

Beibij  
m/17



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA**

**Radicación:** 25000232600019990002 04 y 2000-00003-04

**Actor:** Leonardo Buitrago Quintero y otros

**Demandado:** Distrito Capital de Bogotá

**Asunto:** Acción de Grupo (Salvamento parcial de voto)

**Consejero Ponente:** Enrique Gil Botero

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

1 Con el respeto y consideración acostumbrada, manifiesto que aunque comparto la decisión de la Sala, adoptada mediante sentencia del 1º de noviembre de 2012, en el sentido de confirmar la declaratoria de responsabilidad del Distrito Capital del Bogotá, con ocasión de los hechos a que hace referencia la demanda, y en consecuencia condenar a la entidad demandada. Me aparto parcialmente de la mencionada decisión precisamente en cuanto se refiere a lo dispuesto en el numeral tercero de la parte resolutive, en cuanto a que en la providencia se encuentran profundas inconsistencias sustanciales que hacen que su motivación de la condena por concepto de perjuicios morales no se adecúe plenamente, en nuestra opinión, a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Con otras palabras, no se concretaron, además, en la motivación de la providencia todos los presupuestos de razonabilidad necesarios, conforme lo requería el caso, para la condena reconocida por concepto de perjuicios morales. Inconsistencias de motivación que se advierten, en similar magnitud de desconocimiento del ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere al daño antijurídico y a la imputación.

2 Adicional a lo anterior, constituye motivo de disidencia la forma de liquidación y pago ordenada en relación con estos mismos perjuicios (morales), que dada las características, la magnitud y significación social del caso no podía estar orientada por consideraciones estrictamente individualistas<sup>1</sup>, perdiendo de vista el horizonte de una reparación integral, tal como se desprende de la base del Estado Social de Derecho

---

<sup>1</sup> En una concepción clásica individualista, se aproxima al "resarcimiento" de los intereses personales. En la doctrina se sostiene que resarcir "un daño no quiere decir "resarcir la cosa". Si es el daño la lesión al interés humano violado, el resarcimiento del daño no puede ser más que la reintegración del mismo interés". MADDALENA, Paolo, Responsabilità amministrativa danno pubblico e tutela dell'ambiente, Maggioli, Rimini, 1985, p.96.



que sustenta nuestro ordenamiento jurídico, e incluso para dotar a la reparación de un función no simplemente compensatoria, sino preventiva<sup>2</sup>.

3 Se ha perdido una oportunidad histórica para que la jurisprudencia del Consejo de Estado retome los senderos de las bases sociales de nuestro Estado de Derecho, y entienda que en las acciones de grupo la reparación integral comprende tanto la indemnización del perjuicio moral, sino que también puede acudir, en casos precisamente como el que nos ocupa, a reparaciones colectivas que se concreten realmente en cada uno de los individuos del grupo humano afectado.

4 El fallo después de hacer todo un trabajo en relación con la afectación colectiva del medio ambiente y su impacto en el grupo humano que habitaba las cercanías del botadero de basura Doña Juana (relleno sanitario), esto es, después de fundarse en argumentaciones propias de una afectación colectiva, desconoce que la reparación, tal como había sido solicitada en la demanda, también podía hacerse mediante la adopción de medidas de reparación colectivas<sup>3</sup>, tanto en relación con perjuicios materiales como inmateriales, lo que implica que a la reparación del perjuicio moral claro y evidente en el asunto, debía completarse (para que se concrete la reparación integral) con remedios colectivos mucho más eficaces, directos y no de medidas individualistas que hacen perder la posibilidad para la decisión judicial induzca a la administración pública condenada a realizar una inversión pública adecuada en la población afectada.

5 Mi discrepancia y mi reparo profundo a la providencia, en esta dirección, se sustenta en el reproche al desperdicio de más de cien millones de dólares, que de haberse resuelto por el juez contencioso administrativo determinar su manejo bajo consideraciones de lo colectivo hubiesen sido mucho más eficientes en la solución de la problemática social generada a partir de los acontecimientos suscitados por el indebido manejo del botadero de Doña Juana (relleno sanitario). El juez contencioso

<sup>2</sup> SCHAEIGIS, CHRYSTELLE, Progrès scientifique et responsabilité administrative, CNRS, Paris, 1998, p.162.

<sup>3</sup> La Sala Plena de la Sección Tercera ya ha tomado decisiones en esta línea, que inexplicablemente fue desconocida en esta oportunidad, ver Sentencia 18 de octubre 2007. Explicada in extenso en el párrafo 37 de este salvamento.



administrativo de las acciones de clase tiene una responsabilidad social que lo debe llevar a promover que instrumentos como la acción de grupo no se empleen con un carácter meramente retributivo o compensatorio, sino que cabe afirmar el efecto preventivo, de tal manera que se sirva de las decisiones judiciales como orientación de políticas públicas en relación con las afectaciones colectivas. En la presente providencia la Sección Tercera ha obrado como un simple juez de un proceso aislado de responsabilidad del Estado, descontextualizando la reparación integral, limitándose a condenar sólo por concepto de perjuicio moral, sin advertir la procedencia de la reparación colectiva, fallando bajo líneas tradicionales de corte individualista, ordenando la entrega al menudeo de enormes recursos públicos que, como lo anoté anteriormente, bajo el respeto al alcance del derecho a la reparación integral le hubieran podido llegar de manera más efectiva a la comunidad afectada.

En fallo desconoce por completo la reparación colectiva del perjuicio, negándole a la comunidad constituida por los habitantes del sur de Bogotá, afectados con los sucesos narrados en la demanda, medidas y políticas de inversión pública que consolidaran una verdadera reparación integral del colectivo, que el juez estaba llamado a diseñar y ordenar en providencia.

Por el contrario, se acudió a revaluadas ideas jurídico-individualistas, ceñidas a conceptos clásicos de derechos subjetivos, que se traducen en meras medidas indemnizatorias de estricto contenido extrapatrimonial que en nada ayudan a lograr una verdadera justicia distributiva. El fallo, desafortunadamente, desestimó la reparación colectiva que procedía como materialización del derecho a la reparación integral.

6 Debo destacar, además, que en la parte motiva de la sentencia el ponente desarrolla de manera coherente la existencia de daños antijurídicos al ambiente lo cual de inmediato implica que un bien de naturaleza colectiva está en juego en el debate jurídico de la acción de clase, y por lo tanto frente a él nadie de manera individual está llamado a sacar ventajas reparatorias aisladamente consideradas, ya que el llamado a ser reparado no sólo es el individuo, sino también es el colectivo, la sociedad, el conjunto de habitantes que disfrutaban de ese ambiente sano, la calidad de vida, bajo



condiciones de normalidad, razón esta suficiente para reprocharle a la Sala lo dispuesto en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia

7 Para exponer la postura disidente se analizará: 1) insuficiente motivación del daño antijurídico, especialmente cuando debe analizarse la ocurrencia de un daño ambiental; 2) insuficiente motivación de la imputación, y de su encuadramiento según lo consagrado en el Decreto 605 de 1996; 3) la necesidad de profundizar en cuanto a la motivación de los perjuicios morales; 4) alcance del daño a la salud; y, 5) la negativa del fallo de proferir una condena por un daño colectivo al medio ambiente.

**1) Insuficiente motivación del daño antijurídico, especialmente cuando debe analizarse la ocurrencia de un daño ambiental.**

8 En la sentencia la Sala argumentó:

“En el presente caso, de la argumentación expuesta a lo largo de esta providencia y de los hechos acreditados en el proceso, es posible concluir que están presentes los dos elementos que de acuerdo con el artículo 90 constitucional hacen posible la declaratoria de responsabilidad del Estado”.

9 La Sala en la sentencia resolvió sin tener en cuenta, en toda su extensión, el recurso de apelación propuesto por la demandada, en el que se propuso (siguiendo la redacción en la propia providencia), el problema acerca de la inexistencia del “daño jurídico”. Y pese a la incorrecta formulación en el recurso, sin duda alguna cabe precisar en términos generales el daño antijurídico, y los fundamentos que habría podido considerar la Sala respecto al mismo, como consecuencia de la “catástrofe ambiental y sanitaria ocasionada por el derrumbe de basuras sucedido el 27 de septiembre de 1997 en el Relleno (sic) sanitario de Doña Juana”.

10 El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual<sup>4</sup> y del Estado impone considerar dos componentes: a) el alcance

<sup>4</sup> “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEÓN, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño



del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”<sup>5</sup>; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”<sup>6</sup>; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”<sup>7</sup>, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general<sup>8</sup>.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”<sup>9</sup>. Así

---

que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis, “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord), Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

<sup>5</sup> LARENZ, Karl, “Derecho de obligaciones”, citado en DíEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>6</sup> SCONAMIGLIO, R, “Novissimo digesto italiano”, citado en DíEZ PICAZO, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>7</sup> “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”. ob., cit., p.186.

<sup>8</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que



pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado "que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"<sup>10</sup>.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"<sup>11</sup>.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"<sup>12</sup>. Dicho daño tiene

---

el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic). PANTALEÓN, Fernando, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: "El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que "no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales". DíEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que "la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos", definiéndose como "violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere". DíEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

<sup>12</sup> Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.



como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>13</sup>, anormal<sup>14</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>15</sup>.

11 Como elemento para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, el daño antijurídico no se aparta en su motivación razonable sea que se trate de una acción de reparación directa, o de una acción de grupo la que se juzge. Para el caso en concreto, la delimitación del daño antijurídico, atendiendo a los hechos vertidos en la providencia, debía considerar el daño ambiental ocasionado como consecuencia de la contaminación que produjo el derrumbe del relleno sanitario de "Doña Juana". Como no es del caso reabrir un debate probatorio, el propósito de la posición disidente está encaminado a plantear qué elementos pudo la Sala considerar para motivar suficiente y razonablemente la demostración del daño antijurídico en el presente caso.

12 El daño ambiental que de las pruebas que obran en el proceso se encuentra demostrado consiste en las "alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas" a "la salud e integridad de las personas, así como a las condiciones mínimas para el desarrollo y calidad de vida, y que pueden limitar el ejercicio de determinados derechos"<sup>16</sup>.

En la doctrina se sostiene que el "daño ecológico y el daño ambiental, superan la concepción patrimonialista que se ha venido edificando desde el derecho romano"<sup>17</sup>. La lógica de tales daños no se expresa conforme al concepto de patrimonio, sino que se indaga si el concepto de «patrimonio de la humanidad» puede dar cobertura a su

<sup>13</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

<sup>14</sup> "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

<sup>15</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

<sup>16</sup> BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, "Aproximación a los conceptos de daño ecológico y daño ambiental. Dos conceptos en un mismo esquema de responsabilidad", I presente texto es la evolución del trabajo titulado "Daño ecológico. Presupuestos para su definición" que ya fue publicado en las Lecturas de Derecho Ambiental, T.V, pero que ofrece una visión actualizada y ajustada solamente de la definición de los daños ecológicos y ambientales, sin exponerse el tema de la imputación y de la reparación de tales daños que se deja para otro momento. Texto publicado en 2009 en el Tomo II de Daño Ambiental, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

<sup>17</sup> Cabanillas Sánchez nos recuerda que la responsabilidad por los daños derivados de inmisiones tuvo su origen en la Lex Aquilia de danno "... que hace responder civilmente a quien inmita humos excesivos – Liceo immittere fumum non gravem, decía Pomponio en el texto recogido en el D.8,5,8,6". CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, "El daño ambiental", en Revista de Derecho Ambiental. No.12, 1994, p.14.



alcance<sup>18</sup>. La fórmula básica nos indica que toda contaminación amenaza un patrimonio colectivo<sup>19</sup>. Una de las claves para dilucidar ¿a qué concepto responde este tipo de daños?, radica en la distinción entre la afectación del «patrimonio colectivo» o del «derecho colectivo», pero no en la conformidad del concepto genérico de daño y, menos en atención a lo que se viene a definir como la «aminoración de un derecho colectivo»<sup>20</sup>. Se trata de avanzar en la férrea e invariable concepción antropocéntrica que orienta el derecho, que liga todo a fórmulas cerradas<sup>21</sup>, a términos concretos con los que se pueda delimitar hasta dónde debe alcanzar la obligación de reparar los daños causados<sup>22</sup>. A lo que se agrega, que puede “también, intentar abordarse la cuestión pensando que los daños ecológicos y ambientales nos plantean es la distinción entre lo que se define como «perjuicio privado», esto es, como pérdida o detrimento en el patrimonio o propiedad de un determinado individuo y, aquello que se entiende como «perjuicio público», esto es, el detrimento o disminución para un colectivo<sup>23</sup>, o para el conjunto de ciudadanos de determinados bienes ambientales

<sup>18</sup> GIROD, Patrick, *La réparation du dommage écologique*, Paris, LGDJ, 1974, p.20.

