



# TENDENCIAS DEL DERECHO DE DAÑOS

**Compiladores**

**Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez, Mg.**

**Adriana Patricia Arboleda López, Ph.D.**

**Diana María Ramírez Carvajal, Ph.D.**

**Editor**

**Jovany Sepúlveda Aguirre, Mg.**



**Red Interinstitucional**  
— Derecho Procesal y Justicia —



# TENDENCIAS DEL DERECHO DE DAÑOS

## Compiladores

**Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez, Mg.**

Vicerrector General – Sede Medellín  
Corporación Universitaria Americana

**Adriana Patricia Arboleda López, Ph. D.**

Directora Centro de Conciliación  
Docente Investigadora – Sede Medellín  
Corporación Universitaria Americana

**Diana María Ramírez Carvajal, Ph. D.**

Directora Red Internacional Derecho Procesal y Justicia

## Editor

**Jovany Sepúlveda Aguirre, Mg.**

Director Editorial y de Publicaciones – Sede Medellín

Libro resultado de investigación a partir de la actividad colaborativa entre los grupos de investigación y las instituciones participantes en la Red interinstitucional Derecho Procesal y Justicia.



340.11  
C822

Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. (2019). Tendencias del derecho de daños. Camilo Echeverri Gutiérrez; Adriana Arboleda López; Diana Ramírez (Comps.). Sello Editorial Coruniamericana.

330 páginas: 16X23 cm.  
ISBN: 978-958-5512-67-2

1.Derecho – 2. Justicia – 3. Prueba – 4. Daño – 5. Problemas procesales

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AMERICANA-CO /SPA /RDA  
SCDD 21 /CUTTER – SANBORN.

---

Corporación Universitaria Americana©  
Sello Editorial Coruniamericana©  
ISBN: 978-958-5512-67-2

### **Corporación Universitaria Americana**

Presidente  
Jaime Enrique Muñoz

Rectora Nacional  
Alba Lucía Corredor Gómez

Rector Sede Medellín  
Albert Corredor Gómez

Vicerrector General Sede Medellín  
Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez

Vicerrector Académico Sede Medellín  
Arturo Hernán Arenas Fernández

Vicerrector de Investigación Sede Medellín  
Luis Fernando Garcés Giraldo

Director de Publicaciones Sede Medellín  
Jovany Sepulveda Aguirre

Sello Editorial Coruniamericana  
selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

Diagramación y carátula:  
Luisa Fernanda Rojas Arango

Corrección de texto: Infolio. Corrección de Textos/[infoliotextos.com](mailto:infoliotextos.com)

1ª edición: septiembre de 2019

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana. Se da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.



# CONTENIDO

		Pag
	<b>Introducción</b>	<b>8</b>
	<i>Diana María Ramírez Carvajal</i>	
	<b>Prológo</b>	<b>10</b>
	<i>Mario Eugenio Chaumet</i>	
<b>01</b>	<b>Los acrecimientos en la liquidación de perjuicios del lucro cesante a víctimas indirectas en la responsabilidad civil y del Estado</b>	<b>17</b>
	<i>Diego Alexander Betancur Espinosa</i> <i>Saúl Uribe García</i>	
<b>02</b>	<b>La función punitiva y preventiva del daño en el derecho argentino</b>	<b>49</b>
	<i>Marcelo Jorge López Mesa</i>	
<b>03</b>	<b>El daño moral en los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia</b>	<b>75</b>
	<i>Adriana Patricia Arboleda López</i> <i>Leidy Catalina Acosta Agudelo</i> <i>Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez</i> <i>J. Eduardo Murillo Bocanegra</i>	
<b>04</b>	<b>La culpa patronal y su condición indemnizatoria</b>	<b>91</b>
	<i>José Mauricio Arredondo del Río</i>	
<b>05</b>	<b>La necesidad del peritaje psicológico como prueba del daño extrapatrimonial dentro del proceso judicial</b>	<b>105</b>
	<i>Ana María Calderón Pérez</i> <i>Diego Alexander Betancur Espinosa</i>	

# CONTENIDO

**06** Prácticas restaurativas y lenguajes simbólicos **127**

*Paula Andrea Pérez Reyes  
Éddison David Castrillón García*

**07** Las dinámicas contemporáneas del proceso colectivo y la responsabilidad civil **155**

*Andrea A. Meroi*

**08** Daños ambientales: problemas procesales **179**

*Lorenzo M. Bujosa Vadell*

**09** Daño medioambiental y la carga de la prueba en la ley procesal ambiental brasileña **199**

*Celso Antonio Pacheco Fiorillo  
Renata Marques Ferreira*

**10** La reparación integral y el daño a la salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano **229**

*Angy Plata Álvarez*

**11** Responsabilidad del Estado por omisión en regulación: el caso de los productos transgénicos en Colombia **253**

*Lorena Isabel Rivera Montoya  
Camilo Andrés Garzón Correa*

**12** La prueba, el proceso y el derecho de daños: algunas perspectivas complejas **297**

*Diana María Ramírez Carvajal*

# Introducción

Hablar sobre las nuevas tendencias del Derecho de daños puede ser un tanto presuntuoso, porque el solo concepto del Derecho de daños ya es una tendencia contemporánea en las discusiones jurídicas, cuyo inicio probablemente tenga relación directa con nuevos derechos, como los colectivos y de nuevos intereses, como los difusos, donde establecer la culpa de un sujeto responsable no es tan claro como en el proceso ordinario de partes simples.

En esta perspectiva del Derecho de daños, se pretende procesar la antijuridicidad del daño y no de la conducta dañina. Es por esto, que se afirma con decisión que el derecho de daños propicia:

Un cambio de protagonista, importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca. El protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que –todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado–. Así lo relevante hoy no es la antijuridicidad (a veces inexistente) de la conducta que causa el daño, sino la antijuridicidad del daño mismo. Y por es que, cabe hablar de un (relativamente nuevo) principio general del Derecho que podría formularse como el favor víctima<sup>1</sup>.

El Derecho de daños, con estos presupuestos, propone un cambio profundo al proceso tradicional de responsabilidad civil y, por ello, es tan importante que la academia haga múltiples esfuerzos, como este texto, por clarificar en el mundo real de los despachos judiciales cómo se puede aplicar desde la antijuridicidad del daño, de manera que se obtenga una tutela judicial efectiva, seria, eficiente, eficaz y verídica. Sobre todo, una decisión basada en verdad, como fundamento de la justicia de la decisión de los jueces, esto es con claridad probatoria.

En esta perspectiva, la Red para el estudio del proceso y la justicia, aborda sendas discusiones con importantes académicos internacionales y nacionales, académicos y miembros del poder judicial, para precisar algunos conceptos a favor de procesos más racionales. Todo ello, dado que el Derecho de daños pretende alcanzar una “función preventiva y de reparación de daños, a través de la puesta en marcha de otros mecanismos no indemnizatorios basados en la prohibición o inhibición de actividades, al modo de la injunction del Derecho inglés, que poco o

---

<sup>1</sup> Llamas, Eugenio. (2010). *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid: La ley. p. 45.

nada tienen que ver con la responsabilidad civil, si bien se mira”<sup>1</sup>.

El lector que se acerca a esta lectura encontrará reflexiones diversas, pero bien articuladas a través de las cuatro mesas de discusión así:

- Sobre la responsabilidad y daño en el proceso judicial, se encuentran trabajos que abordan una visión general y profunda sobre la función punitiva y preventiva del daño en el derecho, la culpa patronal y su condición indemnizatoria, pero también reflexiones sobre la responsabilidad del Estado y en otra perspectiva, el daño moral en los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia.
- En cuanto a la prueba del daño y su cuantificación, se presentaron trabajos generales como la prueba, el proceso y el derecho de daños; la necesidad del peritaje psicológico como prueba del daño extra patrimonial; pero también un trabajo específico sobre los acrecimientos en la liquidación de perjuicios del lucro cesante a víctimas indirectas en la responsabilidad civil y del Estado.
- Sobre el tema de indemnización y reparación integral, se presentan discusiones en perspectiva de la Corte Interamericana, también sobre la reparación integral y el daño a la salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y la responsabilidad del Estado por omisión en regulación, por el caso de los productos transgénicos en Colombia. Es de resaltar el trabajo en perspectiva de no repetición, como las prácticas restaurativas y los lenguajes simbólicos.
- Por último, sobre los dilemas del derecho ambiental, se encuentran textos como las dinámicas contemporáneas del proceso colectivo y la responsabilidad civil, los daños ambientales, problemas procesales y, el daño ambiental y la carga de la prueba en la ley procesal ambiental.

Este será un texto de reflexión para todos los públicos, resta decir que este es el primero de una serie de escritos de reflexión que, sobre el Derecho de daños en perspectiva procesal y probatoria, se hará en diversos contextos y seminarios.

**Diana María Ramírez Carvajal, Ph. D.**

**Coordinadora Red Interinstitucional para el estudio del Derecho Procesal  
y la Justicia**

---

<sup>1</sup> Llamas, Eugenio. (2010). *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid. La ley. p. 39.

# Prólogo

En las últimas décadas, los profundos y acelerados cambios que impactan en todos los ámbitos culturales se evidencian en el derecho de daños. Asuntos que exceden generosamente el concepto clásico de responsabilidad civil van adquiriendo una dimensión claramente interdisciplinaria.

En un contexto de consumismo, masificación, globalización, fenómenos tan heterogéneos como la contaminación ambiental, los perjuicios causados mediante la utilización de Internet, la venta masiva de productos defectuosos, el daño por productos de consumo, plantean nuevos problemas al derecho de daños con contornos difusos, en donde las acciones —tanto de responsabilidad como de prevención del daño— crecen en número, variedad, montos, exhibiendo cuestiones antes ignoradas.

Los desarrollos tecnológicos y científicos (como por ejemplo la automatización y reemplazo de trabajo humano o en el campo de salud, como la creación de vida, su sostenimiento artificial, la necesidad de producción artificial de virus y bacterias) van planteando la cuestión del riesgo de desarrollo, que mira las consecuencias dañosas que implica su utilización.

Irremediablemente, ello genera la controversia entre los que luchan por no frenar el avance científico y los que sostienen que las víctimas no deben sacrificarse en aras del avance de la ciencia.

Los cambios no sólo se vinculan a la expansión de los intereses protegidos, sino también a indagar a quién es al que se refiere el principio de no dañar. Así emergen en el derecho de daños las generaciones futuras, la naturaleza, la especie humana, la humanidad, los pueblos originarios, el colectivo que titulariza derechos de incidencia colectiva, los animales, el patrimonio común<sup>1</sup> y una especial consideración para los vulnerables por razones de ancianidad, niñez, género y un largo etcétera.

Las necesidades de cambio involucran también las funciones del derecho de daños. La propia expresión “derecho de daños” (cuyo uso dista de ser preciso) adquiere su utilidad al permitir abarcar no solo la función reparatoria del daño, sino también el considerar su prevención<sup>2</sup>.

Surge también la exigencia de restablecer los valores afectados por

<sup>1</sup> De Lorenzo, Miguel Federico. (2019). *Repensar al “otro”: reflexiones sobre el derecho civil*, RCyS, 2019-VI, págs. 3 y sgtes.

<sup>2</sup> Picasso, Sebastián. (2019). *Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, RCyS, 2015-IV, págs. 5 y sgtes.

el daño. Se sostiene que en tiempos más conformistas el daño y su reparación eran más recortados al hilo de la culpabilidad, pero nuestra época ha abandonado esos cauces y es así que ha crecido su tratamiento con fuertes perspectivas sociales<sup>1</sup>. Ocurre también que, en periodos más individualistas, la noción del daño tiene más significados de reproche subjetivo y se la vincula fuertemente con la culpabilidad. En estos días, se acrecienta la pretensión que el derecho de daños aluda a un deber de reparar, exista o no culpabilidad.

Las cuestiones sobre los costos y los beneficios generan también crisis en el derecho de daño que van al conjuro de tesis más economicistas y desde otras miradas, hay voces que aluden a la socialización de la indemnización o la búsqueda de soluciones en la seguridad social. Por otra parte, se ha advertido sobre la necesidad de establecer transacciones indispensables “entre la tendencia social, que promueve una suerte de derecho natural a la indemnización y propone retener como centro de gravedad de este derecho los intereses de la víctima, y la tendencia liberal, que denuncia los derivados de la victimología y predica a favor del retorno a la idea de responsabilidad en un derecho hoy en día sumergido en la ideología de la reparación, incluso a favor de la economía de la indemnización”<sup>2</sup>.

Todo ello, ha obligado a un replanteo en lo que tradicionalmente se denominaba responsabilidad civil. No en vano, ilustrando los cambios y la crisis, desde hace años se citan y destacan las publicaciones de Cesare Calvi, La paradoja de la responsabilidad civil, Francesco Galgano, La comedia de la responsabilidad civil, o Donato Busnelli La parábola de la responsabilidad civil.<sup>3</sup>

Toca también considerar que, así como los hechos y su prueba resultan fundamentales para tomar decisiones en cualquier caso jurídico, resulta cada día más evidente que su consideración juega un papel decisivo, en los conflictos de daños. Ellos son un ejemplo ilustrativo para referenciar que donde mayor arbitrio tienen los jueces no es tanto en el análisis normativo del caso, sino en los hechos que lo delimitan y conforman. Reiteradamente se ha dicho en esta materia que sin hechos probados no hay caso sustentable.

A estos desafíos responde precisamente este libro, los numerosos y relevantes aportes recibidos demuestran su actualidad.

<sup>1</sup> Ciuro Caldani, Miguel Ángel. (2019). *Bases iusfilosóficas para la comprensión del daño y la reparación*, La Ley, 25-09-92 págs. 1 y sgtes.

<sup>2</sup> Mazeaud, Denis. (2015). *Los proyectos de reforma del Derecho Francés de la responsabilidad civil*, J.A. 2015-III, págs. 1470 y sgtes.

<sup>3</sup> Mayo, Jorge, Prevot, Juan Manuel. (2008). *La responsabilidad civil hoy*, La Ley, 7 mayo 2008, págs.. 1 y sgtes.

En el primer capítulo titulado *Los acrecimientos en la liquidación de perjuicios del lucro cesante a víctimas indirectas en la responsabilidad civil y responsabilidad del Estado*, Diego Alexander Betancur Espinosa y Saúl Uribe García señalan que la cuantificación del perjuicio para el caso de las víctimas indirectas que son menores de edad, incluso mayores de edad pero menores de 25 años o hijos en situación de discapacidad y dependencia económica de esa persona, es un tema muy poco tratado en el ordenamiento jurídico colombiano, que aún no tiene regulación normativa y que solo ha sido tomado en una sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado. Sobre sólidas razones, los autores proponen la necesidad de encontrar una forma adecuada, para que se efectúen liquidaciones de perjuicios que respeten los principios de indemnización efectiva y de reparación integral.

El Profesor argentino Marcelo Jorge López Mesa trata sobre la función punitiva y preventiva del daño en su país. Destaca la trascendencia de la prevención como pilar fundamental sobre el que se debe asentar el sistema de la responsabilidad civil y agrega que sus efectos son incluso más deseables que los que logran el resarcimiento del perjuicio ya causado. Sobre los daños punitivos enfatiza que hasta no hace mucho era una figura ajena a las costumbres y tradiciones argentinas y subraya los excesos que a su entender se han producido en EE.UU. Por ello, refleja y comparte las críticas que autores como Aída Kemelmajer de Carlucci y Eugenio Llamas Pombo han hecho a este instituto. Remarca su disconformidad con la forma en que los daños punitivos han sido receptados en la Argentina.

Adriana Patricia Arboleda López, Leidy Catalina Acosta Agudelo, Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez y J. Eduardo Murillo Bocanegra propician una reflexión hacia recurrir a los medios alternativos de solución de conflictos, especialmente la conciliación, para el tratamiento de los casos de responsabilidad por daño moral y su consecuente reparación. Entre las razones que brindan, resaltan el significado que tiene el principio de autonomía de la voluntad para estos mecanismos.

En Latinoamérica uno de los temas más comprometidos en el derecho de daños ha sido el tratamiento de los mismos en la relación laboral, especialmente la tensión entre su regulación desde los sistemas de riesgos de trabajo y las soluciones del derecho común. En este marco, José Mauricio Arredondo del Río afirma que la culpa patronal es una institución vigente en el ordenamiento jurídico laboral colombiano, que se diferencia plenamente de las contingencias que reconoce el Sistema General de Riesgos Laborales en atención a su marcada incompatibilidad

en la fuente causa del daño que origina el perjuicio. En virtud de ello, sostiene que cualquier actuación negligente del empleador da lugar a una indemnizatoria total y ordinaria de perjuicios en favor del trabajador o de sus beneficiarios o herederos. Entiende que en estos casos se deberá probar que el daño y la fuente del mismo, no fue intervenida de manera eficiente por el empleador.

El peritaje psicológico en el ámbito del derecho de daños ha generado diferentes debates, entre otros, los vinculados al significado de la lesión psicológica con los daños patrimoniales y extrapatrimoniales; un problema que genera, en no pocos casos, la falta de precisión de los presupuestos teóricos desde los que se dictamina y sobre todo, si es el único o más relevante medio de prueba para justificar la existencia de *daño moral*.

En el capítulo de Ana María Calderón Pérez y Diego Alexander Betancur Espinosa sostienen que el dictamen psicológico pericial es el mecanismo idóneo para la prueba de los daños extrapatrimoniales, que lleva a contar con una apreciación técnico-científica sobre el estado real de afectación psicológica de la víctima y propendería entonces por garantizar una compensación equilibrada con relación al daño.

Paula Andrea Pérez Reyes y Éddison David Castrillón García proponen un tema muy relevante para el derecho latinoamericano: *Las prácticas restaurativas y lenguajes simbólicos*.

Se ha dicho que la justicia restaurativa es un proceso que involucra a las principales partes interesadas para determinar cuál es la mejor manera de reparar el daño causado. En Latinoamérica se hace una distinción entre los términos *prácticas restaurativas* y *justicia restaurativa*, por lo que se considera a las prácticas de la justicia restaurativa como un subconjunto de las prácticas restaurativas. Las prácticas de la Justicia Restaurativa son reactivas al daño u ofensa, y consisten en respuestas formales o informales al crimen y otros actos indebidos, después de que éstos han ocurrido.

Los autores aclaran que no está entre los objetivos de la propuesta lograr un abolicionismo de la pena, sino que la finalidad es concretar una justicia consensual como práctica restaurativa, que incluye lenguajes simbólicos y que se construya a partir de la voluntariedad de los particulares o las comunidades, sin que necesariamente intervenga el Estado como actor coercitivo para el cumplimiento de los acuerdos. Nos recuerdan que la justicia restaurativa tiene un especial interés por aquellas necesidades

de las víctimas que no son atendidas adecuadamente por el sistema de justicia penal, dado que las víctimas necesitan conocer la verdad de lo sucedido, tener la posibilidad de narrarlo, necesitan restitución o reivindicación y especialmente precisan no sentir que los delitos sufridos les han arrebatado el control de sus vidas (el control sobre sus propiedades, sus cuerpos, sus emociones, sus sueños). Oportunamente pretenden promover prácticas restaurativas, para la construcción de una cultura de paz y reconciliación desde las comunidades y los territorios.

La profesora argentina Andrea A. Meroi se refiere a las múltiples intersecciones que la conflictividad social actual exhibe entre la responsabilidad civil y sus funciones en el derecho actual, por un lado, y el surgimiento, el auge y las propias funciones del proceso colectivo, por el otro. La autora intenta mostrar la marcha de estas dinámicas contemporáneas, en las que a menudo se cuestionan algunos postulados de las ciencias vinculadas con ambos fenómenos: el derecho de daños y el derecho procesal.

El daño ambiental es tratado en dos capítulos. Lorenzo M. Bujosa Vadell, entrega, desde la perspectiva española, una precisa síntesis de los problemas procesales, haciendo hincapié en la pretensión procesal sobre daño ambiental, los problemas probatorios y la objetivación de la responsabilidad y la imprescindibilidad de medidas preventivas y cautelares. Entre las consecuencias procesales resalta la necesidad de transitar una vía administrativa previa.

Por su parte, Celso Antonio Pacheco Fiorillo y Renata Marques Ferreira nos ofrecen un panorama de la carga de prueba en el daño al medioambiente, de conformidad a las prescripciones de la ley procesal ambiental brasileña. Sostienen que la carga de la prueba en el contexto de tales acciones debe interpretarse a la luz de las especificidades establecidas en los principios fundamentales del derecho ambiental constitucional. Citan un relevante precedente de la Corte Superior de Justicia de su país en el cual, al definir la inversión de la carga de la prueba para todos los casos de degradación ambiental, fue capaz de interpretar el derecho procesal ambiental de acuerdo con lo que determina la norma constitucional. También advierte que no se ha demostrado la prudencia necesaria para establecer mejor los bienes ambientales específicos sujetos a la aplicación de ese precedente (ambiente natural, ambiente cultural, ambiente artificial y ambiente de trabajo).

No cabe duda, la trascendencia que tiene el tema de la reparación integral en el daño a la salud, desde una mirada de la casuística judicial

latinoamericana. Angy Plata Álvarez lo analiza desde la jurisprudencia del Consejo de Estado en Colombia y sobre ello determina la relación e incidencia que ha tenido la reparación integral en el mismo.

Lorena Isabel Rivera Montoya y Camilo Andrés Garzón Correa al tratar la responsabilidad del Estado por omisión en la regulación de los productos transgénicos en Colombia, abordan un tema difícil, complejo, que refleja las tensiones en el derecho de daños que produce los cambios científicos técnicos. Con elocuencia nos señalan la encrucijada axiológica: “el mundo hoy se encuentra en vilo frente a las inminentes amenazas que derivan de la producción, comercialización e ingesta de productos transgénicos y que nos llevan a preguntarnos si realmente este tipo de productos son una verdadera respuesta a los problemas de hambre que azotan al mundo entero o son, más bien, un juego económico y de poder...”.

En lo sustancial sostienen la posibilidad de que el Estado sea declarado patrimonialmente responsable, por los daños antijurídicos causados como consecuencia de la manipulación, transferencia y comercialización de OGM, bajo el título de imputación de falla en el servicio. Remarcan que es de carácter extracontractual y patrimonial, y que tiene fundamento constitucional en el artículo 90 que ha sido considerado la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Tal como lo muestra Diana María Ramírez Carvajal, una de las grandes transformaciones en responsabilidad civil es que el derecho contemporáneo trata el tema desde el punto de vista de la víctima y no desde el del autor de la lesión, y la responsabilidad pasa de ser de una deuda del autor, a un crédito de la víctima. La teoría clásica ponía el énfasis en la producción del daño, en cambio la teoría moderna pone el eje en la injusticia de sufrir un daño. Ello tiene implicancias probatorias, y la autora las marca al señalar que desde el punto de vista procesal, el tema tiene un enfoque específico centrado en la prueba y en el nexo causal. En función de ello pone acertadamente énfasis en el enfoque del derecho de daños desde la visión procesal.

El derecho de daños de nuestro tiempo se desarrolla en una nueva era histórica promotora de grandes cambios culturales y científico técnicos. A hilo de estos fenómenos, con distintas temáticas, desde diversos puntos de vista, se presentan relevantes investigaciones de suma valía y provecho para el profesional del derecho y para el desarrollo teórico de la materia.

**Mario Eugenio Chaumet**

**Profesor de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario.**



# CAPÍTULO 1

## Los acrecimientos en la liquidación de perjuicios del lucro cesante a víctimas indirectas en la responsabilidad civil y del Estado

Diego Alexander Betancur Espinosa <sup>1</sup>, Saúl Uribe García <sup>2</sup>

### Resumen

La responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado tienen un fin último y esencial que es la obtención de la reparación integral por parte de la víctima, pero cuando se trata de víctimas indirectas o de rebote, ya sea en la responsabilidad civil o del Estado, no siempre se reconocen los perjuicios patrimoniales que se sufren en forma individual, afectando de esta manera el principio indemnizatorio. Por ello, se aborda en este trabajo, la forma en que se realiza la liquidación de perjuicios patrimoniales, concretamente el lucro cesante a las víctimas indirectas, para dar desarrollo a la liquidación de perjuicios con la figura del acrecimiento, que implica analizarlos en forma individual, reconociendo a cada una de las víctimas su propio daño, respetando el principio indemnizatorio, para garantizar así una verdadera reparación integral.

**Palabras clave:** responsabilidad civil, perjuicios patrimoniales, víctimas indirectas, principio indemnizatorio, acrecimientos.

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Medellín, especialista en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. [Email: betancur.abogado@gmail.com](mailto:betancur.abogado@gmail.com)

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana, magíster en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. [Email: electrónico: saul.uribe@unaula.edu.co](mailto:electrónico:saul.uribe@unaula.edu.co)

## Abstract

The civil responsibility and the responsibility of the State have a final and essential purpose which is the obtaining of the integral reparation on the part of the victim; but when it comes to indirect or rebound victims, whether in civil or state responsibility, property losses that are suffered individually are not always recognized, thus affecting the compensation principle. Therefore, this work is addressed, the way in which the liquidation of property damages is carried out, specifically the loss of earnings to the indirect victims, to develop the liquidation of damages with the figure of the increase, which implies analyzing them individually, recognizing to each one of the victims their own damage, respecting the compensatory principle, to guarantee a true integral reparation.

**Key words:** civil liability, property damage, indirect victims, compensation principle, increases.

## Introducción

La responsabilidad civil en Colombia se ha desarrollado desde un marco jurisprudencial más que legal, tanto desde lo contractual como extracontractual. En la responsabilidad del Estado también se admite la división entre contractual y extracontractual, ambas fundamentadas en la cláusula general de responsabilidad conforme el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 (CP), pero la contractual, con sustento en la ley, concretamente en la Ley 80 de 1993 y demás normas que la reglamentan y modifican. De la misma manera se ha avanzado sobre un aspecto relevante como es la liquidación de los perjuicios, teniendo en cuenta que es el fin que se busca por parte de la jurisdicción al momento de elevar una petición de esta índole, y es que no sería aceptable hablar de la responsabilidad civil si su fin último no fuera la obtención de una reparación integral por parte de quien padeció un daño.

El daño es uno de los elementos de la responsabilidad civil y

del Estado<sup>1</sup> y en la división admitida por la jurisprudencia y la doctrina, este trabajo se enfoca en los daños patrimoniales, específicamente en el lucro cesante, porque es en este donde tiene aplicación la figura del acrecimiento, como se analizará más adelante.

Así las cosas, si la responsabilidad civil se define como “la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado de forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros” (Tamayo, 2009, p. 8), la indemnización de los perjuicios sería el fin último que se busca con la declaratoria de la responsabilidad civil, de alguien que en forma ilícita causó dichos perjuicios a la víctima. De esta manera, cuando se logra que un juez de la república declare la responsabilidad, lo que en el fondo se pretende es la condena a ese responsable para que indemnice los perjuicios, todo esto bajo los parámetros del principio indemnizatorio que indica que “es el principio según el cual el asegurado no puede obtener del contrato de seguro sino la reparación del daño que efectivamente ha sufrido y en la medida real de ese daño, sin que pueda pretender enriquecimiento de ninguna clase” (Ordóñez, 2001). Teniendo en cuenta que, por analogía, es aplicable a toda la responsabilidad civil y del Estado, pese a hacer referencia al contrato de seguros, pues busca que la víctima no obtenga un enriquecimiento a causa del perjuicio ocasionado por el responsable.

