del Protocolo es que éste se aplica tanto al movimiento transfronterizo legal como ilegal de desechos, por lo que la responsabilidad que cabe aplicar es objetiva respecto del Estado contratante. El ámbito de aplicación del Protocolo es la zona considerada de jurisdicción nacional de la Parte contratante, y, por ello, queda un limbo sobre los daños que se transfieran a Estados que no hacen parte del Protocolo.

El literal b) del artículo 7 del Protocolo dispone que una Parte Contratante que notifique al depositario la excepción de aplicación del protocolo deberá notificar a la secretaria los regímenes aplicables de responsabilidad en la legislación de su país y una descripción de dicho régimen. Es decir, el Protocolo considera la posibilidad de que los daños ocasionados por movimientos transfronterizos de desechos y su eliminación tengan una consagración legal en los países partes del Protocolo, por lo que bien pueden estos recurrir a la inaplicación del Protocolo en determinados eventos y dejar al régimen de responsabilidad local responder por los daños causados.

El régimen de responsabilidad establecido en este protocolo, es, un sistema completo, que dispone una responsabilidad objetiva y también subjetiva, como claramente lo indican sus artículos 4 y 5, nuevamente, estableciendo normas sobre la aplicación de la responsabilidad y las consecuentes eximente de responsabilidad que son: conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; fenómeno natural inevitable, irresistible e imprevisible; el cumplimiento de una disposición obligatoria de una autoridad pública del Estado donde se haya producido el daño y la conducta ilícita intencional de un tercero. Es interesante advertir que el artículo 11 del Protocolo

establece que este no se aplicará si ocurrido un incidente transfronterizo, existe entre los dos Estados un acuerdo bilateral, multilateral o regional en vigencia.

La caducidad de la acción es un tema que, evidentemente, beneficia a los damnificados; el artículo 13 establece una caducidad de 10 años para iniciar acciones de reclamación.

#### **D. PROTOCOLO DE NAGOYA-KUALA LUMPUR SOBRE RESPONSABILIDAD Y COMPENSACION SUPLEMENTARIO AL PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE SEGURIDAD DE LA BIOTECNOLÓGICA.**

Nuevamente y como sucedió con los anteriores protocolos, este Protocolo suplementario es la continuación y puesta en funcionamiento del apartado relativo a la indemnización de las víctimas del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

El Protocolo de Cartagena fue adoptado como un acuerdo complementario al Convenio sobre la Diversidad Biológica y entró en vigor en septiembre de 2003. El Protocolo busca proteger la diversidad biológica a través de la administración de los movimientos entre países de organismos vivos modificados (OVM) que resulten de la aplicación de la tecnología moderna y establece un procedimiento de acuerdo previo para garantizar que los países cuenten con la información necesaria para tomar decisiones acerca de la importación de organismos vivos modificados a su territorio. (CEPAL).

La misma ley 1926 de 2018 en su el apartado de justificación de la norma expone que:

Teniendo en cuenta el desarrollo de esta tecnología y sus posibles impactos en la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica y en la salud humana, las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica (en adelante el CDB), aprobado por Colombia mediante ley 165 de 1994, adoptaron en enero de 2000, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (en adelante, Protocolo de Cartagena), primer desarrollo jurídico del CDB que busca contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los OVM resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos, exigiendo a las Partes notificar la exportación de dichos productos y obtener un consentimiento informado de la autoridad nacional competente de la Parte importadora. Colombia aprobó este Protocolo a través de la ley 740 de 2002 y el tratado entró en vigor en septiembre de 2003. (Ley 1926, 2018, p.27)



El protocolo suplementario fue aprobado el 25 de junio de 2018, a través de un régimen administrativo de responsabilidad, este Protocolo Suplementario otorga un marco normativo a los países miembros para responder en caso de que se presente un daño a la biodiversidad causado por un Organismo Vivo Genéticamente Modificado. (Ministerio del Medio Ambiente, 2018).