<sup>19</sup> GIROD, Patrick, *La réparation du dommage écologique*, Paris, LGDJ, 1974, p.20. La doctrina jurisprudencial española viene señalando que “... el daño puede referirse también, sin ceder por ello en individualización, a un grupo de personas”. ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 27 de enero de 1971; de 14 de febrero de 1972; de 16 de marzo de 1972; de 28 de noviembre de 1973; de 10 de marzo de 1994.

<sup>20</sup> OSORIO SIERRA, Álvaro, “Responsabilidad por daños ambientales transfronterizos”, en *VVAA, Daño ambiental*, ob., cit., p.20. Existe el riesgo de confundir el alcance de los derechos colectivos y la asunción de cargas colectivas por los ciudadanos. En la doctrina, se considera que “... cuando por afectar a extensos sectores de individuos su reparación rebasa las posibilidades de las finanzas públicas, obliga a calificarlas de cargas colectivas”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás –Ramón, *Curso de derecho administrativo*. T.II., ob., cit., pp.383-384.

<sup>21</sup> Girod señalaba que emprender “... un estudio de la responsabilidad en materia ecológica, en principio supone que los daños de la contaminación constituyen una categoría homogénea que será posible individualizar”. GIROD, Patrick, *La réparation du dommage écologique*, ob., cit., p.18. No obstante, la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado recuerda, citando a Adriano de Cupis, que los “... daños demostrados son antijurídicos porque se produjeron con una conducta que quebranta la norma que tutela el interés ajeno. En relación con la concepción antijurídica del daño, Adriano de Cupis, dice: “En cuanto al hecho jurídico, el daño constituye, como se ha expresado, una especie del daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico. El que no todos los fenómenos del orden físico obtengan relevancia jurídica, es un principio general válido también en lo concerniente al daño. El derecho elige los hechos que quiere investir de una calificación propia...Antijurídico puede ser solamente el acto que viola la norma que tutela el interés de otro, que lesiona el interés ajeno; el daño antijurídico lo constituye la lesión del interés ajeno...El daño antijurídico se caracteriza por la especial naturaleza de la reacción jurídica que se origina en contra de él...”. Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004. Pon. María Elena Giraldo Gómez, Exp.4420.

<sup>22</sup> Es un acierto pensar que la reparación de los daños ecológicos y ambientales deben corresponderse con ideas como las de conservación, defensa y mejora del ambiente, términos cuyo fundamento se encuentra en el principio de prevención. HUTCHINSON, Tomás. “La responsabilidad por omisión en cuestiones ambientales”, en *VVAA, Daño ambiental*. 1a ed. T.I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p.58.

<sup>23</sup> Puede equivocarse aquél que invoca este daño como un perjuicio común, ¿cómo puedo determinar



[considerados bienes públicos], o del patrimonio ambiental propiamente<sup>24,25</sup>.

Lo que lleva a asociar o que se entiende por daño ambiental a la necesaria defensa de la «calidad de vida». La calidad de vida es la fórmula que tanto la legislación, como la jurisprudencia, encuentran ajustada para la delimitación de los efectos que se producen como consecuencia de un fenómeno de contaminación. En varias ocasiones, se dice que el daño ambiental es aquel que causa efectos en la calidad de vida<sup>26</sup>, entendida como el detrimento de las condiciones necesarias para el bienestar: salud, integridad personal, placer, etc.<sup>27</sup>.

## 2) Insuficiente motivación de la imputación, y de su encuadramiento según lo consagrado en el Decreto 605 de 1996.

13 Si bien la entidad demandada apeló afirmando que no se demostró “un actuar negligente” que permitiera establecer la falla del servicio, la Sala abordó limitadamente

---

este tipo de perjuicio?, salvo que se refiera a las posibilidades de aprovechamiento del ambiente, de los recursos naturales, en cuyo caso no podrá estandarizarse su valoración para todos los colectivos, debiendo operar un criterio de discriminación positiva si se quiere encuadrar este tipo de daños o perjuicios en toda su dimensión jurídica. Apoya la idea de perjuicio común HUTCHINSON, Tomás. “La responsabilidad por omisión en cuestiones ambientales”, ob., cit., p.62.

<sup>24</sup> “En la acepción comúnmente admitida, los términos private nuisance caracteriza una “atentado ilegal al uso o a los beneficios que una persona saca de su propiedad inmobiliaria o algún derecho sobre ella o en relación con ella”. En tanto que, designaba como public nuisance a las “... infracciones penales “cuyo elemento común (es) causar un daño o de ocasionar inconvenientes a un conjunto de ciudadanos... Constituyen principalmente public nuisances el hecho de tener una casa de tolerancia (de prostitución), vender productos alimenticios dañados o de entregarse a un comercio peligroso... perjuicios causados a la salud pública, o por la contaminación del aire, y por el ruido”. CABALLERO, Francis, Essai sur la notion juridique de nuisance, Paris, LGDJ, 1981, pp.2-3.

<sup>25</sup> BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, “Aproximación a los conceptos de daño ecológico y daño ambiental. Dos conceptos en un mismo esquema de responsabilidad”, I presente texto es la evolución del trabajo titulado “Daño ecológico. Presupuestos para su definición” que ya fue publicado en las Lecturas de Derecho Ambiental, T.V, pero que ofrece una visión actualizada y ajustada solamente de la definición de los daños ecológicos y ambientales, sin exponerse el tema de la imputación y de la reparación de tales daños que se deja para otro momento. Texto publicado en 2009 en el Tomo II de Daño Ambiental, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

<sup>26</sup> El «... hombre no vive solamente del aire puro y del agua fresca. El ambiente social a costa del ambiente natural, es otro componentes de la calidad de vida, y los dos frecuentemente entran en conflicto». CABALLERO, Francis. Essai sur la notion juridique de nuisance., ob., cit., p.VIII.

<sup>27</sup> BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, “Aproximación a los conceptos de daño ecológico y daño ambiental. Dos conceptos en un mismo esquema de responsabilidad”, I presente texto es la evolución del trabajo titulado “Daño ecológico. Presupuestos para su definición” que ya fue publicado en las Lecturas de Derecho Ambiental, T.V, pero que ofrece una visión actualizada y ajustada solamente de la definición de los daños ecológicos y ambientales, sin exponerse el tema de la imputación y de la reparación de tales daños que se deja para otro momento. Texto publicado en 2009 en el Tomo II de Daño Ambiental, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.



este aspecto, pero como no se trata de re-elaborar el juicio de imputación, considero pertinente resaltar los fundamentos básicos de la imputación, y su encuadramiento desde la perspectiva de la violación de los mandatos normativos o deberes positivos que se desprendían del Decreto 605 de 1996.

14 En cuanto al primer aspecto, puede considerarse que con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"<sup>28</sup> de la responsabilidad del Estado<sup>29</sup> y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados<sup>30</sup> y de su patrimonio<sup>31</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés<sup>32</sup>. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían

<sup>28</sup> En la jurisprudencia constitucional se indica: "El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>29</sup> La "responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

<sup>30</sup> Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos "son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". ALEXY, Robert, "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords), Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La "la responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder". MARTÍN REBOLLO, Luis, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

<sup>31</sup> "La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>32</sup> La "razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal". Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.



sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos<sup>33</sup>. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad<sup>34</sup>; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”<sup>35</sup>.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>36</sup> tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública<sup>37</sup> tanto por la acción, como por la omisión de un deber

<sup>33</sup> RIVERO, Jean, Derecho administrativo, 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA, “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public francais”, en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en JurisClasseur Publique, 1954. T.I, V.178.

<sup>34</sup> “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol, La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

<sup>35</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol, La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

<sup>36</sup> “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

<sup>37</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.



normativo<sup>38</sup>, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012<sup>39</sup> y de 23 de agosto de 2012<sup>40</sup>.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica<sup>41</sup>, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”<sup>42</sup>.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>43</sup>, según el cual, la indemnización del daño

<sup>38</sup> “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo, Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

<sup>39</sup> Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>40</sup> Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>41</sup> “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel, Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

<sup>43</sup> En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación



antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica<sup>44</sup>. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”<sup>45</sup>.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”<sup>46</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”<sup>47</sup>.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del

---

dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>44</sup> El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>45</sup> “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7].

<sup>46</sup> “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E, Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

<sup>47</sup> MIR PUIG, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.



azar<sup>48</sup>. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no<sup>49</sup>. Es más, se sostiene doctrinalmente "que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños"<sup>50</sup>.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad<sup>51</sup> es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción

<sup>48</sup> LARENZ, K. "Hegelszurechnungslehre", en MIR PUIG, Santiago, "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

<sup>49</sup> JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia". Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

<sup>50</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

<sup>51</sup> "El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: "ley de la ponderación" (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.



del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación<sup>52</sup> que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro"<sup>53</sup>.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que "el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección<sup>54</sup> frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>55</sup>"<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> "La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: "... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas- los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la "estricta prioridad" característica de los "puntos de vista normativos". HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: "... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado". Para concluir que: "La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta". HABERMAS, Jürgen. "Reply to Symposium Participants", en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

<sup>54</sup> Deberes de protección que es "una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos". CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

<sup>55</sup> Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

<sup>56</sup> A lo que se agrega por el mismo precedente: "En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad<sup>7</sup>, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala,



Leonardo Buitrago Quintero y otros c Distrito Capital de Bogotá  
 Expedientes 25000232600019990002 04 - 2000-00003-04  
 Acción de Grupo  
 Salvamento de voto

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante<sup>57</sup>.

---

la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)". Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la "posición de garantía" debe modularse: "(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas". JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimpr. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

<sup>57</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.



Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal<sup>58</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”<sup>59</sup>, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>60</sup>.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>61</sup>, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos<sup>62</sup>, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se

<sup>58</sup> “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita, Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

<sup>59</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol, La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

<sup>60</sup> “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308.

<sup>61</sup> Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

<sup>62</sup> Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho



Leonardo Buitrago Quintero y otros c Distrito Capital de Bogotá  
Expedientes 25000232600019990002 04 - 2000-00003-04  
Acción de Grupo  
Salvamento de voto

expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

"(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación"<sup>63</sup>.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo<sup>64</sup> que permita la mejora o la

---

administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: "Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración". MARTÍN REBOLLO, Luis, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones", ob., cit., p.311.

<sup>63</sup> "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado". Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>64</sup> "En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente". PANTALEÓN, Fernando, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo "(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la



optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

15 Para aplicar los anteriores presupuestos, y en la idea de determinar la responsabilidad del Estado en el presente caso, y en concreto del Distrito Capital, procedía examinar el Decreto 605 de 1995, "por el cual se reglamente la Ley 142 de 1994 en relación con la prestación del servicio público domiciliario de aseo" (norma que fue derogada por el Decreto 1713 de 2002).

16 De acuerdo con la norma, y en un apretado análisis, dentro de los principios básicos de la prestación del servicio de aseo operaban: "garantizar la calidad del servicio a toda la población" y "minimizar el impacto ambiental de la producción de residuos sólidos, en todas y cada una de las componentes del servicio de aseo" (artículo 3). Como componente del servicio, el artículo 9.7 señala a la "Disposición final".

A su vez, el artículo 5 estableció que la "responsabilidad por los efectos ambientales y a la salud pública generados por la recolección, el transporte y la disposición final de los residuos sólidos domiciliarios recaerá en la entidad prestadora del servicio de aseo, la cual deberá cumplir con las disposiciones del presente Decreto y las demás relacionadas con la protección del ambiente y la salud pública. El municipio debe promover y asegurar la solución del manejo de los residuos sólidos en su área rural, urbana y suburbana".

