

Las acciones populares y el daño ambiental¹

Class actions and Environmental damage
As ações populares e o dano ambiental
Les actions populaires et le dommage environnemental

Julio Enrique González Villa²

Resumen

La jurisprudencia colombiana inexplicablemente ha suprimido la naturaleza indemnizatoria de las acciones populares, lo que contradice en forma clara lo dispuesto por la ley colombiana. De la misma manera, la jurisprudencia colombiana, también inexplicablemente, no permite que se pague a particulares daños consecutivos provenientes de un daño colectivo, lo que también permite la ley colombiana.

La jurisprudencia colombiana está desconociendo en forma flagrante la ley, lo que jurídicamente es imposible, salvo que la ley desconozca una norma constitucional y esto no ocurre en el caso de las acciones populares.

-
- 1 Este artículo se desarrolló como parte de un proyecto personal de investigación adelantando por el autor en el marco de su curso de Derecho Ambiental en la Universidad Pontificia Bolivariana.
 - 2 Doctor en Derecho Universidad Externado de Colombia; Magíster en Administración de la Universidad EAFIT; Especialista en Derecho Ambiental Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Comercial de la UPB; Profesor Titular de Derecho Ambiental y de Derecho Romano de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Este artículo fue recibido el día 6 de junio de 2012 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N°. 15 del 18 de septiembre de 2012.

Se está desconociendo el tenor del artículo 1005 del código civil colombiano, reconocido por la ley 472 de 1998 en su artículo 45, por lo que se está estropeando la ley sin razón.

Palabras clave: Acciones populares, daño ambiental, daño colectivo y jurisprudencia.

Abstract

The Colombian jurisprudence has inexplicably suppressed the compensatory nature of class actions, which clearly contradicts the provisions of Colombian law. Similarly, and also inexplicably, the Colombian Jurisprudence does not recognize individual damages that are a consequence of the collective damages, which the Colombian law actually allows. The Colombian jurisprudence is blatantly disregarding the law, which is legally impossible, unless the law neglects a constitutional norm, and this does not occur in the cases of class actions. It is ignoring the content of article 1005 of the Colombian Civil Code, which is recognized by article 45 of the Law 472 of the year 1998, and the law is being ruined without reason.

Keywords: Class actions, environmental damage, collective damage and jurisprudence.

Resumo

Jurisprudência colombiana, inexplicavelmente, suprimiu a natureza indenizatória das ações populares, o que contradiz claramente as disposições da lei colombiana. Da mesma forma, a jurisprudência colombiana, também inexplicavelmente, não permite que se pague a particulares danos consecutivos provenientes de um dano coletivo, o que também permite a lei colombiana. A jurisprudência colombiana está flagrantemente desrespeitando a lei, o que juridicamente é impossível, salvo que a lei desconheça uma norma constitucional e isso não ocorre no caso das ações populares. Está se desconhecendo o teor do artigo 1005 do código civil colombiano, reconhecido pela lei 472 de 1998 em seu artigo 45, pelo que se está sendo ferida sem razão.

Palavras-chave: Ações populares, dano ambiental, dano coletivo e jurisprudencial.

Résumé

La jurisprudence colombienne a supprimé de manière inexplicable la nature de l'indemnisation des actions populaires, ce qui contredit de manière claire ce qui est prévu par la loi colombienne. De la même manière, la jurisprudence colombienne, de façon aussi inexplicable, ne permet pas

le paiement aux particuliers des dommages consécutifs provenant d'un dommage collectif, ce qui est permis par la loi colombienne.

En ce sens, la jurisprudence *méconnaît de façon flagrante la loi*, ce qui est juridiquement impossible, sauf dans l'hypothèse où la loi méconnaît une norme constitutionnelle, et cela n'est pas possible dans le cas des actions populaires.

Il y a une méconnaissance de l'article 1005 du Code Civil colombien, reconnu par l'article 45 de la loi 472 de 1998, par conséquent, il y a une atteinte à la loi sans aucun fondement.

Mots clefs: Actions populaires, dommage environnemental, dommage collectif et jurisprudence.

Sumario

Introducción. Antecedentes. 1. Las acciones populares y las acciones posesorias. 2. Objeto de las acciones posesorias. 3. Objeto de la acción popular del artículo 1005 del Código Civil. 4. La acción popular y las indemnizaciones a particulares. 5. La prescripción en las acciones posesorias. 6. Las recompensas o compensaciones en la acción popular. a) La recompensa basada en el daño. b) La recompensa basada en la culpa o el dolo. 7. Las acciones populares de la Ley 472 de 1998. 8. Las decisiones judiciales. 9. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Las acciones populares cobraron inusitada vigencia con su constitucionalización en el artículo 88 de la Carta Política, a pesar de su consagración legislativa desde el siglo XIX en los artículos 1005, 2359 y 2360 del Código Civil, máxime por cuanto el medio ambiente es eje estructurante de la Constitución colombiana, llamada Constitución ecológica, y es a través de las acciones populares como se le defiende.

El problema estriba en decisiones judiciales que desconocen los alcances de las acciones populares al negarles el carácter de resarcitorias o indemnizatorias y la posibilidad de indemnizar a través de ellas daños o perjuicios particulares provenientes de un daño a un bien colectivo.

El presente artículo demuestra el origen y naturaleza de las acciones populares, cómo las mismas no fueron modificadas sino reforzadas por la Constitución y su carácter esencialmente indemnizatorio.

Antecedentes

Las sentencias T 254 de 1993, SU 067 de 1993, T 536 de 1994 de la Corte Constitucional colombiana son citadas por la Sentencia C 032 de 2003, también de la Corte Constitucional colombiana, para afirmar que las acciones populares no tienen carácter indemnizatorio. Estas sentencias desconocen manifiestamente la legislación colombiana, específicamente los artículos 1005, 2359 y 2360 del Código Civil; el artículo 8 de la Ley 9 de 1.989; el artículo 118 del decreto 2303 de 1989; el artículo 8 de la Ley 393 de 1997; el numeral 7 de los artículos 46 y 90 de la Ley 99 de 1993; y el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

1. Las acciones populares y las acciones posesorias

La Ley 472 de 1998, que reguló el procedimiento y trámite de las acciones populares en Colombia, por mandato del artículo 88 de la Constitución nacional, estableció en su artículo 45 que las acciones populares que ya habían sido consagradas en la legislación nacional antes de 1998 continuaban vigentes³.

3 *Así entonces, otras acciones populares existentes en nuestro ordenamiento, como las reguladas por el Código Civil, la ley de reforma urbana y el estatuto financiero, no desaparecen en la medida en que su trámite y procedimiento se debe sujetar a las normas generales previstas en esta ley y por tanto, no se oponen al ordenamiento constitucional, sino que por el contrario, se multiplican para formar un amplio conjunto de instrumentos de protección de los derechos de las personas y en particular, de la comunidad. De igual forma, es preciso manifestar que las acciones populares previstas en distintas legislaciones para la protección de los derechos colectivos, en la medida en que no violan el artículo 88 de la Constitución, ni se oponen a la ley 472 de 1998, encuadran dentro del ordenamiento jurídico y se convierten en mecanismos específicos aplicables a situaciones especiales que hacen efectiva la garantía del artículo 2o. de la Carta Fundamental. Por consiguiente, no prospera el cargo de inconstitucionalidad formulado en contra de esta disposición". (Corte Constitucional, 1999)*

Pues bien, nuestro Código Civil, que es copia del Código Civil chileno elaborado por el gran jurista y gramático don Andrés Bello, consagra las acciones populares en el artículo 1005, dentro del título de algunas acciones posesorias especiales: Título XIV del libro II de los Bienes. El Código Civil chileno tiene entonces en su artículo 948 idéntica redacción al artículo 1005 del Código Civil colombiano, dentro del mismo título de algunas acciones posesorias especiales: Título XIV del libro II de los Bienes, del Código Civil chileno.

Sea entonces lo primero destacar que las acciones populares se han clasificado desde el siglo XIX como acciones posesorias, esto es, acciones judiciales destinadas a proteger no la propiedad sino la posesión sobre algo, que según lo afirma el artículo 1005 del Código Civil es un bien de todos en el sentido que es un lugar de uso público, no es un bien fiscal ni particular. Los bienes de uso público son, como lo afirma Fernando Vélez (1983), "... aquellos que pueden usar todos los individuos- están a cargo de ciertos funcionarios o corporaciones públicas, quienes deben procurar que no sean usurpados, que se conserven en buen estado y que su uso se facilite a todas las personas" (p.626).