El régimen de responsabilidad de este Protocolo y las medidas establecidas para la indemnización son diferentes a las establecidas en los protocolos vistos anteriormente, pues en lugar de establecer un régimen específico, con montos y causales de eximentes propios dados en el propio protocolo; este se limita en la mayoría de las veces a remitir a la legislación nacional del país contratante para determinar eximentes, regímenes de responsabilidad, montos, garantías financieras y límites financieros de la reparación; por lo que difícilmente se puede hablar de una innovación en el tema de estudio.

El artículo 12 del Protocolo es claro al disponer sobre la aplicación y relación con la responsabilidad civil lo siguiente:

1. Las Partes dispondrán, en su legislación nacional, normas y procedimientos que se ocupen de los daños. Con el fin de cumplir con esta obligación, las Partes estipularán medidas de respuesta de acuerdo con este Protocolo suplementario y podrán, según proceda:
  - a) Aplicar la legislación nacional existente, incluidas, donde proceda, normas y procedimientos generales en materia de responsabilidad civil;
  - b) Aplicar o elaborar normas y procedimientos sobre responsabilidad civil específicamente con este fin; o
  - c) Aplicar o elaborar una combinación de ambos. (Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur, 2010, Art.12)

Es sintomático el hecho de que este Protocolo deje en manos de la soberanía nacional el tema de las medidas preventivas y resarcitorias de los daños en cabeza de la legislación de cada país contratante; se asume de esta manera que cada nación ha desarrollado unos mecanismos de reparación que se ajustan no sólo a los estándares internacionales, ya que es de todos los analizados el más actual de todos, indicativo de que estas herramientas empiezan a dejar en manos de las legislaciones nacionales la implementación de la evaluación de los daños, los estándares de responsabilidad, los títulos de imputación, la definición de procedimientos y jurisdicciones y los límites financieros de las sanciones; elementos todos que se suponen desarrollados en pleno por cada país contratante.

Y es que precisamente sobre el tema, la jurisprudencia del Consejo de estado en un caso similar, como son las infecciones intrahospitalarias, ha sido abundante y ha determinado de manera casi unánime que el régimen de imputación aplicable es el de la responsabilidad objetiva, motivo por el cual se reitera la idea expresada en este estudio de que es preferible acudir a las instancias judiciales nacionales para buscar la reparación del daño. Sobre las infecciones intrahospitalarias o nosocomiales ha dicho el Consejo de Estado:

“Se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias” (Consejo de Estado, 2017, Sent. 2006-01328)

A manera de corolario, traemos *in extenso* lo expuesto por el Congreso de la República en su ley 1926 de 2018 que, consideramos una síntesis de este apartado y que nos sirve de entrada a la parte final de nuestro estudio:

El protocolo suplementario de Nagoya – Kuala Lumpur fue estructurado a partir de un enfoque administrativo que privilegia la aplicación de los sistemas jurídicos nacionales y las medidas administrativas domésticas para hacer frente a los daños ambientales. Gracias a ello, Colombia podría aplicar su legislación nacional vigente, incluidas las normas generales y procedimientos sobre responsabilidad civil, en caso de un daño a la diversidad biológica causado por movimientos transfronterizos de un OVM. De igual manera, las autoridades nacionales podrán desarrollar normas de responsabilidad civil y los procedimientos específicos a los daños resultantes de la movilización de estos organismos en caso de ser necesarios. (ley 1926, 2018, p. 21).

#### **IV. PROBLEMÁTICAS DE LAS CLÁUSULAS DE RESPONSABILIDAD EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.**

A continuación, y luego de haber hecho un breve repaso de los cuatro Tratados Internacionales, se analizarán algunos aspectos jurídicos donde estos Tratados analizados traen o bien innovaciones, características propias o bien incongruencias e incoherencias respecto del régimen colombiano de responsabilidad del Estado, los cuales son el sistema de imputación, la teorías del riesgo en los tratados internacionales, algunas novedades como son los fondos de reparación y los límites económicos a la responsabilidad, dilucidar si estamos ante un sistema mixto de responsabilidad objetivo-subjetivo y la posibilidad de que a través de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana pueda suplir los mecanismos de reparación establecidos en estos instrumentos internacionales. Analizados brevemente estos aspectos, ya que un estudio a fondo esta por fuera del objetivo de este artículo, se darán las conclusiones y se hará una breve reflexión sobre la internacionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado.