En cuanto a los sistemas de disposición final el Decreto 605 de 1996, cabe señalar varias exigencias: a) para la selección de los sitios de disposición final de basuras la norma establecía que debía hacerse "por el criterio de mínimo costo, satisfaciendo al mismo tiempo los requerimientos sanitarios y ambientales vigentes. La localización dependerá igualmente de los planes de ordenamiento territorial y estará sujeta a la aprobación del municipio o municipios en cuya jurisdicción se encuentre" (artículo 73);

---

reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa». MARTÍN REBOLLO, Luis, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.



b) en cuanto a las técnicas para la disposición final de los residuos sólidos la norma establecía que es “responsabilidad de toda entidad prestadora del servicio hacer la disposición final de los residuos sólidos de acuerdo con la reglamentación sanitaria y ambiental en vigencia” (artículo 74); c) así mismo, los “rellenos sanitarios deben cumplir con las normas sanitarias y ambientales fijadas por la autoridad competente” (artículo 75); d) respecto a la vigilancia y control de los sitios de disposición final de basuras estableció la norma que la “entidad encargada del manejo del sitio de disposición final será responsable por los efectos ambientales asociados, hasta cuando se eliminen las condiciones que puedan originar efectos nocivos a los recursos naturales, la salud de las personas y el medio ambiente” (artículo 77); e) de otra parte, el manejo de las basuras debía realizarse teniendo en cuenta en evitar situaciones como: “4. La contaminación del aire, suelo o agua (...) 6. La generación de olores ofensivos, polvo y otras molestias. 7. La inadecuada disposición final de las basuras” (artículo 95); y, f) finalmente, de acuerdo con lo establecido en el caso concreto podía haberse estudiado, incluso, que se había cometido una conducta sancionable que encajara en alguna de los siguientes supuestos: “7. Establecer o permitir el funcionamiento de sitios de disposición final de basuras que no cumplan los requisitos establecidos. 8. Operar un relleno sanitario sin el cumplimiento de las obligaciones previstas en el presente Decreto” (artículo 109).

17 Es esencial tener en cuenta que después de analizadas las pruebas reseñadas en la providencia, sin duda alguna era necesario, tratándose de una acción de grupo, de establecer claramente los fundamentos en los que se sustentaba el juicio de imputación, ya que como lo señalo había lugar a establecer si la entidad demandada incurrió en una falla en el servicio (fundada en una imputación objetiva) por incumplir, o cumplir defectuosamente los mandatos normativos o deberes positivos a la que estaba llamada para atender el manejo del botadero (relleno sanitario) de “Doña Juana” con base en todas las exigencias ambientales, sanitarias y de ordenamiento territorial.

18 Es indudable que el daño antijurídico ocasionado al grupo como consecuencia del derrumbe acaecido en el relleno sanitario de “Doña Juana” el 27 de septiembre de 1997 debía permitir a la Sala fijar la jurisprudencia relativa a la responsabilidad del Estado derivada de daños ambientales, pero que no fue así. En la doctrina, se señala



que en “principio, debe decirse que la idea de la responsabilidad de la Administración pública por daños ecológicos y ambientales «... permite cuestionar el papel que éste debe desempeñar en la regulación y en la protección del medio ambiente, así como permite también estudiar el tratamiento que debe recibir como gran prestador de servicios públicos y de obras de infraestructura potencialmente dañinas»<sup>65,66</sup>.

Dicha responsabilidad se encuentra configurada legalmente en el artículo 16 de la Ley 23 de 1973 a cuyo tenor el “Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente”. Teniendo como base esta norma, se habría podido estudiar la imputación de la responsabilidad a) verificando si hubo falla en el servicio (por incumplimiento de deberes positivos), o fundada en la teoría del riesgo ya que la disposición final de residuos es una actividad que puede encuadrarse como peligrosa (a tenor de lo consagrado en el artículo 2356 del Código Civil); y, b) determinar que cuando se trata de la responsabilidad imputable por daños ecológicos el debate central radica en la exigencia constitucional de protección del ambiente en cabeza del Estado que debe ser de procura, de ejercicio de la actividad pública con eficiencia y eficacia (artículo 209 de la Carta Política), así como dar oportuno cumplimiento a las competencias constitucionales y legales que le son asignadas (artículo 315 de la Carta Política), lo que lleva a establecer como presupuesto mínimo de imputación la violación de la “obligación de procurar positivamente el bienestar de la comunidad”<sup>67</sup> (a tenor de los

<sup>65</sup> HENAO PEREZ, Juan Carlos, “Responsabilidad del estado colombiano por daño ambiental”, en *VVAA, Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 142.

<sup>66</sup> BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, *La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la Administración pública por daños ecológicos y ambientales. Tesis de la obligación positiva del Estado*, Tesis Doctoral dirigida por Luciano Parejo Alfonso y sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid (España) en 2007.

<sup>67</sup> La Corte Constitucional, en la sentencia de 22 de marzo de 1995 manifestó [con ocasión de los derechos que se demandaron vulnerados por el tráfico de vehículos de carga procedentes de una actividad minera en una zona residencial] el «... largo plazo al que alude la administración, visto con el trasfondo de 15 años de evasivas y omisiones de las autoridades públicas, resulta relativizado y adquiere un carácter dramático y lesivo de la efectividad de los derechos ciudadanos. ¿Cuánto tiempo más requerirá la administración para la construcción de la vía alterna que solucionará el problema que beneficia a unos y perjudica a otros? No pueden los funcionarios públicos, por incompetencia, desidia o complicidad con sectores pudientes de la sociedad, eludir sus responsabilidades de velar por la vida, honra y bienes de los habitantes (CP art.2), mediante el ejercicio oportuno de sus competencias constitucionales y legales (CP art.315). Referir a soluciones extremas, como la de “suspender la explotación minera”, importante fuente de trabajo en la localidad, o traspasar la responsabilidad de la



artículos 2 y 334 de la Carta Política). Precisamente, la jurisprudencia constitucional establece que el “el daño al ecosistema, así ello se haga en desarrollo de una explotación lícita, desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica (arts. 8o y 95.8 del Código Penal). No puede entenderse que la previa obtención del permiso, autorización o concesión del Estado signifique para su titular el otorgamiento (que puede ser una entidad pública) de una franquicia para causar impunemente daños al ambiente. De otro lado, la Carta ordena al Estado en punto al ambiente y al aprovechamiento y explotación de los recursos naturales no solamente sancionar los comportamientos que infrinjan las normas legales vigentes sino también prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y exigir la reparación de los daños causados”<sup>68</sup>. El aporte sustancial de esta sentencia radica en la imputación objetiva de la responsabilidad por daños ambientales, así como llena de contenido el presupuesto de la antijuridicidad, criterio orientador de la constitucionalización de la responsabilidad de la Administración pública.

19 Cuando se produce un daño antijurídico, la acción de grupo procede con el fin de reparar e indemnizar al colectivo afectado imputable al Estado por incumplimiento de sus deberes positivos, lo que fue objeto de juzgamiento por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 15 de febrero de 2001, con ocasión de la inundación de fincas y terrenos de un grupo de personas en el municipio de La Calera. En esta sentencia, se establecieron una serie de cuestiones: a) la improcedencia de la aplicación retroactiva de la acción de grupo, “con lo cual el daño que deberá reparar la Administración pública no alcanza a los denominados daños históricos, creándose una ruptura causal respecto de aquellos daños cuya continuidad en el tiempo exige su

---

situación a sus causantes, es un fácil expediente de la administración local para abjurar de sus deberes constitucionales, que le obligan a procurar positivamente el bienestar de la comunidad (CP arts.2, 334)». Corte Constitucional, sentencia No. T-437/1992, de 30 de junio. MP. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. T-1554 (Acción de Tutela). Así mismo, la sentencia T 219/1994, se dijo que en ocasiones además de las «... razones técnicas esbozadas por la administración para diferir la solución definitiva del problema, mediante la adopción sistemática y escalonada de medidas legales de persuasión (...), se revela una clara falta de voluntad política que traiciona la confianza depositada en las autoridades y se aparta de la ética de servicio que es la razón de ser del Estado y el parámetro de conducta de los servidores públicos». Corte Constitucional, sentencia T-219/1994. En la sentencia T-666/2002, la Corte consideró que la «... protección del medio ambiente obliga al Estado a adoptar medidas encaminadas a evitar o minimizar su deterioro y a que el desarrollo económico y social se realice de manera armónica con el ambiente». Corte Constitucional, sentencia T-666/2002, de 15 de agosto.

<sup>68</sup> Corte Constitucional, sentencia C-320 de 1998.



consideración global<sup>69</sup>; b) en cabeza del Estado se prescriben acciones positivas, para el caso concreto de recuperación del cauce natural de una quebrada que se desbordó y causó la inundación; c) es necesario examinar, desde las eximentes de responsabilidad, si el grupo de ciudadanos asumió algún riesgo (para el caso en concreto se consideró que “los ciudadanos del conjunto residencia construido sobre la ronda de la quebrada desbordada, sumen el riesgo de las inclemencias de la naturaleza”).

20 Cabe, además, señalar que en cierto momento, la Sección Tercera consideró “que un municipio tiene frente a la comunidad la obligación de preservar el ambiente, y si produce u omite con su acción un atentado al ambiente tiene el deber de cesarlo y de repararlo”<sup>70</sup>. Agregándose, que opera el *principio pro natura*, según el cual el juez en caso de conflicto con normas ambientales, interpretará de forma amplia las normas de protección del ambiente. Por tal motivo, cuando se produzcan daños ecológicos o ambientales como consecuencia de la contaminación (por ejemplo, atmosférica) el juez puede ir más allá que exigir el cumplimiento por parte de la Administración pública de las normas y obligaciones legales de protección del ambiente e, indicar a los afectados que procede iniciar la acción popular o la acción de grupo con el fin de establecer la reparación de los daños que se ocasionen, se prescriban las medidas de prevención que impidan la repetición de los mismos hechos<sup>71</sup>”<sup>72</sup>.

**3) La necesidad de profundizar en cuanto a la motivación de los perjuicios morales.**

<sup>69</sup> BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la Administración pública por daños ecológicos y ambientales. Tesis de la obligación positiva del Estado, Tesis Doctoral dirigida por Luciano Parejo Alfonso y sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid (España) en 2007.

<sup>70</sup> Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2003, expediente AG-2001-03182. En cierto momento, rompiendo el principio de solidaridad de la responsabilidad, el Consejo ha dicho que cuando concurre la competencia de varias autoridades (en diferentes niveles y órdenes) para la protección del ambiente, cabe imputar a la Administración pública municipal, en la medida en que es la autoridad que debe cursar la solicitud de licencia ambiental

<sup>71</sup> Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2002, expediente 2001-3904 (Acción de Cumplimiento), Puede verse la sentencia AP 166/2001 y Corte Constitucional, sentencia T – 145 de 2000.

<sup>72</sup> BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la Administración pública por daños ecológicos y ambientales. Tesis de la obligación positiva del Estado, Tesis Doctoral dirigida por Luciano Parejo Alfonso y sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid (España) en 2007.



Leonardo Buitrago Quintero y otros c Distrito Capital de Bogotá  
Expedientes 25000232600019990002 04 - 2000-00003-04  
Acción de Grupo  
Salvamento de voto

21 En mi criterio, debe destacarse cómo la Sala procuró motivar razonablemente el reconocimiento, tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando afirma que “de la prueba testimonial y documental recaudada se puede colegir que las consecuencias ambientales generadas por el derrumbe del relleno sanitario de Doña Juana generó en la población afectada una sensación de angustia y miedo, por el desconocimiento de los efectos que sobre su salud podía llegar a tener la exposición continua al aire contaminado por las basuras”, agregándose que “se trata de personas de bajos recursos, circunstancia que dificulta la posibilidad de desplazamiento o reubicación. Por este motivo, el daño moral se predicará de las personas que para la época del derrumbe del relleno residían, estudiaban o trabajaban en cualquiera de las zonas afectadas, de acuerdo con el mayor o menor impacto recibido según los criterios que se determinarán en esta sentencia para el pago de la indemnización”. Sin duda alguna, la Sala está PONDERANDO razonable y proporcionalmente, afirmando que para la indemnización de los perjuicios morales tendrá en cuenta una serie de criterios objetivos con base en los cuales procedió a su liquidación.

22 Sin embargo, el que haya procurado motivar razonablemente, que se aplaude y se destaca como un avance positivo y coherente con la garantía constitucional y legal del derecho a la reparación integral (que no es absoluto), no fue suficiente al momento de establecer la fundamentación en la que se apoyó para fijar los montos a indemnizar por concepto de perjuicios morales ya que simplemente se limitó a emplear el criterio que se tuvo en cuenta por el juez de primera instancia y que estaba ligada a un dictamen pericial, especialmente por haber sido utilizado un solo elemento (paradójico para la postura que al interior del Consejo de Estado se sostiene), esto es “el grado de afectación, determinado a partir de la cercanía o vecindad del lugar donde se produjo el deslizamiento”, ya que no puede un solo criterio, más discutible cuando se trata de un perjuicio moral derivado de daños ambientales, ya que es posible que el mayor impacto lo haya padecido un sujeto a mayor distancia, de tal manera que no podía considerarse como un absoluto que por estar más cerca al foco o fuente de contaminación ese grupo resultaba más afectado, no siendo la CERCANÍA el único criterio que debía operar, si se buscaba una ponderación adecuada de los perjuicios morales a pagar en la



condena, de tal manera que resulta insuficiente la sustentación para fijar como “quantum” 3, 2 y 1 salario para cada persona dependiendo los sub-grupos creados.