Sobre los bienes de uso público no hay propiedad, pero sí hay goce, disfrute, uso, por lo que se consideran un patrimonio común, no del Estado, pero sí administrado por el Estado. En razón de ello caben las acciones posesorias sobre estos bienes de uso público. Un bien de uso público en mal estado puede causar daño a cualquier persona que lo use, razón por la cual se amplía la legitimación en la causa.

Las acciones posesorias son interdictos que vienen del derecho romano, es decir, prohibiciones que dictaba el Pretor cuando alguien perturbaba una

posesión⁴. Se trata entonces de evitar los hechos por encima del derecho, que es lo que implica la perturbación a la posesión.

Como se trata de una protección a la posesión, la pretensión principal, si ya ha habido desposesión, es reintegrar, restituir, reponer; si no la ha habido, entonces se trata de mantener la posesión, por lo que en principio el proceso deber ser sumario y breve.

El derecho español de las Partidas y las Recopilaciones también incluyó los juicios posesorios, distinguiendo juicios sumarios y juicios plenarios, reservando los primeros a la conservación de la posesión actual y momentánea; y el juicio plenario cuando se disputaba la posesión permanente y perpetua (Claro Solar, 1992).

Pero el artículo 1005 del Código Civil colombiano está incluido, como el caso del Código Civil chileno (artículo 948), dentro del título denominado de algunas acciones posesorias especiales, porque en principio no hay lugar a entablar una acción posesoria sobre bienes de uso público (Claro Solar, 1992), que son los casos mencionados por el artículo 1005 del Código Civil.

Recordemos que los bienes de uso público no están en el comercio y no pueden ganarse por prescripción, y este es un requisito esencial para la procedencia de una acción posesoria, tal cual lo exige el artículo 973 del Código Civil colombiano, que es idéntico al artículo 917 del chileno. Sin embargo, a través de las acciones posesorias especiales se posibilitó la acción posesoria sobre bienes de uso público.

4 “Sin embargo, en la opinión de varios jurisconsultos no debía aplicarse el nombre de interdictos, hablando propiamente, sino a los prohibitorios, porque interdecir significa impedir, prohibir” (Justiniano, 1976, p.351).

Es prudente recordar, como lo dice el profesor Fernando Vélez, que las acciones posesorias especiales se diferencian sustancialmente de las acciones posesorias generales porque estas últimas se refieren a hechos directamente ejecutados en las cosas que poseemos, mientras que las especiales se refieren a obras ejecutadas en propiedad ajena, pero que perjudican la nuestra, por lo que es entonces explicable que la acción popular, que está dispuesta para proteger los bienes de uso público, que no son nuestros, esté dentro de las acciones posesorias especiales (Vélez Fernando, 1983).

Dice el profesor Luis Claro Solar que la acción popular del artículo 948 del Código Civil chileno (artículo 1005 del Código Civil colombiano), hecha para los bienes de uso público, aplica “a la querrela de amparo, o a la querrela de restitución o a la querrela de restablecimiento: ubi eadem est legis ratio ibi eadem est legis dispositio” (Claro Solar, 1992, p.590). Recordemos, siguiendo al profesor Claro Solar, que hay 3 tipos de acciones posesorias: para conservar la posesión, para recuperar la posesión y para obtener el restablecimiento de la posesión.

La querrela de conservación de la posesión y recuperación de la posesión está definida en el artículo 916 del Código Civil chileno que corresponde idénticamente al artículo 972 del Código Civil colombiano. La querrela de restablecimiento, que es la que se usa cuando hay despojo violento de la posesión o aun de la mera tenencia, está definida en el artículo 928 del Código Civil chileno, que corresponde al artículo 984 del Código Civil colombiano. Esta última es la que se conocía en el derecho canónico como la *actio spoli*.

Es fundamental hacer estos comentarios porque debe quedar claro que si las acciones posesorias tienen como objeto principal la recuperación de la posesión, esta involucra la restitución de la misma. Luis Claro Solar advierte que la conservación de la posesión corresponde a los *interdicta retinendae possessionis* y la recuperación de la posesión corresponde a los *interdicta recuperendae possessionis* (Claro Solar, 1992).

La restitución de la posesión involucra siempre indemnización de perjuicios. Precisamente el Código Civil colombiano en su artículo 977 establece como un derecho del poseedor perturbado en su posesión, el que se le indemnice de todo perjuicio que se le haya ocasionado.

2. Objeto de las acciones posesorias

El artículo 977 del Código Civil colombiano, idéntico al artículo 921 del Código Civil chileno, establece los fines de las acciones posesorias, tanto las que tienen por objeto conservar la posesión, como las que tienen por objeto recuperar la posesión (Claro Solar, 1992).

El artículo 982 del Código Civil colombiano, idéntico al 926 del Código Civil chileno, repite, en cuanto a acciones posesorias destinadas a recuperar la posesión, que quien injustamente ha sido privado de la posesión tiene derecho a pedir que se le restituya con indemnización de perjuicios. De manera que es propio de una acción posesoria, si se han causado perjuicios, que se cobren los mismos a través de ella.

3. Objeto de la acción popular del artículo 1005 del Código Civil

El artículo 1005 del Código Civil colombiano es idéntico al artículo 948 del Código Civil chileno, como ya lo dijimos. Esta es una acción análoga a las acciones posesorias que tienen los poseedores, pero con respecto a los bienes nacionales de uso público (Claro Solar, 1992). Estos bienes de uso público son los que “están destinados al servicio de todos y cada uno de los habitantes, de lo que se desprende que hay interés inmediato de cualquiera persona del pueblo en que esos bienes se mantengan para el fin a que fueron

destinados”, según cita que de la Corte Suprema de Chile hacen Alessandri y Somarriva (1957, p.952).

Menciona el profesor Luis Claro Solar en su obra (1992) que el proyecto de Código Civil chileno de 1853 traía varios artículos que después fueron sintetizados en el artículo 948 (1005 del Código Civil colombiano):

El art 1084 decía: “El derecho que tiene el dueño de una finca para denunciar las obras nuevas que le perjudican o embarazan el goce de ella, lo tiene toda persona para denunciar las que se construyan en el suelo público, o que menoscaben o embaracen el uso lícito de las cosas públicas, como calles, plazas, caminos, puentes, muelle, etc. Las Municipalidades son obligadas a denunciarlas”, el art. 1093 decía: La Municipalidad y cualquiera persona del pueblo podrá intentar la querrela de que se trata en los tres artículos precedentes (de obra ruinosas), siempre que del mal estado del edificio puede seguirse daño, no sólo a los vecinos, sino a los transeúntes. La misma querrela, y con los mismos efectos, podrá ser intentada por cualquier persona particular, siempre que del mal estado de tal edificio pudiere resultar daño a las cosas de uso público, como calles, caminos, etc., el art. 1100 decía: Lo mismo se extiende a las obras de que resulta daño público, y tendrán el derecho de querrellarse las Municipalidades respectivas y aun cualquiera persona del pueblo, aunque sean antiguas las construcciones o labores que produzcan el daño (torciendo la dirección de las aguas corrientes)”. En lugar de esta reiterada referencia a la acción municipal o a la acción popular, se estimó preferible reconocer en una sola disposición general el derecho que dichas corporaciones y toda persona del pueblo tienen para instaurar las querellas que tengan por objeto mantener expeditos el uso y goce de los bienes nacionales de uso público en el fin a que están destinados, a la vez que atender a la seguridad de los que transitan por ellos y que las obras ruinosas o las construcciones y labores hechas por particulares pudieran comprometer, haciéndose la declaración expresa de que se reconocía a las Municipalidades y a cualquiera persona del pueblo los mismos derechos concedidos a los dueños de las heredades o edificios privados y se les otorgaban, por lo mismo, las mismas acciones posesorias otorgadas a éstos. (p.590)

Afirma el profesor Luis Claro Solar que esa disposición, que aglutinó los 3 artículos mencionados y que se sintetizó en el artículo 948 del Código Civil chileno, “no se viola si se la aplica a la querrela de amparo, o a la querrela de restitución o a la querrela de restablecimiento: *Ubi eadem est legis ratio ibi eadem est legis dispositio*” (1992, p.590).