#### **LA IMPUTACIÓN.**

Jurisprudencialmente, se puede definir la imputación como “la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por el que en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).” (CONSEJO DE ESTADO, 2011, p.8)

El objetivo de la noción de imputación fáctica, como nos lo explica Gil Botero es:

Determinar si en el plano material, más no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Verificado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico. (Gil, 2018, p. 69)

Hasta no hace mucho tiempo, la imputación era un elemento fundamental en la estructura de la responsabilidad civil del Estado, junto con el daño y el hecho. Juntos, constituían un triángulo conceptual indispensable para que se pudiera hablar de la responsabilidad de resarcir los perjuicios ocasionados a las personas. Como lo afirma el propio Saavedra Becerra: “En el

marco de la responsabilidad civil extracontractual, que ha girado principalmente en torno de la culpa, se ha afirmado que los elementos de la responsabilidad son la culpa, el daño y el vínculo de causa a efecto entre una y otro.” (Becerra, 2018, p. 244).

Actualmente esta noción está en desuso y no se considera ese vínculo de causa a efecto como un elemento primordial de la responsabilidad, hecho que se evidencia notoriamente al estudiar los anteriores tratados, donde el propio Estado colombiano asume las cargas eventuales que surjan de daños no provocados por su actuación directa; es decir, imputable a ella. En el caso del Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, el Estado colombiano puede, en virtud del artículo 5 numeral 2, pagar la indemnización por daños y con ello tendrá derecho a repetir contra los demás participantes en el lanzamiento conjunto. (Convenio sobre objetos espaciales, Londres, p. 4). Es decir, puede asumir la responsabilidad del pago sin que medie un título de imputación que lo haga responsable de manera absoluta.

Nuevamente, en el protocolo de 1992 por contaminación por hidrocarburos, la solicitud de reparación se radica en el Estado colombiano pero el responsable es el dueño del buque que provoca el daño ambiental. Seguidamente, el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre seguridad de la biotecnología establece como partes integrantes a los Estados nacionales, pero dentro de sus categorías existe la categoría de “operador”, la cual define de la siguiente manera:

c) por «operador» se entiende cualquier que tenga el control directo o indirecto del organismo vivo modificado, término que podría incluir, según proceda y según lo determine la legislación nacional, entre otros, el titular del permiso, la persona que colocó el organismo vivo modificado en el mercado, el desarrollador, el productor, el notificador, el exportador, el importador, el transportista o el proveedor.

Se establece que son los «operadores» los productores del daño, pero los Estados nacionales, no en virtud de la imputación de una posible responsabilidad quienes deben adelantar las medidas preventivas y de reparación por dichos movimientos transfronterizos, los cuales son operaciones adelantadas por contratistas privados. Finalmente, el Protocolo de Basilea sobre movimientos transfronterizos de desechos peligrosos establece un sistema de imputación más tradicional, puesto que dispone como supuesto para establecer la responsabilidad a los Estados como sujetos importadores o exportadores de los desechos, pero establece en su artículo 3, referente al ámbito de aplicación que:

1. El presente Protocolo se aplica a los daños resultantes de un incidente ocurrido durante un movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos peligrosos y su eliminación, incluido el tráfico ilícito, desde el punto en que los desechos son cargados en el medio de transporte en una zona bajo la jurisdicción nacional de un Estado de exportación.

## **LA TEORÍA DEL RIESGO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

A estas alturas es evidente que la estructura jurídica de los tratados aquí analizados es la de la teoría del riesgo, la cual, como afirmamos en un comienzo, ha tenido una expansión enorme dentro de la disciplina de la responsabilidad civil del Estado, debido al incremento de actividades que suponen un riesgo para la vida en comunidad. Como ya lo dijimos, la teoría del riesgo es una de las dos ramificaciones generales en las cuales se clasifica en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad objetiva o sin culpa, siendo la otra la responsabilidad por daño especial.