23 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012<sup>73</sup> señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega que “la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”.

Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas (por muerte, lesiones afectación o vulneración a derechos constitucionales fundamentales) produce como consecuencia de los daños antijurídicos perjuicios morales, no puede reducirse su materialidad, a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

La premisa, inicial, para fundamentar esto se radica en la afirmación del principio de la dignidad humana, cuyo despliegue no se agota solamente en la esfera interior, íntima y personal del sujeto, sino que se desdobra a los sentimientos que se producen de aflicción, desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc., que afloran cuando se produce la afectación a su lugar de vivienda o habitación. Se trata, por lo tanto, de reconocer por conexidad la íntima relación que en este tipo de eventos se produce entre la esfera moral de cada individuo.

---

<sup>73</sup> Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.



Leonardo Buitrago Quintero y otros c Distrito Capital de Bogotá  
 Expedientes 25000232600019990002 04 - 2000-00003-04  
 Acción de Grupo  
 Salvamento de voto

Sostener esto, sin duda alguna, representa el respeto al derecho a la reparación integral<sup>74</sup> consagrada en el artículo 16 de la ley 446 de 1996, y se aproxima a la regla de la *restitutio in integrum*, que se reconoce en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>75</sup>.

Así mismo, la reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012<sup>76</sup>, sostiene claramente que el “Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso” (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

A lo que se agregó, en la misma sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que “teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

Y se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que “no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco,

<sup>74</sup> “El principio fundamental fundante de la indemnización, principio general de derecho para algunos, es que el daño debe ser reparado en su integralidad. Ya que constituye una garantía para las víctimas, este principio es analizado por algunos autores como respuesta a un imperativo de equidad”. SCHAEGIS, Chrystelle, Progrès scientifique et responsabilité administrative, ob, cit, p.232.

<sup>75</sup> PINTO, Mónica, “La réparation dans le système interaméricain des droits de l’homme. A propos de l’arrêt Aloeboetoe”, en Annuaire Français de Droit International, T.XLII, 1996, pp.733 a 747.

<sup>76</sup> Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.



sino que, acudiendo al arbitrium iudicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez” (subrayado fuera de texto).

La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como forma de respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino como expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Política), y de respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa. En la doctrina más reciente se afirma que la “garantía constitucional de motivación de las sentencias supone que el Estado, partiendo de la prohibición de la autodefensa de los particulares en virtud del principio de reserva de jurisdicción, ofrece a estos a cambio la acción, entendida como invocación de la garantía por parte del Estado de observancia del Derecho<sup>77</sup>, y ofrece la acción a través del proceso, del processus iudicii, siendo, precisamente ese juicio, el núcleo fundamental que da sentido no sólo al proceso, como magistralmente lo entendió CARNELUTTI en su célebre trabajo <Torniamo al giudizio><sup>78</sup>, sino también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la motivación de la decisión en la fase de juicio, primero coram proprio iudice y, luego, coram partibus, cuando efectivamente se cumpla con lo estipulado en sede constitucional, haciendo visible en la fundamentación de la resolución esa sujeción que

<sup>77</sup> “Muy bien expresa este pensamiento el gran procesalista Piero CALAMANDREI, cuando dice que el individuo, privado por el Estado del poder de hacerse justicia a sí mismo tiene, en contrapartida, la facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia contra el obligado, porque al faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular del derecho se dirige al Estado a fin de que, como garante de la observancia del Derecho, convierta la obligación en sujeción, entendiéndose así la acción como iure conditio de la jurisdicción. Vid. CALAMANDREI, O., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol.I, trad., esp., SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, 1962, pp.221 y ss”.

<sup>78</sup> Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al giudizio>, en RDPProc., 1949, pp.165 y ss.



el propio Estado se ha impuesto a su poder soberano a través de la garantía de observancia de su propio Derecho”<sup>79</sup>

Como puede extraerse, la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos constitucionales señalados al principio, “porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias”<sup>80</sup>.

La motivación de las sentencias como limitación y sujeción del Estado “a su propio derecho” no opera solamente en uno de los extremos del proceso, demandante (ciudadano-administrado), sino que puede invocarse en el contencioso administrativo por la administración pública, como demandada. Lo anterior procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda<sup>81</sup>.

Así mismo, la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficiente, y la que es completa. Como en un ocasión se citó al profesor Rafael de Asís por parte de la Sala, cabe hacerlo en esta ocasión, ya que este autor entiende “que el concepto de motivación suficiente se refiere al conjunto de elementos necesariamente presentes en la decisión judicial para que ésta sea válida, mientras que la motivación completa se distinguiría del concepto anterior por referirse ante todo a la corrección de la decisión y no sólo a la validez de la misma. Es decir, al conjunto de elementos que hacen que una decisión válidamente elegida sea también racionalmente correcta”<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.138 y 139.

<sup>80</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.139.

<sup>81</sup> PÉREZ ROYO; Javier. Curso de derecho constitucional. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

<sup>82</sup> ASIS ROIG, Rafael de. El juez y la motivación en el Derecho. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.



Desde la perspectiva procesal la "motivación completa alude a una justificación plena de la facti como en aquellos otros que integran la quaestio iuris. Por el contrario, la motivación suficiente alude a un mínimo de razonamiento justificativo ineludible para que la resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación"<sup>83</sup>.

En las dos perspectivas, filosófica y procesal, la motivación de las sentencias (de las decisiones judiciales) tiene unos criterios fundamentadores reconocibles: a. cuando se invoca la motivación suficiente se está exigiendo del juez (contencioso administrativo, por ejemplo) que tenga en cuenta en la construcción de su decisión los elementos imprescindibles y necesarios para dotar de validez a la misma; b. cuando se invoca la motivación completa, el juez debe ajustar su decisión a unos mínimos de corrección, y no sólo a la simple validez, que se sustenta en la racionalidad como principio básico; c. la motivación es completa, también, cuando se comprende la justificación de todos los aspectos fácticos y jurídicos integrados en la litis; d. finalmente, la motivación será suficiente, también, cuando el juez realiza un razonamiento justificativo, y no simplemente inductivo, presuntivo o especulativo.

En la jurisprudencia constitucional la motivación de las sentencias judiciales "tiene sentido no solo por que (sic) la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso. De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando

<sup>83</sup> "Estamos, en este último caso, ante un concepto jurídicamente indeterminado, que no responde a ningún apriorismo y su formulación exige analizar cada caso en concreto". ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.164.



se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior<sup>84</sup> (subrayado fuera de texto).

Dicho sentido, siguiendo a la jurisprudencia constitucional, debe tener en cuenta, además, que en un “estado democrático de derecho, en tanto garantía ciudadana, la obligación de sustentar y motivar de las decisiones judiciales, resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional. La necesidad de justificar las decisiones judiciales, salvo aquellas en las cuales expresamente la ley ha prescindido de este deber, garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales, puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia<sup>85</sup> (subrayado fuera de texto). Lo que implica, que la motivación, más allá del debate dicotómico entre suficiente y completa, se exige como garantía de materialidad del ejercicio del debido proceso, “barrera a la arbitrariedad judicial”, plena sujeción del juez al ordenamiento jurídico y, ejercicio de un verdadero juicio de razonabilidad en la decisión judicial.

De acuerdo con Taruffo la “motivación, nos dice, exige como requisito fundamental una adecuación plena al principio de completitud del discurso justificativo que la desarrolla<sup>86</sup>, lo que implica que el “principio de completitud de la motivación garantiza que la cognición judicial se ha desarrollado atendiendo a la ineludible exigencia de juzgar conforme a lo alegado por las partes, que delimitan el objeto procesal, atendiendo al viejo brocardo *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium*<sup>87</sup>. Por eso, bien puede compartirse que la exigencia de completitud de la

<sup>84</sup> Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

<sup>85</sup> Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

<sup>86</sup> TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Padova, 1975, pp.450 ss.

<sup>87</sup> FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo>, en Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1986, p.433.



motivación sea regla general, modulándose su validez en cada caso concreto a tenor de la vieja máxima *exceptio firmat regulam in contrario in casibus non exceptis*<sup>88</sup>.

Con fundamento en lo anterior, la motivación (o argumentación) de los perjuicios morales exige que el juez contencioso administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción cuando se trata de dosificarlos cuando se trata de la muerte o lesión de una persona; o, en la vulneración de los derechos inherentes a las personas; y, 2) la tasación y liquidación de los perjuicios, en cuya motivación puede el juez aplicar diferentes metodología para con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia dosificar el “quantum” indemnizatorio.

24 Para finalizar, en mi criterio la insuficiente motivación y la utilización de la CERCANÍA como único criterio para la tasación y liquidación de los perjuicios morales lleva a desestimar sin mayor argumentación el reconocimiento diferenciado petitionado por los demandantes “a colectivos determinados (niños, madres, anciano, etc.), toda vez que en el proceso no obran elementos probatorios que sustenten dicha pretensión, sólo la afirmación realizada en los memoriales presentados por la parte demandante y al identificación en el proceso de los integrantes del grupo que eran menores de edad en la época de los hechos o que padecen alguna discapacidad”, ya que cabía estudiar si por conexidad la vulneración del ambiente comprendió la afectación de derechos constitucionales fundamentales de grupos de especial protección constitucional como los niños, personas de la tercera edad y discapacitados, respecto de los cuales debía haberse examinado criterios de motivación razonables para permitir que la indemnización de los perjuicios morales respondiese a presupuestos de “acciones afirmativas positivas” y a la protección reforzada de los mismos, porque de lo contrario se pone en cuestión que hayan sido reparados integralmente, en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

<sup>88</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.169.



#### 4) Alcance del daño a la salud.

25 Al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial.

26 En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente<sup>89</sup>, aunque con alcance colectivo, como el de la "salud", y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la "correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla. En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

27 Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud "en sí mismo". No obstante, debe advertirse que su aparición en la escena de la teoría de la responsabilidad civil se produjo como consecuencia directa del progreso que demandaron las sociedades opulentas, en las que se redefinieron y emergieron nuevas necesidades y exigencias para su mundo vital.

Siendo esto así, no cabe duda que el daño a la salud, conceptualmente visto, permite introducir una nueva categoría de bienes de consumo, subordinada a "integridad psico-

<sup>89</sup> En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "Sobre el derecho fundamental de salud, la Corte Constitucional ha reconocido que la vida comprende el respeto de la dignidad humana y por ello, una afectación de la salud que altere la vida en condiciones dignas debe ser protegida mediante los mecanismos constitucionales dispuestos para la protección de derechos fundamentales". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-645 de 1996; T-175 de 2002; T-820 de 2007.



física". El peligro de una concepción de este tipo se encuentra en la posibilidad de albergar una tutela indiscriminada. Por esto, su consideración ha exigido estudiar la relación bienestar económico y aumento resarcitorio por daños a la persona, como una decisión de responsabilidad fiscal que no puede eludirse, más cuando se trata de comprometer el patrimonio estatal.

28 Debe, por lo tanto, sostenerse que la aparición del daño a la salud se produce como consecuencia del progreso y avance de la sociedad tecnológica, por el aumento de las lesiones resarcibles y la tendencia a reparar el daño, en cualquier caso, por el cambio que se vino a presentar en el pensamiento liberal individualista.

29 Hasta aquí se ha intentado precisar el surgimiento del daño a la salud como tipo que comprenda a los daños y perjuicios inmateriales, pero es necesario consolidar su estructuración en el derecho de daños. En ese sentido, y desde la perspectiva de la reparación, no puede asimilarse como daño la lesión a la integridad física, las consecuencias que de la misma lesión deriven. De ahí que no pueda confundirse, como se revela en la decisión de la Sala, el denominado "daño-evento" y el "daño-consecuencia", ya que identificar el daño con la lesión de un interés no es de recibo en la teoría de la responsabilidad.

Por lo anterior, debe establecerse una aproximación a las posiciones que se ha sostenido en cuanto al daño a la salud como modalidad única: i) la primera hace énfasis en la necesidad de identificar en el hombre, en el ser humano, un "valor capital", un "valor intrínseco" que pueda ser valorizable; ii) para otra posición doctrinal, lo esencial es ampliar el concepto de patrimonialidad a los intereses personales.