Ahora bien, en los eventos en que en la práctica se da una responsabilidad civil con la muerte de una persona, a quien le sobreviven su cónyuge y uno o más hijos menores de 25 años o mayores de 25 años en situación de discapacidad o dependencia económica de esa persona que fallece, o cuando quien fallece es un hijo y quienes reclaman son sus padres que dependían económicamente de él y se obtiene una sentencia favorable por parte del operador jurídico respecto de la declaratoria de la responsabilidad civil, los jueces realizan una liquidación única

---

<sup>1</sup> Aunque en la responsabilidad del Estado, conforme el artículo 90 de la Constitución Política, el daño debe ser antijurídico, para entender que quien sufre el daño no está obligado jurídicamente a soportarlo.

de los perjuicios, sobre todo tratándose del lucro cesante futuro que le corresponde a cada uno de los sobrevivientes por cuanto no se obtendrán los ingresos o beneficios que se tenían en vida de ese causante. Esto es, realizan una proyección de lo que la víctima directa podría percibir por la expectativa de vida según la Resolución 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera, y ese monto lo dividen en partes iguales a las personas que le sobreviven.

Esta forma de liquidar los perjuicios por parte de los jueces de la república lleva a elevar una pregunta: ¿la liquidación de los perjuicios en Colombia cumple con el principio indemnizatorio en cuanto al lucro cesante para las víctimas indirectas cuando son menores de 25 años, o mayores de 25 años en situación de discapacidad o dependencia económica de esa persona que fallece, o cuando quien fallece es un hijo y quienes reclaman son sus padres que dependían económicamente de él?.

Precisamente, la pregunta surge del análisis que se realiza de las tres funciones de la responsabilidad civil y del Estado: i) función reparadora, ii) función preventiva y iii) función sancionatoria. Cuando se analiza la función reparadora de la responsabilidad civil y del Estado, se entiende que su finalidad es indemnizar y reparar los perjuicios causados, siempre y cuando el daño no se convierta en fuente de enriquecimiento para la víctima o reclamante, puesto que el objetivo que se busca con la reparación es dejar a la víctima en la misma situación que tenía antes de ocurrir el daño o la misma situación que tuviese hoy de no haber ocurrido el mismo.

Se entiende la función preventiva como aquella que pretende que las normas de la responsabilidad civil estén encaminadas a evitar la ocurrencia del daño y no solo a su reparación. De igual forma, se encuentra la función sancionatoria (que no aplica en Colombia), la cual hace referencia a lo que se denomina como daño punitivo, que consiste en un rubro indemnizatorio a favor de la víctima, que puede llegar a ser superior al perjuicio causado y que se impone al responsable que ha actuado de mala fe, cuyo fin

es causar un escarmiento social y mostrarle a la sociedad cuáles son las consecuencias de actuar con malicia o mala fe.

De acuerdo con lo anterior, la pregunta de esta investigación surge a partir de la función reparadora de la responsabilidad civil o del Estado y dentro de esta, de conceptos como son: la reparación integral, la reparación del daño y el principio indemnizatorio. Aquí cobra importancia la reparación integral, pues actualmente se ha convertido en uno de los principios más importantes en el ordenamiento jurídico colombiano, atendiendo a los acontecimientos presentados en las últimas décadas dadas las consecuencias que ha dejado el conflicto armado colombiano dejando centenares de víctimas.

En la reparación integral, según la jurisprudencia colombiana y la normativa desarrollada para tal fin, se produce un reconocimiento de los perjuicios tanto materiales (también llamados patrimoniales o pecuniarios) como inmateriales (también reconocidos como extrapatrimoniales o no pecuniarios). Como ejemplo de ello se encuentran, entre otras, las sentencias SP-629 de 2017 de la Corte Suprema de Justicia (Sala Penal), y la C-344 de 2017 de la Corte Constitucional, que se refieren a la reparación integral, y la Ley 1448 de 2011, que en su artículo 25 le reconoce a las víctimas el derecho a la reparación “de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño sufrido”. Lo anterior implica que la reparación integral no es la simple indemnización de los perjuicios patrimoniales, sino a su vez, el reconocimiento y compensación de los perjuicios extrapatrimoniales, con el fin de que la víctima se pueda sentir reparada en todas sus esferas y con ello propender acercarla a las condiciones en las que se encontraba en el momento inmediatamente anterior al hecho dañoso.

La reparación integral se ha reforzado como un bien jurídico a proteger dentro de diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, quien sobre los derechos de las víctimas y el fundamento de la obligación de reparar el daño causado con el delito, indicó que “en un Estado social de derecho

y en una democracia participativa (artículo 1 CP), los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes y, por ello, el constituyente elevó a rango constitucional el concepto de víctima” (Sentencia C-228 de 2002). Este estatus constitucional, eleva la calidad de las víctimas y promueve el restablecimiento de sus derechos, no solo económicos sino también de todos aquellos bienes jurídicamente tutelados que no son objeto de valoración pecuniaria.

De igual manera y respecto a la reparación integral, la Sentencia C-409 de 2009, indica:

Lo anterior implica que, si bien la indemnización derivada de la lesión de derechos pecuniarios es de suma trascendencia, también lo es aquella que deriva la lesión de derechos no pecuniarios, la cual también está cobijada por la responsabilidad civil (...) la noción de reparación civil es independiente al proceso en el cual se obtenga (Ley 446/98, art. 16), razón por la cual los criterios que se apliquen deben ser homogéneos (Corte Constitucional, 2009).

Así, la Corte Constitucional hace hincapié en la doble vía de la reparación para lograr un contexto sistémico entre el resarcimiento económico y moral de las víctimas, independientemente de la manera en que se acceda a dicha reparación.

Para continuar con el desarrollo del presente trabajo, se deben retomar varios conceptos. El primero de ellos es el principio indemnizatorio, que como se manifestó, implica que quien sufre un daño no obtenga un provecho que se encuentre en detrimento del responsable; entendiendo que lo que se busca es un equilibrio entre quien es declarado responsable y se le imponga la obligación de indemnizar, frente a la indemnización a la cual tiene derecho la víctima.

Además de este, otro concepto transversal de la investigación es el de sumas periódicas, que no es más que aquellos rubros que se configuran mensualmente y de forma continua, diferente a las sumas únicas que se constituyen por los rubros que se configuran

en un único evento. Un ejemplo de ello son los salarios como sumas periódicas y el costo erogado por una cirugía como suma única.

Finalmente, y no menos relevante, el concepto de acrecimiento que implica que un derecho (en este caso de carácter económico, por tratarse de una indemnización) que pertenece a varias personas, al momento en que una de ellas pierde ese derecho, no desaparece para los otros, sino que pasa a mejorar el derecho de los restantes.

Una vez analizados estos conceptos, es preciso entonces avanzar en el asunto, toda vez que “tratándose de sumas periódicas es posible que alguna o algunas de las víctimas indirectas pierdan su derecho con anterioridad a las otras, caso en el cual los valores dejados de percibir deberán acrecentar los dineros de las otras víctimas” (Gaviria, 2014, p. 68). El problema no radica en que deban acrecentar o no, puesto que por la misma razón de ser de la indemnización de los perjuicios, dicha indemnización debe darse respetando el daño ocasionado a cada una de las víctimas, en tanto que si alguna de ellas por cumplir una edad específica o dejar de realizar una actividad, pierde el derecho a la indemnización a partir de ese momento, el dinero que le correspondería en lo sucesivo, pasará a ser parte de la indemnización de las demás víctimas indirectas que aún no han perdido ese derecho. Lo anterior se ha podido explicar desde la siguiente perspectiva:

En efecto, de no haber ocurrido el hecho dañino, y una vez llegadas las hijas a la mayoría de edad o a la edad de establecerse, lo normal es que la pareja hubiera mejorado su nivel de vida porque el dinero que se otorgaba a las hijas acrece inmediatamente el dinero de la pareja. Es decir, si se considera que los padres colaboran normalmente con sus hijos hasta la mayoría de edad o hasta la edad en que se establecen, se debería también considerar que a partir de dicho momento los padres incrementarían sus ingresos netos como pareja, porque naturalmente aquella suma de dinero no debe desaparecer (Henao, 2007, pp. 301-302).

Sin embargo, se considera que el planteamiento del problema, debe ir más allá de lo expuesto por Henao, atendiendo a que no necesariamente se podría tratar de víctimas indirectas que sean descendientes de los mismos padres, sino que, por el contrario, sean descendientes de un solo padre pero de madres distintas, situación en la cual tendría una amplia relevancia una liquidación efectuada con fundamento en el principio indemnizatorio, realizando liquidaciones individuales que puedan acrecer el derecho de unos a medida que otros lo pierdan, sin afectar esa verdadera ayuda que la víctima directa, si no hubiese fallecido, estaría en capacidad de entregar a cada uno de sus hijos, y en últimas, permitir que el cónyuge sobreviviente sea quien más indemnización reciba, puesto que sería este o esta, quien acompañaría a la víctima directa hasta el final de los días de quien menor expectativa de vida ostentaba. Incluso, se debe tener en cuenta para estos efectos si alguno de los hijos es una persona en situación de discapacidad, por cuanto este tendría derecho a la indemnización por lucro cesante de su padre o madre fallecido hasta la menor probabilidad de vida entre los dos. Esta situación se ilustrará en un ejemplo más adelante.

En la relación histórica de la responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado, en Colombia, el perjuicio ha sido un elemento trascendente dentro del objetivo principal que busca el concepto de responsabilidad. Por lo tanto, es claro que, para la determinación de la responsabilidad de una persona respecto de un tercero por un acto ilícito, se deberá determinar que esta ha causado un daño ilegítimo al otro y por legítimo se entiende que debe ser cierto, personal y cuantificable (Tamayo, 2009).

No obstante, la cuantificación del perjuicio para el caso de las víctimas indirectas que son menores de edad, incluso mayores de edad pero menores de 25 años o hijos en situación de discapacidad y dependencia económica de esa persona, y tratándose del lucro cesante, es un tema que poco se ha tratado en el ordenamiento jurídico colombiano, que aún no tiene regulación normativa y que en la actualidad en nuestro país solo ha sido tomado en la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado (2015) en la que indica:

Para el cálculo del lucro cesante, se tendrá en cuenta el acrecimiento, de modo que, llegado uno de los hijos a la edad de 25 años, su parte pasará a engrosar la renta de los otros, por partes iguales, y así sucesivamente, hasta que, finalmente, al menor le corresponda la totalidad de la renta propia de los hijos; y llegado este último a la edad de 25 años, es decir, cuando haya cesado la dependencia económica de todos los hijos pasará a engrosar la correspondiente a la viuda del occiso (Consejo de Estado, Sentencia SUJ-3-001 de 2015).

Cabe desatacar que, cuando se trata de indemnizaciones por pérdida de capacidad laboral, cuando se tiene una sola víctima indirecta, en la liquidación de perjuicios patrimoniales por daño emergente pasado o futuro y en los perjuicios extrapatrimoniales no aplica la figura del acrecimiento. Es por esta razón que se abordará el tema a profundidad desde los parámetros normativos de la liquidación de perjuicios, para luego analizar el fundamento filosófico y jurídico de los acrecimientos, determinando a quiénes aplica y a quiénes no, cómo se ha liquidado el lucro cesante para las víctimas indirectas a falta de la víctima directa en Colombia, realizar un análisis del principio indemnizatorio como componente fundamental de la liquidación de perjuicios y, por último, realizar una propuesta a este tipo de liquidaciones.

Para lograr este fin, se utilizará la metodología *lege data* bajo un enfoque dogmático, aplicando estrategias de investigación documental y técnicas de recolección mediante fichas bibliográficas, procurando encontrar una forma adecuada, desde los componentes legales y jurisprudenciales, para realizar una liquidación de perjuicios que se conecte con el principio indemnizatorio y los términos de reparación integral, equidad y observando los criterios técnicos actuariales, tal y como lo ordena el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el inciso cuarto del artículo 283 del Código General del Proceso.

## **Marco normativo**

La Constitución Política colombiana de 1991 en su artículo 90

hace una importante referencia a la responsabilidad civil del Estado cuando afirma:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

De esta norma se puede inferir la importancia que el constituyente les ha dado a las víctimas, como a su indemnización por haber sufrido el daño sin tener que soportarlo. Este estatus dado a las víctimas se ha desarrollado jurídica y jurisprudencialmente al punto que el constituyente pone al Estado en posición de garante, sometido a indemnizar a los particulares, cuando sean agentes suyos los que cometen un hecho que ocasione perjuicios. Y es, precisamente, a raíz de estas normas constitucionales, que se ha dado un desarrollo legal y jurisprudencial importante y amplio al tema de la protección de las víctimas que sufren perjuicios a raíz de un hecho ilícito, para que estas, en aras de la verdadera función de la responsabilidad civil, puedan ser reparadas.

Sin embargo, y a pesar de las normas citadas, “en Colombia la Carta Política no precisa cuáles daños deben ser reparados, ni la forma en que deben ser cuantificados; se limita a reconocer que las víctimas y perjudicados tienen derecho a la reparación” (Isaza, 2009, pp. 7-8).

En cuanto al desarrollo legal sobre la reparación del daño encontramos, en primera medida, que los artículos 2341 al 2360 del Código Civil colombiano establecen las normas atinentes a la responsabilidad civil, su definición y formas y, sobre todo, lo que tiene que ver con las personas que tienen derecho a reclamar indemnización y aquellas que están obligadas a indemnizar. El artículo 2341 de la norma en mención establece que “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que la ley le imponga

por la pena o el delito cometido”. Sobre este asunto, refiere el doctor Tamayo (2009) que la indemnización es la sanción que se impone al que cometió el hecho ilícito en favor de la víctima y allí no se está hablando de otra cosa más que de su reparación, esto es, dejarla en el mismo estado en que se encontraba si este hecho nunca hubiese ocurrido (Tamayo, 2009). A su vez el artículo 2342 de la misma codificación afirma que:

*Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño (subrayas y negrillas añadidas).*

Sigue desarrollando el concepto del daño y su indemnización el artículo 2343 al indicar “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos (...) el que recibe provecho del dolo ajeno, sin haber tenido parte en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho que hubiere reportado”. Este artículo prescribe que se debe indemnizar a quien resultare afectado con un perjuicio, como también quien es la persona obligada a indemnizar este perjuicio.

Los artículos 1602 a 1617 del Código Civil colombiano, desarrollan lo atinente a la responsabilidad civil contractual y este mismo estatuto establece en el artículo 1613:

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita al daño emergente.

El artículo 1614 del Código Civil estatuye:

Daño emergente y lucro cesante. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Si bien es cierto estas normas están radicadas para los casos de incumplimientos contractuales o responsabilidad civil contractual, se han aplicado a todos los eventos de la responsabilidad en lo que tiene que ver con la clasificación de los daños patrimoniales denominados como lucro cesante y daño emergente, no solo que provengan de las tres posibilidades de incumplimiento de un contrato sino de cualquiera de las formas obligacionales que exigen de quien cometió el daño a resarcir los perjuicios ocasionados, incluso a aquellos que se generan en virtud de la responsabilidad del Estado.

Los artículos 94, 95, 96 y 97 del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) reglamentan el tema de la indemnización de los perjuicios causados por la conducta punible, estableciendo de manera expresa la obligación de reparar los daños materiales y morales causados (Isaza, 2009). A su vez, desde la Ley 446 de 1998 en su artículo 16, se ha ordenado que “dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

De igual forma el Código General del Proceso en su artículo 283, que indica “en todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Lo anterior significa que la indemnización a las víctimas debe estar en total acuerdo con el daño sufrido por cada una de ellas, atendiendo a sus condiciones particulares como su edad, validez,

invalidez o dependencia económica, para permitir que el daño sea resarcido en forma integral. De todas maneras, ni el artículo 16 de esta Ley 446 de 1998 ni el artículo 238 del Código General del Proceso, indican cuáles son esas formas de liquidar los perjuicios y tampoco mencionan cuáles son los cálculos actuariales a los que hace referencia para realizar dicha liquidación.

Atendiendo a toda esta normativa, tanto constitucional como legal, es que si se analizara un caso concreto sobre la forma en que se realizan las liquidaciones de los perjuicios por parte de los operadores jurídicos en Colombia, se puede encontrar que a las víctimas no se les estaría liquidando su propio perjuicio en alguna de las siguientes situaciones: a) menores de 25 años o b) hijos que se encuentran en situación de discapacidad y dependencia económica de la víctima directa.

Para comprender de una mejor manera lo anterior, se propone un ejemplo que ilustre tal situación en uno de sus escenarios. Una persona fallece a causa de un hecho dañoso cometido por un tercero, y a quien fallece le sobreviven tres hijos, el primero de ellos al momento de la muerte de su padre tenía 17 años, otro tenía 12 años y un tercero tenía 5 años, cada uno de estos hijos es de madres diferentes, y con quien convivía el padre de estos menores es con la madre del menor de 5 años. La expectativa para recibir una indemnización por lucro cesante futuro del menor de 5 años y de su madre es mucho mayor que la que pueden tener el menor de 17 años, a quien solo le faltan 8 años para cumplir 25 y perder el derecho al dinero que se obtendrá como indemnización por el concepto de lucro cesante futuro, y tampoco será igual al del menor que al momento del hecho dañoso cuenta con 12 años, pues a este menor le hacen falta 13 años para cumplir sus 25 y perder el derecho, pero siendo este antes que perderlo, acrecentado por el primero cuando cumplió sus 25.

Lo que se puede concluir del ejemplo propuesto es que, si se realiza la liquidación del perjuicio denominada lucro cesante futuro en las condiciones inicialmente planteadas, quedaría un conflicto

intersubjetivo de intereses pendiente por resolver entre los tres hijos y la cónyuge sobreviviente de la víctima directa, por cuanto lo otorgado no corresponde con el derecho que cada una de ellas tiene para recibir.

Así las cosas, se reitera que, aunque el artículo 16 de la Ley 446 señale que las indemnizaciones atienden a los principios enunciados anteriormente (reparación integral y equidad), no existe una norma que ordene una liquidación de perjuicios contextualizada con lo que cada una de las personas que interviene en un litigio como víctima, debe recibir en su propio daño, tratándolos a todos como un solo cuerpo, como si cada uno de estos intervinientes no fuera una víctima totalmente individualizada.

No obstante lo indicado, la liquidación de los perjuicios cuando las víctimas indirectas son hijos menores de 25 años, se debe llevar hasta que cada uno de ellos cumple los 25 años, momento en el cual ya no dependerían económicamente de su progenitor y, por lo tanto, la indemnización que están recibiendo luego de cumplir la mencionada edad, debe acrecer el derecho de sus hermanos menores y al final el de él o la cónyuge sobreviviente o en el caso de existir una víctima indirecta que se encuentre en situación de discapacidad y dependencia económica de la víctima directa, también lo debe hacer a esta.

Así lo manifiesta Gaviria (2015, p. 96) indicando que “tratándose de lucro cesante, es posible que alguna o algunas de las víctimas indirectas pierdan su derecho con anterioridad a las otras, caso en el cual los valores dejados de percibir deberán acrecentar los dineros de las otras víctimas”. Sin embargo, el mismo autor indica que “se aclara que solo cuando fallece la víctima directa pueden las víctimas indirectas reclamar lucro cesante en la calidad de tales, lo cual realizan a través de la denominada acción personal” (Gaviria, 2016, p. 71).

De otro lado, Juan Carlos Henao (2007) se refiere a la figura del acrecimiento en el caso puntual que aquí se plantea cuando manifiesta que:

Hay un aspecto que se plantea siempre en esta clase de indemnización y que merece comentario específico: cuando se llega a la edad límite de la indemnización para las hijas, en este caso concreto los 18 años, lo que a partir de ese momento deja de serles indemnizado no acrece a la indemnización de la viuda o compañera. Pero la conclusión es discutible. En efecto, de no haber ocurrido el hecho dañino, y una vez llegadas las hijas a la mayoría de edad o a la edad de establecerse, lo normal es que la pareja hubiera mejorado su nivel de vida porque el dinero que se otorgaba a las hijas acrece inmediatamente al dinero de la pareja. Es decir, si se considera que los padres colaboran normalmente con sus hijos hasta la mayoría de edad o hasta la edad en que se establecen, se debería también considerar que a partir de dicho momento los padres incrementarían sus ingresos netos como pareja, porque naturalmente aquella suma de dinero no debe desaparecer. Sin embargo, ¡el Consejo de Estado produce la ficción de que a partir de dicho momento el dinero va a la tumba del difunto! No es esta la posición lógica ni justa y, por el contrario, es violatoria de la regla de la indemnización plena del daño (Henoa, 2007, p. 301-302).

Según lo prenotado, y si se revisan las liquidaciones de perjuicios que se realizan en la actualidad tanto en la Corte Suprema de Justicia en salas de casación civil y laboral e incluso en el Consejo de Estado (salvo una excepción en este último con la Sentencia CE-SUJ-3-001 DE 2015) y, a su vez, en los tribunales de distrito, en los juzgados del circuito y municipales, se evidencia que se realizan liquidaciones de perjuicios que no reconocen a cada una de las víctimas su verdadero daño. Esto debido a que cuando cada uno de los hijos cumple 25 años, es decir el momento en que pierden el derecho por finalizar su período indemnizable (como se explicó en el concepto de acrecimiento), no se les deja de reconocer la indemnización por lucro cesante hasta el fin de todo el periodo indemnizable del total de la liquidación. Esta situación conlleva una falta al principio indemnizatorio que consiste en indemnizar a cada víctima nada más que su propio daño.

Para exponer de mejor manera la liquidación de perjuicios, tal y como se desarrolla en la actualidad, se explicará en forma sucinta en qué consisten y cuáles son los perjuicios que se pueden liquidar.

Los daños pueden presentarse sobre bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de las víctimas directas, pero también, pueden resultar afectadas otras personas distintas de las víctimas directas, llamadas víctimas indirectas. De esta manera, personas diferentes de la víctima directa, sean herederos o no de esta, pueden sufrir perjuicios y tienen acción directa contra el causante para exigir el resarcimiento de los mismos. Concretamente, con el lucro cesante no se tiene en cuenta el origen de los ingresos de la víctima directa, basta con demostrar que la ayuda que este le proporcionaba a la víctima indirecta tenía un origen lícito (ejemplo, ingresos provenientes de salarios).

Los daños se dividen según la reiterada jurisprudencia y doctrina colombiana en daños materiales o patrimoniales y daños extrapatrimoniales. Los primeros -patrimoniales- son aquellos que tienen un contenido económico, por ejemplo, los salarios que dejan de percibirse como consecuencia de una incapacidad total o parcial de la víctima, y de otro lado -los perjuicios extrapatrimoniales- son aquellos que afectan todos los otros bienes o derechos que no tienen un contenido económico como el dolor emocional causado por la pérdida de un familiar.

### **Daños patrimoniales o materiales**

Los perjuicios patrimoniales los define Koteich Khatib (2012, p. 128) de la siguiente manera “el perjuicio patrimonial o económico sufrido por el propio lesionado está constituido, en primer lugar, por el daño emergente, y en segundo término por el lucro cesante derivado de la incapacidad temporal el déficit funcional permanente”. A su vez, Marín Martínez (2016) define los daños materiales como:

La perturbación de naturaleza patrimonial que afecta a los bienes o derechos materiales de las personas, naturales o jurídicas y, en el mismo sentido, provoca una disminución en el valor o en las utilidades de dichos bienes (...). El daño material se divide en daño emergente y lucro cesante: el primero, a su vez, se divide en daño emergente pasado y daño emergente futuro y el segundo, en el mismo sentido, está compuesto por el lucro cesante pasado y lucro cesante futuro (p. 53).

De conformidad con el artículo 1614 del Código Civil colombiano, existe daño emergente cuando un bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. De otro lado, existe lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.

Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados o futuros. Se entienden pasados aquellos ingresos dejados de percibir o erogados (según se trate de lucro cesante o daño emergente respectivamente) antes de la liquidación o tasación de daños que ocurre con la sentencia, conciliación o transacción. Y se entenderán futuros aquellos que, bajo una proyección calculada, se dejarán de percibir o se deberán erogar luego de pronunciada la sentencia, conciliación o transacción que ponga fin al litigio.

Gaviria (2017, p. 41) define el daño emergente como “toda pérdida, todo gasto, erogación o disminución del patrimonio que se causa como consecuencia del daño sufrido por la víctima”. De otro lado, el concepto de lucro cesante “referencia una situación de posibilidad económica de ganancias, que debe diferenciarse a su vez del denominado derecho de chance” (Ghersí, 2013, p. 87). Y concluye al respecto Tamayo Jaramillo (2009, p. 482) que:

El lucro cesante comprende no solo la supresión del ingreso de dinero o de cosas al patrimonio de la víctima, sino también la supresión de todo tipo de beneficios o provecho que deja de reportarse, siempre y cuando sea susceptible de evaluarse pecuniariamente; habrá lugar a la indemnización, aunque la víctima no reemplace con su propio peculio el beneficio o provecho del que se ha visto privada.

Una vez clarificados los conceptos de daños patrimoniales se puede explicar cómo en Colombia, en la praxis judicial, se realiza una liquidación de perjuicios inadecuada, pues las víctimas indirectas (cuando se trata de varios sujetos), son agrupadas, para efectos de la liquidación, luego dividir la indemnización entre el

número de individuos. Para ilustrar esta situación, se encuentra que cuando se trata de tres víctimas menores de edad (de diferentes edades), para liquidar el lucro cesante actualmente se divide la renta actualizada entre las víctimas para luego liquidar las sumas periódicas a cada uno. Así las cosas, no se estaría teniendo en cuenta el fin del período indemnizable para cada uno de ellos, sino que se calcula este como si fuera el mismo para todos.

## Liquidación de perjuicios

Para realizar una liquidación de perjuicios es necesario determinar la base de la liquidación de los mismos, es decir, debe concretarse el monto que la víctima directa devengaba en el momento de sufrir el daño, verbigracia, un salario mínimo. Cuando se trata de casos en los cuales la víctima directa fallece, para cuantificar el lucro cesante de las víctimas indirectas, se calcula el monto tomando el ingreso mensual, cifra que debe actualizarse al día de la sentencia, conciliación o transacción, puesto que la indemnización presupone el pago en ese momento.