Al respecto de la teoría del riesgo, explica Tamayo Jaramillo que:

La teoría del riesgo trata de prescindir de la idea de culpa, pero se acude al correctivo de riesgo creado o del riesgo-provecho, lo que en cierta forma es una limitación de la responsabilidad objetiva. La teoría del riesgo y la responsabilidad objetiva solo tienen en común el hecho de prescindir de la idea de culpa como fundamento filosófico de la responsabilidad. (Tamayo, 2007, p. 822)

En los tratados estudiados, el compromiso internacional del Estado colombiano surge del reconocimiento de una situación de riesgo provocada por el desarrollo tecnológico en áreas industriales y económicas como la exploración espacial, el transporte de desechos tóxicos o de transgénicos o el transporte y manejo de hidrocarburos. Dicha situación de riesgo, no obstante, no es ajena al derecho interno, pues justamente son las cortes quienes han dado un desarrollo a la teoría del riesgo, como es el caso del Consejo de Estado, quien afirma que:

En la teoría del riesgo excepcional, el factor de imputación recae sobre el riesgo grave y anormal al que el Estado expone a los administrados, riesgo que trae como consecuencia una ruptura del equilibrio en el reparto de las cargas públicas, circunstancia que compromete la responsabilidad del Estado. En virtud de ese título de imputación, el demandante tiene la obligación de probar la ocurrencia del daño, así como que éste provino de la concreción del riesgo al que fue expuesto, para que –establecidas esas premisas– se pueda deducir la responsabilidad patrimonial del Estado, sin entrar a analizar la licitud de la conducta del Estado que, para el efecto, resulta irrelevante. (Consejo de Estado, 2015, p. 20).

Es claro entonces que, la estructura filosófica jurídica que da piso a los compromisos del Estado colombiano en los tratados en este artículo analizados es la teoría del riesgo, teoría que ha

sido suficientemente desarrollada tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado, y toma de allí sus elementos principales. Debemos concluir entonces que es en el derecho interno donde encontramos una elaboración de la teoría del riesgo y sus variantes.

## **FONDOS DE REPARACIÓN Y LÍMITES A LA RESPONSABILIDAD**

A pesar de que se pueden señalar elementos comunes dentro de la estructura de la responsabilidad que hay en los tratados y la responsabilidad regulada por la Constitución Política de Colombia, se pueden observar dos elementos que aportan cierto grado de novedad respecto de las disposiciones tradicionales de la responsabilidad civil del Estado. Estos son la creación de fondos comunes para la reparación de las víctimas y el establecimiento de límites a la responsabilidad, a veces, con fundamento en estos fondos. El establecimiento de un límite se corresponde con los avances doctrinarios en la materia, que, como nos lo recuerda Rosso Elorriaga:

Surge entonces como alternativa relevante el principio según el cual no hay responsabilidad objetiva sin limitación cuantitativa de la responsabilidad, principio que se ha ido abriendo paso entre la doctrina. Se trata de la contrapartida a la responsabilidad por culpa, sin llegar a la socialización de los daños. Si la responsabilidad es subjetiva, el límite lo constituye la propia culpa; si se elimina la culpa, y se responde solo por la concurrencia de una relación de causalidad, debe introducirse también un límite a dicha responsabilidad, el que se traduciría en una restricción en el monto de la indemnización a ser concedida a la víctima. (Rosso, 2014, p.9)

Como lo dispone el artículo 6 del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, los propietarios de buques pueden establecer límites a la responsabilidad dependiendo del tamaño del buque, luego de haber constituido un fondo, cuya suma total sea equivalente al límite de su responsabilidad. De esta manera introduce una modificación al principio de reparación integral que rige la reparación de daños en Colombia y se acoge a una responsabilidad civil extracontractual limitada.

De la misma manera, en el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación sobre seguridad de la Biotecnología, suplementario al Protocolo de Cartagena, dispone en su artículo 8, que “las partes pueden disponer, en su legislación nacional, límites financieros para la recuperación de los costos y gastos relacionados con las medidas de respuesta” (Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur, 2010, art. 8). Esta disposición tiene un espectro

bastante abierto y en contra de los intereses de reparación de las víctimas pues no establece un criterio de limitación de la responsabilidad ni topes de estos límites financieros.