Conforme a ellas, también es necesario diferenciar los padecimientos de ánimo y la lesión propiamente al derecho a la salud (como expresión del daño a la salud): i) los padecimientos hacen parte del universo de lo sensorial y sentimental, lo que hace que su expresión sea plenamente individualista, lo que dificulta su tasación con base en criterios objetivos; ii) lo anterior hace diferenciar al daño a la salud, el cual debe permitir, en principio, una valoración homogénea.



30 Cabe en mi criterio, además, precisar el alcance del daño a la vida de relación que ha sido superada en el precedente jurisprudencial sin mayor claridad. Sin duda, se trata de un concepto indeterminado, que permitió (como un contenedor) introducir una amalgama o diversidad de perjuicios que no se traducían en la esfera patrimonial del sujeto.

Este daño a la vida de relación se asoció, inicialmente, a la lesión corporal que sufría una persona, que le impedía desarrollar actividades diferentes a las laborales (de recreación, social, etc.) que desarrollaba antes de causar el daño. Dicha definición puede descomponerse de la siguiente manera: i) menoscabo a la capacidad de concurrir a las relaciones sociales y económicas; ii) afectación peyorativa de la capacidad psicofísica que influye el desarrollo de actividades complementarias o integradoras, respecto a la actividad laboral normal; iii) para resarcirlo debe haber, por lo menos, un ligamen indirecto con un interés patrimonial; iv) sin duda, es un perjuicio que tiene un profundo carácter clasista<sup>90</sup>

De igual manera, es necesario precisar el alcance del "daño existencial" considerado, en principio, como aquel deducido de las repercusiones negativas en la calidad de vida de la persona. Se entiende, pues, como un daño que se expresa en la "esfera de desarrollo existencial del hombre"<sup>91</sup>. Dicho daño impone, a su vez, serios reparos: i) permitiría un trato discriminatorio, ii) el "no tener un parámetro objetivo para medir el daño existencial dificulta su reparación, pues la convierte en una reparación presunta"<sup>92</sup>; iii) se "acusa la inflación injustificada de los rubros de daño extrapatrimonial, dado que aquello que él vendría a reparar estaría ya contenido dentro de las otras categorías

<sup>90</sup> No podía "consistir en el mero perjuicio de la llamada vida en sociedad o en la perturbación de las relaciones mundanas del sujeto pasivo, hasta llegar a considerarse proporcional [el daño] a la importancia de los ambientes sociales que se frecuentan o, a los ingresos de las personas con las que se tienen relaciones de amistad". CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp.159 y 160.

<sup>91</sup> En la jurisprudencia del derecho comparado cabe encontrar dos pronunciamientos: "todo perjuicio [provocado]... alterando sus hábitos de vida y los aspectos relacionales que le eran propios, perturbando su propia cotidianeidad y privándolo de ocasiones para la expresión y la realización de su personalidad en mundo externo". Así mismo, se agrega: "el daño existencial se funda sobre la naturaleza no meramente emotiva y ulterior (propia del daño moral), sino que objetivamente relacionado al perjuicio". ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sez Un, 24 marzo 2006. No.6572.

<sup>92</sup> CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, ob., cit., p.162.



Leonardo Buitrago Quintero y otros c Distrito Capital de Bogotá  
 Expedientes 25000232600019990002 04 - 2000-00003-04  
 Acción de Grupo  
 Salvamento de voto

reconocidas por el sistema, específicamente en la categoría constituida por los intereses de la persona constitucionalmente protegidos<sup>93</sup>, y; iv) finalmente, se “elevarían a la categoría de perjuicio, otorgándoseles la correspondiente tutela resarcitoria, consecuencias que no parecen tener esa connotación jurídica (los llamados “daños bagatelares”), dado que no provienen de la lesión a un derecho constitucional”<sup>94</sup>.

En cuanto a las alteraciones a las condiciones de existencia, su aproximación mejor elaborada en la doctrina francesa indica que se trata de “una modificación anormal que afecta el curso de la existencia... en sus ocupaciones, sus hábitos o sus proyectos”<sup>95</sup>. En la actualidad, se concibe que constituya “apenas una ‘fórmula que describe el contenido de algunos tipos de perjuicios... Es decir, no constituyen en sí mismos una categoría autónoma de perjuicio... Por el contrario, dicha ‘fórmula’ aparece, por ejemplo, en la definición de los siguientes perjuicios o prospectos de perjuicios: préjudice fonctionnel d’agrément<sup>96</sup>, préjudice d’accompagnement<sup>97</sup> y préjudice fonctionnel permanent<sup>98,99</sup>”.

31 Dicho lo anterior, no cabe menos que reiterar que el daño a la salud como “daño integrador” se encuentra representado por la lesión en la función vital del sujeto, lo que

<sup>93</sup> KOTEICH KHATIB, Milagros. “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”, en *Revista de Derecho Privado*. No.15, 2008, p.152.

<sup>94</sup> KOTEICH KHATIB, Milagros. “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”, ob., cit., p.152.

<sup>95</sup> CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. París, LGDJ, 1954, p.414. El precedente de la Sala señala: “El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones”. Sentencias de 19 de julio de 2000. Exp.11842; de 15 de agosto de 2007. Rad. Ag-385; 2 de septiembre de 2009. Exp.17827.

<sup>96</sup> Informe DINTILHAC, en [<http://lesraports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>; (consultado 28 de mayo de 2011).

<sup>97</sup> Informe DINTILHAC, en [<http://lesraports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>; (consultado 28 de mayo de 2011)].

<sup>98</sup> Informe LAMBERT-FAIVRE, en [<http://lesraports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000490/0000.pdf>; (consultado 28 de mayo de 2011)].

<sup>99</sup> KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit.



permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad<sup>100</sup> y solidaridad (afirmación de la “justicia distributiva”<sup>101</sup>), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado.

El riesgo de identificar las dos características señaladas se encuentra en la tendencia a considerar el daño a la salud como un contenedor donde puede caber todo lo que no tiene carácter o esencia patrimonial, como se establece equivocadamente en la decisión de la Sala.

Por lo tanto, es necesario contener la proliferación de nuevas figuras de daño, de manera que se admita todo tipo de pretensiones que no cuentan con un respaldo y legitimidad, especialmente en el marco de su alcance social. Así mismo, debe evitarse que esta situación convierta en ilimitado al contencioso. De ahí, pues, que se invoque la necesidad de identificar y jerarquizar los “intereses resarcibles”<sup>102</sup>. En reciente precedente jurisprudencial italiano se dijo que,

“En la actual configuración del ordenamiento, en el cual asume posición preeminente la Constitución –cuyo, art.2, reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre-, el daño no patrimonial debe ser entendido como categoría amplia, comprensiva de toda hipótesis en virtud de las cuales son lesionados derechos inviolables inherentes a la persona constitucionalmente garantizados así no tuvieren naturaleza económica, con subsumiéndose en el daño moral subjetivo”<sup>103</sup>.

En el derecho comparado, no hay duda, no en nuestro sistema jurídico, que el daño a la salud vino a absorber las categorías que existían en materia de daños no patrimoniales, estableciéndose como modo de “valoración de las consecuencias negativas que una

<sup>100</sup> Lo que hace que se preserve como tendencia un modelo de derecho de daños que favorece a la víctima, que busca la reparación de los “sinsabores de la existencia humana”. KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, en *Revista de derecho privado*. No.18, 2010. Como crítica puede verse FABRE-MAGNAN, M. *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*. Paris, PUF, 2007, p.123.

<sup>101</sup> KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit.

<sup>102</sup> “Entonces, mientras en Francia la ciencia jurídica se concentra en los tipos de daños... reparables y no en los intereses o derechos que con su consagración pretenden tutelarse (por ej., no se habla tanto del derecho a la integridad física sino del daño corporal), en otros derechos (como el alemán o el italiano) en cambio, el acento se pone en el “elenco” de intereses jurídicamente tutelados (cuya agresión delinea a posteriori el daño)”. KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit.

<sup>103</sup> ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza 31 maio 2003. No.8828.



lesión a la integridad psicofísica de la persona podría llegar a producir sobre el 'valor hombre, entendido en toda su complejidad'".

32 El otro problema se encuentra a qué reparación debe obedecer el daño a la salud<sup>104</sup>, lo que se responde afirmando que no puede ser otra, como lo señala la doctrina, que la "satisfacción", o lo que otros denominan la "indemnización satisfactoria"<sup>105</sup>, de manera que se "trata más bien de una satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado"<sup>106</sup>. Esto lleva, indudablemente, a convertir al instituto de la responsabilidad en un ámbito dirigido indefectiblemente a la reparación, de manera permanente<sup>107</sup>.

33 A las dificultades que representa la consideración y la construcción de la figura del daño a la salud, que en la doctrina y la jurisprudencia nacional no se ha terminado de decantar, se agrega la necesidad de fundamentar dicho daño en el concepto de "suma de las funciones naturales" como común denominador de este tipo de daño.

34 Por esto, se hace necesario precisar los elementos básicos del daño a la salud: i) responde a la necesidad de proteger "una esfera mínima y esencial del individuo que se identificó, en un primer momento, en su integridad psicofísica", y; ii) considera al bien jurídico de la salud como un "valor en sí mismo", que hace que su tratamiento sea independiente a la posición de la víctima, su patrimonio, su capacidad de generar

<sup>104</sup> El daño a la salud al hacer parte de los daños no patrimoniales debe tener en cuenta que el "concepto de esta clase de daños aparece indisolublemente unido con el problema de su reparación". FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1928, p.222.

<sup>105</sup> Lambert-Faivre señala: "¿Cuál es el valor monetario de una amputación?, ¿de una parálisis?, ¿de una ceguera?, ¿de un sufrimiento? [E]n materia de daños corporales, más allá de los perjuicios puramente económicos (gastos de cura, honorarios profesionales) es la esencia misma de la persona víctima, cuerpo y alma, la que es lesionada por los daños que se llaman morales o personales o extrapatrimoniales". LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. "Droit du dommage corporel", en VINEY, Geneviève; MARKESINIS, B. *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*. Paris, 1985. "Hay quien sostiene que la indemnización en dinero de daños no patrimoniales representa un absurdo, toda vez que los bienes inmateriales y el dinero son magnitudes incomparables, y que jamás pueden <<indemnizarse>> en metálico estos bienes humanos, como se indemniza el patrimonio". FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*., ob., cit., p.225.

<sup>106</sup> FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*., ob., cit., p.227.

<sup>107</sup> Según Lapoyade Dechamps: "toda vez que el hecho generador y el nexo causal pasan a segundo plano, el derecho de la responsabilidad civil ¿no está llamado a convertirse, insensiblemente, en un derecho de la reparación?". LAPOYADE DECHAMPS, Ch. "Quelle (s) réparation(s)?", citado en CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?.*, ob., cit., p.51.



Leonardo Buitrago Quintero y otros c Distrito Capital de Bogotá  
 Expedientes 25000232600019990002 04 - 2000-00003-04  
 Acción de Grupo  
 Salvamento de voto

beneficios económicos. Estos elementos han permitido a la doctrina formular la siguiente noción del daño a la salud:

"(...) cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida, y con independencia de su capacidad para producir réditos"<sup>108</sup>.

35 Dicha definición exige considerar el alcance de la tutela del bien jurídico de la salud, que desde comienzos de los años noventa en el derecho comparado, especialmente, en el precedente jurisprudencial constitucional italiano se dijo:

"(...) el bien salud es tutelable [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo... La consideración de la salud como un bien y un valor persona, [i]mpone la necesidad de tomar en consideración el daño biológico, para los fines del resarcimiento, en relación con la totalidad de los reflejos perjudiciales respecto de todas las actividades, las situaciones y las relaciones por medio de las cuales la persona se explica a sí misma dentro de su propia vida"<sup>109</sup>.

36 En mi criterio, la búsqueda del fundamento constitucional del daño a la salud puede llevar en nuestro ordenamiento jurídico a convertirlo en un *damnum maius*, que requiere ser decantado, so pena de distorsionar el concepto de resarcimiento, y así mismo condicionar la aplicación del principio de reparación integral.

##### **5) La negativa del fallo de proferir una condena por un daño colectivo al medio ambiente.**

37 La sentencia respecto de la cual salvo el voto parcialmente, se limitó a reconocer perjuicios morales individuales, y aunque en la demanda se había pedido la indemnización por el daño irrogado al medio ambiente, se negó a hacerlo invocando el carácter eminentemente indemnizatorio de la acción de grupo y su destinación exclusiva a la reparación de daños individuales. En el fallo, respecto de este tópico se dijo:

<sup>108</sup> CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, ob., cit., p.132.