Va quedando entonces absolutamente claro que la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil colombiano es resarcitoria, en el sentido de que es una acción posesoria en la cual, si se demuestra que la perturbación a esa posesión ocasionó perjuicios, éstos deben ser resarcidos.

Dice el artículo 1005 del CC colombiano que:

La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

Se pregunta el profesor Luis Claro Solar que si al afirmar este artículo que la acción popular es para la seguridad de los que transitan por los caminos, plazas u otros lugares de uso público, está exigiendo este supuesto, y a renglón seguido categóricamente advierte que no es así, que esta acción no está limitada a la seguridad de los transeúntes, pues limitarla a ello, es decir, “exigir como condición para el ejercicio de la acción popular” el que la seguridad de los transeúntes esté comprometida y en peligro, importaría restringir considerablemente la disposición y haría inútil la expresión, “a favor de los caminos, plazas y otros lugares de uso público, pues la acción popular no sería ya a favor de estos bienes, como lo es a favor de las heredades o edificios privados la acción posesoria de sus dueños” (1992, p.591).

Aclara Luis Claro Solar, que de haberse querido restringir la acción popular a garantizar la seguridad de los que transitan o usan los bienes de uso público y no a estos bienes en particular, se hubiera dicho así: “La

Municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá, para la seguridad de los que transitan por los caminos, plazas y otros lugares de uso público, los derechos...” (1992, p.592). Con esta redacción, continúa afirmando Claro Solar, sí estaría limitada la acción popular a garantizar la seguridad de los transeúntes y no habría sido a favor de los caminos, plazas y otros lugares de uso público.

Siguiendo a Claro Solar en este aspecto mencionado están los autores Alessandri y Somarriva, para lo cual citan a la Corte Suprema de Chile (Sentencia del 28 de julio de 1921, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 21, sección primera, pág. 37), donde se explica

que la frase incidental “y para la seguridad de los que transitan por ellos” no limita la acción popular sólo en beneficio de los transeúntes, sino que establece que, además de poder ejercitarse en beneficio general, o sea, a favor de los caminos, plazas y demás lugares de uso público, puede hacerse valer en pro de los que transitan por ellos, cuando, por ejemplo, los vecinos, sin apropiárselas, pusieren entorpecimientos u obstáculos en las vías públicas. (1957, p.952)

Es decir, el objeto de la acción popular es la protección de los bienes de uso público, no es garantizar la seguridad de quienes usan esos bienes de carácter público, pero también sirve y es su fin, adicionalmente, beneficiar a quienes usan de esos bienes de uso público y consecuentemente, si se afectó la seguridad de quienes los usan, y hay daño, deben servir para indemnizarlos.

4. La acción popular y las indemnizaciones a particulares

Algo más importante que todo lo afirmado en los párrafos precedentes es la cita que hace el profesor Luis Claro Solar de una sentencia del 28 de julio

de 1921 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 21, seg. parte. Secc. Prim., pag 43), donde el Tribunal citado por dicho profesor (Corte Suprema de Chile), afirma, refiriéndose al artículo 948 del Código Civil chileno (1005 del Código Civil colombiano), cuando consagra que el fallo puede ordenar o demoler, o enmendar o resarcir un daño:

que esta interpretación se pone más de manifiesto en el segundo inciso del mismo artículo cuando dice que “si a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción o de resarcirse un daño sufrido”, lo que indica **que el inciso primero se ha colocado en dos situaciones, una de interés general y otra en favor de un transeúnte que ha sufrido un daño.** (Claro Solar, 1992, p.592)

En forma clara la Corte Suprema de Chile advierte que dentro de una acción popular puede indemnizarse un daño ocasionado a un particular.

Luego, cuando se hace la lectura del artículo 1007 del Código Civil colombiano, al determinar los términos de caducidad de la acción popular, y establecer un término especial de un año cuando a través de una acción popular se pretende una indemnización, de la misma manera que Claro Solar, el profesor Fernando Vélez dice que la indemnización que consagra el artículo 1007 del Código Civil colombiano hace referencia es “...al derecho de exigir que se paguen los perjuicios causados por una de esas obras” (la obra nueva o la obra vieja de los incisos 2 a 4 del artículo).

Si por ejemplo, una nueva que se manda suspender (art. 987) o una vieja que se manda destruir (arts. 990 y 991), han causado algún daño, quien lo haya recibido sólo tiene un año contado desde que se causó el daño, para establecer el juicio de indemnización. Si deja transcurrir ese término, el dueño de la obra podrá alegar prescripción contra cualquier clase de acción en que se le demande el pago del daño (arts. 2358, 2542, etc.). (Vélez, 1983, p.629)

También entonces Fernando Vélez advierte que dentro de las acciones populares se puede resarcir un daño ocasionado a un particular, pues en este caso el particular dispone solo de un año para pedir la indemnización.

Siendo totalmente coherentes con lo expuesto por los autores Claro Solar y Fernando Vélez, también los autores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva dicen en su obra de derecho civil, sobre la acción popular:

Concepto. Acciones populares son las acciones que se reconocen a cualquier persona para la defensa de un interés público, y sobre todo a aquellas que, por el hecho que lo contraviene, también han sufrido o pueden sufrir un daño en su interés privado. (Alessandri y Somarriva, 1957, p.951)

Al hacer la distinción entre dos situaciones muy diferentes en las cuales se puede hacer uso de la acción popular, como son, el interponerlas para defender un bien de uso público, o el de interponerlas para obtener el resarcimiento de un perjuicio cuando la perturbación o embarazo de un bien de uso público ha causado un daño particular a alguien que lo usó, se debe afirmar con toda propiedad que la acción popular tiene como fin principal pagar los daños subsiguientes o subsecuentes a los daños ambientales puros.

El daño ambiental puro es aquel desmedro al ambiente, aquella pérdida de valor, con ocasión de alguna conducta o hecho que lo demeritó. Ejemplo de ello es la contaminación del aire, del agua o del suelo, con ocasión del aporte de desechos o sustancias que se les arrojaron por encima de los límites o niveles o concentraciones tolerados por las diferentes normas.

El daño ambiental subsecuente o subsiguiente es aquel daño ocasionado a una persona en particular con ocasión de un daño ambiental puro. Ejemplo de ello sería el daño en la salud con ocasión de una contaminación en las aguas o en el aire (Henao, 2000).

5. La prescripción en las acciones posesorias

Hacemos alusión a la prescripción en las acciones populares porque ese término de prescripción estaba consagrado cuando dentro de las acciones populares se pedía una indemnización, que es el tema central de este artículo.

La Ley 472 de 1998 que desarrolló el artículo 88 de la Constitución nacional de Colombia, la cual consagra que las acciones populares son aquellas destinadas a proteger los derechos colectivos, como lo es el medio ambiente, había decidido ampliar el término de prescripción de las acciones populares de un año a 5 años cuando por medio de ellas se buscaba una indemnización.

Decía el artículo 11 de la Ley 472 de 1998:

Caducidad. La Acción Popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo. Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración.

Mediante la Sentencia C 215 de 1999 la Corte Constitucional de Colombia declaró inexecutable el término de prescripción de 5 años que consagró el artículo 11 de la ley 472 de 1998, que a su vez había modificado el artículo 1007 del Código Civil colombiano que tenía establecido una prescripción de un año.

En la Sentencia C 215 de 1999, la Corte Constitucional dijo:

... en cuanto establece un plazo de cinco (5) años para instaurarla, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración

de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos.