El Protocolo de Basilea establece también unos límites financieros que operan a los daños producidos de conformidad con su artículo 4, es decir, aquellos producidos en virtud de una responsabilidad objetiva, pero establece en el numeral 2 del artículo 12 que “No se establecerá un límite financiero a la responsabilidad al artículo 5”. (Protocolo de Basilea sobre desechos peligrosos, 1999, art. 12). Este artículo desarrolla la responsabilidad culposa en la producción de daños. En conclusión, la responsabilidad objetiva tiene unos límites claros desarrollados en el anexo B del Protocolo, pero la responsabilidad con culpa no los tiene, en clara sintonía con la posición jurídica que se abre paso en la actualidad sobre una responsabilidad objetiva limitada.

### **¿SISTEMA MIXTO DE RESPONSABILIDAD?**

Estamos ante unos Tratados que se dicen de responsabilidad objetiva pero que, en el fondo, debido a sus cláusulas de excepción, establecen un sistema de responsabilidad subjetiva o con culpa, que se hace evidente cuando se leen los Tratados aquí analizados, ya que se mezclan por momentos nociones y conceptos tanto de uno como de otro sistema de responsabilidad. En el artículo IV numeral 2 del Convenio sobre responsabilidad por daños por objetos espaciales se afirma: “en todos los casos de responsabilidad solidaria mencionados en el párrafo 1 de este artículo, la carga de la indemnización por los daños se repartirá entre los dos primeros Estados según el grado de la culpa respectiva”. (Convenio sobre daños por objetos espaciales, 1972, Artículo IV num. 2). Es un error mezclar dos tipos de responsabilidad: subjetiva y objetiva, ya que la una subsume a la otra y no otorga ningún beneficio a las víctimas. ¿si se habla de una responsabilidad objetiva como puede tenerse la culpa como medio de gradación de la responsabilidad para efectos del pago de la indemnización?

Ejemplo de lo que se quiere evidenciar es el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, que desarrolla en su artículo 4 un régimen de responsabilidad objetiva, con disposiciones sobre quién y cómo responde y bajo qué condiciones, para acto seguido, en su artículo 5, echar todo por la borda al disponer, bajo el rótulo de responsabilidad culposa, que:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, toda persona será responsable por daños causados por el incumplimiento de las disposiciones para la aplicación del Convenio o por

sus actos u omisiones voluntarios, imprudentes o negligentes o a los que hayan contribuido ese incumplimiento o esos actos u omisiones. El presente artículo no afectará la legislación nacional de las Partes Contratantes que rige la responsabilidad de los servidores y agentes. (Protocolo de Basilea sobre desechos peligrosos, 1999, art. 5)

Se puede afirmar que estamos ante unos tratados que en sus disposiciones generales se orientan hacia la responsabilidad objetiva, pero disponen en sus cláusulas de excepción tantas causales de exoneración de la responsabilidad que dan al traste con la intención de constituir un sistema de responsabilidad internacional por daños y dejan en la noción de culpa todo el peso de la responsabilidad de los Estados frente a los ciudadanos.

### **JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA O JURISDICCIÓN INTERNACIONAL. ¿A DÓNDE ACUDIR?**

Surge entonces la pregunta, luego de analizados los tratados, de si es preferible que los ciudadanos colombianos, acudan a instancias internacionales como las que surgen de los tratados internacionales o, si, por el contrario, resulta beneficioso para sus intereses de reparación de daños el acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para con las herramientas de la legislación interna, satisfacer sus derechos conculcados.