<sup>109</sup> ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza 18 luglio 1991.



“El representante del grupo demandante señala que la catástrofe ambiental acaecida el 27 de septiembre de 1997 ocasionó un daño ambiental que debe ser indemnizado. La Sala, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>110</sup>, debe colocar de presente en primer lugar, que el medio ambiente como objeto de la ciencia jurídica conlleva dificultad en la utilización de los esquemas tradicionales de responsabilidad civil extracontractual, toda vez que, si bien es cierto se reconoce como un derecho o interés colectivo que debe ser protegido de manera independiente, es innegable la relación directa que establece con derechos fundamentales y de contenido individual (libertad de empresa, salud, intimidad, etc.). Esta conexión tan estrecha se desarrolla en un contexto en el que los avances científicos y tecnológicos, la globalización y el dinamismo e interconectividad de los mercados propician el desarrollo de actividades que tienen la capacidad de generar daños irreparables sobre recursos vitales para la humanidad, tales como el suelo, el aire, el agua y la biodiversidad. Esta realidad, ocasionó el surgimiento de instituciones jurídicas encaminadas precisamente a la prevención, y en las que el individuo deja de ser el centro de la construcción jurídica, desplazándose la protección a la comunidad como sujeto directo de protección.

Así las cosas, “...el daño ambiental usualmente recae sobre un número plural de personas, afecta a una, muchas o todas, puede imputarse a una conducta unitaria o colectiva, provenir de comportamiento únicos, múltiples o coligados, ya del mismo sujeto, ora de varios, sus efectos nocivos a futuro, certidumbre o dimensión, suelen ser difíciles de apreciar por impredecibles e incalculables, el detrimento de idéntico o diverso interés podrá ser directo, indirecto, reflejo, conexo o consecuencial y la causalidad difusa<sup>111</sup>.”

Al encontrarse el medio ambiente en el ámbito de los derechos colectivos, los intereses que protege desbordan el ámbito individual y encuentran un referente inmediato en la noción de grupo o de comunidad, y este aspecto incorpora en los ordenamientos jurídicos nuevos mecanismos de protección del Estado, para posibilitar precisamente que éste continúe siendo el representante de la relación existente entre “poderes públicos y sociedad”.<sup>112</sup> Esta circunstancia, pone de presente como, dado el objeto de las acciones populares, las respuestas en el plano de lo colectivo no pueden ni deben responder a las tradicionales construcciones que gravitan en torno a la persona como sujeto aislado.

Por consiguiente, las situaciones de desprotección que se presentan no pueden solucionarse teniendo como recurso la clásica categoría de derecho subjetivo, ésta se torna vetusta y no da cabida a respuestas novedosas en las que lo importante no es demostrar un interés directo en las resultas de un proceso judicial sino en constituirse en representante de un grupo o colectividad. La subjetividad se replantea, el requisito de legitimación procesal da paso a una intervención sustentada en el principio de Estado democrático. La protección de derechos colectivos se soporta en un concepto amplio de ciudadano, ciudadano que no se ve de forma apartada sino como un elemento más del grupo; por tanto, su individualidad es trascendente para el derecho cuando es compatible con mecanismos procesales encaminados a proteger bienes no susceptibles de apropiación.<sup>113</sup>

<sup>110</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de Mayo de 2011. M. P. William Namén Vargas. Exp. 52835-3103-001-2000-00005-01.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> COLAÇO ANTUNES, Luis Filipe. “Los Intereses Difusos: Ubicación Constitucional; Tutela Jurisdiccional y “Acción Popular de Masas” (En torno a la Revisión de la Constitución Portuguesa de 8 de Julio de 1989)” En: Revista de Administración Pública No. 124. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1991. Pág. 417.

<sup>113</sup> *Ibidem*. Pág. 418. Por eso VIGORITI señala que las necesidades que encierran los derechos difusos no son del todo novedosas, éstas no sólo afectan a bienes jurídicos nuevos sino que además implican necesariamente una nueva valoración de los antiguos, los cuales se observan desde el fenómeno de masificación de la sociedad. Cfr. VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e proceso: La Legittimazione ad Agire*. Milano, Giuffré. 1979.



Los anteriores razonamientos encuentran un referente en la disposición contenida en el artículo 35 de la Ley 472 de 1998, comoquiera que los efectos de la sentencia no sólo vinculan a las partes sino al público en general. En otros términos, los efectos de los fallos proferidos en los procesos de acciones populares son erga omnes, los cuales, por otra parte, no son extraños en aquellas actuaciones judiciales que se inician con la intervención de cualquier persona y en las que se debe cumplir con la obligación de informar a la comunidad mediante "un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz"<sup>114</sup> para que, quien lo considere conveniente, intervenga como coadyuvante.<sup>115</sup>

Por tanto, si lo que se pretende es la protección del medio ambiente, no interesa la conexidad que éste pueda llegar a tener con derechos subjetivos, pues se trata de "un bien jurídico inmaterial, unitario, autónomo y diverso en sus distintos segmentos, bienes materiales o intangibles, con reconocimiento y tutela normativa per se al margen de la lesión de otros derechos e intereses individuales, al tratarse de un valor primario, primigenio, colectivo o supraindividual..."<sup>116</sup> Por esta razón, el ordenamiento jurídico colombiano reflejando la unidad, no divisibilidad e imposibilidad de apropiación de los derechos e intereses colectivos, diferencia el mecanismo procesal que debe utilizarse para conseguir su protección. De allí que el artículo 88 de la Constitución prevea la acción popular como la indicada para evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, el riesgo o el agravio o conseguir la restitución. Salta a la vista el carácter preventivo que se busca, de forma tal que la posibilidad de que se persiga un resarcimiento o indemnización es residual y se restringe a aquellos supuestos en los que el daño ya se haya causado y éste admita la realización de conductas encaminadas a volver las cosas al estado anterior. Como no se persigue la declaración de responsabilidad por los perjuicios individuales que puedan derivarse de la afectación del interés colectivo, la sentencia debe reconocer la indemnización a favor de la entidad pública no culpable que tenga en su catálogo de competencias el deber de tutela y protección.<sup>117</sup>

En consecuencia, es diferente el pretender de la justicia la indemnización por los daños que la afectación sobre el medio ambiente causó sobre derechos, bienes o intereses particulares, y "...cuyo titular, no es la colectividad in abstracto, sino una, o varias, o muchas personas individualmente consideradas"<sup>118</sup>. En este supuesto, por tanto, la reparación versa sobre un interés particular, sin importar si es de un individuo, de un grupo perfectamente determinado o incluso indeterminado. Se trata entonces, de una consecuencia de la lesión ambiental "...directa o indirecta, inmediata, consecuente, refleja o conexas o de rebote..."<sup>119</sup> que tiene su origen en el mismo supuesto fáctico, en el evento dañoso.

Por esta razón, el ordenamiento jurídico para este segundo supuesto consagró acciones de carácter eminentemente resarcitorio, entre ellas la acción de grupo, cuyo objeto es precisamente la obtención del pago y reconocimiento de una indemnización de perjuicios "...causados a un número plural o conjunto de personas, lo que deja ver que ella sólo abarca los derechos plural-individuales homogéneos, circunstancia que la acerca indudablemente a las class actions for damages... ello quiere decir que la acción de grupo procede cuando se causen agravios individuales a un conjunto numeroso de sujetos que se encuentren en situaciones homogéneas, agravio que se puede producir por la violación de cualquier derecho, ya sea difuso, colectivo o individual, de carácter contractual, legal o constitucional"<sup>120</sup>. (Subrayado fuera de texto).

<sup>114</sup> Artículo 21 de la Ley 472 de 1998.

<sup>115</sup> Artículo 24 de la ley 472 de 1998.

<sup>116</sup> Corte Suprema de Justicia... *Ob. Cit.*

<sup>117</sup> Cfr. Artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

<sup>118</sup> Corte Suprema de Justicia... *Ob. Cit.*

<sup>119</sup> *Ibidem.*

<sup>120</sup> *Ibidem.*



Es en el segundo supuesto en el que debe ubicarse el petitum del grupo accionante, pues como se desprende de lo sostenido en párrafos precedentes, la protección al medio ambiente como derecho e interés colectivo debe darse mediante la acción popular, mecanismo que tiene ante todo una naturaleza de carácter preventiva. No obstante, aún cuando en este proceso no pueda reclamarse indemnización alguna por la afectación generada por el derrumbe del relleno sanitario a recursos hídricos y al aire, ello no significa que no sea posible para el juez contencioso administrativo pronunciarse, en sede de acción de grupo, respecto del posible daño que de forma conexas se haya podido causar en derechos fundamentales como la intimidad familiar, la educación y la recreación de los habitantes de las áreas afectadas con la calamidad ambiental”.

38 De lo transcrito se evidencia un argumento para negar la indemnización colectiva a saber: Que al ser el medio ambiente un interés o derecho colectivo, la protección del mismo en el ordenamiento colombiano se debe invocar mediante la acción popular y no en la acción de grupo. Aunque prima facie, parecería que estas razones coinciden con la estructura formal de la ley 472 de 1998, las mismas riñen con los principios que inspiran la protección de los intereses o derechos fundamentales de tercera generación, tanto en la Constitución como en la citada ley. Debe destacarse que en la sentencia la Sala al transcribir las pretensiones de la primera de las demandas se señaló: “1. Una reparación colectiva de los daños individuales consistente en la reubicación a costa del condenado de todos los habitantes de los barrios ubicados en la zona de catástrofe sanitaria y ambiental del relleno sanitario de Doña Juana. Las condiciones de la reubicación deberán ser concertadas con la comunidad afectada, preservar el valor patrimonial que los bienes de los afectados tenían: antes de los eventos vulnerantes y garantizar condiciones urbanísticas y ambientales tales que se les restituya a los perjudicados el derecho a una vida digna y vivienda dignas y a gozar de un ambiente sano”.

39 Ciertamente, la protección de los intereses colectivos consagrada constitucionalmente en el artículo 88 de la Carta obedece, entre otros, al denominado principio de solidaridad, como bien lo expresó la corte Constitucional en la sentencia C-569 de 2004:

“ 34- La precisión de la naturaleza y características de las acciones de grupo remite al modelo de Estado adoptado por la Constitución. La consagración a en la Carta de acciones colectivas –como las acciones populares y de grupo-, entre otros mecanismos de protección judicial de los derechos constitucionales, tiene importantes implicaciones sobre la noción de Estado acogida por la Carta y las particularidades de su esquema de garantías. En particular, el reconocimiento de las acciones colectivas está asociado a dos de los principios fundantes del Estado: la dignidad humana y la solidaridad (CP art 1º), los



cuales deben ser tomados en cuenta al momento de definir correctamente las instituciones jurídicas, los derechos constitucionales y los mecanismos judiciales para la protección de diversos intereses.

35- Esta relación entre el modelo de Estado constitucional, la importancia de los principios de dignidad humana y de solidaridad, y el instituto de las acciones colectivas, y específicamente de las acciones de grupo, ha sido resaltado por esta Corte en varias oportunidades. Así, la sentencia C-215 de 1999 señaló al respecto:

“Dentro del marco del Estado social de Derecho y de la democracia participativa consagrado por el constituyente de 1991, la intervención activa de los miembros de la comunidad resulta esencial en la defensa de los intereses colectivos que se puedan ver afectados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular. La dimensión social del Estado de derecho, implica de suyo un papel activo de los órganos y autoridades, basado en la consideración de la persona humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad, pero al mismo tiempo comporta el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la defensa de ese interés con una motivación esencialmente solidaria.

(...)

La constitucionalización de estas acciones obedeció entonces, a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad mas o menos extensa de individuos...”

Esos estrechos vínculos entre el tipo de Estado establecido por la Carta, el principio de solidaridad y la consagración de acciones colectivas en la Constitución han sido reiterados por decisiones ulteriores, como las sentencias C-1062 de 2000 y C-459 de 2004.

36- La presencia de esta nueva percepción de las instituciones jurídicas ha implicado a su vez una ampliación de algunos de los conceptos jurídicos tradicionales. Esta situación se precisa en tres aspectos concretos que están a la base del régimen jurídico de las acciones de grupo. En primer lugar, el ordenamiento jurídico ha reconocido intereses jurídicos de orden colectivo o difuso; en segundo lugar, se ha reconocido también una titularidad colectiva o difusa de tales intereses; y en tercer lugar, se han diseñado mecanismos judiciales especiales, con el propósito claro de garantizar que la protección de tales intereses sea real y efectiva.

