

Documentos en Desarrollo Cider 5

LA GESTIÓN DEL RIESGO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

PAULA ROJAS FAJARDO



La gestión del riesgo en el ordenamiento jurídico colombiano

Descripción de la colección

La colección Documentos en Desarrollo presenta resultados parciales o finales de proyectos de investigación y consultoría o ensayos en temas afines a las áreas de investigación del Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo, Cider, de la Universidad de los Andes. Los autores de los materiales que alimentan la colección son profesores de la Universidad de los Andes o externos, consultores nacionales o internacionales, o egresados del Cider, quienes voluntariamente proponen y someten los manuscritos a la evaluación del Comité Editorial, desde donde se coordinan las convocatorias para la colección y se seleccionan los trabajos que se publican.

Comité Editorial

El Comité Editorial de la colección está conformado por Juan Benavides Estévez-Bretón, director del Cider; Esmith Carreño Durán, secretaria general; Andrés Hernández Quiñones y Mauricio Uribe López, profesores del Centro. La coordinación editorial está a cargo de Diana Tamayo Vélez.

La gestión del riesgo en el ordenamiento jurídico colombiano

PAULA ROJAS FAJARDO

Rojas Fajardo, Paula Luceny

La gestión del riesgo en el ordenamiento jurídico colombiano / Paula Rojas Fajardo, – Bogotá: Universidad de los Andes, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider), Ediciones Uniandes, 2015.

53 páginas; 14 x 21 cm. – (Documentos en Desarrollo).

ISBN on line 978-958-774-084-4

1. Prevención de desastres – Legislación – Colombia 2. Auxilio en desastres – Legislación – Colombia 3. Riesgo (Derecho) 4. Responsabilidad del Estado I. Universidad de los Andes (Colombia). CIDER II. Tít.

CDD 344.0534

SBUA

Primera edición: febrero de 2015

© Paula Rojas Fajardo

© Universidad de los Andes,
Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider)

Ediciones Uniandes
Calle 19 núm. 3-10, torre B, oficina 1401
Bogotá, Colombia
Teléfono: 3394949, ext. 2133
<http://ediciones.uniandes.edu.co>
infeduni@uniandes.edu.co

ISBN on line: 978-958-774-084-4

Corrección de estilo: Martha Méndez
Diagramación: Precolombi EU - David Reyes

Impreso en Colombia - *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

RESUMEN

La ocurrencia de desastres ha sido una problemática que ha afectado a millones de personas a nivel mundial, por ello su manejo se ha convertido en una de las preocupaciones centrales de los gobiernos del mundo. Sin embargo, en Colombia la perspectiva que tradicionalmente se ha asumido frente a la producción de desastres es la intervención a posteriori. Por ello, este artículo intenta presentar cuál ha sido el papel del ordenamiento jurídico con relación a este tema y su posible incidencia en la visión asistencialista que tradicionalmente se ha mantenido.

Palabras clave: Desastre, “desastre natural”, gestión del riesgo, condiciones de vulnerabilidad, responsabilidad del Estado, entidades territoriales.

ABSTRACT

The occurrence of disasters has been a problem affecting millions of people around the world, thus its handling has become one of the central concerns of governments worldwide. Nonetheless, in Colombia the perspective that traditionally has been taken over production of disasters is the intervention post emergency. Therefore, this article attempts to present which has been the role of law in relation to this issue and its potential impact on the welfarist vision that has traditionally been maintained.

Keywords: disaster, “natural disaster”, risk management, situation of vulnerability, State responsibility, territory entities.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
1. DESAPARICIÓN DEL “DESASTRE NATURAL”	13
2. NOCIÓN DE GESTIÓN DEL RIESGO	17
3. GESTIÓN DEL RIESGO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	19
4. ENTIDADES TERRITORIALES Y GESTIÓN DEL RIESGO	23
5. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ANTE DESASTRES: REVISIÓN JURISPRUDENCIAL	35
CONCLUSIONES	45
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51
FUENTES LEGALES	51
FUENTES JURISPRUDENCIALES	52
FUENTES DE INTERNET	52

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el manejo de desastres en Colombia ha sido uno de los grandes retos del Estado, en razón de las vastas consecuencias que estos generan. Por ello, desde 1979 se expidieron varias leyes tendientes a su prevención y manejo; sin embargo, la experiencia al afrontarlos demostró que dicho cuerpo normativo no cumplió las expectativas deseadas. En consecuencia, en el 2012, tras las emergencias relacionadas con el fenómeno de La Niña (2010-2011) se expidió una nueva ley cuyo objetivo es definir la política que se debe seguir frente a la gestión del riesgo.

Este texto pretende hacer un recorrido por el marco jurídico que ha abordado el tema de los desastres, con el fin de analizar cuál ha sido el tratamiento que el ordenamiento jurídico les ha dado y cuáles han sido los cambios más significativos con relación a las perspectivas que las diferentes regulaciones y líneas jurisprudenciales han adoptado. Para ello, se expondrá qué se entiende por desastre desde las ciencias sociales y desde el campo legal, y su diferencia con la equívoca noción de “desastre natural”; se estudiará en qué consiste la gestión del riesgo y la evolución que esta ha tenido dentro de la legislación colombiana, prestando especial atención a la normativa actual frente a las entidades territoriales; y se expondrá jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad del Estado en desastres relacionados con un evento natural.

DESAPARICIÓN DEL “DESASTRE NATURAL”

Alrededor de la década de 1980, se empezaron a realizar estudios sobre la incidencia de los factores humanos en la producción de desastres. La hipótesis que hasta entonces había prevalecido era que “la ocurrencia de un fenómeno natural (...) no necesariamente provoca un ‘desastre natural’” (Maskrey, 1993, p. 2). Así, mientras que el evento natural consiste en “cualquier expresión que adopta [la naturaleza] como resultado de su funcionamiento interno” (Maskrey, 1993, p. 2), los desastres son el resultado de la confluencia de un evento de la naturaleza, más la presencia de condiciones de vulnerabilidad de tipo económico, social y estatal, tales como viviendas mal construidas o mal ubicadas, falta de intervención estatal en determinadas zonas en riesgo, etc.

Expertos en la materia han definido el desastre como “la intersección de dos fuerzas opuestas: aquellos procesos que generan vulnerabilidad por un lado y exposición física a una amenaza por el otro” (Wisner, 1996, p. 46). La amenaza se refiere a los eventos naturales extremos que tengan la capacidad de afectar diferentes lugares en diferentes épocas (Wisner, 1996). La vulnerabilidad, por su parte, tiene que ver con las condiciones inseguras en las que una población vive concomitante con el tiempo y el espacio de una amenaza (Wisner, 1996). Más que una cuestión puramente terminológica, la precisión en estos conceptos es la que permite superar la ya obsoleta idea de “desastre natural”, pues al tener en mente estas distinciones es posible

entender que el desastre es el resultado de una sociedad incapaz de adaptarse a las dinámicas propias del territorio y de ocuparlo sin destruirlo.

Esta noción de desastre ha sido difundida por organismos internacionales como la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR). Esta organización ha elaborado una guía terminológica en la que define una serie de conceptos asociados a la gestión del riesgo. De hecho, esta terminología ha sido acogida por el Marco de Acción de Hyogo 2005-2015, principal herramienta de derecho internacional sobre el tema –*soft law*– y por muchos ordenamientos internos. Allí se dispuso que el desastre debe entenderse como la:

Interrupción seria del funcionamiento de una comunidad o sociedad que causa pérdidas humanas y/o importantes pérdidas materiales o ambientales (...). Un desastre es función del proceso de riesgo. Resulta de la combinación de amenazas, condiciones de vulnerabilidad e insuficiente capacidad o medidas para reducir las consecuencias negativas del riesgo (Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres las Américas).

Esta concepción de desastre solo fue adoptada en el año 2012 en la legislación colombiana. En la Ley 9 de 1979, primera norma colombiana que trataba de regular el tema, ni siquiera se determinaba puntualmente en qué consistía un desastre. Tratando de suplir esta grave falencia su decreto reglamentario lanzó una definición¹; sin embargo, esta limita el concepto de desastre al momento exacto en que se produce la emergencia. La Ley 46 de 1988 –siguiente norma expedida en la materia– sí consagra expresamente lo que se debía entender por desastre², admitiendo que este podía ser producido tanto por causas

¹ Ver Decreto 3489 de 1982, artículo 2.