El artículo VII del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales trae una disposición que da mucho que pensar: “las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a los daños causados por un objeto espacial del Estado de lanzamiento a: a) Nacionales de dicho Estado de lanzamiento” (Convenio sobre daños por objetos espaciales, 1972, Artículo VII). Más adelante, en el artículo IX se afirma que “las reclamaciones de indemnización por daños serán presentadas al Estado de lanzamiento por vía diplomática”. (Convenio sobre daños por objetos espaciales, 1972, Artículo IX). Frente a daños ocasionados por objetos espaciales entonces, los colombianos deben acudir necesariamente a su jurisdicción interna, apelando a la legislación existente en materia de responsabilidad civil por riesgo a través de la reparación directa o, de sufrir daños por un Estado extranjero, igualmente el Estado colombiano en cumplimiento de las obligaciones consignadas en la carta Política, debe entablar una solicitud diplomática para el resarcimiento de los daños. Esto sin mencionar que el plazo establecido en el Convenio para instaurar la reclamación de reparación es de sólo un año mientras que la caducidad en la reparación directa es de 2 años. (CPACA, Art. 164 lit. i)



En esta misma línea se presentan las disposiciones del Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre seguridad de la biotecnología, al disponer en su artículo 12 la posibilidad de aplicar la legislación nacional en materia de responsabilidad civil, aplicar o elaborar normas sobre responsabilidad civil o aplicar una combinación de ambos para la reparación de daños. Con estas disposiciones, lo que hace el Protocolo es dejar en manos de la legislación colombiana los mecanismos y las herramientas hermenéuticas, doctrinarias y jurídicas para que los afectados por el transporte de OVM recurran ante sus tribunales buscando una justa reparación.

Lo mismo se puede afirmar del protocolo de 1992 sobre responsabilidad civil nacida de daños debido a contaminación por hidrocarburos, ya que si bien existe una copiosa cantidad de elementos internacionales para proteger los recursos naturales, la flora, la fauna y los recursos hídricos, la legislación colombiana ha integrado los eventos de derrame de hidrocarburos dentro de los daños ambientales, teniendo como fundamento la ley 23 de 1973 y 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 componentes. Dicha noción de daño ambiental cobija no sólo la idea de un daño colectivo sino también perjuicios individuales y concretos sobre bienes jurídicos de un particular. Estos daños particulares prevén la indemnización o reparación administrativa y han tenido un enorme desarrollo jurisprudencial en el Consejo de estado que no es del caso analizar. Vale la pena reiterar que la responsabilidad por daño ambiental es un tema complejo y ha tenido múltiples críticas, por lo que, nuevamente se hace evidente que es preferible que los ciudadanos acudan ante la jurisdicción nacional para la reclamación de este tipo de perjuicios ya que su contornos teórico y jurídico han sido desarrollados con mayor plenitud por los jueces nacionales que en las instancias internacionales. 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 dirigen 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. Tal situación no se presenta en el Tratado Internacional pues los ataques terroristas son causal de exoneración de responsabilidad y es un hecho cierto que en Colombia la enorme mayoría de contaminación por derrame de hidrocarburos obedecen a ataques de grupos armados al margen de la ley.

## V. CONCLUSIÓN.

De la lectura de los Tratados Internacionales suscritos por Colombia en materia de responsabilidad objetiva se puede concluir que estos no constituyen modelos de responsabilidad objetiva sino todo lo contrario, han establecido a través de sus numerosas causales de exoneración de responsabilidad, un sistema que debe recurrir en últimas a la prueba de la culpa o falla del servicio de quien ha provocado el derrame de hidrocarburos o los daños por el movimiento de desechos peligrosos; dejando en una situación precaria a los ciudadanos ante la necesidad de probar circunstancias técnicas y con precisos conocimientos científicos para lograr la reparación de eventos dañosos.

La jurisprudencia y legislación colombiana ha tenido un desarrollo a lo largo de los años en temas como la contaminación ambiental, el daño ambiental, la responsabilidad por productos defectuosos, la responsabilidad por infecciones intrahospitalarias, recurriendo a tesis de responsabilidad objetiva donde el demandante queda exonerado, como es de esperarse, de probar elementos de culpa o falla en el servicio; con tablas de indemnización adecuadas y sin ningún tipo de limitación económica en la reparación. En este orden de ideas, los ciudadanos tienen un marco jurídico más garantista en una eventual acción ante la jurisdicción contencioso administrativa que acudiendo a instancias internacionales.