Para este evento, en cuanto al cálculo del lucro cesante consolidado o pasado, debe tenerse en cuenta el momento en que el demandante fallece, hasta el día de la sentencia, conciliación o transacción. Antes que nada, debe determinarse la renta que actualmente percibiría la víctima directa de no haber fallecido. Para ello se utiliza el IPC (índice de precios al consumidor) y se aplica la fórmula tradicionalmente utilizada por las altas cortes para determinar dicha clase de actualizaciones:

$$\text{Ecuación 1: } RA = R \cdot IF$$

Significa que para hallar la renta actualizada (RA), debe multiplicarse el valor de la última renta (R) percibida por la víctima directa por el resultado de dividir el índice de precios al consumidor final (IF), por el índice de precios al consumidor inicial (II), el del mes del fallecimiento:

$$\text{Ecuación 2: } RA = R \cdot IF$$

Obtenida la renta, para determinar lucro cesante pasado se desarrolla

la siguiente fórmula, utilizada también en forma reiterada por las altas cortes:

$$\text{Ecuación 3: } LCC = RA \cdot \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

En ella, lucro cesante consolidado (LCC) es el resultado de multiplicar el valor de la renta actualizada (RA) por el resultado de sumar “1” más porcentaje del interés a aplicar (i), elevado al número de meses transcurridos entre la fecha del daño y la sentencia, conciliación o transacción (n), menos la constante “1”, dividido todo esto sobre el porcentaje del interés aplicado.

El resultado de la fórmula es la creación de un factor que está dado en función del número de meses correspondientes al período de la liquidación y al interés aplicable, el 6 % anual (0,004867 % mensual), sin incluir ningún punto adicional por corrección monetaria, en tanto que para realizar la operación se utilizará la renta ya actualizada con base en el índice de precios al consumidor. La liquidación del lucro cesante futuro lo constituyen el resto de meses que faltarían por liquidar contados desde la fecha de la sentencia, conciliación o transacción, y abarcando la vida probable la víctima directa a partir del fallecimiento, según Resolución 1555 de 2010, reguladora de las tablas de mortalidad en Colombia para rentistas hombres y mujeres, expedida por la Superintendencia Financiera, expresado en meses. Al número de meses de vida probable de la víctima directa deben restarse los ya reconocidos y liquidados por concepto de lucro cesante pasado, dando como resultado los meses a liquidar por concepto de lucro cesante futuro.

Para establecer el lucro cesante futuro (LCF), la fórmula utilizada tiene como bases, de una parte, la renta actualizada y, de la otra, la deducción de los intereses por el anticipo de capital. Por su parte, el período de liquidación del lucro cesante futuro abarca desde fecha de la sentencia, conciliación o transacción, hasta el momento en que la víctima cumpliría su vida probable según la resolución mencionada.

En efecto, como quiera que el capital se anticipa para ser pagado en una sola suma, simulando el vencimiento de todos los periodos, se descuenta anticipadamente el costo del interés puro o lucrativo, que equivale al 6 % anual como compensación del costo financiero que genera el hecho de anticipar el pago del capital. La fórmula es la siguiente:

$$\text{Ecuación 4: } LCF = RA \cdot \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

Lo anterior se ilustra con el siguiente ejemplo. La vida probable de una mujer 39 años de edad, que de acuerdo con la Resolución 1555 de 2010 de la Superfinanciera es de 45,7 años, equivale en meses a 548,4 y a este tiempo se le debe restar el liquidado como lucro cesante consolidado que para efectos de ilustrar fue de 18,43 meses lo que arroja un resultado a liquidar por concepto de lucro cesante futuro de 529,97 meses. De tal suerte que el ejemplo que se propone para explicar este fenómeno jurídico es el siguiente:

Luis, de 45 años de edad, carpintero de profesión, quien ganaba mensualmente \$1.000.000, casado con Angélica, de 35 años de edad, ama de casa, con quien tenía tres hijos, Carlos de 15 años, Juana de 12 años y Felipe de 10 años. El día 12 de junio de 2001, caminando por el centro de la ciudad, fue atropellado por un vehículo conducido por Gerardo, quien inmediatamente lo trasladó a una clínica, en donde falleció horas después. Angélica, en nombre propio y en representación de sus hijos menores (Carlos, Juana y Felipe), demanda a Gerardo para la indemnización de los perjuicios ocasionados.

El 12 de junio de 2005, la Corte Suprema de Justicia casa la sentencia y en su lugar procede a dictar la respectiva sentencia sustitutiva en donde se declara a Gerardo, civilmente responsable de la muerte de Luis, y se condena a pagar a los demandantes, las siguientes sumas de dinero. Antes de proceder a mostrar la liquidación y como se trata de demostrar la forma en que los jueces de la república liquidan los perjuicios patrimoniales, y más

concretamente el lucro cesante, sin tener en cuenta el principio indemnizatorio y por tanto sin tener en cuenta los acrecimientos, solo se realizará la liquidación de dichos perjuicios en el caso sometido a ejemplo.

Para liquidarlos, se tuvieron en cuenta los siguientes datos:

Tiempo transcurrido entre la muerte de Luis, y la sentencia:  
48 meses.

2005	06	12-
2001	06	12
4	0	0

- Vida probable (VP) de Luis (45 años) expectativa de vida (EV) = 36,2 años (434,4 meses.)
- VP de Angélica (35 años) EV = 50,5 años (606 meses)
- Tiempo que le faltaba a Carlos (15 años), para cumplir 25 años: 10 años (120 meses)
- Tiempo que le faltaba a Juana (12 años), para cumplir los 25 años: 13 años (156 meses)
- Tiempo que le faltaba a Felipe (10 años), para cumplir los 25 años: 15 años (180 meses)
- Ingreso Base de Liquidación (IBL) = 1.000.000 + 25 % = 1.250.000 – 25 % (312.500) = \$937.500

$$\text{Ecuación 5: } VP = VA \times \frac{\text{IPC FINAL (junio de 2005)}}{\text{IPC INICIAL (junio 2001)}} =$$

$$VP = \$937.500 \times \frac{83,36}{65,82} = \$1.187.328,75$$

### Perjuicios a indemnizar

- Lucro cesante consolidado: como suma periódica pasada
- Lucro cesante futuro: como suma periódica futura
- Lucro cesante consolidado desde el accidente hasta la sentencia

Fórmula matemática Ecuación 6:  $LCC = Ra. x \frac{(1+i)^n - 1}{i}$

Donde:

LCC: lucro cesante consolidado

RA= renta actualizada

N = número de meses a liquidar (48)

I = tasa de interés puro (0.004867 mensual)

$$LCC = \$1.187.325 * \frac{(1 + 0,004867)^{48} - 1}{0,004867}$$

$$LCC = \$1.187.325 * \frac{(1,004867)^{48} - 1}{0.004867}$$

$$LCC = \$1.187.325 * \frac{1,26244 - 1}{0,004867}$$

$$LCC = \$1.187.325 * \frac{0,26244}{0.004867}$$

$$LCC = \$1.187.325 * 53,92233$$

$$LCC = \$64.023.330,46$$

Como en el caso que nos ocupa son cuatro las personas que reclaman un perjuicio por lucro cesante consolidado desde el momento del accidente o de la muerte del señor Luis, de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia colombiana, le correspondería a cada una de estas víctimas de rebote la suma de \$16.005.832,61.

Ahora bien, en cuanto al lucro cesante futuro, que es donde se encuentra en realidad el problema que se pretende abordar en este trabajo de investigación, la liquidación de dicho perjuicio se realiza de la siguiente manera.

### **Lucro cesante futuro**

Fórmula matemática: Ecuación 7:

$$LCF = R \times (1 + i)^n - 1$$

$$i (1 + i)^n$$

Donde:

LCF= lucro cesante futuro

R= renta

N = número de meses a liquidar. Se toma la vida probable de Luis (36,2 años que equivalen a 434,4 meses), restándole el número de meses que ya se liquidaron por lucro cesante consolidado. Así 434,4 - 48 = 386,4 a favor de las víctimas indirectas.

I = tasa de interés puro (0.004867 mensual)

$$LCF = \$1.187.325 * (1 + 0,004867)^{386,4} - 1$$

$$0,004867 * (1+0,004867)^{386,4}$$

$$LCF = \$1.187.325 * (1,004867)^{386,4} - 1$$

$$0.004867 *(1,004867)^{386,4}$$

$$LCF = \$1.187.325 * 6,52765 - 1$$

$$0,004867 * 6,52765$$

$$LCF= \$1.187.325 * 5,52765$$

$$0,03177$$

$$LCF= \$1.187.325 * 173,98961$$

$$LCF= \$206.582.213,69$$

Como en el caso que nos ocupa son cuatro las personas que reclaman un perjuicio por lucro cesante, desde el momento de la muerte del señor Luis, de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia colombiana, le correspondería a cada una de estas víctimas de rebote la suma de \$51.645.553,42.

Sin embargo, en algunas sentencias de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, no se divide la suma obtenida por lucro cesante entre el número de víctimas indirectas, sino que, al

inicio de la operación, dividen la renta actualizada entre el número de víctimas, para luego aplicarle la fórmula a cada una de ellas, obteniendo por uno u otro camino la misma suma.

En el ejemplo ilustrado con antelación, se puede entonces evidenciar que se realizó una liquidación de perjuicios sin tener en cuenta que son cuatro las personas que reclaman la indemnización por lucro cesante tanto consolidado como futuro y que, de estas cuatro personas, tres de ellas son hijos de la víctima directa, cada uno con una edad diferente e inferior a los 25 años y la cuarta persona es la cónyuge que le sobrevive.

Así las cosas, se puede concluir que, en la actualidad, en las sentencias que deprecian la responsabilidad civil o del Estado en favor de víctimas indirectas, como lo son hijos menores de 25 años o mayores de esta edad, pero en situación de discapacidad, o cuando quienes reclaman son los padres de la víctima directa y ellos dependían de esta, no son reparados integralmente ni mucho menos se respeta el principio indemnizatorio, puesto que no se tiene en cuenta que el período indemnizable de la cónyuge (que finaliza con el cálculo de la vida probable) es significativamente superior al de los hijos (que finaliza al cumplir 25 años).

A esta conclusión se llega luego de analizar la manera en que en la praxis judicial se liquidan los perjuicios materiales en cuanto al lucro cesante se refiere, a la luz del principio indemnizatorio, reparación integral y equidad. Pero esencialmente, por cuanto si nos atenemos a las decisiones que de manera pacífica ha asumido tanto la Corte Suprema de Justicia en salas de Casación Civil y Laboral, como el Consejo de Estado en lo referente a la responsabilidad del Estado, los hijos que sobreviven a la víctima directa tendrían derecho a la indemnización por lucro cesante hasta que estos cumplan 25 años, de acuerdo con la Sentencia de Unificación CE-SUJ-3-001 del Consejo de Estado. En concordancia, el dinero que deja de percibir cada uno de los hijos a medida en que van cumpliendo los 25 años, deberá acrecer a los demás, hasta que el último de ellos cumpla con esta edad, caso en el cual, el dinero restante deberá acrecer a la cónyuge sobreviviente, quien tiene

derecho a la indemnización hasta la menor probabilidad de vida entre la víctima directa y el sobreviviente.

El mismo caso que se sometió a ejemplo para explicar cómo en la actualidad se realiza la liquidación de perjuicios en forma inadecuada, se utilizará para proponer una forma de liquidación de perjuicios patrimoniales, acercándose más a la reparación integral y al principio indemnizatorio.

Inicialmente se debe realizar una liquidación plana o única, tal y como se realiza en la actualidad, la cual arrojó un resultado como lucro cesante futuro de  $LCF = \$206.582.213,69$ . Pero a este se le debe restar el valor unitario de cada mes, lo que implica que esa cifra se divide por el número de meses que se liquidaron como lucro cesante futuro, esto es entre 386,4 meses, lo que daría un resultado de  $\$534.633,05$ .

Una vez ubicado el valor de cada mes, se tendrá que ubicar el tiempo en el que cada una de las víctimas indirectas tiene derecho a su indemnización, y una vez se culmina ese tiempo, el resto, acrecerá a los demás.

En el ejemplo propuesto, Carlos el hijo mayor de Luis, al momento del accidente tenía 15 años, la sentencia se emitió el día 12 de junio de 2005, por lo que Carlos ya contaba con 19 años para ese momento y se debe identificar cuántos años le hacen falta a Carlos para cumplir 25. Según esto, a Carlos le hacen falta 6 años para llegar al tope en el que tiene derecho a la indemnización y la forma clara para saber cuánto le corresponde por este rubro es multiplicar el valor de un mes ( $\$534.633,05$ ), por los meses que le hacen falta a Carlos para cumplir 25 que son 72 meses, lo que arroja un resultado de  $\$38.493.579,6$  y este valor se divide entre las cuatro víctimas indirectas.

Luego de este tiempo, ya Carlos no tiene derecho a más indemnización, pero el fin del período indemnizable no se ha culminado, por lo que quedan los dos hermanos y la cónyuge

sobreviviente. Así, se debe seguir entonces con la liquidación de Juana, quien para el momento del fallecimiento de Luis tenía 12 años, para el momento de la sentencia contaba con 16 años y para el momento en que Carlos cumpliría 25 años, ella tendría 22 años, por lo que se concluye que a Juana le hacen falta 3 años (36 meses) para cumplir 25 años, y se realiza la misma operación: se multiplica el valor de un mes (\$534.633,05) por los 36 meses, arrojando un resultado de \$19.246.789,8. Este resultado se divide entre Juana, Felipe y la cónyuge sobreviviente, ya sin tener en cuenta a Carlos, por cuanto el mismo ya no tiene derecho a la indemnización.

Cuando Juana ya cumpla los 25 años, solo quedarían con derecho a la indemnización Felipe y la cónyuge sobreviviente, por lo que se realiza el mismo cálculo con Felipe, quien para el momento del accidente tenía 10 años, para el momento de la sentencia contaba con 14, pero al momento en que Carlos cumpla 25, Felipe tendría 20 y cuando Juana cumpla 25 ya Felipe contaría con 23 años, lo que indica que a Felipe le quedan dos años (24 meses) de período indemnización de lucro cesante futuro. Para hallar esta cifra, multiplicamos el valor de un mes (\$534.633,05) por los 24 meses, lo que arroja un resultado de \$12.831.193,2 y este resultado se divide entre Felipe y la cónyuge, ya sin tener en cuenta a Carlos ni a Juana, por cuanto los mismos ya no tienen derecho a la indemnización.

Si se tiene en cuenta que el lucro cesante futuro en la liquidación inicial es de 386,4 meses y que hasta el momento se ha entregado la liquidación por 132 meses, implica ello que a la cónyuge sobreviviente le corresponde el mayor acrecimiento al liquidar y entregar el valor de los 254,4 meses restantes hasta el fin del período indemnizable, el cual se calcula multiplicando el valor de un mes por dichos meses, lo que arroja un resultado de \$136.010.647,92.

Para una mayor ilustración, se explica en la tabla 1.1 a continuación.

Tabla 1.1. Liquidación por años



\*El valor de cada mes es \$534.633,05

Fuente: elaborado por el autor.

Tabla 1.2. Valor de la liquidación

	Carlos (72)	Juana (36)	Felipe (24)	Angélica (254,4)	TOTAL
Carlos	\$9.623.394,9	No tiene derecho	No tiene derecho	No tiene derecho	\$9.623.394,9
Juana	\$9.623.394,9	\$6.415.596,6	No tiene derecho	No tiene derecho	\$16.038.991,5
Felipe	\$9.623.394,9	\$6.415.596,6	\$6.415.596,6	No tiene derecho	\$22.454.588,1
Angélica	\$9.623.394,9	\$6.415.596,6	\$6.415.596,6	\$136.010.647,92	\$158.465.236,02
TOTAL	\$38.493.579,6	\$19.246.789,8	\$12.831.193,2	\$136.010.647,92	\$206.582.213,5

Fuente: elaborado por el autor.

Comparado este caso, incluido el cuadro anterior, con el primer caso (aunque en ambos la hipótesis es la misma para poder comparar) a Carlos le corresponde la suma total de \$9.623.394, a Juana la suma total de \$16.038.991,5 a Felipe la suma total de \$22.454.588 y a Angélica la suma total de \$158.465.236,02, resultados muy disímiles de los obtenidos cuando se realiza la indemnización plana o simple y si divide entre las cuatro víctimas. Como se muestra en el siguiente cuadro, usando la liquidación sin acrecimientos

Tabla 1.3. Indemnización individual

	Carlos	Juana	Felipe	Angélica	Total indemnización
indemnización individual	\$51.645.553	\$51.645.553	\$51.645.553	\$51.645.553	\$206.582.213

**Fuente:** elaborado por el autor.

Finalmente, y considerando lo anterior, se evidencia que la liquidación de perjuicios materiales (en cuanto al lucro cesante), si se hace desde la posición tradicional del operador jurídico, desconoce la individualidad como víctimas de un perjuicio, lo que desvirtúa el fin esencial de la responsabilidad civil que es la reparación integral. Frente a esta postura, el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-3-001, reconoció por primera vez en Colombia los acrecimientos en la liquidación de perjuicios, abriendo el camino a la individualización de las víctimas para la indemnización de los perjuicios y ordenando dicha liquidación bajo la figura del acrecimiento tal y como se propone en este trabajo.

## Conclusiones

Una vez analizado el principio indemnizatorio, expuesta la forma en que se realizan las liquidaciones de perjuicios patrimoniales en la actualidad y esbozada la forma en que se propone la liquidación con acrecimientos, es pertinente concluir que en Colombia no se cumple con el principio indemnizatorio, por cuanto no se realiza

un estudio de los perjuicios individualmente ocasionados a las víctimas indirectas cuando estas son menores de 25 años, cuando son mayores de 25 años en situación de discapacidad o cuando quienes reclaman son los padres que dependían económicamente de sus hijos.

De tal suerte que, una vez analizado el principio indemnizatorio, que pretende que a cada una de las víctimas de un hecho dañoso se le indemnicen sus perjuicios y nada más que estos, pero tampoco menos que aquellos, se logra encontrar que en la forma de realizar las liquidaciones de perjuicios en Colombia, no se indemnizan los ocasionados a cada una de las víctimas en una forma individualizada.

Lo anterior, se puede dilucidar al analizar las diversas sentencias, las normas que rigen la materia y de expresar la forma en que se realizan las liquidaciones de perjuicios patrimoniales en cuanto al lucro cesante se refiere, por cuanto se logró demostrar en el ejemplo propuesto, inicialmente, que los \$206.582.213,69 repartidos entre las cuatro víctimas indirectas, da como resultado la suma de \$51.645.553,36 para cada una de las víctimas indirectas.

Pero esbozada la forma en que se propone la liquidación con acrecimientos, se logra demostrar que para cada una de las víctimas indirectas se debe realizar un análisis de su propio daño, partiendo de su calidad de tal y verificando el período indemnizatorio para cada una de ellas. Se encontró, entonces, que cuando a cada una de estas víctimas se le termina su tiempo o período indemnizable, el dinero que falta por liquidar o por entregar va acrecentando al resto de víctimas y de esta manera se indemniza, no pensando en un grupo como si este fuera una unidad, sino por el contrario, entregando a cada quien lo que le pertenece.

Por todo lo anterior, es necesario concluir que en Colombia no se cumple con el principio indemnizatorio, por cuanto no se realiza un estudio de los perjuicios individualmente ocasionados

a las víctimas indirectas cuando estas son menores de 25 años, cuando son mayores de 25 años en situación de discapacidad, o cuando quienes reclaman son los padres que dependían económicamente de sus hijos.

## **Referencias bibliográficas**

Congreso de la República de Colombia. (1887). Ley 57 de abril 5 con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. Diario Oficial 7019 de abril 20 de 1887.

Congreso de la República de Colombia. (1998). Ley 446 de julio 7 por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Diario Oficial 43335 de julio 8 de 1998.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1448 de junio 10 por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48096 de junio 10 de 2011.

Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1564 de julio 12 por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012.

Consejo de Estado. (1958). Sentencia 05001-23-31-000-1991-06952-01 (29590) de julio 31. M.P. Gil, E.

Consejo de Estado. (2015). Sentencia 15001233100020000383801 (19146) de abril 22. C.P. Conto, S.

Constitución Política de la República de Colombia. (1991). Gaceta

Oficial de la República de Colombia n.o 116 de julio 20 de 1991.

Corte Constitucional. Colombia. (2002). Sentencia C-228 de abril 3. M.P. Cepeda, M. y Montealegre, E.

Corte Constitucional. Colombia. (2009). Sentencia C-409 de junio 17. M.P. Henao, J.

Corte Constitucional. Colombia. (2017). Sentencia C-344 de mayo 24. M.P. Linares, A.

Corte Suprema de Justicia. (2017). Sentencia SP-6029 de mayo 3. M.P. Castro, F.

Gaviria, A. (2015). Manual de liquidación de perjuicios patrimoniales. Medellín: Unaula.

Gaviria, A. (2017). Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios. Medellín: Fondo Editorial Universidad Eafit.

Gaviria, A. (2016). Análisis de la Sentencia de Unificación CE-SUJ-3-001 del 22 de abril de 2015, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

Revista de Responsabilidad Civil y del Estado, (37), 73-107.

Gherzi, C. (2013). Teoría general de la reparación de daños. Buenos Aires: Astrea.

Henao, J. C. (2007). El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en el derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Isaza, M. C. (2009). De la cuantificación del daño. Manual teórico práctico. Bogotá: Temis.

Koteich, M. (2012). La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Marín, O. (2016). Liquidación de perjuicios y ajustes de pérdidas de seguros (2.a ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Ordóñez, A. E. (2001). El carácter indemnizatorio del seguro de daños. *Revista de Derecho Privado*, (7), 3-34.

Presidencia de la República de Colombia. (1971). Decreto 410 de marzo 27 por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial 33339 de junio 16 de 1971.

Tamayo, J. (2009). Tratado de Responsabilidad Civil (Tomos I y II). Bogotá: Legis.

# CAPÍTULO 2

## La función punitiva y preventiva del daño en el derecho argentino

Marcelo Jorge López Mesa <sup>1</sup>

### Resumen

El Código Civil y Comercial argentino, que fuera sancionado por la Ley 26994 y que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, introdujo en apariencia una importante modificación en lo concerniente a las funciones de la responsabilidad civil. La fuerte apuesta que había hecho la comisión redactora del anteproyecto a favor de la prevención del daño y del daño punitivo fue neutralizada en buena medida en el Congreso, al quitarse el proyectado artículo 1714, que receptaba la herramienta de los daños punitivos con un alcance general y una envergadura mucho mayor que la hoy contenida en el artículo 52 bis de la ley de protección del consumo 24240. Procuraremos analizar el tema desmontando los mitos y utopías que en el derecho argentino se han creado sobre estas figuras. En síntesis, esta es la versión que no suele darse sobre este tema en nuestro país, donde el realismo mágico ha buscado cobijo en algunas elaboraciones jurídicas.

**Palabras clave:** responsabilidad civil, funciones, prevención, daño, función preventiva, daño punitivo.

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, estudios de postgrado en Derecho Civil y en Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca, académico de las academias nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba y académico no numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Galicia, profesor titular de Derecho Civil (Obligaciones) en la Universidad de Belgrano y en la Universidad Maimónides, profesor visitante de las universidades Washington University (EEUU), Rey Juan Carlos y de La Coruña (España), de Savoie (Francia), de Coimbra (Portugal), de Perugia (Italia), autor de treinta y tres libros en temas de Derecho Civil y Procesal Civil, conferencista y publicista.

## Abstract

The Argentine Civil and Commercial Code, which was sanctioned by Law 26994 and entered into force four years ago on 1/8/2015, apparently introduced a significant modification regarding the functions of civil liability. The strong commitment that the Drafting Commission of the Draft had made in favor of the prevention of damage and punitive damage was largely neutralized in Congress, when the projected art. 1714, which received the tool of punitive damages with a general scope and a much larger scope, than today contained in art. 52 bis of the Consumer Protection Law 24240.

We will try to analyze the issue by dismantling the myths and utopias that in Argentine law have been created on these figures; In summary this is the version that does not usually occur on this subject in our country, where magical realism has sought shelter in some legal elaborations.

**Key words:** civil liability, functions, prevention, damage, preventive function, punitive damage.

## Funciones de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial argentino, que fuera sancionado por Ley 26994 y que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, introdujo—en apariencia—una importante modificación en lo concerniente a las funciones de la responsabilidad civil (López, 2019). Nos proponemos aquí analizar el tema de las funciones preventiva y punitiva de la responsabilidad.

El ordenamiento jurídico procura mantener un balance entre la seguridad y la libertad de actuación de las personas, equilibrio que es alterado por el daño y para cuya restauración el sistema se vale de la responsabilidad civil. Si bien la finalidad y función principal de la responsabilidad civil es reparar el daño sufrido por la víctima conforme con la justicia correctiva (...), en determinadas circunstancias la responsabilidad también debería atender, y en la práctica persigue,

propósitos preventivos y retributivos (Banfi, 2017).

La función resarcitoria de la responsabilidad civil, única en el siglo XIX y primordial desde fines del siglo XX —aunque compartiendo cartel con la función punitiva en algunos ordenamientos—, ahora ha debido admitir otras nuevas funciones en sus adyacencias o alrededores. El catedrático italiano Giulio Ponzanelli enseña que hoy las funciones principales del derecho de daños son las siguientes.

### **Función preventiva**

Destinada a inducir al empresario o potencial causante de daños a adoptar medidas de seguridad para evitar el perjuicio.

### **Función compensatoria**

Por la que se garantiza el adecuado resarcimiento del daño.

### **Función punitiva**

Cuando la infracción es considerable y se propicia la aplicación de la figura del daño punitivo, en la que el dinero responde a la “inconducta” y no al daño (Ponzanelli, 1992, p. 25).

### **Minimizar los costos de los accidentes**

Calabresi, por su parte, postula que las funciones del derecho de daños también serían tres: minimizar los costos de los accidentes, compensar a las víctimas y la función preventiva. La primera de ellas, minimizar los costos de los accidentes desalentando las actividades dañinas que imponen a la sociedad costos superiores a los beneficios que realmente generan.

### **Compensar a las víctimas**

Lo que debe hacer quien está en mejores condiciones de asumir los costos o de trasladarlos. Es preferible que mil paguen por uno a que uno pague por mil —así, el sufrimiento social se minimiza—y reducir los costos administrativos del propio sistema de responsabilidad. No tiene sentido usar un sistema de responsabilidad cuyo costo sea superior a los beneficios que genera al resto de la sociedad (Calabresi, 1984, pp. 26-31).

Lo cierto y claro es que, a esta altura de las circunstancias, la concepción de la reparación como función exclusiva del derecho de daños ha quedado superada. La prevención se erige como un pilar fundamental sobre el que debe estructurarse el sistema de la responsabilidad civil, por cuanto sus efectos son incluso más deseables que los que logran el resarcimiento del perjuicio ya causado.

Resulta evidente que la sola indemnización del daño no basta para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos y que el ordenamiento jurídico debe diagramar institutos que logren prevenir el acaecimiento de hechos lesivos, y a la vez disuadir a potenciales ofensores de incurrir en conductas que no satisfacen los estándares socialmente admitidos. Baste pensar que Argentina tiene el récord mundial en materia de accidentes de tránsito, en relación a su población, y muestra desde hace cuarenta años cifras alarmantes de muertos y heridos que están lejos de decrecer. Más de cinco mil millones de dólares anuales se malgastan en costos de accidentes vehiculares, lo que muestra la importancia de encarar en serio la prevención del daño, inexistente en la realidad argentina actual y solo presente en declamaciones y quimeras.