² Ver Ley 46 de 1988, artículo 2.

naturales, como por causas antrópicas; no obstante, en ese momento no se reconoció la incidencia de las condiciones de vulnerabilidad.

No se trata de una omisión superflua. En muchos casos, estas condiciones pueden llegar a influir en mayor proporción sobre la ocurrencia del desastre, que incluso la misma amenaza natural. Por ejemplo, según la UNISDR (2013) los daños generados en el 2011, durante el fenómeno de La Niña, “estuvieron relacionados con las altas condiciones de vulnerabilidad de su población rural, la cual representó cerca del 70% de los afectados” (p. 19); además, en virtud de esas condiciones de vulnerabilidad, “Colombia registró en 2011 la mayor cantidad de daños y pérdidas por cada 100 mil habitantes” (p. 19), en comparación con los demás países de América Latina.

Factores como la deficiente planeación respecto al uso del suelo y la concesión de permisos de construcción en zonas no aptas han contribuido al aumento de la vulnerabilidad, situación que se ha traducido en la ocurrencia de desastres asociados con amenazas de tipo hidrometeorológico (Banco Mundial, 2012, p. 40). Asimismo, la falta de coordinación entre las entidades estatales, la ambigüedad en sus competencias y la carencia de una verdadera política de planeamiento del uso del suelo han incrementado las condiciones de vulnerabilidad (Banco Mundial, 2012, p. 40), a tal punto que “el 48% de la población se clasifica en un nivel de vulnerabilidad alto” con relación a una posible inundación (Banco Mundial, 2012, p. 43).

A partir de la expedición de la Ley 1523 de 2012 se consagró una noción de desastre más concordante con los parámetros internacionales y las investigaciones efectuadas por expertos. En esta disposición³ se reconoce que el desastre es la sumatoria de varios factores, entre los cuales se encuentran las causas antrópicas y las condiciones de vulnerabilidad. No obstante, aún subsisten rezagos de la noción de “desastre natural”, pues aunque se acepta que el desastre puede ser desencadenado por causas antropogénicas, al referirse a estas las

³ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 3, numeral 8.

describe como “eventos antropogénicos *no intencionales*”. Al introducir ese condicionante, se trata de ocultar la responsabilidad del ser humano en la producción de los desastres, dado que muchos de los eventos antrópicos que contribuyen a la ocurrencia de aquellos pueden tener un componente intencional, tal como ocurre en la falta de rigor al utilizar compuestos químicos, en los derrames de petróleos causados por negligencia de sus responsables, o en las actividades humanas que generan variaciones climáticas.

En síntesis, es posible concluir que el desastre ocurre cuando una o más amenazas naturales o antrópicas se producen en el marco de una situación de vulnerabilidad, de forma tal que la magnitud de los daños altere el funcionamiento cotidiano de una población. Por tanto, resulta impreciso hablar de “desastres naturales”, pues como se acabó de anotar el desastre no solo es generado por la amenaza natural, sino por la existencia de condiciones de vulnerabilidad. Además, esta noción de “desastre natural” desconoce que muchos eventos de la naturaleza son originados por el accionar del ser humano, tal como está sucediendo con el cambio climático. El desastre, en últimas, es un evento en donde indudablemente interfieren causas sociales y humanas.

NOCIÓN DE GESTIÓN DEL RIESGO

Al romper con el paradigma de los mal llamados “desastres naturales”, la perspectiva que los presenta como situaciones incontrolables e inmanejables pierde valor, pues si se admite que los desastres son el producto de una amenaza y de unas condiciones de vulnerabilidad es factible que el ser humano tome medidas para tratar de reducir su impacto negativo. A partir de este razonamiento, surge la noción de gestión del riesgo, que alude a los procesos y actividades tendientes a conocer dónde se puede originar un riesgo y cómo disminuirlo o erradicarlo; o en su defecto, cuando el desastre es inminente, qué hacer para manejarlo.

Tradicionalmente, los procedimientos que forman parte de la gestión del riesgo se han dividido así: 1) gestión de amenazas, es decir las actividades que buscan “reducir la probabilidad de que las amenazas físicas se conviertan en hechos o eventos reales, o disminuir su probable intensidad o impacto” (Lavell, 1996 p. 15); 2) gestión de vulnerabilidad, o sea todas las actividades que intentan reducir las condiciones de vulnerabilidad presentes en un grupo determinado de la población respecto a posibles riesgos naturales; 3) gestión de emergencia o de respuesta inmediata, cuyo objetivo es restaurar las condiciones de vida mínimas de las víctimas del desastre; y 4) gestión de la rehabilitación y reconstrucción, que busca poner en práctica medidas que restablezcan las condiciones de vida “normales” de las víctimas del desastre. Así entonces, la noción de gestión

del riesgo apunta a los procedimientos y actividades de prevención, mitigación, respuesta inmediata o de emergencia y rehabilitación y reconstrucción.

GESTIÓN DEL RIESGO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

En Colombia la noción de gestión del riesgo solo se materializa en el ordenamiento jurídico con la promulgación de la Ley 1523 de 2012. No obstante, mucho antes existía un cuerpo legislativo que trataba tangencialmente lo relativo al manejo de desastres. Desde la Ley 9 de 1979 se trató de regular esta materia; sin embargo, en ese momento no existía una distinción clara entre las actividades de planeación, mitigación, emergencia y rehabilitación; tan solo se enunciaban de forma superficial algunas de las medidas por desarrollar. Una de las falencias más grandes de este cuerpo normativo fue que no existió una entidad pública permanente que se ocupara exclusivamente del tema. Si bien es cierto que la Ley 9 de 1979 creó el Comité Nacional de Emergencia, este órgano tan solo era una junta conformada por el presidente y algunos funcionarios gubernamentales, pero no era una entidad pública con unas competencias propias y permanentes. Además, “al estar integrados por funcionarios que tenían a su cargo en forma principal otro tipo de responsabilidades, su funcionamiento se convertía en algo secundario cuando no puramente eventual o circunstancial” (Saavedra, 1996, p. 331). Ahora bien, el decreto reglamentario de esa ley⁴ también creó una serie de comités locales y

⁴ Decreto 3489 de 1982.

regionales, pero sucedió que estos solo entraban en funcionamiento luego de la producción del desastre (Saavedra, 1996).

En 1985 el volcán Nevado del Ruiz hizo erupción, actividad que dejó como consecuencia la destrucción de Armero. A raíz del manejo que se le dio a este desastre, el Gobierno empezó a tomar medidas para crear una verdadera institucionalidad capaz de dar un tratamiento idóneo al tema de los desastres en Colombia. Bajo este panorama se promulgó la Ley 46 de 1988 mediante la cual se creó el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres (SNPAD). A diferencia del régimen anterior, el nuevo sistema estaba integrado por una serie de entidades públicas, entre las cuales se encontraba una oficina atribuida con funciones propias. El hecho de existir una entidad pública dotada de competencias permanentes fue una de las más grandes novedades; además, su carácter descentralizado permitió que entes locales y regionales adquirieran un margen de autonomía, con el fin de lograr un manejo de los desastres más especializado, que atendiera las condiciones únicas de cada territorio.

Pero el verdadero avance legislativo surge con la promulgación de la Ley 1523 de 2012, mediante la cual se consagra expresamente la noción de gestión del riesgo y se deroga la legislación anterior. Esta norma aparece en el ordenamiento jurídico a raíz de las emergencias invernales ocurridas en el 2010 y el 2011, que comprobaron la insuficiencia del cuerpo normativo existente hasta ese momento. Allí se dispone qué debe entenderse por gestión del riesgo⁵, cuáles son los principios generales que regirán este proceso, se establece una serie de definiciones terminológicas que buscan evitar las ambigüedades e imprecisiones, se crea un nuevo sistema nacional encargado de la gestión del riesgo de desastres, se definen sus objetivos y estructura, los instrumentos de planificación, sistemas de información, mecanismos de financiamiento y la forma para realizar la declaratoria de desastres y calamidades.

⁵ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 1.