Mientras subsista la vulneración a un derecho o interés colectivo y exista la posibilidad de volver las cosas al estado anterior para hacer cesar esa violación, cualquiera de los miembros del grupo social debe tener la oportunidad de acudir a la justicia, para obtener esa protección. De igual manera, la conducta de quienes han actuado en perjuicio de intereses y derechos colectivos no puede quedarse sin sanción.(p.32 de 76 del Fallo)

En nuestro concepto la Corte Constitucional en su fallo C 215 de 1999 incurre en un monumental error al declarar inexecutable la caducidad de los 5 años que se tenía para iniciar una acción judicial popular tendiente a restituir las cosas al estado anterior, pues en el tema ambiental, esto siempre es posible aunque no se logre la restitución natural completa. Piénsese, por ejemplo, en el daño ocasionado al denominado Salto del Tequendama, lugar de visita constante e inmemorial desde la época de la Colonia y que ya no lo es, por la construcción de una presa (La del Muña) que desvía las aguas del río Bogotá y no les permite caer en forma constante y majestuosamente por el cauce original. Esta presa fue construida alrededor de 1930. Es posible restituir el salto del Tequendama acabando con la represa del Muña, de manera que el río Bogotá no se represe y continúe por su antiguo cauce. Con la inexecutable decretada podría incoarse una acción popular que pretenda que el río recobre su cauce con su caudal y se obtenga la indemnización de los daños causados al paisaje, y al río, durante más de 80 años que ha durado la afectación.

Asimismo se podría hacer con cualquier tipo de daño ambiental que se haya ocasionado aunque se haya realizado hace más de 20 años, lo que se convertiría en una aventura.

Es natural, como lo establecía el Código Civil colombiano y chileno y lo consagraba la Ley 472 de 1998, que las acciones populares que tiendan a prevenir un daño no prescriban, pero permitir que las llamadas a resarcir un

daño (restituir) no prescriban es abrir una tronera que dará lugar a la inseguridad jurídica más terrible en la historia del derecho. Muy especialmente si hemos demostrado con lo expuesto por los doctrinantes Luis Claro Solar, Fernando Vélez, Arturo Alessandri y Manuel Somarriva y con lo expuesto por la Corte Suprema de Chile, que cabe la acción popular para pedir dentro de ella la indemnización de daños ocasionados a particulares con ocasión de la vulneración a bienes colectivos o de uso público.

El artículo 976 del Código Civil colombiano, que es idéntico al artículo 920 del Código Civil chileno, establece para las acciones posesorias como término de prescripción el de 1 año contado desde al acto de molestia o embarazo, para conservar la posesión; para recuperar la posesión, 1 año, contado desde que el poseedor anterior la perdió.

El artículo 950 del Código Civil chileno, que es igual al artículo 1007 del Código Civil colombiano, advierte que si se usa la acción posesoria especial, dentro de la cual está la acción popular, para buscar la indemnización de un daño, esta prescribe siempre al cabo del año desde que principió o desde que se realizó el hecho que la motiva, pero que si se trata solamente de evitar un daño, esta no prescribe mientras haya justo motivo de temer el daño (Vélez, 1983).

Advierte el artículo 994 del Código Civil colombiano, idéntico al artículo 937 del Código Civil chileno, al regular las acciones posesorias especiales relacionadas con la construcción de obras hidráulicas en los cauces de las aguas corrientes, que a la acción posesoria se podría excepcionar por el querellado la adquisición del derecho real a una servidumbre por el paso del tiempo. Sin embargo, el artículo 2519 del Código Civil colombiano es claro en afirmar que los bienes de uso público, como las corrientes de aguas (artículo 667 del Código Civil colombiano) y sus cauces, no son prescriptibles en ningún caso. Al respecto dice el profesor Fernando Vélez: “El derecho de hacer destruir una obra nueva que embarace el uso de un bien público, no debe prescribir,

puesto que esta clase de bienes es imprescriptible (art. 2519), y lo accesorio debe seguir la regla de lo principal” (Vélez, 1983, p.629).

El artículo 994 del Código Civil colombiano en su parte final dice que ninguna prescripción se podrá alegar cuando esas obras hidráulicas corrompan el aire (ambiente) por causar expedición de gases, u olores, o la presencia de insectos molestos, pues estas situaciones corrompen el mismo y afectan la salud y el bienestar de las personas (Claro Solar, 1992).

El profesor don Fernando Vélez dice que el objeto de esta prohibición de ganar por prescripción el derecho a obstaculizar las aguas por el paso del tiempo, es porque la preservación de la salud pública prima sobre todo derecho, por lo que puede decirse

que no es aceptable la prescripción para constituir derechos respecto de las aguas, cuando esos derechos alteren las disposiciones de orden público o del Derecho público interno a que está sometido el uso de las aguas que sean un bien público. (Vélez, 1983, p.611).

Precisamente la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia SU 067 de 1993 dijo que la acción del artículo 994 del Código Civil colombiano era una típica acción popular:

Pero además, el artículo 994 del Código Civil, en concordancia con los artículos 988 y 993 del mismo estatuto, establece la denominada acción judicial o de querrela contra obra nueva o antigua que puede ser ejercitada, sin que medie prescripción alguna por el que tema que una obra ya hecha corrompe el aire y lo hace conocidamente dañoso. Esta es una típica Acción Popular que está prevista en la ley para la protección del ambiente como derecho colectivo.

La Ley 472 de 1998 que desarrolló el artículo 88 de la Constitución política de Colombia, que a su vez había elevado a rango constitucional

las normas ya existentes de que la acción popular era el camino idóneo de protección del ambiente, estableció un tiempo de prescripción más amplio que el que establecía el Código Civil.

El Código Civil, como ya lo vimos, determinó en el artículo 1007 que el término de prescripción de una acción posesoria para tratar de obtener una indemnización por la existencia de un daño proveniente de la perturbación era de 1 año. La Ley 472 de 1998 en su artículo 11 estableció como término de caducidad para entablar una acción popular restitutoria un término de 5 años, es decir, amplió el término en 4 años más.

Hay que volver a recordar, como ya lo dijimos, que toda restitución, que implica volver las cosas al estado anterior a la perturbación, como expresamente lo determina el artículo 11 de la Ley 472 de 1998: “Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior...”, conlleva indemnización de perjuicios.

Los artículos 977 y 982 del Código Civil colombiano establecen como derechos del poseedor perturbado la indemnización correspondiente por el daño que la perturbación le ocasionó.

El Digesto de Justiniano recuerda esto: “81. Paulo; Comentarios a Plaucio. Libro X. Cuando diga el Pretor ‘que se restituya la obra hecha’, **el demandado debe corregir también por el daño causado**, pues el término restitución comprende toda la utilidad del demandante”⁵.

22. Gayo; Comentarios al Edicto provincial, Libro IV. En la restitución se comprende más que en la exhibición; porque “exhibir” es poner presente la cosa, y “restituir” es hacer también a uno poseedor, y

5 Paulus. Libro X. Ad Plautium. Quum Praetor dicat, ut opus factum “restituatur” etiam damnum datum actor consequi debet; nam verbo “restitutionis” omnis utilitas actoris “continetur” (Digesto; Libro L; Título XVI. De la Significación de las Palabras.)

devolver los frutos, y además en la palabra restitución se comprenden muchas otras cosas⁶.

6. Las recompensas o compensaciones en la acción popular

Es importante hacer mención de las recompensas establecidas por la ley para quienes triunfen en sus pretensiones dentro de una acción popular porque la recompensa está fundada y se tasa con base en la indemnización que se logre demostrar o con base en el valor de la obra que haya que realizar.

El artículo 1005 del Código Civil colombiano, al igual que el 948 del Código Civil chileno, del cual ya dijimos que era copia textual, establece a favor de quien instaura y triunfa en una acción popular, dos tipos de compensaciones, en razón de que se trata de bienes de uso público, pues todas las personas que los usan se beneficiarán de los mismos si estos se mantienen en buen estado. Una recompensa basada en el daño y una compensación basada en la culpa o dolo.

El objeto de las dos compensaciones previstas en el artículo 1005 del Código Civil colombiano es “fomentar la defensa de los bienes de uso público” (Vélez, 1983, p.627).