La incorporación de nuevos objetivos a ser perseguidos por el ordenamiento jurídico no debe ser vista como una dispersión negativa, sino como un redimensionamiento del sistema, el que redundará en una mayor profundización y eficiencia de sus soluciones. Sostener hoy a ultranza la exclusividad o prevalencia absoluta de la función reparatoria de la responsabilidad implica responder a esquemas superados.

### **La función preventiva**

Hace décadas comenzó a desarrollarse la idea de que la imposición de responsabilidad por daños podía servir, en otro plano, para lograr fines de prevención. Tal postura no es nueva, aunque algunos la presenten como tal. Lo que sí resulta novedoso, en cambio, es la incorporación expresa de esta función a la letra del cuerpo normativo que regula la materia, en los artículos

1710 a 1713 del CCCN, pero que, asistemáticamente, también contempla esta función en el artículo 52 del CCCN, cuando se produzca la violación de la intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal.

Con la función preventiva:

Se trata (...) de evitar o, mejor dicho, de minimizar los costes de los accidentes incentivando comportamientos eficientemente precavidos. La finalidad preventiva supone que el derecho de daños actúa (...) no sólo ex post, sino también ex ante. Económicamente, implica tomarse en serio el valor de la eficiencia; jurídicamente, hacer lo propio con el mandato básico que prohíbe dañar a otro –*naeminem laedere*– (...) no debe hablarse de la prevención como de una función más del derecho de daños, sino integrarla en el sistema teórico del derecho de la responsabilidad civil (...) el derecho de daños es un instrumento demasiado caro como para despilfarrarlo en simples transferencias de recursos; los accidentes son demasiado numerosos y graves como para no tratar de reducir su número y gravedad por todos los medios disponibles, incluyendo al derecho de daños (Salvador, 1997, p. 110).

Desde una perspectiva axiológica, la prevención tiene efectos más beneficiosos que la reparación. Baste pensar que la disminución solo de un 20 % del número de accidentes de automotores ahorraría a la economía argentina alrededor de mil quinientos millones de dólares anuales, ahorrándole a la par parte de los ocho mil muertos y cien mil heridos que, en promedio, tiene cada año por esta calamidad vehicular, con el correlato de días no laborados, secuelas, tratamientos, entre otros. El adagio coloquial “mejor prevenir que curar” se patentiza en esta línea de razonamiento.

La prevención se posiciona ex ante, y si resulta efectiva logrará que no se produzca perjuicio alguno, y no se torne necesario recurrir al aparato judicial, muy sobrecargado e ineficiente en Argentina.

El resarcimiento ex post facto, en cambio, lo único que podrá

pretender es colocar al afectado en una situación parecida — aunque no tanto— a la que se encontraba previo al hecho lesivo, lo que quizá podrá lograrse si el daño ha sido de contenido patrimonial, pero cuando lo que se afecta son bienes jurídicos de otra índole (por ejemplo, vida, salud, honor) sus efectos se tornan completamente ilusorios.

Por otra parte, la experiencia de treinta años de operador jurídico, varios de ellos actuando como juez de instancias superiores, nos ha enseñado que, contrariamente a lo que afirma como objetivo el artículo 1740 CCCN: “la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso” nunca se logra, en la realidad de los hechos. El mito de la reparación plena que anida en el artículo 1740 CCC es rápidamente desmentido por los artículos 1726, 1727, 1728 y 1743, que desnudan el afán declamatorio de la pretensión de regresar el reloj al instante anterior al evento dañoso, mediante una “reparación integral”. Ello requeriría quitar todo techo imputativo del Código, lo que constituye una ocurrencia y coloca al artículo 1740 CCC a la altura del mítico Macondo, imperecedera creación del maestro Gabriel García Márquez.

En esta lógica, se ha remarcado que:

La idea de que el derecho civil de daños ha de renunciar a todo principio de preservación ex ante de bienes jurídicos, es decir que ha de limitarse a esperar y ver cómo el riesgo se concreta y el daño se produce, resulta incluso intuitivamente contraria al buen sentido: desde el punto de vista de la justicia, porque no se entiende fácilmente cómo podemos prescindir sin más de la contribución que toda una rama del derecho puede prestar a su realización; y desde el punto de vista de la economía, porque tampoco es fácil aceptar que el derecho civil haya de limitarse a contemplar el accidente y sólo después de que este tenga lugar, de ordenar la realización siempre costosa de una transferencia de recursos desde el patrimonio del causante hasta el de la víctima o sus allegados: la compensación por sí misma: es doblemente insuficiente (Salvador, 1997, p. 107).

El mismo autor señala que:

Prevenir y castigar no son expresiones sinónimas, pues si bien castigar implica prevenir, lo recíproco no es cierto, ya que no todas las normas y disposiciones jurídicas que tratan de prevenir —de precaver, evitar o impedir una cosa— mandan castigar a quien las incumple (...). Esta distinción es cardinal (...). Naturalmente, en un mundo de recursos escasos, un sistema de compensación universal habría de ser necesariamente modesto —si fuera universal e integral sería ruinoso, y si no lo fuera, dejaría de compensar— y, lo que es más preocupante, no respondería a la pregunta de por qué, al tiempo que intentamos compensar a las víctimas, no tratamos de reducir la gravedad y número de los accidentes: también desde el punto de vista normativo, las tesis defendidas en esta obra cuentan con algunos argumentos de peso a su favor. Bien está que se compensen ciertos daños, pero no alcanzamos a ver cómo no es mejor intentar además disminuir la frecuencia con que ocurren y su gravedad (Salvador, 1997, p. 9).

Como señalamos anteriormente, ha quedado fuera de discusión que la responsabilidad civil también puede (e incluso debe) cumplir una función preventiva, basado en remedios de tipo inhibitorio y disuasivo, que frente a situaciones de peligro de daño inminente posibiliten su evitación, o en su caso la cesación, de las actividades nocivas.

La función preventiva de la responsabilidad civil involucra dos diversas facetas que cargan sobre las espaldas de dañadores y dañados dos diferentes deberes jurídicos, que no deben descuidarse: a) la evitación del daño y b) la reducción de sus consecuencias.

Toda persona, sea sujeto activo o pasivo del daño, carga sobre sí con estos dos deberes jurídicos derivados de la regla, el artículo 19 CN consagra a contrario sensu: la obligación de no causar perjuicio a terceros implica, por un lado, hacer todo lo que se halle al alcance del agente para no provocar el perjuicio y, por otro, que si le fuera a este imposible evitarlo, tiene el deber de reducir todo lo posible su extensión y consecuencias.

Quien daña, habiendo podido evitarlo, actúa en contraposición al

artículo 19 CN y vulnera asimismo los artículos 1710-1715 CCCN. El Código Civil y Comercial ha receptado la función preventiva de la responsabilidad en los artículos 1710 a 1715. En realidad en los artículos 1710 a 1713 CCC, puesto que los dos últimos no son sustanciales, sino fruto de la eliminación del proyectado artículo 1714 que receptaba en amplia versión los daños punitivos y fue eliminado en el trámite parlamentario. Pero, asistemáticamente, también ha receptado el nuevo ordenamiento un caso encuadrable en la función preventiva en el artículo 52 CCCN, el que expresa:

Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

En virtud de esta norma, existiría una función preventiva en juego en la intromisión a la intimidad, o en el daño a la honra, reputación, imagen o identidad, con lo que la norma podría habilitar una modalidad de intervención judicial que hasta hace poco estaba profundamente deslegitimada: la censura previa. Porque, si una persona se enterara de que se van a difundir datos de su intimidad o menoscabantes de su honra o reputación en un medio, podría acudir a esta herramienta que brinda el artículo 52 CCCN y pedirle a un juez que evite —preventivamente— la violación de su derecho a la intimidad, dictando un mandato inhibitorio y prohibiendo a ese medio que difunda tales datos. Si se tratase de una persona poderosa o bien relacionada y diese con un juez muy especial y diligente, una resolución así adoptada inmediatamente sería una especie de mandato preventivo, no muy diferente a la censura previa. Tendría que llegar a tiempo y no perderse en los laberintos y calendarios judiciales, pero si se emite a tiempo no es un remedio sustancialmente muy distinto de una forma de censura.

Que quede claro: no criticamos la norma, solo manifestamos que ella pone de resalto la profunda crisis de derechos personalísimos como el honor, la intimidad y la honra, que actualmente se padece;

y que ello ha motivado que decisiones que antes eran tomadas como graves violaciones a los derechos constitucionales, como la censura previa, hoy son relativizadas y hasta acogidas en una norma que plasma una función preventiva de la responsabilidad civil. Curiosamente muchos de los más entusiastas partidarios de esta función no han analizado este supuesto, tal vez el más claro de ella en el nuevo ordenamiento.

Y curiosamente tampoco, quienes se manifiestan como más encendidos partidarios de esta función preventiva, no sostienen a la par que ella debe plasmarse primero que nada en materia de accidentes viales. Un país con una siniestralidad vial récord en el mundo como Argentina debe comenzar la prevención por allí. De otro modo, será esta una declamación más de tantas que se han hecho en nuestro bendito país.

Más allá de este tema puntual, para avanzar sobre el fondo del asunto recordaremos que en el anteproyecto redactado por la Comisión de Reformas designada por el Decreto 191 de 2011 se contemplaba una función tripartita para la responsabilidad civil: prevención, resarcimiento y punición del daño (artículo 1708). Esta idea fue mantenida en la Ley 26.994, pero alterada en su esencia por el Poder Ejecutivo, en el proyecto que mandó al Congreso y fue sancionado luego. La Ley 26.994 suprimió la función punitiva al eliminar el proyectado artículo 1714, que establecía la sanción pecuniaria disuasiva con alcance general, es decir, llevándola más allá del derecho del consumo —como está regulada ahora por el artículo 52 bis de la Ley 24.240, modificado por Ley 26.361—; también el legislador desdobló el proyectado artículo 1715 en los actuales artículos 1714 y 1715 CCCN, básicamente para llenar el vacío dejado por la supresión del anterior. Es decir que no hay función punitiva de la responsabilidad civil en el derecho argentino vigente, fuera del ámbito del derecho del consumo. Creemos que debería habérsela eliminado de allí también, pero al menos no se agravó el mal que esta figura puede causar en manos torpes.

Así las cosas, los artículos 1714 y 1715 CCCN no pertenecen al

ámbito de la función preventiva, sino que fueron ubicados allí para llenar un vacío. Pero los contenidos relativos a la punición excesiva no tienen comunidad con la prevención del daño. El Código Civil y Comercial destina cuatro artículos a la función preventiva (1710, 1711, 1712 y 1713). Establece el deber general de prevenir el daño (artículo 1710), regla la acción preventiva (artículo 1711), la legitimación para iniciarla (artículo 1712) y fija el alcance de la sentencia preventiva (artículo 1713). Pero no establece un mecanismo concreto que percuta sobre la víscera más sensible del cuerpo humano que, en nuestro país al menos, suele ser el bolsillo. Por ende, el contenido de esta función constituye más ruido que nueces.

Peyrano (2015) afirma sobre la acción preventiva que ella:

Tiene por destinatario a quien está en condiciones de evitar la producción, repetición, persistencia o agravamiento de un daño posible según el orden normal y corriente de las cosas; debiendo prosperar en la medida en que el accionante posea un interés razonable. Excepcionalmente puede hacerse valer contra quien no ha generado la amenaza de daño en ciernes, pero que se encuentra emplazado de modo tal que puede contribuir a evitar el daño o morigerarlo. Reclama, eso sí, la existencia de una conducta antijurídica unida causalmente al daño posible.

En definitiva, el tema de la prevención sustancialmente se enfoca en evitar el daño futuro, lograr el cese del daño actual y disminuir la magnitud y el alcance del daño que ya comenzó a evidenciarse. Peyrano (2016) ha extraído, con su reconocida capacidad de abstracción, algunas características de la acción preventiva. Tales las siguientes:

- La acción preventiva no es una tutela excepcional ni es de interpretación restringida.
- No exige que exista el riesgo de daños graves o irreparables.
- No cabe emprender una acción preventiva contra una víctima potencial.
- No reclama que no exista una vía judicial más idónea.
- La tutela preventiva es autónoma de la resarcitoria, pero

- pueden acumularse.
- Puede promoverse, claro está, una tutela preventiva, aunque ya existieran daños causados.
  - El fracaso en la prevención del daño puede legitimar una acción resarcitoria.
  - El ‘interés razonable’ previsto en el artículo 1712 CCCN puede ser en la preservación de las personas (por ejemplo, su honra) o del patrimonio (por ejemplo, casa lindera que amenaza ruina).
  - El ‘interés razonable’ del artículo 1712 CCCN puede consistir en un interés simple y no necesariamente ser un derecho subjetivo con aprobación legislativa.
  - La configuración de un interés razonable presupone la confección de un test comparativo de ‘razonabilidad’ entre el daño que se procura conjurar y las consecuencias perjudiciales que ello puede acarrear al destinatario de la acción preventiva del caso.
  - La resolución que corona una acción preventiva puede incluir una obligación de dar una suma de dinero.
  - Excepcionalmente procede la acción preventiva contra un tercero que no ha generado el riesgo. Como regla se dirige contra el obligado a adoptar medidas impeditivas.
  - El artículo 1713 CCCN consagra el criterio de la menor restricción posible; se debe, entonces, procurar evitar la cesación de actividades y de reencauzar la actividad riesgosa de que se trate. Como pauta decisoria, se debe intentar compatibilizar la eficacia en la prevención del daño amenazante con la conveniencia de no coartar la actividad riesgosa.
  - Constituye también un recaudo de la acción preventiva la posibilidad de su destinatario de impedir el daño que amenaza.
  - La acción preventiva puede determinar que el destinatario deba operar sobre bienes que pertenecen a un tercero.
  - La resolución judicial preventiva puede ser oficiosa según se colige del tenor del artículo 1713 del CCCN.

Compartimos estas ideas, pero ellas son el fruto de la conceptualización de un juez que es, además, un sobresaliente

doctrinario procesalista. No es claramente el magistrado argentino promedio. Por eso nos preocupa, en cuanto a la función preventiva, que los artículos 1711, 1712 y 1713 CCCN, que constituyen su cuerpo, son indefinidos e imprecisos y dejan en manos de los jueces la determinación de los aspectos básicos de la figura.

El artículo 1711, en la descripción del hecho que da lugar a la acción preventiva, es vago al decir que esta acción procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Y la vaguedad se completa al establecer que no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Ello directamente deja en manos del magistrado establecer cuándo procede la acción, sin pauta alguna para encauzar su decisión. Y hoy, en nuestro país, el magistrado promedio dista de ser un jurista de la talla de Jorge Horacio Alterini.

El artículo 1712 contiene un concepto jurídico indeterminado, el de “interés razonable” en la prevención del daño, para legitimar a quienes pueden iniciar la acción y que puede ser entendido como “a” o como “z” por el juez, según los particulares criterios de este. Por su parte, el artículo 1713 CCCN faculta al juez en relación con la sentencia que admite la acción preventiva, a disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda. Y se establecen solo dos pautas que acotan la importante discrecionalidad que se concede al magistrado: debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad. Con todo, que el juez pueda actuar de oficio, disponiendo en forma definitiva o provisoria obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, significa en los hechos que puede disponer casi lo que desee, en cualquier pleito abierto o por abrirse.

La norma tampoco indica el trámite que debe dársele a esta acción, pero podría pensarse que el que corresponde es el trámite más abreviado de cada jurisdicción, entre ellos, el proceso sumarísimo y la acción de amparo. De cualquier manera, el inconveniente más grave que al presente plantea este nuevo elenco de normas

consiste en la falta de pautas procesales, en lo tocante a cómo llevar a la práctica estas nobles intenciones para encauzar de un modo expeditivo, pero seguro y previsible, la acción preventiva.

El objeto de esta sentencia es evitar la producción de un daño no acaecido, impedir el agravamiento del que ya fue causado y de nuevos daños, motivo por el cual las medidas que el juez puede adoptar podrán ser variadas, de conformidad con las circunstancias del caso. En condiciones normales y ante un juez sensato, el reclamante que pretende lograr que una acción preventiva prospere debería acreditar, cual, si fuera una medida cautelar, es decir con la verosimilitud suficiente, que se está en el caso en presencia de un riesgo cierto de que un daño acaezca, o se agrave si ya se hubiera producido. Al efecto, no basta la alegación de la existencia de un temor hipotético o de una eventual posibilidad de siniestro.

El interés razonable que debe demostrar el interesado en promover la acción se correlaciona con la prueba del extremo de la causación o inminencia del daño a través de una prueba directa y determinante, o mediante un plexo probatorio complejo, conformado por diversos indicios, pero nunca por conjeturas, acerca del peligro que se invoca.

Es fundamental recalcar que el peligro de daño debe ser cierto y no eventual, y debe tratarse de una probabilidad concreta y calificada y no de una mera eventualidad o una ocurrencia o la excesiva susceptibilidad del accionante.

Finalmente, diremos que el incumplimiento de la funcionalidad preventiva de la responsabilidad civil tiene consecuencias: quien no hace lo que está a su alcance para evitar el daño o reducir sus consecuencias, carga con la responsabilidad por los perjuicios que se hallen en relación causal adecuada con su conducta omisiva.

## **Los daños punitivos**

Seguidamente trataremos el tema de los daños punitivos en el derecho argentino, temática que se las trae, porque en general ha sido abordada sobre la base de lo que muchos autores quisieran que sea, pero no es en la realidad cotidiana. Y es sabido que el derecho es un puente entre facticidad y validez. Cuando el derecho es una pura facticidad, se degrada, muestra un rostro precario, atribulado, como las órdenes directas de los señores de la guerra africanos o las expropiaciones verbales del inefable Comandante Hugo Chávez. Por el contrario, cuando el derecho es solo validez, carece de operatividad y se vuelve declamatorio. Por eso, el buen derecho es un puente que une ambas orillas, que permite superar los dos extremos, lo que muchos olvidan —o no saben—, pero la experiencia indica como una premisa verdadera e indudable.

Y lamentablemente los daños punitivos han tenido en su aplicación entre nosotros mucho más de extremismo que de síntesis superadora. Ha habido verdaderos escándalos en algunos pocos casos de daños punitivos en Argentina, en los que se fijaron sumas millonarias para resarcir trivialidades<sup>1</sup>; ello ocurrió arquetípicamente en el fallo de primera instancia dictado en el conocido caso “Teijeiro”, felizmente luego revocado en alzada y en el TSJ de Córdoba<sup>2</sup>.

En una ácida nota se ha dicho a su respecto con buena pluma que:

Con el fallo en comentario, el telón parece haber caído sobre el episodio más jugoso —y tragicómico— que hasta el momento protagonizaron los “daños punitivos” en la Argentina. Atrás quedó la ilusión de un consumidor de convertirse en el millonario ganador de una suerte de “lotería del daño punitivo” por el hecho de haber encontrado un envoltorio de gel íntimo en una botella de gaseosa, y con sus sueños se esfumaron también las esperanzas —alentadas por cierta doctrina— de contar finalmente con un precedente que diera a esta multa la dimensión que tiene en el common law y la alejara de los esmirriados montos que suele dedicarle la jurisprudencia nacional (Picasso, 2014).

<sup>1</sup> Vid cuanto dijéramos en nuestro trabajo titulado *De daños punitivos, desenfoques y enriquecimientos sin causa*, en *elDial.com*, clave DC189E.

<sup>2</sup> Vid el fallo y el atinado comentario de Carlos Hernández y Sandra Frustagli titulado *Decisión judicial sobre daños punitivos*, en *La Ley* 2014-C, 49.

Este es el telón de fondo sobre el que se recorta el tema que aquí analizamos.

Los daños punitivos eran una figura ajena a las costumbres y tradiciones argentinas hasta no hacer mucho. Su origen es anglosajón y ha influido fuertemente en nuestra doctrina y jurisprudencia, desde su recepción por la Ley 26.361 y, especialmente, a tenor del impulso que le dio su inclusión en el anteproyecto de Código Civil y Comercial (artículo 1714 proyectado, luego quitado del proyecto definitivo). Argentina fue el primer país de Sudamérica en introducir los daños punitivos.

El único texto normativo que consagra el instituto es el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, que reza:

Daños punitivos. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b, de esta ley.

La Ley 26361 que acogió esta figura en nuestro país es una colección de heterodoxias e improvisaciones, que no estableció claramente el ámbito de aplicación de estos daños, ni el factor de atribución de responsabilidad que les es connatural. Desafortunadamente, debemos decir que técnicamente la norma es una herejía jurídica, de las peores normas que ha sancionado el Parlamento argentino en los últimos años, lo que no es poco decir; ella tiene la rara aptitud de fungir de carga explosiva, con la funcionalidad evidente —buscada o no— de hacer estallar el casco de la nave de la responsabilidad civil tradicional en Argentina.

Más allá de ello, de suyo preocupante, la reforma de la Ley 26361 a los artículos 47 y 49 de la Ley 24240 y la introducción del artículo 52bis, instaura un sistema de daños punitivos *sui generis*, que no tiene antecedentes en el mundo y que viene a sumar lo malo de afuera, a lo malo de aquí: la inseguridad jurídica connatural a los daños punitivos, con una implementación y reglamentación cuestionable “made in Argentina”.

En primer lugar, deja al arbitrio de un solo hombre la fijación del monto de esta multa, sin fijar siquiera cuál es el factor de atribución aplicable al caso. En segundo término, no brinda pautas claras, objetivas y previsibles de cómo se establecerá dicha multa. Los únicos parámetros que da son que la multa se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo que equivale a decir que quien la imponga la fijará como él crea mejor, es decir, según su particular arbitrio. De ahí a la discrecionalidad no hay ni un solo paso, porque ya se está plenamente en su terreno. Algo similar ocurre con la imposición de multas civiles por los jueces, quienes también carecen de pautas objetivas para graduarlas. En suma, se trata de una ley que debe ser corregida en importante medida.

Además, existe un claro yerro en la denominación de esta figura jurídica, por cuanto no se trata de “daños” corrientes. El error proviene de una traducción lineal del idioma inglés al español, que no ha tenido en consideración ciertos aspectos del derecho anglosajón. En efecto, el principal yerro reside en la traducción literal de la voz “damages”, a “daños”. “Si bien es cierto que, si uno quisiera traducir el vocablo “daño” al idioma inglés, la palabra adecuada sería “damage”—en singular— (o “injury”), desde una perspectiva jurídica, y contrastando la utilización etimológica de tal concepto en el derecho anglosajón y el derecho continental europeo, dicha traducción es errónea, o, cuanto menos, desacertada. El vocablo “damages”—en plural—, en el sistema jurídico del common law, no refiere a lo que en nuestro derecho denominamos “daño”—en su acepción de perjuicio resarcible que venimos analizando—, sino que se identifica con el concepto de “indemnización pecuniaria por daños y perjuicios” (Martínez, 2018).

Igualmente, no somos partidarios de los daños punitivos; hemos visto los excesos que han producido en EE. UU. y compartimos buena parte de las críticas que autores como Aída Kemelmajer de Carlucci y Eugenio Llamas Pombo han hecho a este instituto. Y no estamos conformes con la forma en que ellos han sido receptados en la Argentina por el reformador de la Ley 24.240, por la Ley 26.361 y por el estado actual de la cuestión, donde al final ni siquiera en el marco de una reforma integral del derecho privado (Ley 26.994, sancionatoria del nuevo CCC) la cuestión fue resuelta correctamente, sino que quedó tan mal como estaba antes, ni mejor ni peor.

Desde la primera edición de nuestro Tratado de la responsabilidad civil, en 2004, expresamos que considerábamos inconveniente receptar esta figura en el ordenamiento argentino y que globalmente la magistratura argentina no estaba preparada para lidiar con ella, pese a las excepciones que siempre existen (Trigo y López, 2004).

Ya en ese entonces aseverábamos que no faltarían los ideólogos de la reparación, con toga de juez, que harían uso abusivo de esta herramienta y que concederían acrecidos enriquecimientos sin causa bajo el rótulo de daños punitivos. En muchos casos, para publicar sus fallos en revistas jurídicas y, en otros, por diferentes motivos, que van desde una ideología extrema, una imaginación o candidez desbordada, hasta motivos todavía menos nobles, que el lector podrá imaginar. La experiencia posterior, desafortunadamente, nos dio la razón.

Los daños punitivos son un plus indemnizatorio que se concede a un perjudicado, por encima del monto que le correspondería, de acuerdo a la naturaleza y el alcance de los daños sufridos por este. El daño resarce hasta el punto de relación con el daño y pena al dañador, en lo que excede de ello, para desalentar la práctica en que este incurriera, o servir de ejemplo a otros. La reprochabilidad de la conducta del dañador es lo que justifica el exceso o plus indemnizatorio, que se conoce bajo este nombre ajeno a nuestra idiosincrasia.

La idea que sustenta esta sobrerreparación es la de que la mera indemnización del perjuicio es insuficiente, en ciertos casos, para desalentar la multiplicación de determinadas conductas, juzgadas como especialmente reprochables, en supuestos en que el dañador no solo infringe el ordenamiento jurídico, sino que lo hace deliberadamente y con el propósito de obtener un rédito o beneficio de tal proceder, y con prescindencia de la consideración de los resultados que produce o con menosprecio de los derechos de terceros, evidenciando una conducta dolosa o gravemente culposa. De ello se sigue que las nimiedades o conductas que no llegan a estos extremos, tan perturbadores socialmente, no deben llevar aparejada la aplicación de tales conceptos. El problema es que en Argentina varios casos en que no podía sostenerse seriamente la existencia de dolo o culpa grave y que los hechos eran verdaderamente menores o triviales, se pretendió aplicar la herramienta del daño punitivo, lo que arrojó serias dudas sobre el trasfondo de algunos casos, arquetípicamente el caso “Teijeiro”.

Pizarro conceptualiza estos daños como:

Sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y prevenir hechos similares en el futuro (2000).

Martínez Paz entiende que:

Los daños punitivos son una sanción pecuniaria disuasiva, susceptible de ser aplicada en sede judicial, arbitral y administrativa; a petición de parte, frente a un accionar doloso o gravemente culposo del proveedor de bienes y servicios, que genere un daño grave o una inminente amenaza de provocarlo; con independencia del resarcimiento que por este pudiera corresponder (2018).