La noción de gestión del riesgo que la nueva ley consagra hace referencia a los procesos sociales y las políticas gubernamentales que se destinan tanto a conocer y reducir el riesgo, como a manejar los desastres. Si se logran estos tres objetivos, dice la norma, se tendrá una incidencia directa en el bienestar y la calidad de vida de las personas que habitan el territorio colombiano. Justamente, ahí radica el cambio de paradigma entre el sistema actual y los anteriores, dado que el énfasis ya no consiste en cómo manejar el desastre, sino en la realización de procesos para reducir las situaciones de riesgo.

Si bien es claro que el tema de los desastres ya no será abordado exclusivamente desde el momento en que se produce la emergencia, sino que se tendrán en cuenta procedimientos para reducir el riesgo, la norma no pone de relieve, por ejemplo, la disminución de condiciones de vulnerabilidad, como ayuda a las poblaciones asentadas en lugares de riesgo, acciones para el manejo del cambio climático, conservación de ciertos ecosistemas para el equilibrio ambiental, verdaderas políticas de ordenamiento territorial, etc., factores que generalmente desencadenan un sinnúmero de desastres en Colombia.

La legislación vigente aún carece de un enfoque en derechos humanos en el que se dé prioridad a las personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad frente a un posible desastre. Sin embargo, esto se puede deber a que hasta el momento no se han expedido los decretos reglamentarios a que haya lugar; es posible que en estos sí se establezca en concreto cuáles serán las acciones para reducir de forma real el riesgo y que además se adopte una perspectiva basada en derechos humanos. Si esto no sucede, a pesar del cambio de paradigma y de las novedades que contiene la Ley 1523 de 2012, la nueva normativa continuará bajo el esquema asistencialista y reactivo de la legislación anterior.

ENTIDADES TERRITORIALES Y GESTIÓN DEL RIESGO

Una de las falencias de las diferentes normativas anteriores a la Ley 1523 de 2012 fue el desorden y descontrol en cabeza de las entidades territoriales en el momento de la planeación de políticas públicas sobre el tema y su ejecución concreta. Como se explicó, bajo la Ley 9 de 1979 ni siquiera existía un ente autónomo a nivel nacional, mucho menos territorial, que se encargara de la gestión del riesgo. Esta situación cambió con la Ley 46 de 1988 mediante la cual se creó el SNPAD, y en consecuencia se organizó el Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y una serie de comités regionales, asimismo se hizo la asignación de competencias “autónomas” en cabeza de las entidades territoriales.

No obstante, esto no fue suficiente para alcanzar una adecuada gestión del riesgo a nivel territorial. El inadecuado manejo que las entidades territoriales dieron a las disposiciones consagradas en la ley fue una de las razones que motivaron el cambio legislativo⁶. Esta y otras falencias dieron pie a la transición del sistema; sin embargo, este cambio no contempló una reforma estructural con relación al

⁶ Ver Exposición de motivos Ley 1523 de 2012. http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=050&p_consec=29812

papel de los comités regionales y de las entidades territoriales, pues la figura de estos se mantuvo casi intacta.

Al remitirse a la nueva ley se observa que los alcaldes y gobernadores fungen como las instancias de dirección en sus respectivas jurisdicciones⁷, ambos tienen la función de conducir las políticas del gobierno nacional hacia el nivel territorial⁸, es decir son los encargados de dar continuidad en las regiones y localidades a lo establecido por las instancias nacionales. Asimismo, la norma los dota de “*las competencias necesarias para conservar la seguridad, la tranquilidad y la salubridad en el ámbito de su jurisdicción*”⁹, lo cual implica que se les da un gran poder en materia de atribuciones, pues no se puntualiza hasta dónde va su competencia y cuáles son sus funciones concretas frente a la gestión del riesgo. En todo caso, esta disposición debe estar en armonía con el ordenamiento jurídico en su conjunto, por ello es imperativo realizar una interpretación sistemática en la que se puntualice que, aunque los alcaldes y gobernadores tienen un marco abierto de competencias sobre el tema, las medidas que implementen no pueden estar en contravía de la Constitución Política ni de las políticas generales instauradas por el gobierno nacional, pues aunque los departamentos y municipios son entidades descentralizadas¹⁰, la descentralización “no implica la ruptura total del vínculo entre el poder central y la entidad descentralizada”¹¹.

Ahora bien, esta nueva normativa señala que tanto alcaldes como gobernadores “deben responder por la implementación de los procesos de conocimiento y reducción del riesgo y de manejo de

⁷ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 9.

⁸ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 12.

⁹ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 12.

¹⁰ Que sean entidades descentralizadas tiene como consecuencia que cuentan con autonomía para ejercer ciertas competencias otorgadas por el orden nacional.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000.

desastres en el ámbito de su competencia territorial”¹². A diferencia de la legislación anterior, este precepto puntualiza quién debe asumir la dirección de la gestión del riesgo en los niveles territoriales; además, reitera la posibilidad de que las víctimas de desastres demanden judicialmente, mediante acciones contencioso administrativas a las respectivas gobernaciones, distritos y municipios que no hayan implementado de forma eficaz los procedimientos de gestión del riesgo. Aunque esta situación se presenta cotidianamente –pues es común que se instauren demandas de reparación directa contra la Nación y el respectivo departamento o municipio en donde ocurrió la falla del servicio–, el hecho de que la norma señale que alcaldes y gobernadores serán responsables constituye una importante innovación, dado que se resalta en cabeza de quién surge la responsabilidad.

A su vez, la norma señala que los alcaldes y gobernadores deben incluir en sus planes de desarrollo departamental –en el caso de los gobernadores– y de los planes de ordenamiento territorial –en el caso de los alcaldes–¹³ acciones que propendan por el efectivo funcionamiento de la gestión del riesgo¹⁴. Esta atribución de la norma deja ver la importancia que se les asigna a los mencionados instrumentos de planificación, pues son los cuerpos jurídicos que permiten a estas autoridades implementar las acciones que consideren pertinentes para la gestión del riesgo. Es decir, por medio de estos planes las cabezas de las entidades territoriales tienen la posibilidad concreta de realizar acciones de desarrollo que eviten y disminuyan las condiciones de vulnerabilidad.

Por último, la norma señala que los gobernadores son la instancia de coordinación de los municipios que se encuentren en su territorio¹⁵. En consecuencia, estos serán la cabeza coordinadora de

¹² Ver Ley 1523 de 2012, artículos 14 y 15.

¹³ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 13, parágrafo 1 y artículo 14, parágrafo 4.

¹⁴ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 13, parágrafo 1.

¹⁵ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 13, parágrafo 2.

las políticas implementadas en su respectiva región, por ello tienen la potestad de guiar las medidas que toman a nivel local los alcaldes de su jurisdicción. También podrán brindar ayuda a los alcaldes cuando estos “no tengan los medios para enfrentar el riesgo (...) [o el] desastre”¹⁶. En últimas, el gobernador del departamento deberá mantener la continuidad de todos los procesos que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción, con relación a la gestión del riesgo.

Los alcaldes y gobernadores no son las únicas instancias a nivel territorial dotadas de competencias sobre el tema; la Ley 1523 de 2012 mantuvo viva la figura de los consejos departamentales, distritales y municipales de gestión del riesgo cuya misión principal es “vigilar, promover y garantizar el flujo efectivo de los procesos de la gestión del riesgo”¹⁷. Los consejos están presididos por gobernadores y alcaldes, lo cual permite inferir que tanto aquellos como estos conforman un solo cuerpo institucional encargado de realizar todas las acciones necesarias para el adecuado funcionamiento de la gestión del riesgo.

No obstante, estos consejos no constituyen verdaderas personas jurídicas, apenas son reuniones encabezadas por gobernadores y alcaldes¹⁸, en las que se discuten problemáticas relacionadas con la gestión del riesgo. Esto le resta seriedad al tema, pues es discrecional de las autoridades territoriales decidir cuándo se efectuarán dichas reuniones; esta circunstancia podría generar que los referidos consejos solo se pongan en marcha una vez haya ocurrido el desastre. Sin embargo, es necesario mencionar que la UNGRD es la encargada de articular los niveles territoriales con el nacional, por ello deberá asegurarse de que los consejos funcionen realmente y que no solo se activen en el momento de la emergencia, sino también en lo atinente al conocimiento y reducción del riesgo.

¹⁶ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 3, numeral 14.

¹⁷ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 29.