Estas dos compensaciones son particulares para quienes salgan a la defensa de los bienes de uso público a través de una acción popular, por lo que se aplica esta norma del artículo 1005 del Código Civil con preferencia a lo que

6 Gaius. Libro IV. Ad Edictum provinciale. Plus est in restitutione, quam in exhibitione; nam “exhibere” est, praesentiam corporis praeberi, “restituere” est, etiam possessorem facere, fructusque reddere, pleraque praetaere restitutionis verbo continentur.” (Digesto; Libro I; Título XVI).

establece el artículo 2360 del Código Civil colombiano. Este artículo 2360 del Código Civil consagra que el actor en una acción popular tiene derecho a que la paguen todo el tiempo y la diligencia que empleó cuando la acción salió airosa. Fernando Vélez dice que las compensaciones del artículo 1005 del Código Civil se aplican por ser especiales, frente a las del artículo 2360 que aunque también es para acciones populares, no son para la defensa de los bienes de uso público, por lo que sería una regla general (Vélez, 1983).

Las recompensas establecidas en el artículo 1005 del Código Civil están vigentes, pues no fueron derogadas por la Ley que derogó el incentivo consagrado en el artículo 39 de la ley 472 de 1998. Este artículo 39 de la ley 472 de 1998 no había derogado el artículo 1005 del Código Civil.

a. La recompensa basada en el daño

Establece el artículo 1005 del Código Civil colombiano una recompensa a favor de quien salga vencedor en una acción popular que haya interpuesto a favor de algún bien que sea de uso público o a favor de un bien particular que se haya afectado con ocasión de un daño a un bien de uso público.

Decimos que la recompensa está fundada en el daño, porque el artículo 1005 habla de que la misma se basa en el costo de la demolición de algo que afecta el uso público, o de la enmienda o reparación de algún bien que no está en buen estado y que afecta ese uso público, o de la indemnización que haya que pagar porque se dañó ese bien de uso público o se dañó a alguien o al patrimonio de alguien que usaba ese bien de uso público y que por su mal estado le ocasionó ese otro daño a quien lo usaba.

Entonces, si algo tiene que ser demolido, es porque una obra civil estorba o afecta el uso público de ese bien destinado a ese uso, y mientras la obra exista el bien público destinado al uso público tiene un menor valor, y eso es un daño. De la misma manera, si una obra civil tiene que ser enmen-

dada o reparada es porque está en mal estado y ese mal estado entorpece o afecta o impide el uso del bien de uso público, por lo que este bien pierde valor y eso es daño. Y siguiendo con el mismo razonamiento, si hay que pagar una indemnización es porque hubo un daño o sobre el bien de uso público que perdió valor o a favor de quien usaba ese bien de uso público y no lo pudo volver a usar, o lo usó, y se afectó por ese mal estado, por lo que recibió un daño.

En conclusión, si se establece en el proceso de acción popular en defensa de los bienes de uso público, que hay una obra que tiene que ser demolida, o reparada, o hay que pagar una indemnización, es porque hay un daño, pues ese bien de uso público perdió valor desde el momento en que la obra requiere demolición, o enmienda o reparación, o porque hay una indemnización a favor de alguien afectado por el uso deprimido del bien de uso público.

Como tiene que haber una erogación que tiene que demostrarse dentro del proceso para demoler la obra, para enmendar o reparar la obra o para pagar la indemnización, tiene que demostrarse el valor de la erogación o valor del daño; tiene que demostrarse que esa obra civil está en mal estado y que el bien de uso público perdió valor en razón de esa obra civil o en razón de cualquier otra cosa que afectó su valor y establecer el nexo causal entre esos daños y esas causas. ¿Y quién tiene que demostrar todo aquello? El actor popular a través de un arduo proceso de daños, donde muy seguramente hay que acudir a expertos para determinar valores de los daños y el nexo causal. La carga probatoria es entonces compleja, y dudoso el resultado del proceso.

Son las razones expuestas las que validan el que el Código Civil colombiano determine que si en una acción popular en defensa de un bien de uso público se prospera y hay lugar a una condena donde se determine daños que impliquen obligaciones de hacer o de dar para demoler, enmendar o

resarcir, debe compensarse a quien en nombre de todos ha asumido esa carga procesal y va a dedicar sus energías, tiempo, dinero para pagar abogados, costos del proceso (sobre todo dictámenes periciales).

La recompensa del actor vencedor en la acción popular la establecerá el Juez, discrecionalmente, que no es lo mismo que caprichosamente, pues debe considerar la proporcionalidad y los fines de la normas. Deberá considerar el fallador en el actor el tiempo invertido, la carga probatoria, lo complejo de las pruebas, el costo de las pruebas, la atención del proceso, la asistencia a cada una de las etapas del proceso, los recursos interpuestos, la calidad de los recursos, la vigilancia del proceso, la contestación de la demanda, los litisconsortes, las excepciones planteadas, las nulidades, los incidentes, la habilidad, el conocimiento, etc...

Una vez considerado todo lo anterior determinará una suma que no baje de la décima parte ni exceda de la tercera parte de la condena basada en el valor de las obras que obliga a demoler, o a reparar, o a la indemnización o resarcimiento de perjuicios que obliga a pagar.

b. La recompensa basada en la culpa o el dolo

El artículo 1005 del Código Civil colombiano establece otro tipo de recompensa para el actor vencedor en una acción popular: la recompensa basada en el dolo o la culpa.

Dice textualmente el artículo 1005 del Código Civil: "...sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad".

Expresa al respecto el profesor Fernando Vélez:

Si el dueño de la obra tiene que pagar una pena pecuniaria, o sea, una multa, porque haya habido delito o culpa en los daños causados por su obra, de esa multa se da la mitad al denunciante. Deducido lo que corresponda a éste, según lo dicho, lo que sobre será para la entidad política respectiva. La regla del inciso 2 del artículo 1005, que acabamos de expresar con palabras distintas a las de la ley, es de preferente aplicación al artículo 2360 que comprende una regla general. (Vélez, 1983, p.627)

Consagra el artículo 1005 del Código Civil colombiano la posibilidad de que el Juez de una causa civil, para el caso de las acciones populares, pueda castigar la conducta dañosa cuando la misma fue realizada con culpa o con dolo. La finalidad de esta figura es la de castigo sin límite para que se evite en el futuro este tipo de conductas. Se trata pues de una pena ejemplarizante. Esta figura es utilizada comúnmente en el derecho anglosajón y se le denomina “daños punitivos” (García y Herrera, 2003).

Existe pues en Colombia la figura de los daños punitivos cuando se trata de defender el medio ambiente en razón de su consagración en la parte final del artículo 1005 del Código Civil.

7. Las acciones populares de la Ley 472 de 1998

Las acciones populares fueron nuevamente reglamentadas en la Ley 472 de 1998, para darles mayor fluidez, para hacerlas más expeditas, ya que la Constitución nacional de 1991 en su artículo 88 había establecido que la defensa o protección del medio ambiente como derecho colectivo que era debía hacerse a través de la acción popular.

Es fundamental volver a recordar que las acciones populares nunca han cambiado de naturaleza, que simplemente, dada su nueva consagración en la Constitución nacional, y el mandato establecido en ese artículo 88 de

que la Ley hiciera una nueva regulación, hizo obligatorio la expedición de la Ley 472 de 1998.

La Ley 472 de 1998 no modificó la naturaleza de las acciones populares, solo estableció un nuevo camino procedimental. Antes de la expedición de la Ley 472 de 1998 las acciones populares del artículo 1005 el Código Civil se tramitaban por el proceso verbal sumario al estar dentro de las acciones posesorias especiales, en única instancia (Art 435 del CPC # 6), o según otras interpretaciones por el proceso abreviado por tratarse de acciones posesorias donde habría reconocimiento de indemnizaciones (Interdictos para recuperar o conservar la posesión, y el reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar. numeral 2 del Art 408 del CPC). El anterior artículo 414 (Decreto 1400 de 1970) numeral 8 del CPC establecía que se tramitaría y decidirían en proceso abreviado, cualquiera fuese su cuantía, esto es por la naturaleza del asunto, los procesos posesorios indicados en el título XIV del Libro II del Código Civil y el reconocimiento de indemnizaciones a que hubiere lugar.