Estos tres aspectos, por un lado, constituyen un desarrollo de una concepción del derecho que, sin abandonar la protección de los derechos de la persona, que siguen siendo el fundamento y la base del ordenamiento político (CP arts 1º y 5º), intenta superar las limitaciones del individualismo egoísta propio del modelo del estado liberal clásico, en la medida en que reconoce la importancia del principio de solidaridad (CP art. 1º y 95). De por lado, estos elementos perfilan una cierta concepción del Estado, en el cual se reconoce un listado generoso de derechos de diversa índole y se diseñan una serie de garantías suficientes para su protección, lo que prefigura y distingue al modelo de Estado constitucional, que no sólo reconoce derechos sino que además establece mecanismos para su protección efectiva (CP art. 2º).

Como un desarrollo de estos postulados constitucionales, la Carta reconoce la institución de las acciones de grupo y por ello dichos principios básicos son importantes para definir los contornos y las particularidades del diseño constitucional de dichas acciones<sup>121</sup>.

40 De otra parte, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, el legislador atendiendo a esta particular características de las acciones, denominadas en el ámbito iberoamericano “Acciones Colectivas”, consagró los principios que regularían el trámite

<sup>121</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 569 del 8 de junio de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny.



de los procedimientos establecidos para las acciones populares y de grupo. En efecto, el artículo 5º de la ley 472 de 1998 prescribe:

“El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia.

(...)

“Promovida la acción, es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionable con destitución. Para este fin el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda”[Subrayado fuera del texto].

41 Con base en todo lo anterior, es claro que el juez que conoce de estas dos acciones colectivas no está atado a los principios que son exclusivos del proceso en el que se ventilan conflictos entre situaciones subjetivas, sino que está autorizado, justamente porque se vinculan intereses colectivos y plurisubjetivos o individuales homogéneos, como los califica el ordenamiento brasileiro; está autorizado, -decía- a buscar la economía procesal, la celeridad. Más aún, existe una manifestación precisa de la aplicación de estos principios, cuando se le autoriza a adecuar la petición a la acción que corresponda.

42 Es oportuno en este momento recordar que los primeros de estos intereses, los colectivos, son entendidos como aquellos que comparten una pluralidad de sujetos de manera indivisible; los segundos entendidos como intereses que comparten una pluralidad de individuos en forma divisible. Obsérvese que en los dos casos no estamos frente a simples intereses individuales, pues aún en el evento de los intereses individuales homogéneos, hay un componente colectivo que el juez no puede desconocer y que el legislador no desconoció puesto que cuando instauró los principios que regirían el trámite de las acciones colectivas, no distinguió que algunos fueran propios de la acción popular y otros propios de la acción de grupo.

43 Estas consideraciones fundamentan mi propuesta de que el juez que conoce de una acción de grupo, cuando observa que el daño que se reclama individualmente, tuvo origen a su vez en un daño causado a un interés colectivo, no tiene ninguna atadura que le impida declarar ese daño, y en caso que éste sea irreparable *in natura*, deberá ordenar la indemnización a favor de la colectividad. Más aún, el juzgador está autorizado para hacerlo, en virtud de los principios que inspiran estas acciones, y a los



mecanismos que siempre han existido al tratar la reparación como elemento del instituto de la responsabilidad, esto es, la reparación in natura (restaurar las cosas al estado anterior), la indemnización o compensación económica (pecuniaria), y la satisfacción. Debe quedar claro, que el régimen de responsabilidad del Estado en Colombia se encuentra inclinado más hacia el reconocimiento SÓLO de la indemnización pecuniaria (compensación económica) como único mecanismo para cumplir con el derecho a la reparación integral, lo que no es cierto dogmática y pragmáticamente, ya que sería como negar cualquier entidad jurídica a los otros dos mecanismos, con los que sí se lograría cumplir con la integralidad que demanda la reparación como derecho.

A lo que puede agregarse, que la operatividad de los diferentes mecanismos de reparación (reparación in natura, indemnización y satisfacción) debe corresponderse con la doctrina que busca la reparación integral, pero no la reparación ilimitada<sup>122</sup>, lo que ha sido una constante cuando se trata de reparar los perjuicios ocasionados como consecuencia de daños ambientales, ya que por su dimensión se exige utilizar no sólo la indemnización como mecanismo, sino que puede contarse con medidas que con carácter colectivo tengan la virtud de constituirse en una reparación in natura, o en una reparación por equivalente y de carácter colectivo, como la pedida en la demanda de reubicación, e incluso cabía el establecimiento de un "Fondo Especial" con el que se debía buscar que los recursos públicos fueran canalizados para mejorar las condiciones de vida, ambientales y sanitarias de los miembros del grupo afectado (o de los afectados), de manera que se atendiera no sólo la problemática actual, sino aquella que de manera continuada pueda persistir por la propia naturaleza de los daños ambientales, ya que muchos de sus efectos no se manifiestan temporal y espacialmente en un solo momento, y demandarán una atención a medio y largo plazo.

La reparación por equivalente, por ejemplo, es una forma subsidiaria de la reparación *in natura*, que siendo el principio básico de la reparación da paso a la búsqueda de elementos o medidas sustitutorias, cuando esta última no sea materialmente posible, o sea excesivamente costosa la indemnización. La equivalencia puede tener sustento colectivo y expresarse, por ejemplo, en el traslado o reubicación de comunidades que

<sup>122</sup> GIROD, Patrick, La réparation du dommage écologique, ob, cit, pp.264 y 265.



se encuentren fuertemente afectadas por los daños ambientales antijurídicos imputados. Sin duda, cuando se trata de perjuicios derivados de daños ambientales, y para cumplir con el mandato de la reparación integral, es necesario proceder a determinar una medida de reparación colectiva, ya que el reconocimiento sólo de perjuicios morales y de medidas de satisfacción puede no cumplir con la integralidad y dejar latente la necesidad de atender la problemática que exista aún como consecuencia de los hechos ocurridos el 27 de septiembre de 1997.

Se trata, pues, de cumplir cabalmente y respetar en toda su extensión el derecho a la reparación integral consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y de permitir que su repercusión no sea sólo de carácter indemnizatorio, sino que tuviera la capacidad de influir en las decisiones públicas y en la ejecución del presupuesto público, sin que se corra el riesgo de convertir la indemnización otorgada en una especie de herramienta de política que induzca al gobernante a aprovechar la coyuntura para invocar una suerte de política de solidaridad con un grupo de ciudadanos, a partir de una decisión judicial, como es lo que puede propiciarse con la sentencia de la Sala.

44 A despecho de la negativa que la mayoría de la Sala dio a la pretensión de una indemnización colectiva, esta misma Corporación en ocasión anterior, siguiendo los principios que iluminan las acciones populares y de grupo, ha tomado decisiones propias de las acciones populares en desarrollo de las acciones de grupo. Así ocurrió en sentencia del 18 de octubre de 2007, en una acción de grupo en la que se pretendía la indemnización del mismo Distrito Capital de Bogotá y de una empresa constructora, por los daños que habían sufrido un conjunto de casas, como consecuencia de haber sido levantadas en un terreno con riesgos geológicos que no se conjuraron con las medidas que la licencia de construcción había indicadado. En ese caso, además de condenar al pago de los perjuicios individuales, se protegió el interés colectivo, para lo cual se argumentó:

“Como antes se anotó, una realidad que caracteriza a los habitantes de la Urbanización Santa Rosa, es el grave peligro que estos detentan por continuar viviendo, en unas residencias, que por las condiciones del terreno donde se encuentran construidas, así como, por sus defectos estructurales, pueden caerse en cualquier momento, o dar lugar a averías aún más graves, que atenten contra su integridad física y seguridad.



Lo anterior demanda, sin duda alguna, una respuesta del Estado, que por las características actuales de la urbanización, así como por lo indicado en los dictámenes periciales, no puede ser otra que el adelantamiento de medidas orientadas a la reubicación de los habitantes afectados.

Surge sin embargo, el problema consistente en establecer si por vía de una acción de grupo, resulta viable adoptar órdenes a las autoridades competentes, para que estas adelanten medidas de este tipo.

El artículo 3 de la Ley 472 de 1998, establece que "la acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios". Como consecuencia de ello, se debe resolver la siguiente inquietud:

¿Es viable adoptar órdenes de hacer, en desarrollo del reconocimiento de la indemnización de perjuicios a víctimas de daños reconocidos en las acciones de grupo?

La Sala considera que este interrogante, debe resolverse de manera afirmativa, por las razones que pasa a exponer:

La acción de grupo de conformidad con su configuración constitucional y legal, puede resultar viable, cuando se afecten derechos o intereses individuales, pero también de índole colectiva. Perfectamente puede suceder que se produzca un daño a un grupo de personas, y que (en parte o por completo) la antijuridicidad de éste, se configure, con ocasión de la violación a derechos o intereses colectivos. Por ejemplo, en el caso tantas veces referido en esta sentencia, del medicamento defectuoso, se configuraría una violación, entre otras, al derecho de los consumidores y usuarios de servicios públicos, que al entender de nuestro ordenamiento jurídico detenta naturaleza colectiva.

La oportunidad de la acción de grupo frente a situaciones que comportan violación de derechos o intereses colectivos, trae como consecuencia que al momento de reparar el daño de manera integral, el juez deba atender medidas propias de estos derechos, que como se ha evidenciado en la evolución de las acciones populares, demanda, en muchas oportunidades, la necesaria adopción de medidas diferentes a la simple indemnización patrimonial del daño.

En el caso objeto de estudio, esta situación se hace evidente: De manera independiente a la configuración del daño, que como se ha indicado, no ha sido objeto de discusión en la segunda instancia de este proceso; con éste se produjo la violación a algunos derechos de tipo individual, como la propiedad privada<sup>123</sup>; pero también a algunos derechos de naturaleza colectiva, como "la seguridad pública" (literal g del artículo 4 de la Ley 472 de 1998) y "la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes" (literal m del artículo 4 de la Ley 472 de 1998).

Para la reparación de un daño que involucra estos derechos, como se observa, no resulta suficiente una condena patrimonial de indemnización de perjuicios; se hace necesario además, la adopción de medidas orientadas a mitigar sus efectos, como la adopción de órdenes de reubicación.

Algún sector de la doctrina especializada, ha llamado la atención a la comprensión en este sentido de la reparación integral del daño, en el marco de las acciones de grupo, no solamente por la advertencia presentada de los derechos o intereses colectivos que pueden verse involucrados, sino también por la connotación "extrapatrimonial" de algunos derechos de la víctima<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> Artículo 58 de la Constitución Política.

<sup>124</sup> JUAN CARLOS HENAO, ha llamado insistentemente la atención, en muchos de sus escritos, en la oportunidad y necesidad de concebir reparaciones de daño que superen connotaciones eminentemente patrimoniales, en el caso de las acciones de grupo. En un ensayo relativo, entre otros, a este tema, hace una crítica a la concepción de daño de DE CUPIS y con base en ello, presenta una propuesta conceptual, que permitiría reconocer sin asomo de dudas, este tipo de reconocimiento "extramatrimonial". "daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima". Tal definición supone, naturalmente, que el patrimonio se compone tanto de derechos patrimoniales como de los mal denominados "extramatrimoniales", y,



Leonardo Buitrago Quintero y otros c Distrito Capital de Bogotá  
 Expedientes 25000232600019990002 04 - 2000-00003-04  
 Acción de Grupo  
 Salvamento de voto

Lo anterior, para corroborar la idea, de que la “indemnización” de perjuicios que debe hacerse en el evento de que resulte procedente una acción de grupo, como la interpuesta en el caso objeto de análisis, no solamente debe concebirse con alcances patrimoniales, toda vez que, en algunos supuestos, se hace necesaria también la adopción de medidas (obligaciones de hacer), para efectos de lograr una reparación integral del daño causado.

En el presente caso, se verifica una efectiva violación, al menos, a los derechos o intereses colectivos antes referidos; y como consecuencia de ello, no se hace suficiente la indemnización patrimonial de los perjuicios causados, sino que se demanda también, la necesidad de adopción de algunos otros mecanismos. Por este motivo, en la parte resolutive de esta sentencia, la Sala ordenará al Distrito Capital de Bogotá, el adelantamiento de efectivas medidas, orientadas a la reubicación de los habitantes de la urbanización Santa Rosa, toda vez que al entender de los técnicos consultados en este proceso, la vida e integridad de estos corre peligro, si continúan viviendo allí.