¹⁸ Esto no obsta para que, dentro de sus respectivas alcaldías y gobernaciones, los alcaldes y gobernadores creen dependencias u oficinas permanentes encargadas exclusivamente de la gestión del riesgo.

Ahora bien, alcaldes y gobernadores deberán trabajar conjuntamente con los respectivos consejos, con el objetivo de elaborar un “plan de gestión del riesgo de desastres y una estrategia para la respuesta a emergencias”¹⁹ específicos para el territorio de su jurisdicción. El propósito de estos instrumentos de planificación radica en materializar en el ámbito de las entidades territoriales los procedimientos que se acomoden a las dificultades y necesidades propias del departamento, distrito o municipio. Estos planes de acción no solo buscan la implementación de las directrices nacionales de gestión del riesgo en el plano territorial, también persiguen que los entes territoriales busquen estrategias y medidas adecuadas para los problemas particulares que deben afrontar dadas sus condiciones sociales y físicas.

Además, dado que los planes de gestión del riesgo se integrarán a los planes de ordenamiento territorial, de manejo de cuencas y de desarrollo, los entes territoriales tienen la obligación de atender con rigurosidad las directrices establecidas en los planes de gestión del riesgo, por ello deberán considerar dichos preceptos como “condicionantes para el uso y la ocupación del territorio, procurando de esta forma evitar la configuración de nuevas condiciones de riesgo”²⁰.

En concordancia con esta finalidad, la norma establece que todo proyecto de inversión pública que afecte un territorio determinado deberá contar con un estudio de riesgo²¹; incluso, es obligación que las entidades públicas o privadas que adelanten proyectos de inversión incluyan en los respectivos contratos un acápite en el que se establezcan las medidas de reducción del riesgo, con el fin de que exista armonía entre el referido proyecto y el plan aprobado de gestión del riesgo del municipio o departamento respectivo²².

¹⁹ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 37.

²⁰ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 39.

²¹ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 38.

²² Ver Ley 1523 de 2012, artículo 38, párrafo.

Otro sujeto importante en el manejo de desastres a nivel territorial son las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR). Según la nueva ley, estas tienen la función de apoyar a las entidades territoriales de su jurisdicción en los estudios necesarios para el conocimiento y reducción del riesgo²³, y de implementar acciones de adaptación al cambio climático²⁴. Aunque las CAR desempeñan un rol de colaboración importante para las entidades territoriales, la nueva normativa deja claro que su papel “es complementario y subsidiario respecto a la labor de alcaldías y gobernaciones (...) y, por tanto, no eximen a los alcaldes y gobernadores de su responsabilidad primaria en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de desastres”²⁵. De nuevo, se reafirma que la responsabilidad del correcto funcionamiento de la gestión del riesgo de desastres se encuentra en cabeza de las autoridades políticas de los entes territoriales.

Luego de este barrido por la normativa de gestión del riesgo referente a las entidades territoriales, se estudiará un desastre ocurrido luego de la expedición de la Ley 1523 de 2012, con el fin de analizar si esta ha logrado generar algún impacto a nivel territorial, o si a pesar de su promulgación no se ha logrado la eficacia esperada. Para ello, se tomará el caso de las inundaciones en el departamento del Chocó, ocurridas en marzo de 2013 (primera temporada de lluvias de ese año)²⁶.

Tal como se expuso, la Ley 1523 de 2012 establece que

... las autoridades departamentales, distritales y municipales formularán con sus respectivos consejos de gestión del riesgo, un plan

²³ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 31.

²⁴ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 31, parágrafo 2.

²⁵ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 31.

²⁶ Si bien es cierto que en el pasado cercano del país han existido desastres que han alcanzado una mayor divulgación, la selección de este caso no obedeció ningún criterio especial, bien se pudo haber seleccionado cualquier otro, pues el propósito del análisis es mostrar si la nueva norma ha generado algún impacto real en la gestión del riesgo a nivel territorial.

de gestión del riesgo de desastres y una estrategia para la respuesta a emergencias de su respectiva jurisdicción (...) [estos] serán adoptados mediante decreto expedido por el gobernador o alcalde, según el caso en un plazo no mayor a noventa (90) días, posteriores a la fecha en que se sancione la presente ley²⁷.

De ahí es claro que todos los departamentos, incluyendo el del Chocó, debían expedir sus correspondientes planes transcurridos tres meses luego de que el presidente de la República sancionara la ley, esto es aproximadamente en julio de 2012. Pero también es cierto que estos planes debían ser expedidos “en armonía con el plan de gestión del riesgo y la estrategia de respuesta nacionales”²⁸.

Hasta el momento²⁹ el Plan Nacional de Gestión del Riesgo no ha sido expedido, dado que es necesario que se surta un riguroso proceso de investigación y consulta con expertos y entidades territoriales con respecto a las directrices que se consagrarán en el decreto que contenga el mencionado plan. Por ello, en septiembre de 2013 se expidió el Decreto 1974 de 2013 mediante el cual “se establece el procedimiento para la expedición y actualización del Plan Nacional de Gestión del Riesgo”. Allí se consagraron el contenido y la estructura del referido plan, así como el procedimiento que se debe seguir para expedirlo.

Concretamente la UNGRD, con las sugerencias e insumos que le brinden los CNGR y los CTGR³⁰, elaborará un documento previo que deberá ser consultado con los actores del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo, por medio de talleres y reuniones sectoriales³¹, y con el “Departamento Nacional de Planeación y al Ministerio de Hacienda y Crédito

²⁷ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 37.

²⁸ Ver Ley 1523 de 2012, artículo 37.

²⁹ Agosto de 2014.

³⁰ Ver Decreto 1974 de 2013, artículo 9.

³¹ Ver Decreto 1974 de 2013, artículo 11.

Público para la revisión de los programas y proyectos de inversión que vayan a ser ejecutados, en desarrollo de los lineamientos del plan”³². Acertadamente el decreto dispone de un término para que todo ese proceso se surta: “A partir de la publicación del presente Decreto se contará con un plazo de doce meses para la formulación, aprobación y adopción del plan”³³, lo cual significa que a 11 de septiembre de 2014 el Plan Nacional de Gestión del Riesgo debió ser expedido mediante decreto presidencial.

A la fecha³⁴ el plan nacional aún no ha sido expedido, pues todavía se encuentra en la etapa de consulta³⁵. La consecuencia inmediata que este hecho acarrea es que aún no se han expedido los planes departamentales de gestión del riesgo³⁶, pues estos tendrán que estar en armonía con el plan nacional, y como el proceso de su aprobación aún no ha terminado las entidades territoriales no han expedido los respectivos planes regionales y locales. Algunos departamentos y municipios han realizado estudios de gestión del riesgo que, según sea el caso, han llamado “planes departamentales o municipales de gestión del riesgo”, pero no son verdaderos decretos expedidos por el

³² Ver Decreto 1974 de 2013, artículo 13.

³³ Ver Decreto 1974 de 2013, artículo 15.

³⁴ Agosto de 2014.

³⁵ Ver <http://gestiondelriesgo.wix.com/pngrd#!noticias/c16fm>

³⁶ Según la página de internet del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (<http://www.sigpad.gov.co/sigpad/archivos.aspx?idc=50>), los departamentos del Atlántico, Bolívar, Cesar y Córdoba ya cuentan con planes departamentales de gestión del riesgo. Aunque dichos planes tienen una vocación de rigurosidad científica y social, no son verdaderos instrumentos jurídicos y por ello no son ni vinculantes ni obligatorios, pues no están revestidos bajo la forma de decreto expedido por gobernador o alcalde –según sea el caso–; apenas son documentos que pretenden brindar soluciones para evitar los factores de riesgo desencadenantes de desastres, pero en rigor no pueden entenderse como los planes departamentales, distritales y municipales de gestión del riesgo de que trata el artículo 37 de la Ley 1523 de 2012. Sin embargo, no se puede desconocer el esfuerzo del análisis allí consignado.

gobernador o el alcalde, por lo que no pueden entenderse como los instrumentos jurídicos de que habla la Ley 1523 de 2012.