Es claro entonces su carácter indemnizatorio: Al respecto dice Juan Carlos Henao:

“En su estructura, dicha acción es una acción de responsabilidad civil, puesto que requiere de la existencia de un daño, de la imputación del mismo, y del deber de repararlo. A pesar de que, al igual que la acción de tutela, es una acción básicamente preventiva, con la diferencia de que protege derechos colectivos y no constitucionales fundamentales, lo importante en nuestro tema es observar que trasciende la mera prevención para poder llegar a ser indemnizatoria. En efecto, para restituir las cosas al estado anterior, a más de las medidas cautelares (art. 25), la sentencia “podrá contener una orden de hacer o de no hacer” y, más importante aún bajo nuestra perspectiva, “condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para

volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible” (art 34). En lo que toca con los daños a los recursos naturales, además de las facultades anteriores, “el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización”. La regulación legislativa descrita supone que la acción popular tiene por objeto prevenir daños (evitar o hacer cesar el peligro de...), pero también repararlos intentando restituir las cosas a su estado anterior. Son las dos facetas de la acción, en donde ambas tienen en común la protección del derecho colectivo y por tanto su reparación...Las órdenes de hacer o no hacer o las de indemnizar son las condenas que puede decretar el juez para prevenir o reparar el daño causado. Mediante la primera usa las facultades preventivas de la acción y mediante la segunda las reparatoras o indemnizatorias” (Henaó, 2000, p.193)

En el mismo sentido anterior, la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C 215 de 1999, recogiendo lo afirmado por los constituyentes Eduardo Verano de la Rosa, Guillermo Perry y Horacio Serpa Uribe en el proyecto 62, afirmó que la acción popular era una acción de daños:

Es claro entonces, que el propósito del constituyente del 91 fue el de extender el campo tradicional de esta clase de acciones, con miras a avanzar, tal y como se expuso en la Asamblea Nacional Constituyente, hacia “un paso fundamental en el desarrollo de un nuevo derecho solidario, que responda a nuevos fenómenos de la sociedad **como es el daño ambiental...**” (el resaltado es nuestro).

Como complemento de la naturaleza indemnizatoria de las acciones populares, recuerdo las siguientes disposiciones:

El artículo 1005 del Código Civil:

Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costas del querellado, con una suma que

no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad”.

El artículo 1007 del Código Civil: “Las acciones concedidas en este título para la indemnización de un daño sufrido, prescriben para siempre al cabo de un año completo. Las dirigidas a precaver un daño no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo”.

El artículo 8 de la ley 9 de 1989 que desarrolla la reforma urbana, y que no ha sido modificado por la Ley 388 de 1997 (llamada de ordenamiento territorial), dice que el medio ambiente debe ser defendido a través de la acción popular del artículo 1005 del Código Civil y que esta acción debía tramitarse como lo establecía el antiguo artículo 414 del CPC (Del decreto 1400 de 1970) numeral 8, que decía que se tramitaría por el proceso abreviado “los posesorios indicados en el título XIV del Libro segundo del Código Civil y el reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar”. En este título estaba el art. 1005 del Código Civil.

El Decreto 2303 de 1989 que crea y organiza la jurisdicción agraria, en su artículo 118 estableció que la acción popular del artículo 1005 del Código Civil es una acción para proteger el ambiente rural y los recursos naturales renovables que hacen parte de aquel

... especialmente en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1973. Esta acción se podrá ejercer en cualquier tiempo y estará encaminada a conseguir la prevención del daño, su reparación física o su resarcimiento, o más de uno de estos objetivos.

El artículo 8 de la Ley 393 de 1997 que reglamentó las acciones de cumplimiento al regular la procedibilidad de la acción determinó que la acción de cumplimiento “también procederá para el cumplimiento de normas con

fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho”.

El artículo 46 de la ley 99 de 1993 establece qué rubros constituyen el patrimonio y las rentas de las Corporaciones Autónomas Regionales, y en su numeral 7 estableció que lo constituyen: “El 50% de las indemnizaciones, distintas a la recompensa que beneficiará en su totalidad al actor, impuestas en desarrollo de los procesos instaurados en ejercicio de las acciones populares de que trata el artículo 88 de la Constitución Política”.

El artículo 90 de la Ley 99 de 1993 que establece cómo se nutre el Fondo Nacional Ambiental, determinando que los recursos financieros tendrán origen en las siguientes fuentes: “7. El 50% del monto de las indemnizaciones impuestas y recaudadas como consecuencia de las acciones instauradas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución Nacional, por daños ocasionados al medio ambiente...”

Acabamos de señalar 7 normas que en forma expresa determinan que las acciones populares son indemnizatorias, además de lo expreso que así lo determina el artículo 34 de la misma Ley 472 de 1998, cuando dice que “la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá (...) condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo...”

Es de una claridad meridiana tal, que no se admite ninguna discusión que diga lo contrario, en el sentido de que la acción popular de naturaleza ambiental tiene una finalidad reparatoria o indemnizatoria además de la finalidad preventiva.

8. Las decisiones judiciales

Conforme a lo explicado en los capítulos anteriores, es incomprensible que la Corte Constitucional Colombiana en algunas sentencias haya establecido que las acciones populares no pueden buscar el resarcimiento de daños, particularmente en las sentencias C 032 de 2003 y en la SU 067 de 1993.

En la Sentencia C 032 del 2003, la Corte Constitucional dijo:

4. En numerosas oportunidades, esta Corte ha estudiado la naturaleza de estas acciones constitucionales destinadas a proteger los derechos colectivos y los intereses difusos⁷. Y específicamente esta Corporación ha destacado que la acción popular tiene una naturaleza pública y preventiva, por lo que no tiene una vocación indemnizatoria, ya que no pretende reparar un daño sino proteger a las personas en el goce del derecho colectivo. Así, la sentencia C-215 de 1999, MP Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano, luego de estudiar en detalle las características de esta acción, señaló al respecto:

*“Ahora bien, otra característica esencial de las **acciones populares** es su naturaleza **preventiva**, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño.*

La carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo (...).

7 Ver, entre otras, las sentencias C-875 de 2002, C-215 de 1999, T-536 de 1994 y T-254 de 1993

*De igual manera, dichos mecanismos buscan el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivos, por lo que también tienen un carácter **restitutorio**, que se debe resaltar.*

Finalmente, hay que observar que estas acciones tienen una estructura especial que la diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial”.

5. Los demandantes aciertan entonces en señalar que la acción popular prevista por el artículo 88 de la carta tiene una finalidad preventiva y no indemnizatoria, a diferencia de la acción de grupo, que tiene, ella sí, una vocación indemnizatoria, pues pretende la reparación de un daño consumado. Por ello esta Corte ha señalado que *“la diferencia sustancial entre la acción popular y la de grupo es que la primera pretende la protección de los derechos e intereses colectivos, mientras que la segunda persigue la reparación de un perjuicio por un daño común ocasionado a un número plural de personas”*⁸.

Una de las premisas de la demanda es entonces acertada, pues la acción popular prevista por el artículo 88 superior es preventiva, por lo que, en principio, no puede ser utilizada para obtener la indemnización de un daño.

Sea lo primero comentar que esta Sentencia es muy cuestionable, como paso a demostrar:

En primer lugar, dice que esta Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre la naturaleza de las acciones populares: “...esta Corte ha estudiado la naturaleza de estas acciones constitucionales destinadas a proteger los derechos colectivos y los intereses difusos”. Y menciona

8 Sentencia C-215 de 1999, MP Martha Victoria Sáchica de Moncaleano

como prueba de ello las siguientes sentencias: C-875 de 2002, C-215 de 1999, T-536 de 1994 y T-254 de 1993.

Pues bien, respecto a la Sentencia C 875 del 2002 que resuelve la constitucionalidad de los artículos 45, 48 y 137 de la Ley 600 del 2000 (Código de Procedimiento Penal), el único artículo que hace mención de las acciones populares es el 45 que define que el actor popular estará beneficiado del amparo de pobreza dentro de la acción penal. La Corte declara exequible ese artículo pero no hace ningún análisis de las acciones populares, por lo que es una sentencia en la que no hay pronunciamiento alguno que sirva de base a la sentencia cuestionada. Entonces no es cierto que en esta sentencia exista ya un pronunciamiento sobre la naturaleza de las acciones populares.