Para efectos de mayor claridad en el razonamiento que llevará a la decisión indicada, vale la pena advertir que, si bien la parte actora en la demanda, alegó la violación de algunos derechos o intereses colectivos suyos, no hizo alusión expresa a la “seguridad” ni a “la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes”. Para la Sala, estos derechos o intereses colectivos, resultan más que violados, en virtud del análisis del trámite procesal y las pruebas pertinentes, antes referidas, que obran en el expediente, y su protección a través de las medidas que se imparten, estructuran a cabalidad el principio de la reparación integral en una diferente faceta a su tradicional acepción, en el sentido meramente económico, y por el contrario apunta en toda su esencia a la indemnidad misma en que deben quedar las víctimas y que constituye la ratio última de la reparación.

Como consecuencia de ello, y habida cuenta de la naturaleza constitucional que detenta la acción de grupo, y con la finalidad de proteger derechos o intereses colectivos que le han sido violados a la comunidad (actora), esta Sala, se insiste, ordenará al Distrito Capital la implementación de medidas orientadas a la reubicación de los habitantes de la urbanización objeto de análisis”<sup>125</sup>.

45 La posición de la Sala Plena de la Sección Tercera en la decisión que se acaba de transcribir es completamente coherente con los principios que guían la protección constitucional y legal de los intereses colectivos e individuales homogéneos, a través de las acciones populares y de grupo, respectivamente. No se entiende, entonces, por qué en el caso sub iudice, con un antecedente como el que se acaba de evocar, en el cual al mismo tiempo que se reconoce una indemnización de daños individuales

---

desde otro punto de vista, de derechos individuales como de colectivos. Esta definición permite concebir al ser humano en todas sus características esenciales, pues expresa tanto su faceta individual –no solo económica- como colectiva, que también le es propia.” “Con independencia de que se esté de acuerdo o no con nuestra posición, lo importante es que pretende dar realce a los derechos no pecuniarios, puesto que al aceptarlos como derechos inmersos en el patrimonio, se impide que la procedencia de su indemnización sea siquiera cuestionada.” *De tal derecho lesionado, tal acción.* En: V Jornadas de derecho constitucional y administrativo. Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2005. p.p 491-492.

<sup>125</sup> Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre 2007, exp. 25000-23-27-000-2001-00029-01, C. P. Enrique Gil Botero.



Leonardo Buitrago Quintero y otros c Distrito Capital de Bogotá  
Expedientes 25000232600019990002 04 - 2000-00003-04  
Acción de Grupo  
Salvamento de voto

también se tiene por probada una vulneración a un interés colectivo -el medio ambiente- la Sala no procedió de manera análoga.

Efectivamente, en la sentencia del 18 de octubre de 2007 no se tuvo reparo en que, pese a que no se había presentado solicitud de reubicación del grupo afectado, ni se había invocado el interés colectivo a los desarrollos urbanos, el Consejo de Estado *motu proprio*, y sin atender a la congruencia de la sentencia, dando en cambio prelación a la economía procesal y a la efectividad en la protección de los intereses colectivos, y sin atender tampoco a que la acción de grupo está caracterizada como una acción indemnizatoria; se procedió a imponer obligaciones de hacer como la reubicación.

46 En el caso sub lite resultaba más fácil otorgar la protección al interés colectivo. En efecto, no era necesario pasar por alto el principio de la congruencia de la sentencia, pues el demandante había solicitado la reparación del daño colectivo y la pretensión era justamente indemnizatoria; se trataba simplemente de que, en coherencia con el fallo que se acaba de comentar, se extendiera la función de esta acción colectiva a la protección del interés al medio ambiente.

47 Pero existe una razón de más, las reparaciones individuales nada hacen por la recuperación del medio ambiente, por ello, los dos tipos de indemnizaciones podrían haber concurrido, como ha sucedido en otras acciones de grupo, en las que junto con las indemnizaciones individuales se han impuesto obligaciones de hacer; en contravía de la norma de técnica procedimental que establece esta acción como exclusivamente indemnizatoria, tal vez sí; pero en sincronía con los principios constitucionales que inspiran las dos acciones colectivas con que cuenta el ordenamiento colombiano: las populares y las de grupo.

48 En la doctrina se sostiene que el "objeto de la obligación de reparación que nace después de establecerse la responsabilidad no se reduce únicamente a la reparación material (*restitutio in integrum*), o a la reparación equivalente, ni siquiera a simple compensación económica de los daños, sino que debe servir para la aplicación del principio de prevención, en la medida en que se trata orientar las actividades causantes



Leonardo Buitrago Quintero y otros c Distrito Capital de Bogotá  
 Expedientes 25000232600019990002 04 - 2000-00003-04  
 Acción de Grupo  
 Salvamento de voto

de lo daños por la senda del ajuste, de la actualización y de la aplicación de medidas que impidan la continuidad de los daños y perjuicios que se causan, como la posibilidad de que el perjuicio que se cause termine siendo irreparable<sup>126,127</sup>.

49 Desde la perspectiva del derecho comparado también se encuentran razones para que en una sentencia de acción de grupo, se impongan condenas para la indemnización de daños colectivos. Basta repasar la estructura de la regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, en esta norma que consagra las *class actions* en el ordenamiento Norteamericano, se establecen tres tipos de estas acciones, aunque como lo afirma Yeazell, estas tres subcategorías, denotan apenas dos tipos de *class actions*. Las *injuctions class actions* y las *damages classe actions*, es decir, las acciones de clase en las que se profieren sentencias declarativas, y acciones de clase cuyas sentencias contienen condenas al pago de perjuicios<sup>128</sup>. Sin duda alguna, de estos dos tipos de *class actions*, fue la segunda la que sirvió de fuente al legislador colombiano que consagró las acciones de grupo en el artículo 46 de la ley 472 de 1998. Ciertamente, de un cotejo de este artículo 46 y el artículo 23.b3, que consagra las *class actions for damages*, se encuentra su similaridad<sup>129</sup>.

Pues bien, desde el punto de vista del derecho comparado, se observa que estas *damages class actions*, han dado lugar a que jurisprudencialmente se vayan creando varios tipos de clases, conforme a lo que ha mostrado la práctica judicial en aquél país. Entre las tipologías se destacan las denominadas Clases fluidas, entendidas como aquellas en las que los miembros de la clase pueden cambiar dentro del transcurso del

<sup>126</sup> RÉMOND-GOUILLOUD, Martine, "Du préjudice écologique (A propos du naufrage de l'Exxon-Valdez)", en *Recueil Dalloz Sirey*, ob., cit., p.262

<sup>127</sup> BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la Administración pública por daños ecológicos y ambientales. Tesis de la obligación positiva, Tesis Doctoral dirigida por Luciano Parejo Alfonso y sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid (España), 2007.

<sup>128</sup> Sthepen C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation To the Modern Class Actions*, Yale Univesity Prees New Haven and London, 1987. Pág, 246

<sup>129</sup> El artículo 46 de la ley 472 prescribe: "Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas

La rule 23 en su aparte b3, que es el que consagra las *damages class actions*, prescribe que el juez podrá certificar una *class actions* de este tipo cuando: "El tribunal considera que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cualquier otra cuestión que afecte solamente a los miembros individuales, y que una acción de clase es preferible a otros métodos disponibles para la justa y eficaz resolución de la controversia....."



Leonardo Buitrago Quintero y otros c Distrito Capital de Bogotá  
 Expedientes 25000232600019990002 04 - 2000-00003-04  
 Acción de Grupo  
 Salvamento de voto

proceso o incluso después de finalizado éste, lo cual hace que sea más útil considerar la clase como un conjunto<sup>130</sup>.

La categoría de las clases fluidas, muestra cómo la indemnización colectiva no es ajena a las *class actions for damages*, en el ordenamiento en que tuvieron origen este tipo de acciones. Lo anterior a mi juicio constituye otro argumento de derecho comparado, que aunado a las razones expresadas anteriormente con base en el derecho patrio, justifican la posición que se defiende en este salvamento de voto, consistente en que debería haberse impuesto una condena tendiente a la indemnización del daño al interés colectivo al medio ambiente.

50 Ahora bien, la indemnización colectiva a la que a mi juicio ha debido condenarse, no podría haber tenido como receptor al representante del grupo ni a la entidad demandada que había resultado culpable de la vulneración al interés colectivo al medio ambiente. En efecto, sobre los legitimados para recibir esta indemnización colectiva, también esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse, y si bien en principio se sostuvo que la indemnización por el daño colectivo sólo procedía en los casos en los que la entidad demandada no fuera culpable,<sup>131</sup> atendiendo a lo previsto en el artículo 34 de la ley 472 que prescribe que la condena por el daño a un interés colectivo procederá "a favor de la entidad pública no culpable que lo tenga a su cargo"; esta posición evolucionó, y se dijo, que la indemnización, entendida como reparación por el equivalente pecuniario, procede también cuando la entidad demandada es la culpable de la lesión al interés colectivo, en esta última oportunidad se dijo:

"Para este efecto, vale la pena recordar que el titular de cualquier derecho o interés colectivo es la comunidad y no un sujeto público o privado en particular. En este sentido, la indemnización de perjuicios apenas mencionada, no hace alusión a un pago que deba hacerse a una entidad pública en su condición de perjudicada o afectada con la vulneración de estos derechos o intereses colectivos en estricto sentido.

La entidad pública beneficiada es tan solo un "instrumento" que prevé la ley para que, en ejercicio de su naturaleza jurídica y de sus funciones, reciba una indemnización en nombre de la comunidad, que debe ser invertida en acciones orientadas a contrarrestar o mitigar el daño producido con ocasión de la vulneración de los derechos o intereses colectivos"<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> Sobre las clases fluidas, Andrea Giussani, *Studi sulle class actions*, Milán, 1996. Pág. 271.

<sup>131</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. AP 182, C.P. Alier Hernández.

<sup>132</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2007, exp. AP 25000-32-35-000-2004-00992-01, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



51 Con base en las anteriores consideraciones, en ese fallo se decidió que el receptor de la indemnización fuese una entidad pública que cumplía funciones afines con la entidad demandada que había sido encontrada culpable de vulnerar el interés colectivo al medio ambiente.

Se trae a colación esta discusión, pues podría decirse que aún en el evento en que en la sentencia respecto de la cual salvo el voto parcialmente, se hubiese decidido indemnizar el daño colectivo, el mismo no era procedente, por cuanto la entidad demandada, Distrito Capital de Bogotá, fue la culpable del daño colectivo al medio ambiente; argumento que no sería de recibo, dado el antecedente jurisprudencial que se acaba de reseñar.

52 Ahora bien, a propósito de las indemnizaciones a derechos colectivos, existe un antecedente a nivel interamericano que es oportuno señalar aquí, toda vez que muestra una manera eficaz de resarcir los daños a este tipo de intereses. Se trata de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 17 de septiembre de 2005, en la que se condenó al Estado de Paraguay, a crear un Fondo destinado a la adquisición de tierras para la reubicación de una comunidad indígena que había sido desalojada de sus territorios ancestrales<sup>133</sup>. Esta forma de indemnización podría haber resultado bastante eficiente para la indemnización colectiva, pues se podría haber creado un fondo con destino a la reparación de los daños, o a la prevención de nuevos incidentes como los que generó el derrumbe presentado en el vertedero de basuras de "Doña Juana".

La propuesta de haber accedido a la reparación colectiva solicitada por los demandantes, y canalizarla mediante la utilización de un "Fondo" se encuentra dentro de la filosofía según la cual los "fondos colectivos de indemnización simbolizan" una tendencia marcada en el derecho internacional privado (con los Fondos de indemnización por contaminación con hidrocarburos, TOVALOP y CRYSTAL –

<sup>133</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 17 de septiembre de 2005, caso Yakie Axa vrs. Paraguay.. en la parte resolutive de este fallo se dispuso: "8. el Estado deberá crear un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a los miembros de la Comunidad indígena Yakie Axa, en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 218 de la misma".



Convención de París de 29 de julio de 1960, Convención de Bruselas de 31 de enero de 1963, por ejemplo), y cuyo objeto es permitir que se redistribuya eficazmente los recursos económicos que sean necesarios para atender medidas, que enmarcadas en la reparación, permitan en perspectiva colectiva reparar aquellos perjuicios que por su continuidad, complejidad, elevado costo y carácter difuso no pueden determinarse por la vía de la indemnización pecuniaria, o de las medidas de satisfacción simplemente.

53 Recapitulando, a mi juicio, se ha debido condenar a la reparación mediante el pago de una suma a título de indemnización colectiva, gestionada por cualquier entidad que a nivel del Distrito tuviese funciones de protección del medio ambiente, tendiente a mitigar o compensar el daño ambiental que se tuvo por probado y que inexplicablemente se dejó sin reparación.

En este sentido dejo presentado mi salvamento parcial de voto.

*Fecha ut supra*

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**