El Chocó forma parte de los departamentos que no han expedido su plan departamental de gestión del riesgo, circunstancia que retrasa los procesos de conocimiento y reducción del riesgo y manejo de desastres, puesto que no existe ninguna norma que consagre con anticipación al desastre qué hacer. En ese sentido, es posible concluir que las inundaciones de 2013 ocurridas en el departamento del Chocó fueron manejadas según las reglas de la experiencia, es decir de acuerdo a lo que la lógica y el pasado dictaminaban, pero no de conformidad con procedimientos preestablecidos que estuvieran en concordancia con la Ley 1523 de 2012. Si bien es cierto que aunque la mayoría de entidades territoriales todavía no han expedido sus planes de gestión del riesgo, estas podrían responder al desastre siguiendo los lineamientos de la Ley 1523 de 2012; sin embargo, si no se cuenta con un plan previo al desastre que propenda por su prevención, el manejo que se le dará en el momento de su ocurrencia no obedecerá más que a acciones guiadas por la improvisación y por el afán de contener los daños acaecidos.

Ahora bien, al aproximarse a los instrumentos de planeación de la Gobernación del Chocó, las únicas alusiones que existen con relación a la gestión del riesgo se encuentran en su Plan Departamental de Desarrollo 2012-2015. Allí se establece que su futuro plan departamental de gestión del riesgo deberá guardar armonía con el referido plan de desarrollo³⁷ y que el Sistema General de Regalías destinará un monto de recursos para la Gestión del Riesgo³⁸ y para las víctimas de desastres³⁹. Como es evidente, dichas alusiones no alcanzan, ni siquiera en un mínimo grado, a regular de forma responsable lo

³⁷ Ver Ordenanza 015 de 2012. Por la cual se expide el Plan Departamental de Desarrollo 2012-2015 del Chocó. Artículo 27.

³⁸ Ver Ordenanza 015 de 2012, artículo 63.

³⁹ Ver Ordenanza 015 de 2012, artículo 64.

relativo a la gestión del riesgo, por ello no es de extrañar que el enfoque que aún impera es la puesta en marcha del sistema únicamente en el momento en que se produce el desastre, sin hacer mayor énfasis en los procedimientos que tienden a evitar su ocurrencia material. En el caso del Chocó no se tomaron las medidas necesarias para prevenir las inundaciones de 2013; por el contrario, el Gobierno esperó hasta que ocurriera la emergencia para gestionar una supuesta solución: la expedición de varios decretos que declaraban la calamidad pública⁴⁰.

Obviamente, no es censurable el hecho de que se haga uso de esta figura, pues su utilización permite que otros sujetos (como las CAR, entidades territoriales cercanas, UNGRD⁴¹, etc.) brinden su ayuda para superar la situación; además, facilita que se efectúen de inmediato acciones de recuperación y reconstrucción. No obstante, el hecho de esperar hasta que ocurra una emergencia para ejecutar las medidas pertinentes demuestra que se continúa bajo un paradigma asistencialista y reaccionario, en el que los procedimientos de conocimiento y manejo de riesgo, así como la disminución real de condiciones de vulnerabilidad no desempeñan un papel preponderante.

Es verdad que la Ley 1523 de 2012 fue expedida hace muy poco tiempo, situación por la que es entendible que su implementación real todavía se encuentre en espera, pero aun así es posible concluir que esta norma, y particularmente lo atinente a las entidades territoriales, no ha generado consecuencias materiales en la forma como se manejan los riesgos que pueden desencadenar en desastres, pues ni

⁴⁰ A raíz de las inundaciones ocurridas en marzo de 2013 en el departamento del Chocó se expidieron los siguientes decretos declarando la calamidad pública: 1) Decreto 0068 de 19 marzo 2013. Por el cual se declara una situación de calamidad pública en el Departamento del Chocó; 2) Decreto 022 de 2013. Declaración de Calamidad Pública en el Municipio de Novita; 3) Decreto 045 de marzo de 2013. Por medio del cual se declara Calamidad Pública en el Municipio de Río Quito; 4) Decreto 018 de marzo 16 de 2013. Por medio del cual se declara la situación de Calamidad Pública en el Municipio de San José del Palmar-Chocó y se dictan otras disposiciones.

⁴¹ Ver Ley 1523 de 2012, artículos 60 y 61.

siquiera existe un verdadero manejo sobre el análisis del riesgo. Del caso del Chocó podría deducirse que los esfuerzos de las alcaldías y gobernaciones parecieran centrarse en la resolución de otro tipo de problemáticas sociales y económicas, que desbancan el tema de la gestión del riesgo y desplazan su importancia solo hasta que el desastre ocurre.

Por ello, las consecuencias reales y el impacto de la expedición de la Ley 1523 de 2012, en lo pertinente a las entidades territoriales, no será certero sino hasta el momento en que los planes de gestión de riesgo de las entidades territoriales se expidan. Evidentemente la sola expedición no es suficiente, se requiere que estos instrumentos consagren medidas concretas para conocer y reducir el riesgo, resaltando acciones que tiendan a disminuir las condiciones de vulnerabilidad de los territorios, así como la estrategia a seguir una vez ocurrido el desastre. Posteriormente se podrá analizar si se está dando cumplimiento a las disposiciones consagradas. Por ahora, basta concluir que a la fecha el nuevo cuerpo normativo no ha alcanzado un verdadero impacto que se traduzca en acciones concretas en el ámbito territorial. Hasta el momento se está empezando a articular la UNGRD con alcaldías y gobernaciones y los respectivos consejos, pero aún no se han dispuesto las rutas de acción precisas a seguir, por lo que las entidades territoriales aún carecen de planes concretos que direccionen su actuar.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ANTE DESASTRES: REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

Así como en el campo legislativo el manejo de desastres ha tenido un desarrollo particular, en materia de jurisprudencia también se ha generado un proceso con varias posturas frente al surgimiento o no de la responsabilidad del Estado en desastres relacionados con eventos naturales.

Uno de los fallos representativos de la etapa en que el Consejo de Estado (en adelante CE) negaba rotundamente la responsabilidad del Estado en desastres relacionados con eventos de la naturaleza es la sentencia de 24 de junio de 1994, que se pronuncia sobre el caso de Armero. En esa oportunidad el CE no declaró la responsabilidad patrimonial dado que se presentaba un eximente de responsabilidad: la fuerza mayor. A juicio del ente judicial

... la administración no es responsable del DAÑO que se le imputa, pues el nexo causal quedó roto por una causa ajena al demandado, como lo es la fuerza mayor. Es bien sabido que cuando ésta lesiona directamente a una persona, *ora porque un terremoto destruye su habitación, ora porque un huracán arranca los árboles y éstos dañan a las personas o a sus bienes, ora cuando una inundación, o la erupción de un volcán, como El Arenas, causan desastres colectivos*, las víctimas se encuentran frente a hechos que no se le pueden atribuir a la Nación, ni a ninguno de los centros de imputación jurídica de la organización estatal, pues opera

el principio general de derecho que enseña: ‘Nadie está obligado a lo imposible’⁴² (cursivas fuera del original).

Se observa que a pesar de que la administración omitió uno de sus deberes al no evacuar a la población oportunamente, aun cuando se presentaron indicios de que el volcán entraría en actividad, el CE consideró que la responsabilidad no debía surgir porque el desastre supuestamente solo era atribuible a la naturaleza.

En consecuencia, el énfasis del análisis no radicaba en el título de imputación –falta del servicio–, sino en la noción de “desastre natural” bajo la cual este es ocasionado exclusivamente por una amenaza de la naturaleza, o más bien en la que desastre y evento natural son sinónimos. Para el CE el desastre se produjo exclusivamente “porque un huracán arranca los árboles y éstos dañan a las personas o a sus bienes, [por] una inundación, o la erupción de un volcán”, pero era inconcebible pensar que este también tenía como causa la omisión de un deber legal en cabeza de la administración.

Reevaluando fallos como el de Armero, la jurisprudencia del CE ha aceptado la responsabilidad del Estado en desastres relacionados con amenazas naturales. Esto se debe, más que a la expedición de leyes sobre el manejo de desastres, al desarrollo que la falta del servicio ha tenido en la jurisprudencia del CE. Esta alta Corte ha señalado que:

... la configuración de la falta del servicio en el caso de fenómenos naturales como lo es el desbordamiento de ríos y quebradas y (...) la declaratoria de responsabilidad es posible si se logra demostrar que las entidades demandadas incumplieron con su deber de vigilancia y cuidado y se abstuvieron de adoptar las medidas de prevención requie-

⁴² Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de junio de 1994. Exp. 6639. Consejero ponente: Julio César Uribe Acosta.

ridas para cada caso concreto, a pesar de haber tenido conocimiento de la posible ocurrencia del hecho natural⁴³.