Hemos tomado algunas de las definiciones aportadas por la doctrina, para ilustrar al lector de la entidad de estos mal llamados “daños”. Entre las características que cabe atribuirles pueden enumerarse las siguientes:

- Ellos no constituyen técnicamente una indemnización, puesto que los daños sufridos por la víctima ya fueron compensados por otros rubros resarcitorios (daño moral, daño patrimonial, daño directo, etc.). La indemnidad de la víctima no es el punto de enfoque fundamental de este instituto, pese a que contiene él elementos reparadores desde el punto de vista de la reivindicación del ofendido.
- Son de naturaleza excepcional: la multa debe ser de aplicación excepcional y de interpretación restrictiva, entre otras razones para que la cotidianeidad de su imposición no le haga perder eficacia (Sprovieri, 2010, p. 5).
- Son de interpretación restrictiva.
- Se trata de una herramienta solo aplicable a casos en los que exista un comportamiento subjetivo agravado —la mera culpa o negligencia no basta para imponerlos— debiendo existir intencionalidad, malicia, designio dañoso, voluntariedad o desinterés temerario por los derechos de los demás.
- Constituyen una pena privada, pero imponible solo judicialmente y a instancia de parte.
- No ostentan carácter principal, sino naturaleza accesoria, esto es, que ellos no tienen autonomía por sí mismos, asumiendo el rol de acompañar a la indemnización común.

Una cuestión fundamental, que no podemos soslayar, es definir las funciones que cumple este instituto. Desde nuestra perspectiva, los daños punitivos cumplen una tríada de funciones:

**Hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa:** es claro que toda pena inflige un mal al sujeto pasivo, pero la particularidad de los daños punitivos, a diferencia de otras condenaciones, reside en que el mal es equivalente o aproximado a la mejora indeseablemente lograda por el responsable. El razonamiento es simple: si el resarcimiento persigue volver la situación de la víctima al momento anterior al hecho lesivo, eliminando el perjuicio injusto (artículo 1740 CCCN), debe del mismo modo retrotraerse la situación fáctica del responsable, quitándole el beneficio que obtuviera injustamente. De otra manera, se alentaría la especulación nociva, al medrar

el dañador con las ganancias que le deparara el daño injusto que causara, pues entraría así en la ecuación económica de la empresa la ventaja del incumplimiento de la ley, que le proporcionaría un privilegio inaceptable, frente a sus competidores.

**Sancionar al causante del daño intolerable:** el objetivo de punición se basa en la lesión al interés comunitario por la conducta intolerablemente nociva, ante la cual el derecho debe expresar una desaprobación contundente. El resarcimiento restituye a la víctima a la situación anterior al ilícito, pero, si al dañador le quedaran beneficios de la ilicitud, el hecho reprochable continuaría produciendo efectos en su favor.

Parte de la doctrina (Picasso) señala que esta es la única finalidad de la figura, mientras que la mayoría de los autores entienden que es compartida también con la función disuasiva (Macarena, 2018). La indemnización punitiva opera, entonces, como una pena civil cuyo importe debe destinarse a la víctima, a semejanza de las astreintes y de los intereses sancionatorios. Porque es írrito que “el crimen pague” para la liberación, cuando se trata de hechos ilícitos (tipificados o no por el derecho penal) que persiguen mejoras económicas a costa de damnificados inocentes.

En este sendero, Fernando Reglero Campos expresa que los daños punitivos estarían justificados cuando la conducta del dañador fuera particularmente intolerable, atendiendo a las circunstancias bajo las que acaeció el hecho dañoso, fundamentalmente cuando se trate de conductas dolosas o de imprudencias temerarias, activas u omisivas, o con manifiesto desprecio a los bienes y derechos ajenos, también por falta de adopción de medidas elementales de seguridad.

Por su parte, Pizarro (2000), ha sostenido con tino que las indemnizaciones punitivas “sólo deberían proceder en caso de dolo o culpa grave del responsable o de sus dependientes, administradores o representantes”.

Compartimos absolutamente estas dos ideas: solo la conducta

dolosa o gravemente culposa, que se transforma en particularmente intolerable, amerita la imposición de una pena de este tenor. Lo contrario, entendemos que trasuntaría una susceptibilidad excesiva y una aplicación disfuncional y desviada de la herramienta excepcional de los daños punitivos (López, 2019, pp. 82 y ss.).

Para ilustrar con un ejemplo: no nos cabe duda de que fue correcta la imposición de una multa de cinco mil millones de dólares a la compañía Exxon por el hundimiento del Exxon Valdez en Alaska, que originó una catástrofe ecológica producida por el encallamiento a que lo condujo su capitán timoneando ebrio. Pero nos parece un exceso sostener que el mero incumplimiento de un contrato permita imponer daños punitivos al proveedor de un servicio, sin haber constatado en su conducta rastros de dolo o culpa grave.

**Prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que se impusiera punición:** las condenaciones punitivas crean un impacto psíquico, como amenaza disuasoria que constriñe a desplegar precauciones impeditivas de lesiones análogas o abstenerse de desplegar conductas desaprensivas<sup>1</sup>.

El empleo del instituto de los “daños punitivos” en un caso debe tener por fin evitar que dicho daño se produzca en otros supuestos, por medio de la disuasión de eventuales comportamientos ilícitos futuros. En tal situación, la responsabilidad civil llega también a cumplir adecuadamente con su función preventiva que hoy le asignan los artículos 1710 a 1713 CCCN. Claro que también los daños punitivos tienen diversas disfuncionalidades. Entre las principales están el encarecimiento del seguro en los países cuyos sistemas resarcitorios los admiten por la imposibilidad de prever el monto máximo de las eventuales indemnizaciones por cuya indemnidad se contrata al asegurador. Asimismo, otra clara disfuncionalidad la constituye la inseguridad jurídica que los daños

<sup>3</sup> Esta es la función primordial de estos daños para algunos ordenamientos que los reconocen, como el Código de Québec. El artículo 1621 del Código Civil de Québec ha receptado últimamente una versión light de los daños punitivos al decir que “cuando la Ley prevea la atribución de daños punitivos, ellos no podrán exceder, en valor, lo que es suficiente para asegurar su función preventiva”.

punitivos llevan implícita, sobre todo cuando —como en el sistema argentino de la Ley 24.240 reformada— no existen pautas objetivas y verificables a qué atenerse para saber, de acuerdo al caso de que se trate, a cuánto pueden ascender tales daños punitivos.

A raíz de ello, se han suscitado un par de escándalos judiciales en la aplicación de estos daños en nuestro país. Uno, en un caso cordobés —el caso “Teijeiro”— donde se intentó beneficiar en 2011 a un consumidor con una suma dos veces millonaria por haber encontrado un sobre de gel íntimo dentro de una botella de gaseosa, la que no fue abierta, ni se bebió de ella. Las instancias judiciales superiores corrigieron este desaguizado.

En otro caso, bonaerense, se aplicaron daños punitivos de cinco millones de pesos, a un supuesto no contemplado en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, es decir aplicando la norma por analogía, lo que resulta un verdadero desatino, insostenible jurídicamente.

Y en un fallo marplatense muy nombrado, se le aplicaron daños punitivos a una operadora de telefonía celular por no tener una rampa de acceso para discapacitados, y se lo hizo en términos enfáticos, cuando llamativamente la Cámara de Apelaciones que aplicó esa medida extrema, tampoco tenía su propia rampa.

En los demás casos en que fueron aplicados, se trató de cuestiones menores, normalmente lindantes con la ocurrencia o el capricho judicial, salvo raras excepciones. No ha sido feliz la historia de estos daños en la Argentina, como predijimos en 2004.

Entendemos que la norma que los establece, el artículo 52 bis LDC, tal y como está redactada en la actualidad, al no exigir un factor subjetivo de atribución (dolo o culpa grave), es decir un fundamento atendible, de una agravación que le quite el componente de enriquecimiento sin causa que ahora tiene, es precaria e inconstitucional. Imponer una multa sobre indemnizatoria, en estas condiciones, viola groseramente los derechos constitucionales de debido proceso y defensa en juicio

y propiedad del sancionado, como que no se sabe a ciencia cierta qué conductas va a disparar la aplicación de tal plus, pues la norma no contiene un tipo claro de los supuestos que ella contempla como pasibles de sanción.

En síntesis: el legislador ha sancionado una norma técnicamente deficiente, oscura, difícil de interpretar, que no respeta ninguna de las reglas establecidas en materia de responsabilidad y que abre enormes campos a la más brutal inseguridad jurídica, pese a lo cual fue sancionada igualmente y es aplicada, a veces.

Picasso (2014) ha ido bastante más lejos al afirmar que “es claro que el texto del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor no requiere ningún factor subjetivo de atribución (y por eso no es posible adscribir a la doctrina mayoritaria), pero esa circunstancia no puede llevar sin más a imponer aquella multa sobre la base de factores objetivos, porque esto contrariaría principios constitucionales (razón por la cual tampoco es de recibo la opinión minoritaria que así lo postula)”. La única solución que cabe es concluir en la inconstitucionalidad de la norma como lo venimos sosteniendo desde el momento de su sanción.

Concluimos que el legislador del Código Civil y Comercial perdió la oportunidad de quitar esta norma del ordenamiento argentino, si no estaba de acuerdo con la figura de estos daños, o de introducir una regla general en el nuevo Código regulándola adecuadamente. No hizo ni una cosa ni la otra, se quedó a medio camino, dejando la norma tal y como estaba y eliminando la que había propuesto la Comisión de Reformas, dejando los daños punitivos vigentes solo en ciertos casos de consumo, pero con una precariedad conceptual inenarrable.

## **Observaciones**

De todo lo expuesto no es aventurado extraer algunas observaciones:

La sanción del Código Civil y Comercial argentino no ha traído, ni remotamente, los beneficios que se pontificaron al ponerlo en vigor.

Los cambios drásticos, favorables y espectaculares, que pensó obtener con su dictado el legislador que lo sancionó, a cuatro años de su vigencia, no se han evidenciado.

La responsabilidad civil sigue mostrando una tardanza y letanía manifiestas en el trámite de los juicios que atiborran nuestros tribunales, sin que las nuevas normas se hayan hecho notar, ni “muevan la aguja”.

La población sigue tan o más harta que antes del trámite eterno de los juicios en nuestros estrados judiciales, que fácilmente pueden insumir diez o más años en recorrer todas las instancias, para luego comenzar la odisea del cobro de la acreencia, expuesto el beneficiario de ella a todo género de albuces.

La herramienta de los daños punitivos ha traído más sinsabores que alivios a la población argentina y ha sido aplicada a trivialidades, en muchos casos al hallazgo de un objeto extraño en una botella de gaseosa<sup>1</sup>, o ha generado fallos escandalosos donde la tentativa de enriquecimiento sin causa de varios ha encontrado indisimulado cauce.

A los que se les debiera aplicar —en todo caso— no se les aplica<sup>2</sup>, por razones que van desde las limitaciones de la letra de la ley, a la falta de convicción y compromiso de algunos jueces o a las efectividades conducentes —viejo subterfugio que en nuestro país esconde muchas cosas, las que realmente operan y deciden los temas difíciles, en general—; y en los casos que se han aplicado, la experiencia no ha sido muy feliz o no ha disuadido a nadie de seguir dañando.

<sup>1</sup> El último, el fallo de la CSJ de Tucumán, sala civil y penal, 25/04/2019, Esteban, N. E. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ daños y perjuicios (La Ley, 18 de julio de 2019, p. 4).

<sup>2</sup> El acoso que sufren muchos argentinos con llamadas telefónicas de cobro de acreencias no fue cortado a través del uso de esta herramienta, en un fallo tal se resolvió que la demanda preventiva de daños destinada a que una entidad bancaria cese con la conducta de hostigamiento y trato indigno hacia el accionante y su entorno a fin de obtener el cobro de una deuda, debe rechazarse, pues no surge acreditado el alegado ejercicio abusivo de derecho de la demandada, máxime cuando las expresiones vertidas en los mensajes no contienen vocablos vergonzantes, vejatorios o intimidatorios; ni cuentan con la apariencia de un reclamo judicial (CNCCF, sala II, 21/06/2019, “Pugliese c. BBVA Banco Francés S.A. y otro”, La Ley Online, AR/JUR/20043/2019).

La prevención del daño también muestra una historia deslucida, empezó siendo propuesta como una panacea y estos cuatro años ha dormido, en general y salvo excepciones honrosas, la siesta provinciana.

Esperemos que en adelante la aplicación del nuevo Código sea más fecunda en estas materias y la magistratura y doctrina argentina nos sorprenda a todos con fallos de gran solidez y elaboraciones doctrinales de remarcable profundidad conceptual y altas miras. Por el momento ello ha estado lejos de ocurrir, pareciéndose más la vigencia del nuevo Código a un salto al vacío que una elevación ponderable del nivel general del nuestro foro.

### Referencias bibliograficas

Banfi, C. (2017). De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno. *Revista de Derecho*, 30(1), 97-125.

Baricco, M. (2018). Daños punitivos: un análisis desde sus elementos constitutivos. Recuperado de <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2018/06/08062018.pdf>

Calabresi, G. (1984). *El coste de los accidentes*. Barcelona: Ariel.

López, M. (2019). *La responsabilidad civil. Sus presupuestos en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Editorial B. de f.

López, M. (2019). *Comentario a los arts. 1708 a 1716 CCC (Código Civil y Comercial de la Nación). Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica*. Buenos Aires: Hammurabi.

Martínez, F. (2018). Los daños punitivos en el derecho argentino. Primeras aproximaciones. Recuperado de [https://www.academia.edu/38519220/LOS\\_DA%C3%91OS\\_PUNITIVOS\\_-\\_PRIMERAS\\_APROXIMACIONES](https://www.academia.edu/38519220/LOS_DA%C3%91OS_PUNITIVOS_-_PRIMERAS_APROXIMACIONES)

Molina, C. (2018). *Elementos para una conceptualización*

*adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación.*

Peyrano, J. (2016). Más sobre la acción preventiva. En J. Peyrano y S. Esperanza (Coords.). *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Peyrano, J. (2016). Noticia sobre la acción preventiva. En J. Peyrano y S. Esperanza (Coords.). *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Picasso, S. (2014). Objeto extraño en una gaseosa y los daños punitivos. *Revista La Ley*.

Pizarro, R. (2000). *Daño moral*. Buenos Aires: Hammurabi.

Ponzanelli, G. (1992). *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*. Bolonia: Il Mulino.

Salvador, P. y Castiñeira, M. (1997). *Prevenir y castigar*. Madrid: Marcial Pons.

Trigo, F. y López, M. (2004). *Tratado de la responsabilidad civil* (1.ª ed.). Buenos Aires: La Ley.

# CAPÍTULO 3

## El daño moral en los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia

Adriana Patricia Arboleda López<sup>1</sup>, Leidy Catalina Acosta Agudelo<sup>2</sup>,  
Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez<sup>3</sup>, J. Eduardo Murillo Bocanegra<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Abogada conciliadora, doctora en Derecho Procesal Contemporáneo, posdoctora en Derecho de la Universidad Nacional y en Ciencias de la Educación con enfoque en Investigación Compleja y Transdisciplinar de la Universidad Simón Bolívar, docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana. Teléfono de contacto 3104482946. Correo electrónico: aarboleda@americana.edu.co.

<sup>2</sup> Administradora de empresas, maestra en Administración de Negocios Internacionales, docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana. Teléfono de contacto 3127826431. Correo electrónico: lcacosta@coruniamericana.edu.co.

<sup>3</sup> Contador público, especialista en Gestión Tributaria, maestro en Administración Empresarial, docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Teléfono de contacto 3105452235. Correo electrónico: cecheverri@coruniamericana.edu.co.

<sup>4</sup> Antropólogo, doctor en Administración de Negocios de la Universidad de Missouri (Estados Unidos), docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Teléfono de contacto 3128972891. Correo electrónico: jemurillo@americana.edu.co.

### Resumen

Las relaciones humanas conllevan la posibilidad inherente de generar todo tipo de daños en las personas. El intercambio y la interacción constante entre las personas pueden generar que algunas de ellas vean disminuidos sus intereses protegidos jurídicamente. Uno de estos daños es el daño moral, relacionado con la afectación a un derecho fundamental.

El ordenamiento jurídico, como institución cuyo principal objetivo consiste en la regulación de la vida común, adquiere sentido toda vez que las relaciones humanas están marcadas por el conflicto, y su posibilidad de generar daños que surgen de forma natural en cualquier momento. Por ello, las normas jurídicas deben establecer algún mecanismo para que, una vez presentado el daño, el mismo pueda ser reparado. Usualmente, los mecanismos establecidos para la discusión de

este tipo de daños son los procesos judiciales. Pero estos, en muchas ocasiones, más que resolverlos o disminuirlos, pueden aumentarlos y abrir nuevas heridas en las personas. Surgen entonces los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), como una herramienta que puede ser utilizada para un resarcimiento pleno del daño moral, sin someter a las víctimas a un proceso de revictimización.

En el presente capítulo se busca discutir la forma como la responsabilidad por daño moral, y su consecuente reparación, se puede tramitar a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente la conciliación, explorando la relación que existe entre el reconocimiento de ese tipo de daño y la posibilidad de su reconocimiento a través de este tipo de mecanismo basado en el principio fundamental de la autonomía de la voluntad.

Para ello, primero se explorarán los fundamentos en la teoría jurídica del concepto de daño, profundizando especialmente en el “daño moral”. En un segundo momento, se abordarán las definiciones y los alcances conceptuales de los MASC. Por último, se discutirá la posibilidad de abordar el daño moral a través de la conciliación o la mediación.

**Palabras clave:** daño moral, MASC, responsabilidad extracontractual, mediación, interdisciplina, complejidad.

### **Abstract**

Human relationships entail the inherent possibility of generating all kinds of harm to people. The constant exchange and interaction between people can cause some of them to see their legally protected interests diminished. One of these damages is moral damage, related to the affectation of a fundamental right.

The legal system as an institution whose main objective is the regulation of common life, acquires meaning since human relations are marked by conflict, and its possibility of generating damage,

which arise naturally at any time. Therefore, the legal norms must establish some mechanism so that, once the damage has been presented, it can be repaired. Usually, the mechanisms established for the discussion of this type of damage are judicial proceedings. But these, on many occasions, rather than resolve or decrease them, can increase them and open new wounds in people. Then, the MASC, as a tool that can be used for full compensation for moral damage, without subjecting victims to a process of revictimization.

In this article, we seek to discuss how liability for moral damage, and its consequent reparation, can be processed through the Alternative Conflict Resolution Mechanisms, especially conciliation, exploring the relationship between the recognition of that type of damage and the possibility of its recognition through this type of mechanism based on the fundamental principle of the autonomy of the will.

To do this, the fundamentals in the legal theory of the concept of harm will first be explored, especially deepening the “moral damage”. In a second moment, the definitions and conceptual scopes of the MASCs will be addressed. Finally, the possibility of addressing moral damage through conciliation will be discussed.

**Key words:** non-material damage, Alternative Means of Dispute Resolution, non-contractual liability, mediation, complexity, interdisciplinarity.

## **Introducción**

Las relaciones humanas conllevan la posibilidad inherente de generar todo tipo de daño en las personas. El intercambio y la interacción constante pueden generar que algunas de ellas vean disminuidos sus intereses jurídicamente protegidos. Uno de estos daños es el moral, relacionado con la afectación a un derecho fundamental.

El ordenamiento jurídico, entonces, como institución cuyo principal objetivo es la regulación de la vida común, adquiere sentido toda vez que las relaciones humanas están marcadas por el conflicto. Entonces, las normas jurídicas deben establecer algún mecanismo para que, una vez presentado el daño, el mismo pueda ser reparado. Usualmente, los mecanismos establecidos para la discusión de este tipo de daños son los procesos judiciales. Pero estos, en muchas ocasiones, más que resolverlos o disminuirlos, pueden aumentarlos y abrir nuevas heridas en las personas.

Surgen entonces, los MASC, particularmente los que se caracterizan por ser autocompositivos —como la mediación— una herramienta que puede ser utilizada para un resarcimiento pleno del daño moral, sin someter a las víctimas a un proceso de revictimización dado que existe la posibilidad de interacción de varios profesionales en distintas áreas del saber.

En el presente capítulo, se busca discutir la forma en que la responsabilidad por daño morales, y su consecuente reparación, se puede tramitar a través de los MASC, especialmente a través de la mediación, explorando la relación que existe entre el reconocimiento de ese tipo de daño y los mecanismos fundados sobre la autonomía de la voluntad.

Para ello, primero se explorarán los fundamentos en la teoría jurídica del *concepto de daño*, profundizando especialmente en el de tipo moral. En un segundo momento, se abordarán las definiciones y los alcances conceptuales de los MASC y de la mediación, enfatizando en *la autonomía de la voluntad*. Por último, se discutirá la posibilidad de abordar el tipo de daño moral a través de la conciliación o la mediación.

## **Seres sociales**

Como seres eminentemente sociales que somos, desde que nacemos nuestra vida depende del tipo de relaciones que establecemos con las otras personas que comparten nuestro entorno. Así, nos vamos definiendo por las relaciones que

tengamos con los demás. Es por esta razón que podemos afirmar que, más que individuos aislados, somos el conjunto de relaciones sociales que nos definen y que condicionan nuestro accionar y nuestras posibilidades.

Ahora, y sin entrar en una discusión que no es la del presente artículo, podemos decir que cada tipo de sociedad tiene formas distintas de gestionar los vínculos sociales que surgen en su seno. En nuestras sociedades, caracterizadas por los grandes agrupamientos humanos que generan cierta despersonalización y masificación, el derecho, o para ser más precisos, el ordenamiento jurídico se convierte en un instrumento cuya función principal consiste en definir las obligaciones que cada persona tiene respecto de la sociedad.

### **El concepto de responsabilidad**

Recordando al gran jurista austríaco y padre de la moderna teoría jurídica, Hans Kelsen, podemos afirmar que el concepto de obligación es central para la definición de lo que es una norma jurídica y, en general, un ordenamiento jurídico. A su vez, el concepto de obligación adquiere sentido en la medida en que la misma se encuentre respaldada por la coacción, o lo que es lo mismo, si ante la producción de una conducta contraria a la prescrita por la norma las autoridades pueden imponer una sanción (Meza, Silvera, Pineda, Páez y Vanegas, 2015; Garcés-Giraldo, Arboleda-López, Silvera, Sepúlveda-Aguirre y Gallego-Quiceno, 2017). Es decir, los conceptos de obligación y de sanción son indisolubles el uno el otro.

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan solo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica. En ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral.

Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho, la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal, la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho, es, pues, la consecuencia de tales actos (Kelsen, 2009, p. 56).

Ahora, de este concepto de derecho, definido por las nociones de obligación y de sanción, se desprende de forma necesaria el concepto de responsabilidad.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada al de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación (Kelsen, 2009, p. 58).

Como se ve, el concepto *jurídico* de responsabilidad se desprende del concepto —también jurídico— de sanción. Y este, a su vez, se define como el elemento esencial de lo que es el derecho: una norma establece una obligación que, para asegurar su cumplimiento, contiene una sanción frente a las conductas que la trasgreda. Así, si una persona comete alguna de estas conductas

contrarias a la norma, puede ser sancionada o, dicho de otro modo, es responsable. “Es este último el sentido que recoge Kelsen de “responsabilidad” cuando incluye este término en su esquema de expresiones jurídicas fundamentales. Según Kelsen, un individuo es responsable “cuando es susceptible de ser sancionado” (Nino, 3002, p. 187).

## **El daño**

Se ha realizado esta breve digresión inicial a través de algunos elementos de la teoría del derecho, para entender que el concepto de responsabilidad se deriva del concepto de sanción (Huertas et al., 2015; Silvera et al., 2016). Esto resulta importante para que, si se habla de la posibilidad de reparar un “daño” causado, se estaría diciendo que la producción de un “daño” genera responsabilidad jurídica en la persona que lo produce, es decir, que es susceptible de ser sancionado. Entonces, ¿qué es el “daño”?

El daño consiste en la afectación total o parcial de un bien incorporal o corporal, como son los derechos a la vida, a la integridad física y síquica de la persona, a los bienes muebles e inmuebles o bienes inmateriales. El daño es un desmedro en la persona como tal, que incluye lo físico y lo síquico, o en sus bienes corporales o incorporales, y que así genera un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial (Isaza, 2011, p. 39).

Entonces, se puede afirmar que el daño es el perjuicio en los intereses y el detrimento que sufre en el ejercicio de sus derechos una persona, producido por la acción u omisión de un tercero.

En general, por daño entendemos todo deterioro, imitación o sufrimiento causado en un objeto, un derecho o a una persona. En economía, dañar es disminuir la utilidad mercantil del patrimonio de un individuo o de un objeto susceptible de valoración pecuniaria. En derecho, la palabra “daño” significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a

consecuencia de la acción u omisión de otra y que afecta a sus derechos personales o reales (Maciá, 2010, p. 21).

A su vez, la verificación de la existencia del daño parte del supuesto de que, como producto de la conducta cometida por un sujeto A, se ha puesto en una peor condición el interés personal de un sujeto B. Es decir, supone un razonamiento contractual sobre el estado de la persona que recibió el daño.

De las acciones que son incorrectas por sus resultados o efectos, muchas lo son por sus efectos adversos sobre personas particulares. De esta clase de acciones, esto es, de las acciones que son incorrectas por sus efectos adversos sobre personas particulares, algunas lo son por el hecho de que estas personas sufren daños a causa de tales acciones. De modo que el principio del daño (harm principle) parece una buena herramienta en orden a justificar la censura de tales comportamientos (Truccone, 2015, p. 474).

El daño, de acuerdo con la legislación civil, constituye uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, junto a la culpa o dolo y el nexo causal entre conducta y daño. Así lo plantea claramente el Código Civil en su artículo 2341, cuando habla de la responsabilidad extracontractual en los siguientes términos: “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Al hablar de “dolo o culpa”, el legislador se está refiriendo al elemento subjetivo de la responsabilidad, es decir, que el daño producido por la conducta del sujeto responda a una intención dirigida a producirlo, o que sea fruto de su negligencia. Actualmente existen discusiones y aplicaciones en torno a formas de imputación objetiva, sin embargo, el presente texto no ahondará en dicho debate por no constituir el objeto central de la reflexión.

El centro de la reflexión se encuentra en el elemento del daño. Y esto es así, toda vez que la cuantificación del daño es uno de los puntos centrales que se discutirían en un escenario de mediación

o conciliación. La reparación del daño es una de las principales pretensiones de un actor jurídico, y en ese sentido resulta relevante discutir sus fundamentos y alcances conceptuales de cara a un escenario de negociación.

Para que el daño exista jurídicamente, es decir, para poder deducir del mismo la responsabilidad de un sujeto, debe tener las siguientes características (Terner, 2008, p. 97).

**Ser directo:** debe haber una relación causal entre la conducta del sujeto y el daño provocado. Es decir, el daño debe ser efecto directo, sin mediaciones de la conducta.

Cuando hablamos del carácter “directo” del daño, en realidad nos referimos al nexo de causalidad, otro elemento sine qua non de los regímenes de responsabilidad. La relación de causalidad es el enlace que se reconoce entre dos fenómenos jurídicos: la causa y el efecto jurídico. Se trata del “nexo etiológico material (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto” (Terner, 2008, p.102).