El paso de los años se hace evidente en los cuatro Tratados Internacionales analizados en este trabajo, pues abarcan un lapso de tiempo que va desde 1972 hasta el 2010, lapso de tiempo que evidencia los avances teóricos y jurisprudenciales en la manera como se aborda la responsabilidad objetiva de los Estados y el avance de las garantías que tienen los posibles afectados por el imperioso desarrollo de técnicas y procedimientos que comprometen su salud, su seguridad y su vida. Por esto se concluye que frente a este desarrollo algunas disposiciones de los Tratados exigen una revisión, una actualización y puesta a punto con las exigencias del derecho internacional de daños.

Surge entonces la pregunta de si en este contexto es preferible una constitucionalización del derecho internacional, incluido su apartado de responsabilidad civil y una integración del

derecho internacional en materia de responsabilidad con el estado actual de la teoría de la responsabilidad civil, preguntándose nuevamente cual sería el horizonte teórico de dicha integración. ¿sería el derecho anglosajón? ¿el derecho continental europeo? ¿algún otro horizonte desconocido hasta ahora? O si, por el contrario, se deben orientar los esfuerzos en desarrollar unos estándares y criterios internacionales que aterricen en las Cortes y Tribunales nacionales de cada país y que se apliquen y hagan efectivos en cada caso concreto, algo así como una internacionalización del derecho colombiano en materia de responsabilidad civil.

## V. Referencias Bibliográficas

Burbano Ortega, E. (2019). Responsabilidad estatal por el daño ambiental causado en la actividad petrolera tratamiento en el consejo de Estado. Trabajo para optar al título de Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

CEPAL, página oficial. recuperado de:

<https://observatoriop10.cepal.org/es/tratados/convenio-basilea-control-movimientos-transfronterizos-deshechos-peligrosos-su-eliminacion>

CEPAL, página oficial. recuperado de:

<https://observatoriop10.cepal.org/es/tratados/protocolo-cartagena-seguridad-la-biotecnologia-convenio-diversidad-biologica>

Congreso de la República de Colombia (enero 18 de 2011). Ley 1437. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Corte Constitucional, Sala Plena. (once (11) de noviembre de dos mil cinco 2005) Sentencia C-1151 de 2005. expediente LAT-276. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-829 de 13 de noviembre de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo. Exp. LAT-403.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 5 de agosto de 1937. Gaceta Judicial, Tomo XLV. Recuperado de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 8 de junio de 2011, Exp. 19360. M.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 26 de febrero de 2015, Exp. 29338. M.P. Hernán Andrade Rincón.

Gil Botero, Enrique. (2017). Responsabilidad extracontractual del Estado, 7ª Ed. Bogotá: Temis.

Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales. 1972. Londres, Moscú, Washington. Recuperado de:  
<http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/SitePages/VerTratados.aspx?IDT=5a1cb820-3ece-40ac-ba5f-69fd5ce6cbe3>

Protocolo de 1992 que enmienda el convenio internacional sobre responsabilidad civil de daños debidos a contaminación por hidrocarburos. 1992. Londres. Recuperado de:  
<http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/SitePages/VerTratados.aspx?IDT=aafd7730-6879-47b5-b778-766dbb4657bf>

Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación suplementario al protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología. Recuperado de  
<http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/SitePages/VerTratados.aspx?IDT=63492f5f-94f6-44c9-a63b-411769d49896>

Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación. 1999. Basilea. Recuperado de  
<http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/SitePages/VerTratados.aspx?IDT=9443c9a8-05a3-4373-b915-3f14a7920cdc>

Rosso Elorriaga, G. (2014). El principio de la responsabilidad civil objetiva limitada: un elemento de equilibrio sistémico que no contradice al denominado principio de la reparación integral del daño. Rev. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n° 26, enero-junio de 2014. Recuperado de:  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3808>

Ruiz Orejuela, W. (2016). Responsabilidad del Estado y sus regímenes. 3ª ed. Bogotá: Ecoe ediciones.

Saavedra Becerra, R. (2018). De la responsabilidad patrimonial del Estado. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). Tratado de la Responsabilidad civil. Bogotá: Legis Editores.

Uribe García, S. (2017). El riesgo y su incidencia en la responsabilidad civil y del Estado. Medellín: Ediciones UNAULA.