Siendo así, es posible que surja responsabilidad del Estado siempre que se cumplan las condiciones señaladas. Cuando esto ocurra el Estado, a petición de los perjudicados, debe indemnizar a las víctimas por los daños causados. No obstante, el CE ha proferido algunas sentencias en las que, aun evidenciándose la configuración de la falla del servicio, no se ha declarado la responsabilidad del Estado, y en consecuencia no se ha resarcido a las víctimas.

Por ejemplo, en la sentencia de 18 de marzo de 2010 el CE decidió un asunto en el que la parte actora solicitó que se declarara

... responsable a la Nación y al Departamento de Córdoba, por los daños causados a sus propiedades y posesiones con las inundaciones ocurridas en junio de 1995, abril de 1996 y julio del mismo año, por la falta de construcción de terraplenes de contención de aguas, obra que estaba ordenada en el “Plan Torniquete”, del proyecto para la atención y prevención de desastres⁴⁴.

El CE sostuvo que no podría surgir la responsabilidad del Estado porque los demandantes no allegaron prueba suficiente de que realmente eran propietarios de los predios inundados. Sin embargo, dentro del acervo probatorio se encontró copia auténtica del folio de matrícula inmobiliaria en el que constaba la inscripción del acto de adjudicación del baldío respecto de uno de los demandantes y el

⁴³ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2007. Exp. 70001-23-31-000-1997-06259-01 (16014). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁴ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. 23001-23-31-000-2000-08951-01 (19099). Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

acto de adjudicación por sucesión respecto del otro, pero a juicio de la Sala resultaba imperativo que se hubiera allegado copia auténtica de la escritura pública en donde constara la calidad de propietarios.

Esta decisión resulta sumamente controversial, puesto que no se efectuó un verdadero juicio de responsabilidad, ni siquiera se analizó si existió o no falla del servicio por la falta de construcción de los terraplenes, ni se esbozaron los deberes consagrados en la Ley 46 de 1988 y el Decreto 919 de 1989⁴⁵. El énfasis del fallo se centró en una cuestión puramente formal que no debió ser el eje del análisis: establecer si en realidad existía un derecho de dominio sobre los bienes inmuebles. Es descabellado que ese fuera el punto del asunto, pues la reparación a las víctimas de desastres no puede estar sujeta al mero derecho de propiedad, esto significaría, entonces, que los poseedores o los tenedores de un bien nunca llegarían a ser indemnizados por los daños materiales sufridos a raíz de la negligencia estatal en el marco de un desastre.

Además, en gracia de discusión, así los demandantes no fueran propietarios es evidente que una inundación no solo atenta contra la estructura del predio, sino también contra los enseres que se encuentran dentro de la vivienda, por lo cual no es suficiente argumentar que no existe responsabilidad a falta de la condición del derecho real de dominio sobre los inmuebles, pues existen otros daños materiales independientes de la propiedad sobre el bien.

No debe olvidarse que la magnitud del asunto no solo involucra lo relativo a los perjuicios materiales; las personas inmersas en un desastre deben soportar una serie de vulneraciones a sus derechos fundamentales, como la vida, la vida digna, la salud, el mínimo vital, etc. Además, el CE ha desarrollado toda una jurisprudencia en la que reconoce e indemniza los daños morales, daños a la vida en relación y daños a la salud. Sin embargo, en el presente caso los demandantes

⁴⁵

Normas aplicables en el momento, hoy derogadas por la Ley 1523 de 2012.

no solicitaron daños inmateriales, razón por la que no se pudo entrar en materia con respecto a esa clase de perjuicios, pues la jurisdicción contencioso administrativa es rogada⁴⁶.

Otra providencia en la que también fue clara la configuración de una falla del servicio, pero en donde no se declaró la responsabilidad del Estado, fue en la sentencia de 14 de junio de 2012. Allí se aborda la situación de unos predios que se inundaron en 1993 por el desbordamiento de la laguna de Fúquene, en razón a dos causas: 1) la temporada de lluvias incrementó los niveles de agua, y 2) la CAR no efectuó ni el dragado de los sedimentos de la laguna ni la limpieza de la vegetación acuática. En esta providencia la alta Corte señala que aunque “el daño eventualmente se hubiera evitado si la entidad hubiera ampliado la capacidad de almacenamiento de la laguna con el dragado de la misma y la limpieza de la vegetación que en ella crecía”⁴⁷, no surge responsabilidad del Estado, puesto que para el momento de la ocurrencia del desastre no le era exigible a la autoridad ambiental llevar a cabo un plan de limpieza, pues sus recursos técnicos y financieros no se lo permitían.

Además, señala que aunque no se cumplió con este deber, la CAR empleó otras obras de mantenimiento. Entonces, aunque se efectuaron otras acciones pero no las de limpieza, el CE aduce que el “fenómeno natural ocurrido durante los meses de marzo, abril y mayo de 1993 desbordó las posibilidades con que contaba la entidad

⁴⁶ Que la jurisdicción contencioso administrativa sea rogada implica que los jueces solo podrán pronunciarse sobre las pretensiones solicitadas por los accionantes, no podrán ir más allá de lo pedido; como en el caso expuesto los demandantes no solicitaron perjuicios morales, el juez no podía entrar a analizar si decretarlos o no.

⁴⁷ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de junio de 2012. Exp. 15001-23-31-000-1995-05028-01 (23351). Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

demandada y con las que venía atendiendo los deberes de control de las inundaciones en el Distrito de Riego de Fúquene”⁴⁸.

Con base en esta sentencia se puede establecer que la visión adoptada por el CE radica en que dependiendo de los recursos técnicos y financieros surgirá o no la falla del servicio, aun cuando en la realidad la entidad pública hubiese dejado de cumplir a cabalidad con los deberes que la ley le asigna. Bajo esta lógica, las obligaciones de las autoridades competentes están sujetas a que existan los recursos suficientes, ya que si estos son escasos la administración no deberá responder; entonces, así exista retardo, irregularidad, ineficiencia u omisión por parte de la autoridad competente, no se configurará la falla del servicio.

No obstante, la jurisprudencia del CE también ha señalado que la “relatividad de las obligaciones del Estado no excusa su incumplimiento, sino que debe indagarse en relación con el caso concreto si le fue imposible al Estado cumplir las obligaciones que le correspondían y cuya finalidad era la de evitar el daño”⁴⁹. Siendo así, esa relatividad en las obligaciones no podrá servir de excusa para el incumplimiento.

Ahora bien, no podemos desconocer que también se han proferido sentencias condenatorias. Una de estas es la del 13 de junio de 2013, en la que se decidió que el Estado era responsable por la muerte de un bombero dentro del Cuartel General del Cuerpo de Bomberos, el 25 de enero de 1999, día en que se produjo el terremoto de Armenia. En este fallo el CE consideró que se encontraba plenamente probado que la edificación presentaba fallas en su estructura y que la administración conocía la situación pues incluso la Secretaría de Gobierno,

⁴⁸ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de junio de 2012. Exp. 15001-23-31-000-1995-05028-01 (23351). Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴⁹ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de mayo de 2012. Exp. 15001-23-31-000-1995-04990-01 (20762). Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

un año antes de que ocurriera el suceso, recomendó la demolición del edificio y además reconoció que la edificación no cumplía con las normas sismorresistentes del momento⁵⁰.

Por lo tanto, el fallo concluyó que:

... la entidad demandada no se encontraba ante la imposibilidad de adoptar ciertas acciones para atender las condiciones físicas en las que se encontraba el edificio del Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío), puesto que desde marzo de 1995 la propia alcaldía tenía conocimiento de las deficiencias, de la vulnerabilidad y del alto riesgo en el que se encontraba dicha instalación para afrontar un evento natural. (...) además, de los medios probatorios se puede concluir que no había una imposibilidad de ejecución por encima de las capacidades funcionales, técnicas y económicas de la entidad demandada, ni representaba la asunción de obligaciones materialmente imposibles. (...) En cuanto a la imprevisibilidad, está demostrado que la entidad demandada desde marzo de 1995, ya en los primeros meses de 1998 tuvo conocimiento desde el interior de sus organismos (Secretaría de Gobierno) y, por la Comandancia del Cuerpo de Bomberos, de vulnerabilidad y riesgo que existía y afrontaba la edificación de dicho Cuerpo, por lo que no es cierto que sólo con ocasión del terremoto es que afloraran o aparecieran tales manifestaciones, por lo que lo mínimo (...) y exigible a la administración municipal era que hubiese (...) encaminado algunas medidas anticipatorias⁵¹.