La Sentencia de Tutela T- 536 de 1994, revisó unas sentencias relacionadas con una denuncia penal interpuesta por Fundepúblico por una presunta celebración indebida de contratos entre ISA y Prevel y HMS Global Corporation para ofrecer energía eléctrica con unas barcazas y atender la crisis provocada por el apagón del año 92. Dentro de ese proceso, Fundepúblico se hizo parte como actor popular. En ese fallo la Corte sí se refiere a las acciones populares y advierte que en principio son esencialmente preventivas por lo que no podrían usarse para resarcir los daños contingentes, y se soporta en la Sentencia SU 067 de 1993:

Las acciones populares consignadas en el inciso 1o del artículo 88 de la Carta Política, jurisprudencialmente son conocidas como acciones populares con fines concretos, pues aunque estén encaminadas al patrocinio y defensa de los derechos e intereses de la comunidad, **no pueden utilizarse, en principio, para resarcir de manera individual o plural el daño contingente**, que pueda causar la acción u omisión de la autoridad pública o del particular, **dado el carácter esencialmente preventivo que las inspiran**, como lo ha interpretado esta misma Sala de Revisión” (el resaltado es nuestro).

Pero curiosamente, en la misma sentencia, la Corte dice que dentro de esas acciones sí pueden haber indemnizaciones colectivas:

Es de anotar que **los beneficiados con la indemnización colectiva** no son sólo las personas que se han hecho parte en el proceso, sino todas aquéllas **que han sido perjudicadas con el hecho ilícito y que por lo tanto resultan favorecidas con dicha indemnización**, según se deduce del inciso 2o del artículo 56 del C.P.P., pues la norma no distingue entre interesados que se han hecho parte en el proceso y los que no han concurrido al mismo. Por lo tanto, **entre todos los lesionados por el hecho punible que afecte un derecho colectivo se debe distribuir la indemnización colectiva**, cuyo monto total corresponde al fondo que debe ser conformado y administrado por el Defensor del Pueblo” (el resaltado es nuestro).

Se trata entonces la T 536 de 1994 de una sentencia contradictoria, pues dice inicialmente que en principio no son las acciones populares el mecanismo para pretender una indemnización y luego afirma que sí. En esta sentencia no se dice perentoriamente que las acciones populares no son indemnizatorias. Todo lo contrario, dice que sí lo son.

La Sentencia T 254 de 1993, de junio 30 de 1993, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonel, haciendo Sala con Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, se refiere a la contaminación del río Palo en inmediaciones de Puerto Tejada en el Valle del Cauca por omisión de las autoridades y presunta responsabilidad de las empresas Propal e Ingenio La Cabaña por sus vertimientos a ese río. Cabe observar que al momento de elaborarse este fallo aún no había sido expedida la Ley 472 de 1998, pero sí existía el artículo 88 de la Constitución nacional y existían las acciones populares consagradas en el Código Civil, en la Ley 9 de 1989, etc...

En esta sentencia T 254 de 1993, la Corte Constitucional recuerda que las acciones populares están consagradas en normas como el art 1005 y el 2359 del Código Civil, la Ley 9 de 1989 (artículo 8), el decreto 2303 de 1989 (artículo 118), y lo que hace la Constitución es elevarlas a canon constitucional.

Afirma la Corte categóricamente, al inicio, que estas acciones son indemnizatorias. En el numeral 2.1.2 de las consideraciones que llama Las Acciones populares, dice:

Como una novedad el Constituyente de 1991, elevó a canon constitucional las acciones populares, que hasta entonces apenas habían alcanzado una consagración legal, a nivel primero del Código Civil (arts. 1.005 y 2.359), y luego en diferentes normas sobre materias también diferentes, como en la ley 9a. de 1989 sobre reforma urbana (art.8o.) o en el decreto-ley 2.303 de 1989, con el cual se creó y organizó la Jurisdicción Agraria (art. 118). A propósito de esta norma, se debe destacar la circunstancia de que con élla (sic) se institucionalizó la acción popular para la preservación del ambiente rural y los recursos naturales renovables, como una garantía permanente **encaminada a lograr la prevención del daño, su reparación física o el resarcimiento de los perjuicios**. Eso quiere decir que la ley delimitó los contenidos de este derecho colectivo y consagró la vía judicial adecuada mediante la cual uno cualquiera de los afectados, **puede acudir al aparato judicial en demanda del restablecimiento de las condiciones naturales del ecosistema y de la consiguiente reparación de los daños ocasionados a la comunidad damnificada**” (el resaltado es nuestro).

Hasta aquí el análisis que la Corte hace de los fines y naturaleza de la acción popular existente dentro de la legislación es impecable. Está admitiendo explícitamente que las acciones populares están destinadas a la reparación, o al resarcimiento de perjuicios o a la prevención del daño, es decir, que son 3 los fines de la acción popular, y está admitiendo, que es lo más importante, que si la comunidad sale afectada por un daño colectivo, como lo es el daño al ambiente, esta tiene derecho a exigir la reparación de esos daños a través de la acción popular.

Pero luego elabora la Corte Constitucional el numeral 2.1.3 que llama El Contenido de las Acciones Populares, y dice:

La Carta Política consagró dos especies de acciones populares, claramente diferenciables: la primera, que corresponde al inciso 1 del art. 88, es jurisprudencialmente conocida como “acción popular con fines concretos”, y otorga a una o varias personas dentro de una comunidad, legitimación activa para defender los derechos e intereses de la totalidad de dicha comunidad; la segunda, incorporada en el inciso segundo de la misma disposición, y reconocida como “acción popular de grupo o de clase”, legitima a su turno, a cualquier miembro de un grupo definido de personas, para exigir la reparación económica por un perjuicio (daño) ocasionado a los individuos del grupo afectado.

La fantasía constitucional le dijo a la Corte Constitucional que existían en los dos primeros incisos del artículo 88 de la Constitución nacional ¡dos acciones populares! ¿De dónde sacó eso la Corte Constitucional? El primer inciso del artículo 88 constitucional es el único que consagra las acciones populares para defender los derechos colectivos, como el ambiente. El segundo inciso consagra otras acciones muy diferentes que no son para defender o proteger los derechos colectivos, sino para proteger los intereses individuales de más de 20 personas, que son las llamadas de grupo de clase.

Esta desafortunada sentencia T 254 de 1993 afirmó luego:

2.1.4 Las acciones populares con fines concretos. Sobre estas acciones concurren particularidades que las identifican y distinguen. a. **Carecen de un contenido resarcitorio en principio, pues la ley eventualmente podría igualmente darle un contenido indemnizatorio**, es decir, que si bien están enderezadas a lograr la protección de intereses y derechos comunes, **no pueden ejercerse para obtener la reparación individual o colectiva de los daños ocasionados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares** (el resaltado es nuestro).

Más adelante la Corte Constitucional dijo:

2.3.2. Acciones populares de clase o de grupo. El inciso segundo del artículo 88 de la Carta **consignó un segundo tipo de acciones populares denominadas de “clase o de grupo”**, inspiradas en la necesidad de proteger los derechos de un gran número de personas perjudicadas por una misma causa, mediante las cuales es posible que un interesado pueda demandar el resarcimiento de perjuicios por la totalidad de los miembros del grupo afectado. **Mientras que la primera forma de acciones populares (de contenido específico) carece de propósito indemnizatorio y su objetivo esencial es fundamentalmente preventivo, estas otras (de clase o grupo), tienen un objetivo reparador y, por lo mismo, un efecto indudablemente económico** (el resaltado es nuestro).

Volvamos a recordar que las únicas acciones populares que estaban vigentes cuando se dictó esta sentencia T 254 de 1993 eran las del artículo 1005 del Código Civil, que es a la que se refieren la Ley 9 de 1989 en su artículo 8 y el decreto 2303 de 1989 en su artículo 118, como lo reconoció expresamente esta misma sentencia. Y sí hay algún artículo claro que advierte que las acciones populares son esencialmente resarcitorias, es decir, que tienen un claro contenido indemnizatorio, es el artículo 1005 del Código Civil:

... Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, **o de resarcirse un daño sufrido**, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, **o el resarcimiento del daño...**”

Sorprende también la contrariedad expresa dentro de la Sentencia T 254 de 1993 ya demostrada, pues comienza acertadamente afirmando que la acción popular es indemnizatoria y después empieza a afirmar, sin base legal alguna, que existe una “acción popular con fines concretos”, y que ésta no es indemnizatoria.