**Ser cierto:** deben existir las pruebas suficientes para demostrar la existencia real del daño. En relación con la certeza, esta se afirma respecto a dos aspectos diferenciados del daño. De un lado, se requiere certeza respecto a la ocurrencia del daño y del nexo causal con la conducta que lo provocó. Equivale a decir que se pruebe la ocurrencia de unos hechos que encuadren con los supuestos fácticos de la norma que sanciona la responsabilidad. De otro lado, se requiere certeza sobre la cuantificación del daño, lo que determinaría el monto de la indemnización.

En ambos casos, le corresponde a la parte actora probar ambas circunstancias.

**Legítimo:** el aminoramiento de la persona que recibe el daño debe ser sobre un bien reconocido y protegido por el ordenamiento

jurídico. En este sentido, también debe tratarse de un bien jurídico cierto y protegido por el ordenamiento.

## **El daño moral**

Existen muchos tipos de daño, sin embargo, no es objeto de esta reflexión detenerse en la amplia taxonomía y en todos los matices que la doctrina jurídica ha descubierto en torno a este concepto.

Baste por el momento, señalar los dos principales tipos de daño que existen, a saber: los patrimoniales y los extrapatrimoniales.

Los patrimoniales corresponden a esos perjuicios materiales que provocan una disminución en el patrimonio de una persona. En consecuencia, son susceptibles de una valoración económica. Toda vez que son perjuicios que pueden asumir la forma de una suma de dinero, su reparación puede calcularse matemáticamente, teniendo en cuenta factores de pérdida de utilidad.

De otro lado, los perjuicios extrapatrimoniales, o daños morales, no hacen referencia a perjuicios sobre bienes o intereses materiales, por el contrario, son afectaciones en el ejercicio de un derecho fundamental de la persona.

La persona, sin embargo, es titular no solo de derechos subjetivos patrimoniales. El ordenamiento tutela también sus intereses de carácter inmaterial: identifica y reconoce los atributos que le son inherentes en cuanto ser humano, los eleva a la categoría de derechos subjetivos sui generis, de modo de garantizar que, con independencia de toda actividad económica, la persona pueda afirmar su propia individualidad y desarrollar en forma pacífica su actividad familiar, social y cultural. Esos atributos son los derechos de la personalidad, que algunos prefieren llamar libertades y derechos fundamentales, y que no son otros que el derecho a la vida, a la integridad corporal, al nombre, a la imagen, a la vida privada y a la intimidad, al honor; y las libertades de conciencia, de pensamiento, de expresión y de cultos (Navia, 2007, p. 289).

De esta manera, se puede observar como el ordenamiento jurídico,

a partir del reconocimiento de la ciudadanía, considera a los sujetos no como meros portadores de intereses económicos, sino que los dota de un conjunto de derechos que protegen la dignidad del ser humano (Silvera, Arboleda, y Saker, 2015). Sobre estos derechos también pueden generarse daños, y en tanto derechos e intereses legítimos protegidos por el ordenamiento jurídico, una vez probados los hechos, procede la responsabilidad de la persona que produjo los daños y la consecuente reparación.

Un correcto acercamiento al concepto de daño moral será el de una configuración que incluya toda limitación que sufre una persona damnificada siempre que ello suponga cierta perturbación de su personalidad o de su dignidad que, por su naturaleza, no cabe incluir en los daños materiales; es decir hay que concebir el daño moral como un concepto residual (Maciá, 2010, p. 24).

Ya que el daño moral no se define a partir de la valoración económica del mismo, queda pendiente la pregunta de cómo se cuantifica dicho daño. Lo primero que hay que aclarar, es que la naturaleza de la reparación de los daños morales no es resarcitoria sino satisfactoria, en el sentido en que una suma de dinero, cualquiera que ella sea, no puede revertir el daño ya causado en el derecho ajeno (Koteich, 2006, p. 161). En ese sentido, la reparación del daño moral busca ser un paliativo frente al mismo.

Los efectos de un daño moral se representan como un desplazamiento que se produce, no a lo largo de la misma curva sino de una a otra que se sitúa más abajo. Obsérvese que el cambio no afecta a la cantidad de dinero disponible por el dañado, que sigue siendo la misma. Sucede, sin embargo, que la misma cantidad le vale menos, le rinde menos utilidad.

### **Los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC)**

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos son un

método o forma de solucionar los conflictos de tipo no adversarial, en el que las personas, con o sin intervención de un tercero, y de acuerdo con sus intereses, buscan un arreglo de forma cooperativa.

Estos mecanismos pueden ser de carácter autocompositivos o heterocompositivos dependiendo del grado de intervención de un tercero en la solución del conflicto.

Si el conflicto es zanjado por las partes que acuerdan su composición, estamos ante la figura de la autocomposición. Si, al contrario, la decisión es función de un tercero, lo que existe es heterocomposición. Consecuentemente, en los medios heterocompositivos, los sujetos activos de la composición ya no se identifican, ni representan a los sujetos activos de las pretensiones. La solución del conflicto es llevada a cabo por alguien externo al mismo, dotado, por tanto, de lo que podríamos denominar poder compositivo heterónimo (Marques, 2013).

Esta diferenciación es clave a la hora de hablarse de daño moral, pues si lo que se busca es la satisfacción y no la compensación, orientarse hacia los métodos autocompositivos cobra más sentido por el rol que juega el tercero en estos métodos, pues son las partes quienes, basadas en su autonomía, pueden llegar a un consenso sobre cómo puede llevarse a cabo la reparación.

### **La autonomía de la voluntad**

La autonomía de la voluntad es un concepto indispensable para la comprensión de los MASC y de la mediación en particular, pues de allí parte la posibilidad de resolver los conflictos de manera consensuada.

Es un principio, y a su vez, una facultad propia del derecho privado, que tiene orígenes en la filosofía política francesa y retoma el desarrollo de la idea de Kant (Ángel, 2016, p. 38) sobre la autonomía y la moral. Para Kant la autonomía no solo era un principio supremo, sino que iba más allá, pues otorgaba el principio la legitimidad de todas las leyes morales y de los deberes, es decir

que el hombre no solo está sujeto a las leyes de los hombres, sino que en primera medida está atado a su propia legislación que es según Kant “universal”.

Siguiendo también los postulados del pensamiento económico liberal, refiere a un individuo con la capacidad de disponer de sus derechos en libertad y contraer obligaciones, como señala la Corte Constitucional.

Tal institución, de carácter axial en el campo del derecho privado, tiene como fundamento la filosofía política francesa y el pensamiento económico liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, con base en la consideración de la libertad natural del individuo, quien, en ejercicio de su voluntad, puede contraer o no obligaciones y adquirir correlativamente derechos y fijar el alcance de unas y otros. En este sentido se consideró que, si en virtud de su voluntad, el hombre pudo crear la organización social y las obligaciones generales que de ella se derivan, por medio del contrato social, con mayor razón puede crear las obligaciones particulares que someten un deudor a su acreedor.

Sin embargo, en Colombia ha trascendido ese origen y se ha extendido el uso de esta institución otorgándole otros significantes y vinculaciones a principios como de dignidad humana.

Dicha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. De ahí que, en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autorregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex ante todas las necesidades de las personas.

Es en esta interpretación que realiza la Corte Constitucional en

la que, esencialmente, se enmarca la autonomía de la voluntad de la que se habla al referir su trascendencia para los MASC, pues les otorga a las personas la posibilidad de resolver sus conflictos por fuera del aparato estatal que es insuficiente para atender y prever todas las situaciones de conflicto que se presenta. Es en este sentido que la autonomía de voluntad se convierte en casi un requisito para que sea posible mediar.

## Referencias bibliográficas

Ángel, L. K. (2016). Autonomía de la voluntad ¿Decadencia o auge? *Verba Iuris*, 36, 71-91.

Garcés-Giraldo, L., Arboleda-López, A., Silvera, A., Sepúlveda-Aguirre, J. y Gallego-Quiceno, D. (2017). La virtud aristotélica en la formación del abogado conciliador. *Revista Jurídicas*, 14(1), 102-113.

Huertas, O., Trujillo, J. y Silvera, A. (2015). Perspectivas de los derechos humanos y la libertad en contextos de sistemas penitenciarios. *Análisis Político*, 28(84), 115-134.

Isaza Dávila, J. (2011). *Inducción a la responsabilidad civil*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Koteich Khatib, M. (2006). El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias. *Revista de Derecho Privado*, (10), 161-193.

Macià Gómez, R. (2010). La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (36), 21-32.

Marques Cebola, C. (2013). *La mediación*. Madrid: Ediciones jurídicas y sociales.

Meza, H., Silvera, A., Pineda, M., Páez, J. y Vanegas, L. (2015).

Acceso ciudadano en la justicia como ejercicio dinámico de publicidad y contradicción, mediante estrategias garantes del debido proceso (acceso digital de pruebas). *Revista Lasallista de Investigación*, 12(2), 163-165.

Navia Arroyo, F. (2007). Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (12-13), 289-305.

Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.

Silvera, A., Arboleda, A. y Saker, J. (2015). Competencias del abogado en formación: didáctica, conocimientos y prospectiva de la formación. *Revista Lasallista de Investigación*, 12(1), 134-146.

Silvera, A., Corredor, A., Pineda-Carreño, M., Pérez, H. y Salazar, R. (2016). Resignificación del tejido social: formación de ciudadanos ecológicos a través de la integración dinámica de las neurociencias. *Producción + Limpia*, 11(1), 129-140.

Tenera Barrios, L. (2008). Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. *Opinión Jurídica*, 7(13), 97-112.

Truccone Borgogno, S. (2015). Derecho, moral y el problema de la no identidad: apuntes sobre el concepto de daño. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38), 473- 499.



# CAPÍTULO 4

## La culpa patronal y su condición indemnizatoria

José Mauricio Arredondo del Río <sup>1</sup>

### Resumen

Históricamente, el derecho laboral y de la seguridad social se ha venido desarrollando con la finalidad de lograr una mejor relación, en términos contractuales, en favor de quienes prestan un servicio personal—denominados trabajadores— y quienes pagan por los mismos—llamados empleadores. Estos últimos son los propietarios de los medios de producción para la obtención o transformación de materias primas en bienes o servicios y cuya única finalidad es la de lograr aumentar su patrimonio. Ambos sujetos conforman la relación laboral en procura de mejorar sus condiciones personales y familiares, a través de la utilidad o el ingreso.

**Palabras clave:** culpa, indemnización, trabajo, seguridad, social.

### Abstract

Historically, Labor and Social Security Law has been developed in order to achieve a better relationship in contractual terms, in favor of those who provide a personal

<sup>1</sup> Abogado, magíster y doctorando en Derecho de la Universidad de Medellín, exdecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Luis Amigó, excoordinador del programa de Derecho de Corporación Universitaria Americana, sede Medellín, exabogado externo del Instituto de los Seguros Sociales, docente de las universidades de Medellín, San Buenaventura, sede Medellín, docente de Planta del Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria en los programas de pregrado en Derecho, Profesional en Criminalística, Tecnología en Investigación Judicial e Histocitotecnología, ponente nacional e internacional. Correo electrónico: [jmarredondo@tdea.edu.co](mailto:jmarredondo@tdea.edu.co), dirección calle 78B # 72 A 220 Medellín, Antioquia, Colombia.

service, called workers and those who pay for them, called employers, the latter being the owners of the means of production to obtain or transform raw materials into goods or services and whose sole purpose is to increase their assets. Both subjects that make up the employment relationship, seeking to improve their personal and family conditions, through utility or income.

**Key words:** fault, compensation, work, security, social.

## Introducción

Es cierto como se advierte, una vez realizada una lectura juiciosa a los textos del profesor Guerrero (1982), experto en la materia, que muchas de las reivindicaciones obtenidas en relación con los derechos laborales, no se han logrado de manera pacífica, y se ha presentado como resultado la pérdida lamentable, en múltiples ocasiones, de vidas humanas y recursos económicos de significativa cuantía.

Podríamos afirmar que las normas laborales, de carácter sustancial o material, que consagran en abstracto los derechos en favor de las relaciones laborales que se suscriben entre trabajadores y empleadores, hoy se constituyen en prescripciones más conocidas y reclamadas, frente a su eventual desconocimiento o no reconocimiento por parte de quien está llamado a cumplirlas y garantizarlas.

**Por parte del empleador:** el pago de salarios, de prestaciones sociales (auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, calzado y vestido de labor, subsidio familiar), descansos obligatorios remunerados (vacaciones, dominicales y festivos), afiliación y aporte al Sistema de Seguridad Social Integral — Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud, Sistema General de Riesgos Laborales y los Servicios Sociales Complementarios—, reconocimiento de indemnizaciones (entre ellas por culpa patronal, la terminación de la relación laboral de manera unilateral y sin justa causa — Decreto 2351 de 1965, Ley 50 de 1990 y Ley 789 de 2002—), por

el despido del trabajador amparado por los diferentes fueros de estabilidad laboral reforzada y por el acoso laboral que ejerce o permite frente al subordinado.

**Por parte del trabajador:** las de brindar su fuerza física o su capacidad intelectual en el desarrollo de una ciencia, técnica o arte, en beneficio de la ocupación para la cual fue contratado, con la exhibición de los títulos que certifiquen su idoneidad para el cargo; además de realizar personalmente la labor pactada y en los términos establecidos en el acuerdo de voluntades; acatando los reglamentos y recibiendo las órdenes de sus superiores, en atención con las actividades propias de sus funciones y en concordancia con principios superiores, entre ellos la dignidad humana y la seguridad en su integridad.

En igual sentido se constituyen en obligaciones para el trabajador, el no comunicar a terceros información privilegiada de su trabajo, el conservar los instrumentos y útiles entregados para su custodia y para el normal desarrollo de sus funciones, el colaborar y advertir sobre la prevención de posibles hechos que coloquen en riesgo sus condiciones personales y la de sus compañeros, el no retirar elemento alguno de la empresa sin la autorización de sus superiores, así como no presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes, el no portar armas con las cuales se pueda causarse lesiones físicas o la propia muerte o que coloque en riesgo la integridad de sus compañeros de trabajo o la de quienes visitan las instalaciones de la empresa, claro está, si no se corresponde con las funciones propias de su cargo; el faltar al trabajo sin una justa causa, el disminuir intencionalmente el desarrollo de sus actividades, el hacer colectas o rifas, el coartar la voluntad personal o la de sus compañeros, además de no disponer de los bienes de la empresa en una destinación diferente para la cual le fueron entregados. Reiteramos todas normas de carácter material que deberán ser atendidas sin limitación alguna a menos que la misma ley lo establezca y defina.

El presente capítulo tiene como pretensión avanzar en el estudio

de una institución como lo es la culpa patronal en Colombia y su naturaleza indemnizatoria total y ordinaria de perjuicios, cuando exista culpa suficiente comprobada por parte del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional en cabeza de su trabajador.

### **La culpa patronal y su condición indemnizatoria.**

El asunto objeto de estudio se presenta ante la ocurrencia de un hecho (accidente o enfermedad profesional) que involucra la integridad física o mental de un trabajador, llegando a causarle hasta la propia muerte. En estos casos le corresponde a la empresa (potencial demandada), y como una causal eximente de responsabilidad, probar en juicio ante juez de la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social que garantizó las obligaciones inherentes a su condición, esto es, que suministró todos los elementos de seguridad propios de la actividad que desarrollaba el trabajador y que dispuso del personal “en tierra”<sup>1</sup> necesario e idóneo para coordinar las tareas de supervisión, inspección y control, además de exigir al trabajador en la ejecución de sus actividades la adopción de las medidas necesarias de protección y aseguramiento, cuya finalidad es la de garantizar su vida e integridad.

Por lo anterior, no podrá excusarse el empleador de su responsabilidad ante el daño objetivo causado, invocando la omisión propia del trabajador en la acción que causó el resultado no deseado, ni mucho menos en la confianza de realizar una práctica de manera imprudente.

Dicho proceder no desvirtúa su negligencia en el seguimiento de las acciones necesarias para que se hubiera realizado un practica segura, es decir, con la disposición de los elementos adecuados y que en un alto porcentaje garantizarían la integridad del trabajador en la ejecución de la actividad encomendada. No ejercer las funciones de supervisión, vigilancia, control y la no exigencia del cumplimiento de las normas de seguridad, configura

<sup>1</sup> Personal que realiza actividades de supervisión, control y vigilancia en actividades grupales.

la *culpa patronal* en los desafortunados resultados que pueden presentarse en contra de la integridad del subordinado.

De allí que quien pretenda ocupar la posición de demandante, bien sea como trabajador afectado o como beneficiario en calidad de sobreviviente del mismo, además de demostrar el daño causado en una actividad propia de las funciones que se realizaron en el cargo para el cual se contrató, deberá allegar la prueba de que la afectación a la integridad, a la salud y a la vida (en caso de la muerte de trabajador), fue el resultado de las cuestionables prácticas desarrolladas por el empleador, al no maximizar los medios en función de una práctica segura y que garantizarían la protección del trabajador, en relación con la minimización del riesgo, frente a una eventual contingencia en el desarrollo de las actividades bajo las cuales se cumplían órdenes directas.

La norma sustantiva en materia laboral consagra la obligación de colocar a disposición de los trabajadores los instrumentos adecuados para la realización de las funciones propias de los cargos para los cuales ha sido contratados, además de suministrarles los elementos requeridos en función de evitar cualquier tipo de accidente o enfermedad profesional que pueda presentarse y causarle una incapacidad permanente parcial o una pérdida de capacidad laboral que pueda hacerlo acreedor a una pensión de invalidez (cuando se ha perdido el 50 % o más de la capacidad laboral de un trabajador debidamente calificada) y en caso extremo del fatal desenlace de la muerte del trabajador, para que sus beneficiarios accedan a una pensión sustitutiva o de sobrevivientes, de conformidad con la Ley 100 de 1993, con sus reformas, modificaciones o adiciones. Recordamos que dicha institución jurídica (pensión de invalidez), se compone de los mismo elementos normativos para el régimen de prima media con prestación definida, como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, además de no ser incompatibles con la indemnización total y ordinaria por perjuicios contenida en la disposición bajo estudio, artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente en su concepción y de aplicación ante el actuar negligente del empleador o de sus representantes frente

a un presunto o eminente riesgo que puede llegar a afectar la integridad o vida del trabajador.

De allí que solo bastará para que se fije la indemnización ordinaria y plena de perjuicios establecer tanto formal, como materialmente, la culpa suficiente del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, demostrando el daño originado en una actividad relacionada con el trabajo y la prueba, frente al incumplimiento legal, que la afectación a la integridad o a la salud fue consecuencia de su negligencia de cara al cumplimiento de los deberes que dan cuenta de la protección y de la seguridad para sus trabajadores.

Destacamos que las normas de seguridad y salud en el trabajo, además de las del sistema de riesgos laborales, han establecido compromisos específicos de los empleadores para cuidar, proteger y garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, además de prevenir los accidentes y enfermedades profesionales. Normas tan especiales como el *Reglamento de Seguridad para la Industria de la Construcción* contenido en la Resolución 2413 de 1979 y la Resolución 2400 de 1979, define a nombre del empleador las obligaciones de capacitación y adiestramiento de las personas con funciones de inspección y vigilancia de la seguridad en las obras y en su representación en temas de seguridad, la adopción de instrucciones sobre herramientas, y demás medidas preventivas que deberán cumplir los trabajadores en las obras, lo que no los excluye de su corresponsabilidad en el cuidado personal y en el de quienes desarrollen actividades bajo sus instrucciones.

La Organización Internacional del Trabajo, en el convenio número 167 y en relación con el manejo de equipos de protección personal, prescribió que es el empleador quien debe asegurar su correcta utilización. En materia de trabajo en alturas, para citar una fuente eminente de riesgo, se expedieron las resoluciones 736 de 2009 y 2291 de 2010, normativa que amplió la responsabilidad del empleador frente a dicho trabajo en el ejercicio de actividades de vigilancia y control en función del cumplimiento de las condiciones de seguridad, a través de personal idóneo en el tema y con la

obligación de exigir el cumplimiento de las normas de seguridad como se ha venido prescribiendo desde primigenias normas en relación con la materia.

Cuando un empleador no cumple con las obligaciones legales y reglamentarias pone en peligro la vida de su trabajador, ante la omisión de realizar una tarea propia de supervisión y más que un querer hacer, sin los medios de protección como una decisión personal que pudo haber tomado un trabajador, no se exime al empleador de la posibilidad de una responsabilidad directa por un presunto daño, más aún cuando el inicio o no de la actividad dependerá del reconocimiento de las medidas necesarias para garantizar una práctica segura por parte de quien tendrá el deber de control, supervisión y vigilancia, de quien actúa en calidad de representante del empleador. En caso contrario, su negligencia configurará su responsabilidad patrimonial frente al accidente que puede tener consecuencias serias en la vida e integridad de un trabajador, por la negativa de ejercer un control efectivo que superara la libertad personal y llegando hasta la suspensión de la ejecución de cualquier trabajo, hasta el momento que se cumplan con las medidas necesarias para evitar cualquier posible eventualidad.

Una conducta pasiva y negligente por parte del empleador o de sus representantes, no lo exime de su responsabilidad frente al evento en que pueda imputársele al trabajador un comportamiento de descuido o imprudencia, más aún cuando en la disposición consagrada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, en la indemnización plena de perjuicios como consecuencia de un accidente con culpa del empleador no se admite la compensación de culpas. De allí que la falta de diligencia o de cuidado por parte del empleador, configura la representación del texto legal, norma ordinaria y vigente en el tiempo, tema que nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (CSJ SL), ha trabajado y tratado de explicar en variadas sentencias conocidas a la fecha.

En otras palabras, la negligencia en la cual incurre un empleador frente a la no implementación de las actividades de supervisión,

control y exigencia del uso de los equipos e implementos de seguridad para el desarrollo de una actividad de cara a una posible actuación imprudente del trabajador, lo hace responsable del eventual daño en consideración a su falta de diligencia que puede llegar a ocasionar la pérdida de vidas humanas en su grupo de trabajo, tesis que en los últimos años ha sido respaldada por el alto tribunal de jurisdicción ordinaria en la materia, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral<sup>1</sup>, en atención a las precisiones que de la variedad de normas nacionales e internacionales regulan la materia<sup>2</sup>.

De allí que podamos afirmar que la responsabilidad por culpa del empleador en un accidente laboral no se desvirtúa si el trabajador fue culpable, en atención a la previsión y control que debió desplegarse por parte del empleador para evitar la acción de riesgo que originaría el previsible daño.

En igual sentido, si la calificación por pérdida de capacidad laboral por el evento ocurrido, no supera el 50% para configurar un requisito necesario para la pensión de invalidez, se podrá optar por la indemnización por incapacidad permanente parcial en caso que la naturaleza del accidente sea de origen profesional, la cual se sumará a la reparación plena de perjuicios a cargo del empleador que incurrió en la culpa comprobada ante el daño objetivo causado, así se determine que el actuar negligente del trabajador haya apoyado la causa final del resultado lesivo, caso en el cual no podríamos manifestar bajo ninguna circunstancia que pueda pensarse en una eventual compensación de culpas, como

---

<sup>7</sup> CSJ SL 39446, CSJ SL 160102-2014, CSJ SL 17216-2014, CSJ SL 5463-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL 2644-2016, CSJ SL 9396-2016, CSJ SL 9355-2017.

<sup>8</sup> Constitución Política de Colombia artículo 25, Decisión 584 de 2004 de la Comunidad Andina de Naciones CAN, Resolución 957 de 2005 de la CAN, Código Sustantivo del Trabajo, Ley 100 de 1993 Sistema de Seguridad Social Integral (Sistema General de Riesgos Laborales), Decreto 1295 de 1994, Decreto 2090 de 2003 -Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST)-, Ley 1562 de 2012, Decreto 1443 de 2014, Resolución 2003 de 2014 del Ministerio de Salud y Protección Social, Decreto 1072 de 2015, OSHAS 18001, ISO/DIS 45001, Resolución 4927 de 2016 de Ministerio de Trabajo, Resolución 1111 de 2017 del Ministerio del Trabajo, Resolución número 0312 del 13 de febrero de 2019 por la cual se definen los estándares mínimos del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo SG-SST.

ya se anotó y como se presenta en otras áreas del derecho, esto en atención a la protección especial que para el trabajo humano y los derechos que como mínimos e irrenunciables se estipulan a favor de los trabajadores en nuestra legislación.

Ante el daño, y como responsabilidad del empleador, deberá responder por los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales que padezcan sus trabajadores, siempre y cuando el demandante o sus beneficiarios adviertan del empleador la conducta omisiva en su deber de garante en la salvaguardia de las condiciones propias de seguridad en las actividades que puedan llegar a potencializar un riesgo eminente y que ya habían sido evaluadas por la empresa y que deban ejecutarse en función de las actividades que se desarrolla en un área específica, dando lugar a la culpa suficiente comprobada del empleador que materializa la pretensión de lograr la indemnización ordinaria y total de perjuicios a favor del trabajador o sus beneficiarios.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha señalado la diferencia entre la reparación tarifada de riesgos y la reparación plena de perjuicios como formas de indemnizar un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. La primera podríamos definirla como la establecida para una eventual contingencia previamente asegurada y que corresponde a las administradoras de riesgos laborales ARL, cuya finalidad será la de proteger de manera objetiva al trabajador y sus familiares, la segunda dice nuestra Alta Corte, es subjetiva y busca la indemnización total del daño causado por culpa patronal, como lo prescribe el artículo 216 varias veces citado y concluye, según el caso analizado, siguiendo la Sentencia 39798 el 2012 (muerte del trabajador) “que los beneficiarios del trabajador fallecido pueden recibir simultáneamente la reparación del empleador y la prestación de la ARL, ya que estas se derivan de causas diferentes”.

En otro pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia 46652028 de 2018), en consideración a las enfermedades profesionales afirmó:

Cuando el empleador incumple culposamente los deberes derivados del contrato laboral, en los términos del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, se presenta la responsabilidad de indemnizar al trabajador que sufre la enfermedad profesional respecto de los daños que le fueran ocasionados, bien sea por perjuicios materiales o morales. Así las cosas, para que proceda una condena por indemnización plena de perjuicios con base en la culpa patronal, el demandante no solo está llamado a demostrar que hubo culpa del empleador, sino también el daño o perjuicio ocasionado y el nexo causalidad.

En igual sentido, el máximo organismo de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social en Colombia conceptuó en decisión judicial Sentencia 13653 de 2015, sobre la carga de la prueba:

Por regla general, el trabajador tiene la carga de probar la culpa (agregaríamos por quien represente sus interés legítimos en caso de muerte del trabajador, beneficiarios o sucesores), o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, en procesos dirigidos a investigar la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo. Precizando que por excepción a lo previsto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 1604 del Código Civil, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, es decir, una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus trabajadores.

Probada la culpa patronal se advierte de la procedencia de la pretensión indemnizatoria frente a la excepción de ausencia de responsabilidad patronal. Por demás otra decisión de nuestra Corte Suprema de Justicia en Sentencia 28452019 para el año 2019 establece:

Si bien, en principio, la culpa deriva de los accidentes y enfermedades de origen laboral que se presentan en el desarrollo

del contrato de trabajo es leve, dado el carácter conmutativo del convenio, existen eventos en los cuales también se configura la culpa grave del empleador, como cuando, por ejemplo, a sabiendas del peligro inminente que deben afrontar sus trabajadores en zonas de conflicto armado los envía a laborar allí sin haber tomado las medidas de seguridad necesarias.