Esta sentencia demuestra que en el momento de realizar el juicio de responsabilidad en casos en que intervengan eventos de la naturaleza, lo relevante es establecer si la entidad demandada cumplió

⁵⁰ Ley 400 de 1997 y Decreto 33 de 1998-NSR98.

⁵¹ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de junio de 2013. Exp. 63001-23-31-000-1999-00858-01 (20771). Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

o no a cabalidad con sus obligaciones. En este caso, puede que aunque se hubieran tomado las medidas de prevención el Cuartel General del Cuerpo de Bomberos igual hubiese sufrido daños por la ocurrencia del terremoto; no obstante, ese no es ni debe ser el énfasis del análisis, pues lo verdaderamente relevante es corroborar si existió falla del servicio.

De lo expuesto hasta este punto se observa que, a diferencia de posiciones arcaicas como la expuesta en la sentencia de Armero, es posible que surja responsabilidad del Estado en desastres en que intervengan amenazas naturales, siempre que exista una falla del servicio. Por esto, para la declaratoria de responsabilidad será necesario que las autoridades competentes de la gestión del riesgo sean negligentes frente a un deber asignado por la ley. Sin embargo, según la jurisprudencia expuesta, el CE puede abstenerse de declarar la responsabilidad, a pesar de la existencia de una falla en el servicio, cuando las entidades no hayan tenido capacidad financiera y técnica para cumplir con sus obligaciones.

Ahora bien, es necesario precisar que no han sido muchas las demandas que pretenden responsabilizar a una entidad pública por la deficiente gestión del riesgo. Los casos que más abundan en la jurisprudencia del CE, en materia de desastres, han sido cursados por medio de acciones populares o acciones de grupo, en las que el objetivo de los demandantes no es que se declare responsable al Estado por una falla del servicio, sino que se proteja una serie de derechos colectivos, entre los que se encuentran el derecho a la prevención de desastres previsibles técnicamente⁵².

Esta situación demuestra que el eje de las políticas en materia de gestión del riesgo no ha estado realmente dirigido a la prevención de desastres, tanto así que la población en situación de riesgo ha teni-

⁵² Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D. C., ocho (8) de junio de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01 (AP).

do que acudir a mecanismos judiciales como las acciones de grupo, populares y de cumplimiento para prevenir posibles amenazas y mitigar condiciones de vulnerabilidad. Si las políticas de reducción del riesgo se realizaran con efectividad, no serían tantas las acciones de esta clase tendientes a prevenir un posible desastre. Por el contrario, la experiencia demuestra que el marco de acción de las autoridades competentes ha estado dirigido a la ejecución de planes posteriores a la ocurrencia del desastre, ya sea con los planes de emergencia y asistencia humanitaria, o con las operaciones de reconstrucción de las estructuras físicas.

CONCLUSIONES

A pesar del cambio de paradigma que la Ley 1523 de 2012 efectuó, es necesario que los funcionarios encargados de implementar los procedimientos de gestión del riesgo interioricen que el desastre no solo es el resultado del evento natural, sino que en estas mismas condiciones de vulnerabilidad que hacen posible su producción. Si bien esta nueva ley logró articular una noción cercana a los preceptos internacionales y a las pautas de los expertos en la materia, es imperativo que las autoridades de las entidades territoriales comprendan que su función no solo es la de reaccionar a una emergencia, sino la de ejecutar de forma responsable acciones para conocer dónde existe el riesgo y cómo disminuirlo, pues esa es la esencia principal de la Ley 1523 de 2012.

Además, es imperativo que los niveles nacional y territorial articulen sus políticas de forma tal que se logre reducir potencialmente el riesgo de un posible desastre. El caso del Chocó demostró que esa pretendida armonía entre los dos sectores es aún inexistente. No tiene sentido que exista una norma que intente regular lo relativo a la gestión del riesgo, si en el plano territorial las autoridades locales insisten en concentrar sus esfuerzos y recursos solo en el momento de la ocurrencia del desastre. Sin embargo, puede que la forma en que actuaron las autoridades territoriales en el caso del Chocó se deba a la falta de expedición del Plan Nacional de Gestión del Riesgo y en consecuencia a la ausencia de su plan departamental de gestión del riesgo.

Además, ambos niveles tendrán que ampliar su perspectiva y entender que los planes de gestión del riesgo no deben estar destinados solamente a la construcción de obras como diques y terraplenes,

sino a acciones que ataquen de manera directa los focos en donde surgen riesgos que puedan desencadenar desastres. Habrá que prestar especial atención al ordenamiento territorial, en particular a las construcciones en zonas peligrosas, así como a la implementación de medidas destinadas a la generación de vivienda asequible para personas de bajos recursos, con el fin de que no se asienten en zonas de riesgo. Igualmente, es necesario que las disposiciones con relación a los usos del suelo tengan un verdadero valor normativo y no uno simplemente descriptivo.

Es preciso que las administraciones en los ámbitos nacional y territorial pongan sus ojos en acciones que propendan por la sostenibilidad ambiental, pues si se continúan efectuando proyectos en los que las consecuencias ambientales se relegan a un segundo plano, la ocurrencia de desastres no disminuirá y el costo de sus efectos seguirá siendo muy alto. Sobre este punto, la Ley 1523 de 2012 consagra una herramienta novedosa que puede contribuir a la reducción del riesgo, pues las entidades públicas o privadas en los contratos sobre proyectos de inversión deberán incluir medidas para la reducción de condiciones de vulnerabilidad.

En esa misma línea, es fundamental que las entidades territoriales, en armonía con las políticas nacionales, realicen acciones de adaptación al cambio climático. Si bien según un estudio del Banco Mundial “todavía no hay evidencia empírica que permita correlacionar efectos del cambio climático con la frecuencia de desastres en el país” (2012, p. 51), es evidente que ciertas actividades humanas –como la minería, la agricultura, la ganadería, el manejo de humedales, los asentamientos humanos aledaños a ríos– pueden generar ciertas variaciones climáticas, y estas a su vez, aunque no necesariamente, pueden llegar a desencadenar posibles desastres.

Por consiguiente, aunque la Ley 1523 de 2012 señala que el desastre puede ser producido por causas antropogénicas *no intencionales*, realmente la mayoría de eventos antropogénicos que producen desastres –aunque no tienen la intención de provocarlos– se realizan sabiendo de antemano los posibles efectos colaterales que pueden

conllevar para el medioambiente. Por ello, la nueva ley erró al incluir ese condicionante, pareciera como si se estuviera intentando evadir la responsabilidad del hombre en la producción de desastres, pues la mayoría de las actividades de la vida industrializada que generan impacto sobre el medioambiente y que pueden desatar la producción de desastres son intencionales.

Por otra parte, a nivel jurisprudencial el CE ha sido reiterativo sobre la posibilidad de que surja responsabilidad del Estado en desastres relacionados con eventos naturales, siempre que se incumplan los deberes jurídicos que la ley les asigna a las entidades que forman parte del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres o entidades competentes. Por lo tanto, no es admisible continuar aduciendo que no surgirá responsabilidad del Estado por la intervención de una causa natural, pues así el fenómeno ocurra, es claro que los desastres no solo deben su producción a la naturaleza, sino también a la negligencia o deficiente gestión del riesgo de las autoridades competentes. En este sentido, es posible afirmar que el Estado debe reparar de forma integral a las víctimas que por la negligencia de las autoridades hayan sufrido daños patrimoniales y morales, siempre y cuando exista un daño antijurídico, una falla del servicio y un nexo de causalidad entre estos dos.