La Sentencia T 254 de 1993 se fundamentó en la Sentencia SU 067 de 1993, a la cual se remitió cuando dijo en las consideraciones que hizo

sobre el contenido de las acciones populares en el numeral 2.1.3: “La Corte Constitucional definió la naturaleza de las acciones populares, al igual que sus características y los bienes jurídicos que protege”. Y se remitió cuando dijo esto a la Sentencia SU 067 de 1993.

Es necesario entonces estudiar la Sentencia SU 067 de 1993. Esta sentencia es de febrero 24 de 1993 y fue llevada a Sala Plena, después de un previo debate en la Sala de Revisión en asunto de Tutela integrada por los magistrados Simón Rodríguez Rodríguez, Jaime Sanín Greiffenstein y Fabio Morón Díaz.

Los hechos objeto de esta sentencia tienen que ver con las fumigaciones con glifosato ordenadas por el Gobierno a través del Consejo Nacional de Estupefacientes para acabar con los cultivos ilícitos de amapola. Esta acción de Tutela se adelantó ante el Juzgado 79 de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá y fue instaurada por el M19 (Alianza Democrática M -19) mediante el señor Gerardo Ardila.

En concepto del accionante, estas fumigaciones con glifosato amenazaban el ambiente sano, ponían en peligro sitios de gran valor ecológico y destruían los ecosistemas.

La Corte Constitucional en la Sentencia 067 de 1993 expresó que el artículo 88 de la Constitución nacional había innovado con el concepto de acciones populares con fines concretos y con las acciones de grupo. Acierta la Corte al decir que se innovó con las acciones de grupo o de clase, pero no acierta al advertir que las acciones populares eran una innovación, salvo si se considera que la Constitución expresó que estas acciones eran las adecuadas para proteger los derechos colectivos relacionados con el patrimonio y la moral administrativa, pues estos dos conceptos son nuevos a los ya existentes sobre espacio, seguridad, salubridad pública y libre competencia económica.

Expresó la Corte Constitucional que las acciones populares eran de dos clases: las acciones populares con fines abstractos, que eran las relacionadas con las acciones de nulidad o inconstitucionalidad dirigidas contra actos administrativos o legislativos, y por otro lado las acciones populares con fines concretos.

A continuación la Corte Constitucional dice acertadamente que las acciones populares con fines concretos están diseñadas para defender los derechos colectivos y que las acciones de grupo o de clase están diseñadas “para proteger todo tipo de derechos que resulten “dañados” en un grupo amplio de personas.” Obsérvese que la Corte distingue hasta ahora esas dos acciones: la una para defender derechos colectivos (la popular), la otra para defender todo tipo de derechos (la de grupo).

Pero luego la Corte Constitucional afirma:

También se desprende de lo anterior que **las acciones populares** aunque se enderecen a la protección y amparo judicial de estos concretos intereses y derechos colectivos, **no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos; para estos últimos fines el constituyente erigió el instituto de las acciones de grupo o de clase y conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual la Acción de Tutela....Por su finalidad pública se repite, las Acciones Populares no tienen un contenido subjetivo o individual, ni pecuniario** y no pueden erigirse sobre la preexistencia de un daño que se quiera reparar... (el resaltado es nuestro).

Con todo el respeto que nos merece la Corte Constitucional, me parece que el párrafo anterior llega a unas conclusiones sin razonamiento alguno previo. Me explico: concluye la Corte que la acción popular no puede perseguir una reparación de daños, sea a alguna o a varias personas, porque para

esas pretensiones de daños dizque la Constitución creó las acciones de grupo y conservó las acciones ordinarias, y consagró la tutela. Pero dice la Corte que llega a esa conclusión porque “también se desprende de lo anterior”. Y cuando se va a estudiar los dos párrafos anteriores que es lo que hay antes de lo aseverado, todo dentro del numeral 6 de las consideraciones que hace la Corte, solo dice que las acciones populares son instituciones procesales para proteger los derechos colectivos. Entonces si esa consideración previa es verdad, que la acción popular es el instrumento procesal de defensa de los derechos colectivos, no se puede concluir que de allí se desprende que no puede perseguir reparaciones subjetivas o plurales.

De las consideraciones expresadas por la Corte Constitucional en la Sentencia 067 de 1993 se pueden hacer los siguientes análisis:

Es absolutamente cierto que las acciones populares son un instrumento procesal único para la defensa y protección de los derechos colectivos, dentro de los cuales el medio ambiente goza de especial importancia.

Es absolutamente cierto que no es necesario que exista un daño previo para iniciar una acción popular, pues cuando se trata de bienes colectivos, lo ideal es evitar que este se produzca ante cualquier amenaza de vulneración. Tengo que recordar que el artículo 1005 del Código Civil, acción popular por excelencia, está dentro de las llamadas acciones posesorias, y según el artículo 972 del Código Civil colombiano uno de los objetos de las acciones posesorias es conservar la posesión, no siempre es recuperar la posesión, por ende no siempre hay un daño sino una amenaza de daño.

Pero de la conclusión de que no se requiere que haya daño para que una acción popular prospere, no se puede concluir que la acción popular es exclusivamente preventiva. ¡No! Es preventiva, sí, pero también es resarcitoria, pues al igual que las acciones posesorias, cuando con la perturbación

se ocasionó un daño, hay que repararlo. Me remito a todo lo que expliqué y transcribí de los grandes tratadistas Luis Claro Solar, Fernando Vélez, Alessandri y Somarriva, en apartes anteriores. Vuelvo a insistir en lo que rezan los artículos del Código Civil colombiano: 977, 982, 988, 990, 991, 993, 997, 1003, 1005 y 1007. Todos los anteriores artículos establecen perjuicios dentro de las acciones posesorias y las acciones populares que están dentro de aquellas.

Tampoco se puede admitir que dizque existen unas acciones ordinarias o especializadas, que son las únicas a través de las cuales se puede pretender indemnizaciones. Esta afirmación anterior sirve para sustentar el famoso argumento *ab absurdo*, pues envuelve su propia destrucción: ¿Qué es una acción ordinaria? Una acción ordinaria es la que no es especializada, eso es todo. La acción especializada para proteger el medio ambiente es la acción popular.

Conclusiones

Las decisiones de los jueces no pueden contravenir una norma jurídica, salvo que la misma violente un precepto constitucional, llámese norma explícita o valor constitucional.

En materia ambiental hemos demostrado que existen distintas disposiciones normativas que consagran explícitamente el carácter indemnizatorio de las acciones populares y que ese carácter no puede ser desconocido por las Cortes en sus fallos.

Es fundamental resaltar que las acciones populares están consagradas en el Código Civil y que estas no han sido derogadas, salvo que su trámite procesal se rige por la ley 472 de 1998, léase bien: solo su trámite procesal.

Es importante reconocer que las acciones populares para defender los bienes de uso público, como el ambiente, hacen parte de las llamadas acciones posesorias especiales.

Por disposición expresa de las normas civiles, las acciones populares pretenden el pago de indemnizaciones si con las perturbaciones se ocasionaron daños a terceros y estos pueden cobrarlas a través de esa figura.

Las decisiones de las Cortes colombianas en materia de acciones populares han sido políticas, pues han pretendido desestimular las acciones populares, y esto es claramente violatorio de la Constitución política.

Los objetivos principales en una acción popular de naturaleza ambiental son: prevenir el daño ambiental haciendo cesar cualquier amenaza; restituir las cosas al estado anterior si ya ha existido daño, lo que siempre involucra una indemnización al bien dañado y a favor de la autoridad que lo tenga a su cargo; y pagar las indemnizaciones o perjuicios correspondientes a quienes los sufrieron con motivo de ese daño al medio ambiente.

Referencias

- Alessandri, A., y Somarriva, M. (1957). *Curso de derecho civil*. (Tomo II). De los Bienes. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.
- Claro Solar, L. (1992). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Volumen IV. De los Bienes. Bogotá: Editorial Temis S.A. y Editorial Jurídica de Chile.
- García, L., y Herrera, M. El concepto de los daños punitivos o punitive damages. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 5, (001), 211-229.
- Henao, J. (2000). *Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental; responsabilidad por daños al medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Justiniano. (1976). *Instituciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Vélez, F. (1983). *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. Tomo III. Bogotá: Ediciones Lex Ltda.