Reiteró la Corte en dicha providencia: “que cuando se establece que la modalidad ha sido grave, esto conduce a la indemnización plena de perjuicios a cargo del empleador, en concurrencia con las prestaciones económicas que asume el subsistema de riesgos laborales, mientras que solo la leve es la que lo exime de responsabilidad, en tanto se subrogó en este”.

Destacamos cómo la anunciada sentencia remarca una diferencia que, con la finalidad de eludir el pago, pretende argumentar en su favor el empleador, pero la claridad en relación con el tema se advierte de inmediato:

Durante décadas, la corporación ha sostenido que unas son las responsabilidades de las administradoras de riesgos profesionales (hoy riesgos laborales), que objetivamente responden por el “riesgo creado”, propio de la actividad laboral y de las consecuentes prestaciones a su cargo (incapacidades, indemnizaciones, auxilios, pensiones, etc.), y otras muy diferentes son las obligaciones del empleador frente a la seguridad industrial, ambiental y ocupacional, cuyo incumplimiento, en caso de accidente o enfermedad, le genera la obligación de resarcir los daños.

De allí que se asevere que quien percibe la indemnización a título de reparación integral de perjuicios con ocasión de un accidente o enfermedad profesional por culpa del empleador y simultáneamente una pensión de invalidez o de sobrevivientes de origen laboral no se beneficia de doble reparación por un mismo perjuicio, ni incurre en un enriquecimiento sin causa. Mucho menos pueda afirmarse que el efecto reparador resulta desproporcionado. Así es, advierte la Sala, porque la fuente de derechos amparados es distinta y su teología es diferente.

En conclusión, podríamos afirmar que la culpa patronal es una institución vigente en nuestro ordenamiento jurídico en materia laboral, que se diferencia plenamente de las contingencias que reconoce el Sistema General de Riesgos Laborales en atención a su marcada incompatibilidad en la fuente causa del daño que origina el perjuicio.

De allí que se puede considerarse que cualquier actuación negligente del empleador dará lugar a indemnizatoria total y ordinaria de perjuicios en favor del trabajador o de sus beneficiarios o herederos, bajo el entendido que deberá probarse el daño y la fuente del mismo no fue intervenida de manera eficiente por el empleador o por sus representantes ante el juez de la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social.

Llama la atención que respecto a las decisiones iniciales sobre el tema objeto de estudio, en la Sentencia de la Sala Laboral (9355 de 2017, radicación 40457, acta 22), la Corte Suprema de Justicia, tuvo que revocar la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Bello, Antioquia, que a su vez había sido confirmada por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, en la cual se absolvía a la empresa demandada y procedió con argumentos fácticos y jurídicos a condenarla, después de realizar un trabajo serio y juicioso sobre los medios de prueba que se aportaron y presentaron a través de los diferentes órganos de prueba. Advirtiéndose que es el empleador el llamado a responder por la integridad personal del trabajador, así este último minimice o confíe que con su actuación imprudente pueda evitar un riesgo previsible.

De allí que la indemnización plena de perjuicios, se comprenderá por el lucro cesante consolidado (LCC), el lucro cesante futuro (LCF), ambos determinan el lucro total, además de los perjuicios morales, en atención a cada caso en particular que deberá concretar el juez en su sentencia.

Otro aspecto por resaltar es la prolífera regulación que a la fecha sobre medidas de protección se deben cumplir por parte de

empleadores y trabajadores, para salvaguardar la integridad personal de quien debe ejecutar la actividad propia del giro ordinario de la actividad económica que se desarrolla.

## Referencias bibliográficas

Cadavid, I. y Arenas, E. (2018). *Cartilla del trabajo 2018* (13.a ed.). Medellín: Universidad de Medellín.

Congreso de la República de Colombia. (1950). Decreto 2663 de agosto 5. Código Sustantivo Del Trabajo. Diario Oficial 27407 de septiembre 9 de 1950.

Congreso de la República de Colombia. (1990). Ley 50 de diciembre 28 por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 39618 de enero 1 de 1990.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 100 de diciembre 23 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41148 de diciembre 23 de 1993.

Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 789 de diciembre 27 por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo. Diario Oficial 45046 de diciembre 27 de 2002.

Consejo Superior de la Judicatura. (2012). Sentencia 39798 de marzo 13. M.P. Burgos, J.

Corte Suprema de Justicia. (2015). Sentencia SL 13653 de octubre 7. M.P. Echeverri, R.

Corte Suprema de Justicia. (2018). Sentencia SL 4665 de octubre 3. M.P. Dueñas, C.

Cristancho, L. (2003). *Liquidación de prestaciones sociales*.

Guías y modelos prácticos. Comentarios y jurisprudencia. Bogotá: Ediciones del Profesional.

Domingo, R. (2003). *Derecho laboral* (7.a ed.). Bogotá: Temis.

Guerrero, G. (1982). *Introducción al derecho del trabajo. Lecciones de derecho laboral*. Relaciones individuales. Bogotá: Temis.

López, A. (2004). *Elementos de derecho del trabajo. Partes individual y colectiva*. Bogotá: Ediciones del Profesional.

López, P. (1992). *Prestaciones sociales. Cómo se liquidan. Hágalo usted mismo*. Bogotá: Señal Editora.

Ministerio de Protección Social. (2009). Resolución 736 de marzo 13 por la cual se modifica parcialmente la Resolución 003673 de 2008 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47301 de marzo 24 de 2009.

Presidencia de la República de Colombia (1965). Decreto 2351 de septiembre 4 por el cual hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial 31754 de septiembre 17 de 1965.

# CAPÍTULO 5

## La necesidad del peritaje psicológico como prueba del daño extrapatrimonial dentro del proceso judicial

Ana María Calderón Pérez <sup>1</sup>, Diego Alexander Betancur Espinosa <sup>2</sup>

### Resumen

En la práctica, el daño extrapatrimonial en el proceso judicial colombiano no necesita ser probado, este se deja al arbitrio de juez, presumiendo así que el daño moral, psicológico o psíquico (como quiera llamarse) existe por sí mismo a través de un análisis post hoc por parte del jurista, es decir que se fundamenta en una falacia que presume que, ocurrido el evento dañoso, se producirá el daño. Frente a esta postura, pueden concurrir dos errores sobre la materia: el primero, que no se reparen los daños de manera integral, puesto que puede darse que existan secuelas crónicas y que la víctima sufra una afectación superior con relación a lo que presume el juez y el segundo, sobre el escenario contrario, que se compensen daños inexistentes o se sobrevaloren situaciones que atentan contra el principio de reparación integral. Este artículo pretende, entonces, ampliar el concepto de daño moral y clarificar que se presentan clasificaciones de acuerdo a su severidad y permanencia en el tiempo

<sup>1</sup> Psicóloga de la Universidad San Buenaventura Medellín, especialista en Valoración del Daño en la Salud Mental de la Universidad CES, Medellín. Correo electrónico: nana.Email: calderon@gmail.com

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad de Medellín, especialista en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, magíster en Derecho de la UPB, Medellín. Email: betancur.abogado@gmail.com

y además, demostrar la necesidad de la prueba pericial del daño psicológico indicando como fortalecer dicha prueba, aludiendo a las características especiales de las que goza y la idoneidad de quien realiza dicha valoración, condiciones que a lo sumo serán garantes de un material probatorio que propenda por la justa aplicación del principio de reparación integral.

**Palabras clave:** daño psicológico, daño psíquico, daño extrapatrimonial, reparación integral, peritaje psicológico.

## **Abstract**

In practice, extrapatrimonial damage in the Colombian judicial process does not need to be proven, this is left to the discretion of the judge, presuming that moral, psychological or psychological damage (whatever it may be called) exists by itself through a post analysis hoc by the lawyer, that is to say that it is based on a fallacy that presumes that, if the harmful event occurred, the damage will occur. Faced with this position, two errors can occur on the matter: the first that the damages are not repaired in an integral manner, since there may be chronic sequelae and that the victim suffers a superior affectation in relation to what the judge presumes; and on the other hand, on the contrary scenario, that non-existent damages are compensated or overvalued situations that undermine the principle of integral reparation. This article then aims to broaden the concept of moral damage and clarify that classifications are presented according to their severity and permanence over time and also demonstrate the need for expert evidence of psychological damage indicating how to strengthen said test, referring to the special characteristics which he enjoys and the suitability of the person who performs said valuation, conditions that at most will be guarantors of a probative material that properes for the fair application of the principle of integral reparation.

**Key words:** psychological damage, psychic damage, extra-economic damage, integral reparation, psychological expertise.

## **Introducción**

El nacimiento del peritaje psicológico encuentra sus principales raíces en el peritaje psiquiátrico que data del siglo XVII y, desde entonces, tanto la psiquiatría como la psicología se han propuesto al servicio del derecho, con el fin de facilitar la comprensión de los fenómenos psíquicos derivados de los hechos delictivos o dañosos que ocupan el ámbito judicial.

De esta manera, la psicología desarrolló una rama específica dentro de su saber, con un fin no solo nosológico sino también de análisis exhaustivo frente a los diferentes resultados que se pueden generar en el psiquismo humano como consecuencia de un hecho traumático, entendiendo que los delitos (desde la perspectiva de las víctimas primarias y secundarias) y los daños morales comprendidos dentro del derecho privado, son en sí eventos traumáticos, definición sobre la cual se ahondará más adelante.

Con relación a la psicología aplicada al ámbito forense, se define según Ching (2005) citando a Hess e Irving (1999), como el área de especialización en la psicología cuya aplicación se da a los contextos judiciales y que se trata del área de la psicología más adecuada para llevar a cabo la realización de peritajes. Conciérne entonces esta definición a una subclasificación de la psicología jurídica, que encuentra delimitado su ejercicio a la elaboración de peritajes para que obren como prueba del daño psíquico dentro de los procesos judiciales que se desarrollan en las diversas áreas del derecho.

Contrario a ello, se observa que el derecho ha puesto gran énfasis en la prueba de las lesiones físicas, que hace imprescindible como base de sustentación de la pérdida de capacidad laboral que supone en sí, un daño patrimonial a la víctima y deja de lado la importancia de la prueba de la existencia sobre las lesiones psíquicas y su intensidad.

Por lo anterior, el “daño moral” como se denomina en el derecho civil o la “perturbación psíquica” como se menciona en el ámbito penal, no goza de tal rigidez y necesidad probatoria, lo que en

muchos casos puede conllevar a que se violente el principio de reparación integral al no tenerse en cuenta el daño moral como una esfera del desarrollo del individuo que también supone un menoscabo merecedor de ser compensado. Por ejemplo, cuando se trata de la muerte de una persona, se propone un daño moral supuesto por el duelo o la pérdida del ser querido que ha sido ampliamente desarrollado en el ámbito jurisprudencial, sin que se haga necesaria prueba alguna de su intensidad.

Sumado a esto, la modificación del concepto de salud por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2013) propone que salud es mucho más que la mera ausencia de enfermedad, e incluye aspectos como el bienestar emocional. Al respecto esta misma entidad define la salud mental como “un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad”. Esta percepción ampliada sobre la salud, que ahora incluye el concepto de salud mental, ha contribuido al desarrollo del concepto de daño, concurriendo también sobre las lesiones psíquicas que pueden generar un deterioro tanto o más significativo e incapacitante que las lesiones físicas. De tal suerte que, la prueba del daño psíquico o *quantum doloris* puede resultar importante en el proceso judicial para tipificar los daños, establecer una indemnización acorde con el daño o, incluso, determinar una incapacidad laboral.

Así mismo, el daño psíquico no es lejano a las víctimas secundarias o de rebote, entendiendo que estas a su vez padecen el impacto que supone la conducta violenta o la pérdida de un ser querido en un evento violento, un accidente de tránsito o debido a una mala praxis médica.

Este artículo pretende desarrollar de manera amplia, pero concreta, el concepto de daño psíquico o psicológico, considerando, además de sus aspectos esenciales, la clasificación que se tiene sobre este tipo de consecuencias y la manera como estas pueden afectar en mayor o menor medida a quien las sufre, incluso

señalando la posible existencia de daños morales permanentes e irreversibles.

Así mismo, y considerando los conceptos a desarrollar de manera inicial, el objetivo central es señalar al jurista la necesidad de la prueba del daño moral, indicando cómo el peritaje psicológico es la vía más expedita para propiciar en los escenarios judiciales una ilustración clara acerca de las condiciones psicológicas de las víctimas y, una vez los jueces tengan un panorama amplio sobre la realidad de estas condiciones, dichos daños sean compensados de manera acorde con el principio de reparación integral, en pro de la aplicación de justicia tanto para las víctimas como para quien causa el daño.

Finalmente, y considerando el peritaje psicológico como prueba, se busca identificar y clasificar el peritaje psicológico como un medio probatorio único y especial por gozar de características diferenciadoras frente a otras vías, como la historia clínica personal de la víctima o los testimonios de terceros que indiquen dicha pérdida o menoscabo en la salud mental, aludiendo a la metodología propia de este tipo de valoraciones con relación a sus fines y la idoneidad y preparación de quien la realiza.

### **Definición del daño psíquico o psicológico**

Para efectos de este artículo, se entenderá como sinónimos el daño psíquico o psicológico, aunque algunos teóricos difieren de esta sinonimia en su mayoría coinciden que se trata de un mismo término.

Sin embargo, es importante aclarar que el concepto de daño psíquico surge de la confluencia entre la psicología y el derecho, es decir, que dicho concepto, si bien es de origen psicológico, es producto del discurso jurídico pues al tratar de establecer el daño como consecuencia de un evento traumático se está en la búsqueda de un nexo de causalidad. Esta búsqueda sobre la relación de causalidad entre el daño y el evento (nexo causal) es un concepto que atañe al derecho, generando así una conexidad

entre el discurso psicológico y jurídico.

En este sentido, el daño psicológico puede definirse como el menoscabo que se produce a nivel de la salud mental de una persona, como consecuencia de la amenaza a la vida propia o de un tercero, a su integridad personal, la pérdida intempestiva de un ser querido o la puesta en indefensión o amenaza por una situación determinada. En palabras de Echeburúa, Corral y Amor (2004) el daño desde una perspectiva psicológica:

Se refiere, por un lado, a las lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento, que, en algunos casos, pueden remitir con el paso del tiempo, el apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado; y por otro, a las secuelas emocionales que persisten en la persona de forma crónica, como consecuencia del suceso sufrido y que intervienen negativamente en su vida cotidiana.

Convergen en esta definición dos clasificaciones del daño psicológico, que provienen de un evento traumático y que en consideración de las consecuencias que produzca y la permanencia en el tiempo de las mismas pueden presentarse uno u otro escenario con relación al daño psicológico.

Al respecto cabe indicar que lo que resulta relevante para que se genere o no el daño, no es la calidad o gravedad del evento traumático, sino la capacidad del sujeto para soportar y enfrentar dicha situación. En otras palabras, no es el evento el que determina la gravedad del daño, sino la capacidad de afrontamiento que el individuo tenga para tolerar el mismo (Echeburúa, Corral y Amor, 2004). Con relación a las víctimas indirectas o secundarias, el daño psicológico se produce en iguales condiciones que sobre las víctimas directas y la afectación será similar si la víctima sobrevive, toda vez que el daño puede afectar diferentes esferas del individuo: la dimensión física, mental, laboral, sus relaciones familiares y, en general, cualquier ámbito del desarrollo humano en la cual la lesión pueda permear.

De otro lado, el daño definido desde una perspectiva jurídica es

entendido como el menoscabo que se ocasiona a un bien jurídico tutelado y protegido por el ordenamiento jurídico que puede ser material, inmaterial, individual o colectivo (Martínez, 2016).

El derecho penal colombiano por su parte, ha tipificado la “perturbación psíquica” en el artículo 115 del Código Penal, así en materia penal se ha reconocido que las conductas violentas son capaces de generar no solo lesiones físicas, sino también de orden psicológico, lo que permite ampliar la responsabilidad penal y civil del actor (Arteaga, 2005).

Algunos doctrinantes del derecho han logrado una diferenciación entre daño y perjuicio. Como ejemplo de ello, Juan Carlos Henao (citado por Tamayo et al. 2017) propone que el daño consiste en el deterioro o destrucción de un objeto, mientras que perjuicio es la disminución patrimonial que sufre la persona como consecuencia de este daño. Al respecto, Javier Tamayo et al. (2017) proponen que dicha distinción es efectiva solo en la medida que el deterioro o destrucción repercuta en los bienes económicos o no económicos de una persona protegidos jurídicamente, pero para efectos de la responsabilidad civil, consisten tanto el uno como el otro en la afectación patrimonial o extrapatrimonial derivada de un daño en sentido físico y que, por ende, constituyen perjuicios indemnizables.

Así las cosas, tanto en una como en otra definición encontramos tres aspectos en común. El primero, el evento que genera el trauma o perturbación psicológica que es la situación que origina el daño poniendo en peligro o amenazando la integridad personal de quien lo sufre o, en términos jurídicos, que lesiona el bien jurídico tutelado. En segundo lugar, se encuentra el daño o trauma, que es en sí el menoscabo descrito anteriormente y, finalmente, el nexo de causalidad, que no es más que la conexión que existe entre el evento y el daño como tal.

De acuerdo con lo anterior, se hace necesaria entonces no solo la prueba del daño psicológico, sino también, que efectivamente se pruebe que el mismo provenga de la situación que es materia del

litigio. De esta manera, se garantiza la aplicación del principio de reparación integral, el cual propende por lograr correspondencia entre los daños sufridos y la reparación que obtiene el afectado por los mismos (Naveira, 2006).

Pero sumado a este principio, es necesario que dicha reparación abarque el daño resarcible en su totalidad y, a su vez, que se limite únicamente al daño efectivamente producido, aspecto sobre el cual versa la importancia de la prueba del daño psicológico, pues en el sistema jurídico colombiano no existe una norma con el alcance de determinar los perjuicios que deben ser reparados cuando se trata del daño moral y estos quedan confiados al juez para que determine el quantum de estas condenas (Corte Constitucional, Sentencia C-344, 2017).

Ahora bien, el daño psicológico presenta dos nociones en lo que refiere a la terminología psicológica. La primera de ellas se refiere a la lesión psíquica, que alude a los estados de alteración clínicamente significativos y que afectan a la persona en su adaptación a la vida cotidiana, en otras palabras, las dificultades que presenta el individuo para adaptarse nuevamente a sus condiciones habituales después del evento traumático y que, desde una perspectiva psicológica, se refiere a las condiciones clínicas transitorias posteriores al evento dañoso. De otro lado, se encuentra la secuela psicológica, esto hace referencia a la fijación de estas desadaptaciones, es decir, cuando las secuelas agudas o transitorias se consolidan en el sujeto generando una condición clínica crónica que no cede al tratamiento, al apoyo social o al paso del tiempo.

En otras palabras, la lesión psicológica hace referencia a las alteraciones temporales que incapacitan al individuo, que son medibles por medio de los instrumentos psicométricos y que ha sustituido el concepto de daño moral pues hace referencia al sufrimiento psíquico propiamente dicho. Entre las lesiones psíquicas más comunes se encuentran los trastornos adaptativos y el trastorno de estrés postraumático (Echeburúa, Corral y Amor, 2004).

Por otra parte, las secuelas emocionales se refieren a un daño

psicológico estabilizado en el individuo y que no remite con el paso del tiempo ni con tratamientos acordes, es decir que se refieren cambios en la personalidad, aportando rasgos estables pero desadaptativos para el sujeto (Esbec, 2000).

Al respecto Echeburúa, Corral y Amor (2000) agregan, a los conceptos de lesión y secuela psicológica, el factor temporal. Mencionan los autores que, para que exista una secuela psicológica deben transcurrir mínimo dos años del evento y el análisis psicopatológico del desajuste del sujeto con relación a la readaptación de este a su entorno.

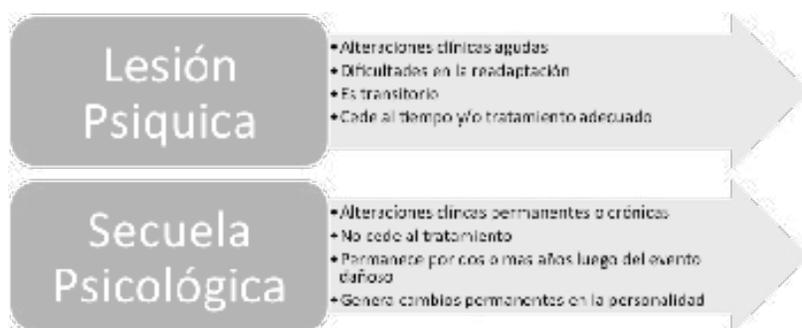


Figura 5.1. Lesión psíquica y secuela psicológica

**Fuente:** elaborado por los autores.

En conclusión, se puede identificar un daño psicológico en el individuo cuando se dé un deterioro a nivel psicológico o un trastorno psicopatológico que interfiere negativamente en su capacidad de goce y en su readaptación a la vida cotidiana, independientemente de la calidad del evento que da origen a la lesión.

## La prueba del daño psicológico

Ahora bien, la tesis central de este artículo busca destacar la importancia y la relevancia de la prueba del daño psicológico en los procesos judiciales, bien sean del orden civil, administrativo, penal o laboral. Conciérne entonces, identificar, en primer lugar, que es costumbre entre los litigantes dejar de lado la prueba del daño moral o psicológico y permitir que sea el juez quien valore

dicha pena, congoja, dolor o sufrimiento y que, de la misma manera, la compensación por este tipo de daños esté al arbitrio de quien juzga; pero también observar que existe un amplio desarrollo jurisprudencial al respecto y que de forma común se remita la prueba a testimonios de familiares y allegados a la víctima que de forma subjetiva informan al juez respecto del menoscabo que se quiere demostrar para su posterior compensación.

En concordancia con lo desarrollado en el aparte anterior, nos encontramos frente a una situación de discordancia entre lo que el juez puede apreciar y lo que la víctima puede en realidad estar padeciendo. Así mismo, y en el escenario opuesto, puede presentarse que el juez considere la existencia del daño probado únicamente por la filiación o el parentesco, por ejemplo, en las víctimas indirectas o secundarias, pero que en realidad este no exista, bien sea por la capacidad de afrontamiento del sujeto o por las condiciones de la relación entre la víctima directa y la indirecta, verbigracia una relación disfuncional y distante entre hermanos frente a la cual no hay una afectación psíquica a compensar por quien indujo el daño.

Sobre este aspecto cabe indicar que, si se considera un daño psicológico como una secuela, el individuo que padece el daño probablemente requiera tratamiento psicológico o incluso farmacológico continuado, situación que le llevaría a erogar sumas de dinero de forma periódica, condición que se puede determinar con la evaluación psicológica y un pronóstico sobre la víctima evaluada. Así, estaríamos considerando daños patrimoniales derivados de los daños extrapatrimoniales; asunto sobre el cual versa la reflexión acerca de la necesidad probatoria del daño psicológico.

Sin embargo, no se puede decir que todos los abogados dejan de lado la prueba del daño moral. Algunos, por su parte tratan de dar valor a estos daños aportando la historia clínica de la víctima, incluso apoyada con el informe del profesional que le está atendiendo. Al respecto, es claro que la prueba del daño psicológico no se puede llevar a cabo mediante la evaluación

psicológica clínica (Puhl, Izcurdia, Oteyza y Gresia Maertens, 2017), justificado de forma básica en tres razones: la metodología, la instrumentación psicotécnica utilizada y la finalidad divergente de ambas modalidades de evaluación psicológica, como se ilustra en la tabla 5.1.

Tabla 5.1. Evaluación forense y evaluación clínica

Factor diferenciador	Evaluación psicológica forense	Evaluación psicológica clínica
Objetivo	Ayuda a la toma de decisiones judiciales	Diagnóstico y tratamiento
Relación evaluador-sujeto	Escéptica, con establecimiento de un <i>rapport</i> adecuado	Ayuda en el contexto de una relación empática
Secreto profesional	No	Sí
Destino de la evaluación	Variable	El propio paciente
Estándares y requisitos	Psicolegales	Médico-psicológicos
Fuentes de información	Entrevistas. Test. Observación. Informes médicos y psicológicos. Familiares. Expedientes judiciales	Las mismas (excepto los expedientes judiciales) y el historial clínico
Actitud del sujeto hacia la evaluación	Riesgo de simulación o de disimulación o de engaño (acude de forma involuntaria)	En general, sinceridad (acude de forma voluntaria)
Ámbito de la evaluación	Estado mental en relación al objeto pericial	Global

Tipo de informe	Muy documentado razonado técnicamente y con conclusiones que contesten a la demanda judicial. Documento legal. Breve y con conclusiones.	Documento clínico
Intervención en la sala de justicia	Esperable. En calidad de perito	No esperable. En calidad de testigo perito

**Fuente:** elaborado por los autores.

Con relación a la metodología utilizada en la evaluación psicológica clínica (tradicional) y en la evaluación psicológica forense, se debe reconocer que, si bien utilizan técnicas compartidas como la entrevista y material psicotécnico, ambas distan en cuanto al desarrollo de la misma se trata, pues en la primera el enfoque de la valoración y por ende de sus técnicas están encaminadas a obtener un diagnóstico clínico que dé pie a un plan de tratamiento, un pronóstico y unas recomendaciones sobre el paciente; de otro lado, en la evaluación psicológica forense, se responde básicamente a la pregunta psicojurídica (que es la hipótesis que el litigante pretende demostrar), así que la evaluación está encaminada a encontrar unos daños (bien sean lesiones o secuelas psicológicas) que se derivan de un evento específico (que es la materia del litigio) y la conexión de causa efecto que existe entre el primero y el segundo (nexo de causalidad).

Para un caso concreto, el trastorno de estrés postraumático (a menudo diagnosticado en personas que sufren daño psíquico por eventos traumáticos) en el entorno clínico tendría como fuente de información los síntomas reportados por el paciente, adicional se tiene en cuenta la condición actual del individuo, es decir el nivel de adaptación que se tiene al momento de la evaluación y no se hace necesario (queda a merced del evaluador) la aplicación de técnicas diversas de la entrevista clínica. Sin embargo, al hablar de este mismo trastorno en las evaluaciones psicoforenses, es necesario no solo el reconocimiento de los síntomas a través de la manifestación subjetiva del evaluado (Inda et al. citado por

Puhl, Izcurdia, Oteyza y Gresia Maertens, 2017) sino también la aplicación de instrumentos que faciliten la identificación de la simulación, aunada a una evaluación extensiva de los diversos momentos de evolución de la patología a fin de ratificar la existencia del daño como consecuencia de los hechos.