Ahora bien, sería óptimo que el CE empezara a desechar la fuerza mayor como eximente de responsabilidad en materia de desastres, pues en la mayoría de estos media una falla de la administración, que se materializa en la existencia de condiciones de vulnerabilidad que propician la ocurrencia del desastre. Entonces, no tiene sentido aducir que el desastre no es atribuible al Estado tan solo por el hecho de que una de sus causas sea un evento natural, pues es claro que este es apenas uno de los componentes del desastre. Obviamente, existen algunos eventos naturales, como erupciones volcánicas, sismos o huracanes, que tienen la capacidad de producir desastres aunque se hayan tomado todas las medidas de reducción del riesgo; en estos casos la fuerza mayor sí podría ser eximente de responsabilidad, siempre y cuando la administración haya cumplido *a cabalidad* con cada uno de sus deberes.

La reciente sentencia en la que se indemniza a la familia de un bombero que murió en el terremoto de Armenia permite concluir que la tesis de la fuerza mayor ya no impera en el mismo grado que en la década de 1990, momento en que dominaba el razonamiento expuesto en la sentencia de Armero. No obstante, el CE aún no cuenta con una visión en la que se indemnice a las víctimas por el solo hecho de que el Estado permita la existencia de condiciones propicias para la producción del desastre. Es inaudito y totalmente absurdo que un fallo del CE no repare a las víctimas de inundaciones causadas por la falta de un alcantarillado apropiado, simplemente porque la parte actora no allegó copia auténtica de la escritura del predio afectado. La perspectiva contenida en ese fallo simplifica el estado de urgencia manifiesta que atraviesan las víctimas de un desastre y olvida las múltiples aristas que intervienen en la producción del mismo.

En ese sentido, el régimen para iniciar un juicio de responsabilidad estatal, en casos de desastres relacionados con un evento natural, debería ser la presunción de la falla del servicio en cabeza del Estado, pues como se expuso las condiciones de vulnerabilidad desempeñan un papel muy relevante en la producción del desastre. Con ello se busca comprender que si el desastre es el resultado de la amenaza y de la vulnerabilidad, la ocurrencia del desastre significa, en la mayoría de los casos, que el Estado en su conjunto no tomó las medidas necesarias para erradicar dichas condiciones de vulnerabilidad, por ello debería presumirse que algo falló en el Estado que no permitió erradicar el riesgo o en casos de desastres inminentes manejarlo de forma adecuada. Al convertirse la falla del servicio en una presunción, es posible que la parte demandada la desvirtúe y pruebe que sí cumplió con todos sus deberes; por ello el tratamiento de estos casos bajo este régimen no implica, ni mucho menos, el traslado hacia un sistema objetivo bajo el cual el Estado deba responder siempre por la ocurrencia de desastres en los que intervengan fenómenos naturales.

Ahora bien, como la legislación vigente es tan actual será tarea del CE empezar a decantar esta normatividad, pues a la fecha no se han proferido sentencias en las que se estudie a profundidad la Ley 1523

de 2012. Habrá que esperar a que se expidan más fallos para establecer si esta nueva ley tendrá o no la capacidad de cambiar el enfoque que se le ha dado a la responsabilidad estatal en materia de gestión del riesgo. Lo que sí es claro, es que hasta el momento los cambios jurisprudenciales en esta materia no han obedecido a las variaciones en la legislación. Realmente, la línea jurisprudencial sobre la materia, aunque es poca, se ha ido consolidando con base en la cláusula de responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y con fundamento en el desarrollo jurisprudencial de la falla del servicio. Los cambios en la ley tan solo han repercutido en las obligaciones de las autoridades competentes, pues estas han ido variando bajo cada una de las normas que han regulado la materia.

Sin embargo, es necesario que se empiece a crear una nueva línea jurisprudencial más garantista en relación con las víctimas de los desastres, pues hasta el momento la visión del CE se ha limitado a un estudio de la falla del servicio desde una perspectiva muy estrecha. No se ha reconocido que esta también se genera porque el Estado continúa manteniendo múltiples condiciones de vulnerabilidad, propicias para que ocurra el desastre. Por ejemplo, el hecho de que exista una deficiente política de ordenamiento territorial, que no brinda alternativas a las personas con más dificultades económicas, obligándolas a asentarse en zonas periféricas y de riesgo, constituye un falla en el servicio *per se*, situación que da pie a que se produzcan posibles desastres. Así entonces, la falla del servicio en esta materia no debe estudiarse únicamente como la omisión, retardo o incumplimiento de un deber en cabeza de las entidades competentes; también debe tenerse en cuenta que el solo hecho de que se sigan manteniendo tantos factores de vulnerabilidad, es ya una falla del servicio.

Por último, tras el barrido normativo aquí expuesto es posible concluir que el reciente cambio legislativo tiende hacia un nuevo universo; ya ni siquiera se habla de “manejo de desastres”, pues el desastre no es el foco principal, sino la reducción del riesgo. Pero, para que este cambio de paradigma tenga un impacto real en la comunidad se requiere que las entidades territoriales sean las verdaderas protagonistas

en la implementación de la nueva normativa, pues en últimas estas son las primeras líneas de acción y de contacto con los territorios en riesgo; por ello es indispensable que adopten la perspectiva propuesta por la nueva ley, desterrando la arcaica idea de solo poner en marcha el sistema una vez se haya producido el desastre.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Lavell, A. (1996). La gestión de los desastres: hipótesis, concepto y teoría. En A. Lavell & E. Franco (eds.). *Estado, sociedad y gestión de los desastres en América Latina* (pp. 2-30). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina –La Red–.

Maskrey, A. (1993). Presentación. En A. Maskrey. *Los desastres no son naturales* (pp. 3-10). Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina –La Red–.

Saavedra, M. R. (1996). *Desastre y riesgo: factores sociales en la reconstrucción de Armero y Chinchiná*. Bogotá: Cinep.

Wisner, B. (1996). *Vulnerabilidad. El entorno social, político y económico de los desastres*. Lima: Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina –La Red–.

FUENTES LEGALES

Decreto 3489 de 1982.

Decreto 919 de 1989.

Decreto 1974 de 2013.

Ley 9 de 1979.

Ley 46 de 1988.

Ley 1523 de 2012.

Ordenanza 015 de 2012. Por la cual se expide el Plan Departamental de Desarrollo 2012-2015 del Chocó.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de junio de 2012. Exp. 15001-23-31-000-1995-05028-01 (23351). Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de mayo de 2012. Exp. 15001-23-31-000-1995-04990-01 (20762). Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2007. Exp. 70001-23-31-000-1997-06259-01 (16014). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. 23001-23-31-000-2000-08951-01 (19099). Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de junio de 2013. Exp. 63001-23-31-000-1999-00858-01 (20771). Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de junio de 1994. Exp. 6639. Consejero ponente: Julio César Uribe Acosta.

Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000.

FUENTES DE INTERNET

Banco Mundial y el Fondo Mundial para la Reducción y la Recuperación de los Desastres. *Análisis de la gestión del riesgo de desastres en Colombia. Un aporte para*

la construcción de políticas públicas. (Bogotá: 2012), http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDS/IB/2013/01/23/000356161_20130123143942/Rendered/PDF/NonAsciiFileName0.pdf.

Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres Las Américas, *Terminología: Términos principales relativos a la reducción del riesgo de desastres*, <http://www.eird.org/esp/terminologia-esp.htm>.

Exposición de motivos Ley 1523 de 2012. http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=050&p_consec=29812

Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR) y Corporación OSSO. *Impacto de los desastres en América Latina y el Caribe, 1990-2011*. (2013), http://eird.org/americas/noticias/Impacto_de_los_desastres_en_las_Americas.pdf

Sistema Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres. Documentos–Archivos de planes departamentales de gestión del riesgo. <http://www.sigpad.gov.co/sigpad/archivos.aspx?idc=50>

Sistema Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres. Normatividad. http://www.sigpad.gov.co/sigpad/legislacion_buscar.aspx?tp=1

La ocurrencia de desastres ha sido una problemática que ha afectado a millones de personas a nivel mundial, por ello su manejo se ha convertido en una de las preocupaciones centrales de los gobiernos del mundo. Sin embargo, en Colombia la perspectiva que tradicionalmente se ha asumido frente a la producción de desastres es la intervención a posteriori. Por ello, este artículo intenta presentar cuál ha sido el papel del ordenamiento jurídico con relación a este tema y su posible incidencia en la visión asistencialista que tradicionalmente se ha mantenido.