De una eventual simulación de síntomas por parte del evaluado, surge la necesidad esencial de realizar una meticulosa revisión de los reportes subjetivos de este, y para ello la entrevista forense goza de especiales características que evitan inducir información a la hora de indagar sobre los síntomas (Spinetto, 2005). Por ello existe una aceptación general que para detectar de una forma eficaz la simulación es necesario el abordaje de la evaluación a través del empleo de múltiples metodologías, como la entrevista a terceros, la aplicación de pruebas psicométricas y la observación conductual, que posibiliten el contraste de la información y el análisis simultáneo de los factores psicológicos y la posible simulación de síntomas en las víctimas. Así el psicólogo forense no solo encontraría los posibles daños sino también descartaría la posibilidad de incluir información falsa o exagerada acerca de la gravedad de estos.

De otro lado, y entendiendo que la evaluación psicológica forense se realiza post hoc, el evaluador deberá confirmar que, efectivamente, el daño psíquico sufrido o reportado es consecuencia del evento. De tal suerte que la evaluación deberá apoyarse en información previa al evento, como por ejemplo la historia clínica del evaluado, reportes académicos, laborales, entrevistas a terceros y demás elementos que sirvan para verificar el estado anterior del sujeto con relación al evento dañoso. De no tener dicha información el nexo de causalidad estaría basado en la falacia que bien presume el análisis post hoc, que indica que un evento secundario a otro es consecuencia del primero.

En este sentido, la realización de un examen psicológico forense tendrá siempre como base el evento dañoso, es decir el evento investigado por la justicia y es este el punto esencial

y diferenciador de la psicología forense, pues cruza el análisis psicológico con el análisis jurídico.

De esto, se puede inferir que las evaluaciones psicológicas forenses se diferencian de las evaluaciones psicológicas clínicas en sus objetivos, alcances y resultados (Puhl, Izcurdia, Oteyza y Gresia Maertens, 2017). Así, y bajo la meta de dar respuesta a la pregunta psicojurídica, el psicólogo forense deberá delimitar claramente los objetivos de sus análisis y fijar el objeto de su evaluación para hacer uso de la metodología más ajustada a la necesidad de cada caso y a los procedimientos propios del ámbito psicolegal.

El problema para establecer el nexo de causalidad en el daño psicológico, es que este resulta fundamental para establecer las consecuencias jurídicas respecto al evento que se investiga. Sin embargo, esta relación está mediada por una condición preexistente y asociada a la vulnerabilidad de la víctima, por ejemplo la suma de concausas, como lo es una incapacidad física como consecuencia del evento dañoso, un divorcio o muerte cercana concomitante, entre otros; suponen entonces una condición agravada por circunstancias conexas al daño (Esbec, 1994).

Ahora bien, otra variable a considerar en la evaluación psicológica forense es que existen las llamadas “víctimas vulnerables”, concepto que se refiere a un factor de lasitud particular de algunos individuos, relacionado con un precario equilibrio emocional o biológico y que, ante un eventual evento dañoso, conlleva el agravamiento de la lesión psíquica (Echeburúa, 2005). Dicho de otra manera, cualquier persona puede tener un mayor grado de vulnerabilidad que le puede ocasionar un mayor impacto psicológico frente a la experimentación de sucesos traumáticos.

Así mismo, propone Echeburúa (2005) la existencia de “personalidades resistentes al estrés”. Este tipo de personas, por el contrario, cuentan con una serie de estrategias de afrontamiento que les hacen resistir la aparición de síntomas clínicos frente a hechos traumáticos y esta condición no implica que no haya

sufrimiento psicológico, sino que cuentan con un equilibrio y control emocional que funciona como un “amortiguador”, en palabras del autor, frente a las experiencias dolorosas.

Este tipo de condiciones son, por ejemplo, aquellos factores específicos que el psicólogo forense debe contener dentro de su evaluación, puesto que la posibilidad de exagerar síntomas por parte del evaluado está latente en el contexto, como también se puede encontrar el escenario descrito anteriormente, sobre el cual los daños son inexistentes y por ende, la compensación de estos bajo la noción del principio de reparación integral debería ser equivalente al daño real endilgado a quien causó el evento.

Sobre la simulación, el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales en su quinta y última versión aprobada (APA, 2014) refiere que debe sospecharse sobre la simulación de síntomas cuando: a) se presenten en un contexto legal, b) exista discrepancia entre la sintomatología que acusa el evaluado y los datos objetivos de la exploración clínica, c) exista falta de cooperación durante la valoración o haya incumplimiento con los tratamientos y d) haya presencia de un trastorno antisocial de la personalidad. Bajo este escenario, considerar la simulación es una hipótesis que el psicólogo forense deberá tener en cuenta al momento de realizar su experticia.

Concierne también definir el trauma, pues no todo evento amenazante constituye en sí un evento traumático. Autores como Laplanche y Pontalis (1996) refieren el trauma desde tres conceptos entrelazados: i) el evento, que es un acontecimiento que ocurre en la vida del individuo y que se caracteriza por ser intenso ii) la experiencia subjetiva, que consiste en la incapacidad del sujeto de dar respuesta ante las exigencias de este evento y iii) los efectos, generalmente patológicos y duraderos que provoca en el psiquismo del sujeto. Bajo estos postulados deberá el evaluador identificar si en efecto existe o no una vivencia subjetiva traumática y desde ese punto de partida, valorar las posibles consecuencias patógenas derivadas del mismo.

Es por ello que en el ejercicio de la psicología forense es exigible un análisis descriptivo y funcional del sujeto evaluado, antes que adentrarse en aspectos categoriales. Incluso la Asociación Americana de Psiquiatría en el DSM-V refiere que la utilización de etiquetas diagnósticas no es necesaria en la mayoría de las intervenciones forenses.

Ahora bien, con relación al informe, se encuentra que el contenido de estos escritos está poco regulado, aunque la Ley 1564 de 2012 describe el contenido mínimo del dictamen pericial de manera general para cualquier tipo de experticia. Por tal razón y de manera específica en las pericias psicológicas, es deber del perito limitarse al objetivo específico de la solicitud realizada, describir y sustentar la metodología utilizada, incluyendo las fuentes de información y los instrumentos psicotécnicos utilizados, y plasmar por escrito únicamente la información relevante para los propósitos de la evaluación (Urra, 2007).

120

Quando hablamos del informe pericial, hablamos de un medio probatorio dentro del proceso legal. Así las cosas, este está sujeto al principio de contradicción, por lo cual la contraparte puede incluso someterlo a un contrainforme, razón por la cual el perito deberá incluir allí la información que le permitió llegar a las conclusiones plasmadas en su informe, los mecanismos de información que sustentan sus apreciaciones y el sustento científico de los datos allí incorporados.

Bajo este principio, y una vez revisados los fundamentos del daño psicológico, la contradicción del dictamen pericial opera también sobre factores diferentes a los tecnicismos propios exigibles al profesional. Por tal razón, y en busca de romper el nexo de causalidad, el contrainforme puede enfocarse también en debatir condiciones psicológicas atribuibles a situaciones previas al hecho y otros aspectos potenciados por situaciones previas o condiciones de la personalidad y la salud mental del sujeto.

Ahora bien, como se trata de la evaluación a seres humanos, cuyas condiciones son permanentemente variables, el informe

tiene validez con relación al momento de la valoración. Por tal razón el perito puede ser llamado a ratificar, ampliar o aclarar su informe, motivo por el cual el sustento científico y teórico debe tener un cuerpo fortalecido por el reconocimiento de la comunidad científica y gozar de aceptación dentro de la misma.

El dictamen psicológico pericial adquiere una mayor relevancia cuando la metodología utilizada está acorde con el estado actual de los conocimientos científicos y cuando se establece un nexo claro entre la evaluación psicológica forense y la solicitud planteada dentro del proceso judicial, logrando conclusiones que no tergiversen o sobreinterpreten la información obtenida, con un lenguaje claro y técnico, omitiendo el uso de tecnicismos innecesarios (Illescas, 2005).

Finalmente y no menos relevante, es de considerar la idoneidad del perito con relación a su función, toda vez que, tratándose de un psicólogo clínico la relación entre este y su paciente deriva de un acto voluntario del último en busca de apoyo terapéutico, pero cuando se trata de una evaluación forense no existe un acto voluntario por parte de la persona sometida a evaluación, por lo cual el psicólogo perito debe contar con estrategias amplias y suficientes para abordar el evaluado en un corto periodo (pues así lo ameritan generalmente las pericias) a la par que se contrastan los datos que, dentro del proceso legal se dan por supuestos y cuya finalidad es precisamente probarlos; sin dejar de lado la relevancia que data sobre la capacidad del perito para sustentar su pericia en el estrado, condición que resulta como estresor natural, mientras que para el perito el entorno judicial resulta afable y por ende podrá facilitar ello su participación en la audiencia.

## Conclusiones

La necesidad de la prueba del daño psicológico en el sistema judicial colombiano parte de la falta de regulación normativa frente al resarcimiento del *quantum doloris*, indicando que este concepto y los procedimientos para su compensación ha sido desarrollados

ampliamente por la jurisprudencia, pero que, siendo el juez quien determina el *quantum* de dichas condenas, este se guía por lo que logra valorar y apreciar en las pruebas que se aporten al proceso.

Indefectiblemente, las pruebas se reducen a aspectos testimoniales y en ocasiones documentales que distan claramente de la prueba del daño psíquico de la víctima, pues como ampliamente se abordó, este tipo de daños presentan unas características particulares, dado que se trata en primer lugar de establecer el nexo causal entre lo sucedido y las consecuencias que de ello haya derivado.

De lo anterior se colige que la valoración del daño psíquico es entonces, una exploración del individuo y su estado mental en relación a un evento específico, lo que limita y da especiales características a la evaluación psicológica forense, tiéndola de condiciones rigurosas en cuanto a su metodología, curso, finalidad y técnicas; razón amplia y suficiente para dar relevancia al peritaje psicológico como medio probatorio de los daños extrapatrimoniales.

Así, en el escenario de la prueba de los daños extrapatrimoniales, a la luz del principio de reparación integral, el dictamen psicológico pericial es el mecanismo idóneo para dar cumplimiento a este, pues el jurista estaría realmente ilustrado y contaría con una apreciación técnico-científica sobre el estado real de afectación psicológica de la víctima y propendería entonces por garantizar una compensación equilibrada con relación al daño, bien sea para quien lo sufre como para quien está obligado a compensarlo.

Considerado esto, se garantizaría a través de un medio probatorio idóneo, que la aplicación de justicia en lo que concierne a la reparación integral se haría de manera equilibrada, sopesando las garantías de una y otra parte, posibilitando además el derecho a contradicción y facilitando el *arbitrio iudicidis* de una forma razonable, proporcionada y motivada para el juez.

Finalmente cabe la consideración de que el peritaje psicológico posibilita además la identificación no solo del daño moral, sino

también de otros perjuicios extrapatrimoniales que usualmente quedan ocultos por el desacierto probatorio de este tipo de daños, como también logró identificarse que incluso, de los daños psíquicos pueden derivarse daños patrimoniales que obliguen a promover no solo la compensación sino también la indemnización de las víctimas.

## Referencias bibliográficas

American Psychiatric Association. (2014). *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales DSM-V* (5.ª ed.). Madrid: Médica Panamericana.

Arteaga Medina, J. (2005). Perturbación psíquica, análisis psiquiátrico-forense. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 34(1), 73-80.

Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1564 de julio 12 por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012.

Echeburúa, E. (2005). *Superar un trauma*. Madrid: Pirámide.

Echeburúa, E., Del Corral, P. y Amor, P. J. (2000). Tratamiento psicológico del trastorno de estrés postraumático. En J. Bobes, M. Bousoño, A. Caicedo y M. González (Eds.). *Trastorno de estrés postraumático*. Barcelona: Masson.

Echeburúa, E., Del Corral, P. y Amor, P. J. (2004). Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 4, 227-244.

Esbec, E. (1994). *Víctimas de delitos violentos. Victimología general y forense*. Madrid: Cólex.

Esbec, E. (2000). El psicólogo forense en el proceso penal. Evaluación psicológica de la víctima. En E. Esbec y G. Gómez

Jarabo (Eds.). *Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad* (pp. 153-217). Madrid: Edisofer.

Gherzi, C. (2013). *Teoría general de la reparación de daños* (3.<sup>a</sup> ed.). Bogotá: Astrea y Universidad del Rosario.

Hanson, R., Kilpatrick, D., Falsetti, S. y Resnick, H. (1995). Violent crime and mental health. En J. Freedy y S. Hobfoll (Eds.). *Traumatic stress: from theory to practice* (pp. 129-161). Nueva York: Plenum Press.

Illescas, A. (2005). Práctica y valoración de la prueba pericial. En J. Ballesteros (Dir.). *Cuadernos de derecho judicial* (Vol. VII. Psicología del testimonio y prueba pericial) (pp. 106-295). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Koteich Khatib, M. (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Laplanche, J., Pontalis, J.-B. y Lagache, D. (1996). *Diccionario de psicoanálisis*. Buenos Aires: Paidós.

Marín Martínez, O. (2016). *Liquidación de perjuicios y ajustes de pérdidas de seguros* (2.<sup>a</sup> ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Naveira Zarra, M. (2006). *Principios generales de la reparación de daños y perjuicios*. Madrid: Edersa.

Organización Mundial de la Salud. (2013). Salud mental: un estado de bienestar. Recuperado de [https://www.who.int/features/factfiles/mental\\_health/es/](https://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/)

Puhl, S. M., Izcurdia, M. A., Oteyza, G. y Gresia Maertens, B. H. (2017). Peritaje psicológico y daño psíquico. *Anuario de Investigaciones*, 24, 251-260.

Corte Constitucional. Colombia. (2017). Sentencia C-344 de mayo 24. M.P. Linares, A.

Spinetto, M. (2005). Proceso psicodiagnóstico en simulación. *Vertex Revista Argentina de Psiquiatría*, 16(61), 206-212.

Tamayo Jaramillo, J., Botero Aristizábal, L. F., Polanía Tello, N. y Rojas Quiñonez, S. (2017). *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Bogotá: Legis.

Urra, J. (2007). Dilemas éticos de los psicólogos jurídicos. *Anuario de Psicología Jurídica*, 17(1), 91-109.



# CAPÍTULO 6

## Prácticas restaurativas y lenguajes simbólicos<sup>1</sup>

Paula Andrea Pérez Reyes <sup>2</sup>, Éddison David Castrillón García <sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ponencia derivada de la investigación *Cultura política para la paz: procesos socioeducativos ciudadanos para la transformación de los imaginarios y prácticas políticas en Medellín en el marco del posacuerdo*, radicada en el Centro de Investigación para el Desarrollo y la Innovación de la Universidad Pontificia Bolivariana CIDI-UPB, Medellín, Colombia.

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad de Antioquia, magíster en Filosofía en la línea de investigación de la Universidad Pontificia Bolivariana, estudiante del Doctorado en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, con formación en Licenciatura en Filosofía de la Universidad de Antioquia, docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, vinculada al área MARC. Investigadora del grupo de investigación GITS de la Universidad Pontificia Bolivariana, integrante de la Red Interinstitucional de Derecho Procesal y Justicia. Correo electrónico: paula.perezr@udea.edu.co. CVLAC: [https://scienti.colciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0000029256](https://scienti.colciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000029256).

<sup>3</sup> Politólogo y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia; abogado, magíster en Derecho Procesal y doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, docente interno del Consultorio Jurídico de la Universidad Pontificia Bolivariana y docente de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Investigador del grupo de investigación GITS de la Universidad Pontificia Bolivariana, integrante de la Red Interinstitucional de Derecho Procesal y Justicia. Correo electrónico: eddison.castrillon@upb.edu.co / eddison.castrillon@udea.edu.co. Dirección postal: 050020, Medellín, Colombia. orcid.org/0000-0002-1252-8887.

### Resumen

Las prácticas restaurativas traen consigo la exteriorización de lenguajes simbólicos vinculados a narrativas que llevan a cabo un ejercicio de reconocimiento del rostro del Otro y de construcción de memoria. En el presente texto se mostrará cómo estos ejercicios aportan también a la construcción de un tipo de justicia que se gesta desde la voluntariedad, la corresponsabilidad, la solidaridad, el consenso y el reconocimiento del Otro en diferentes ámbitos, a la vez que dichas prácticas restaurativas se constituyen en escenarios para la reparación simbólica a partir de la experiencia estética como medio para canalizar adecuadamente las emociones con una finalidad sanadora y reconciliadora, que conlleve a la configuración de escenarios de convivencia pacífica y de construcción de un sentido de justicia social que abogue por un orden político, económico y social justo.

**Palabras clave:** prácticas restaurativas, lenguajes simbólicos,

justicia consensual, justicia restaurativa, reparación.

## **Abstract**

Restorative practices bring with them the externalization of symbolic languages linked to narratives that carry out an exercise of recognition of the face of the Other and of memory construction. In this text, it will be shown how these exercises also contribute to the construction of a type of justice that is developed from voluntariness, co-responsibility, solidarity, consensus and recognition of the Other in different areas; at the same time that these restorative practices constitute scenarios for symbolic reparation based on aesthetic experience as a means to properly channel emotions with a healing and reconciling purpose, which leads to the configuration of scenarios of peaceful coexistence and construction of a sense of social justice that advocates a just political, economic and social order.

**Key words:** Restorative practices, symbolic languages, consensual justice, restorative justice, reparation.

## **Introducción**

La Constitución Política de 1991 reconfiguró el Estado bajo la fórmula de Estado social de derecho, lo cual significó una nueva concepción de Estado que reivindica lo social con un carácter universal, bajo garantías constitucionales erigidas al rango de principios fundamentales con alcance normativo. Como lo dijo la Corte Constitucional al año siguiente de la promulgación de la Constitución:

El carácter social de nuestro Estado de Derecho no es una fórmula retórica o vacía. Por el contrario, la naturaleza social que identifica al ordenamiento jurídico tiene clara expresión en la prevalencia de los derechos fundamentales, en la superación de la crisis del Estado de Derecho como sinónimo de la legalidad abstracta y en la inmediata realización de urgentes tareas sociales, todo lo anterior en desarrollo de los principios de solidaridad y dignidad humana (Corte Constitucional, Sentencia T-505 de 1992).

En este orden de ideas, también bajo el ropaje del Estado social de derecho se enarbó una concepción de justicia y de garantía al acceso a la justicia en igualdad de condiciones, lo cual se conjuga con el artículo 13, inciso segundo, de la misma Carta Constitucional:

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Esto debe ser un punto de partida para el desarrollo en el país de un modelo de justicia social que aboga por un orden político, económico y social justo.

La justicia social no es un valor o ideal de libre apreciación por parte de los jueces |constitucionales. Las concepciones de la comunidad y lo comúnmente aceptado como correcto o incorrecto son ejes referenciales para el enjuiciamiento y la determinación de lo razonablemente exigible. El juez constitucional no debe ser ajeno a las nociones de lo justo e injusto que tiene la opinión pública, más aún cuando la interpretación constitucional se apoya en los valores y principios consagrados en la Carta Política, bien para reconocerlos ora para promover su realización (Corte Constitucional, Sentencia T-505, 1992).

De acuerdo a lo anterior, se abre también un escenario, no solo de solidaridad social frente a la garantía de los derechos fundamentales o con respecto a la responsabilidad del Estado frente a su rol activo en la promoción de la justicia social, sino que también se abren otros escenarios en los cuales el consenso se erige como punto de partida para promover la construcción de paz y la concreción de otras prácticas alternativas de justicia no adversarial, a partir de la voluntariedad de las partes involucradas en un conflicto.

Desde esta perspectiva se puede hablar de un tipo de justicia

alternativa, que no necesita estar enmarcada dentro de los esquemas coercitivos de la justicia formal y que, aunque se identifica con los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), tiene la particularidad de que no es coercible, es decir, no es necesario acudir a la jurisdicción para exigir su cumplimiento, en tanto que en dicho tipo de justicia el cumplimiento de los acuerdos está mediado por un sentido de solidaridad y consenso que va más allá de la necesidad de intervención del Estado para obligar a dicho cumplimiento y cuya construcción del acuerdo es producto de un trabajo de las mismas partes involucradas en el conflicto, a este tipo de justicia se le da el nombre de justicia consensual.

Concebir que este tipo de justicia pueda emplearse de manera generalizada como opción de gestión pacífica de conflictos en cualquier escenario de la vida cotidiana, abre el abanico de los mecanismos de justicia alternativa y genera espacios para prácticas restaurativas que realmente sí conlleven al logro de los fines deontológicos de la justicia restaurativa.

Tras varios años en Colombia de dar paso a la aplicación de la justicia restaurativa en el marco del desarrollo de los procesos de reparación, se ha encontrado que las víctimas se han enfrentado a diferentes factores de exclusión que han obstaculizado su participación en dichos procesos, lo cual ha impedido que la víctima desde el marco de justicia restaurativa no tenga un papel protagónico o no logre una reparación adecuada.

De acuerdo con el Centro de Memoria Histórica (2016), entre los factores de exclusión que han obstaculizado la participación de la víctima, se encuentran, por ejemplo, la incidencia de tecnicismos jurídicos al establecer comunicación con las víctimas (pp. 502-504), “la reasignación de las investigaciones y el traslado de las mismas a lugares distintos a donde residían las víctimas y sus representantes” (pp. 505-506), la incidencia de “señalamientos y estigma sobre las víctimas o sobre los lugares donde habitan, unida a la carencia de redes sociales y de acompañamiento” (pp. 507-508), entre otras. A lo cual se suma el hecho que el tiempo y los diferentes trámites “que implica el acceso a la justicia conllevan,

necesariamente, transformaciones en las cotidianidades de las víctimas (...) un cambio que impactó incluso sus proyectos de vida y dinámicas familiares” (CMH, 2016, p. 517),

Lo anterior significa que, dada la complejidad del conflicto interno vivido en Colombia, y considerando los múltiples escenarios en los cuales se presentan conflictos en la vida cotidiana, se hace necesario desde el contexto colombiano una mayor apuesta a la construcción de paz y reconciliación, mediante la promoción, implementación y uso de otras prácticas restaurativas en todos los escenarios de convivencia.

Esto, ya que, desde el ejercicio de las múltiples prácticas restaurativas en diferentes núcleos de la sociedad, se puede aportar a la generación de una cultura de gestión pacífica de conflictos, que impacten otros niveles macroestructurales de la sociedad, contribuyendo así, finalmente, a la construcción de la justicia social en el país a partir del consenso y la solidaridad social.

Frente a ello, el Estado debe ser el primer interesado en que se gesten estas prácticas, no solo como posibilidad de justicia alternativa en el marco de la justicia restaurativa o como opción frente a las dificultades que presentan las víctimas al acceder a la justicia formal, sino también, como posibilidad real para construir tejido social desde las comunidades y los territorios.

Algo que es común a prácticas restaurativas como la mediación, los círculos de paz, las conferencias restaurativas, la concertación y el arreglo directo, es el uso de la palabra, la cual no solo es una herramienta de comunicación o un instrumento para construir relatos, sino que también, es un vehículo del lenguaje simbólico en donde con cada relato se lleva a cabo un ejercicio de reconocimiento del rostro del Otro, así como de construcción de memoria.

En este orden de ideas, el presente texto pretende mostrar otra mirada a las prácticas restaurativas, como herramientas o mecanismos de

justicia consensual, entendiendo esta como un tipo de justicia que se gesta desde la voluntariedad, la corresponsabilidad, la solidaridad, el consenso y el reconocimiento del Otro, esto con ocasión de la gestión pacífica de conflictos en los diferentes escenarios de convivencia, con la particularidad de que, en dicho tipo de justicia la obligatoriedad para cumplir los acuerdos entre las partes está mediado por la corresponsabilidad en la construcción de los mismos, de la mano del reconocimiento de ese Otro como interlocutor válido, más que por la injerencia de mecanismos coercitivos para el cumplimiento de los acuerdos.

El reconocimiento del Otro desde la concepción teórica de la alteridad no implica, precisamente, una responsabilidad ética, pero esta propuesta se centra en ir hacia el encuentro con el Otro como víctima, a partir de un compromiso ético que implique la compasión por su dolor y la obligación de salir del centro del mundo del Yo para hablar del sentido de un nosotros, en el cual el Yo al conocer el dolor del Otro se convierte también en garante de sus derechos.

Este discurso pretende también superar la categorización del Otro como victimario, transgresor o enemigo, esto, a partir de la víctima, quien es la protagonista, por ser aquella que sufre y que por tanto demanda una respuesta, no solo de aquel que escucha su gemido, sino también de la sociedad entera representada a través del aparato estatal como primer garante de sus derechos.

En este orden de ideas, a continuación, se presentará la relación entre los MASC consensuales y las prácticas restaurativas, desde lo que se ha nombrado aquí como justicia consensual; seguidamente, se abordará la relación entre justicia restaurativa y prácticas restaurativas; para posteriormente, abordar la manera en que se conjugan los lenguajes simbólicos y las prácticas restaurativas, y por último, presentar unas conclusiones finales.

**Los MASC consensuales y las prácticas restaurativas: más allá de lo punitivo**

Si se considera que los MASC son aquellos mecanismos de gestión de conflictos que son alternos a la vía judicial, se puede hacer un listado de todos los MASC haciendo una distinción entre MASC heterocompositivos y MASC autocompositivos, y dentro de los MASC autocompositivos se puede identificar también cuales, desde esta perspectiva, corresponden a la justicia consensual y cuáles no.

De acuerdo a lo anterior, dentro de los MASC heterocompositivos, se incluyen el arbitraje, la amigable composición y los jueces de paz, en tanto que en estos casos quien resuelve el conflicto no son propiamente las partes, sino el tercero que allí interviene. Por otro lado, dentro de los MASC autocompositivos, se incluyen la conciliación en derecho, la conciliación en equidad, la mediación, los círculos de paz, las conferencias restaurativas, la concertación y el arreglo directo.

De los MASC autocompositivos anteriormente enunciados, la conciliación en derecho y la conciliación en equidad tienen un vínculo coercitivo en el cumplimiento de los acuerdos a los cuales llegan las partes, en tanto a que la correspondiente acta de conciliación en ambos casos tiene como efectos el hacer tránsito a cosa juzgada y prestar mérito ejecutivo, además que tratándose de conciliación en equidad en civil y familia, la Ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, permite que con dicha conciliación en equidad también se agote el requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción.

A diferencia de lo anterior, en el caso de la mediación, los círculos de paz, las conferencias restaurativas, la concertación y el arreglo directo, el acuerdo al cual lleguen las partes no se vincula a mecanismos coercitivos para su cumplimiento, siempre y cuando dicho acuerdo no se eleve a un instrumento jurídico como lo sería un contrato de transacción, por ejemplo. Por lo que, en ese sentido, la mediación, los círculos de paz, las conferencias restaurativas, la concertación y el arreglo directo constituyen a su vez instrumentos de justicia consensual.

Los mecanismos de justicia consensual no resultan de una invención académica, sino que, por el contrario, se trata de prácticas de justicia que se han empleado en el seno de muchas comunidades en varias latitudes del planeta y que constituyen un punto de partida importante para enriquecer el abanico de posibilidades para la construcción de una justicia comunitaria desde una perspectiva de resolución pacífica de conflictos.

El gran potencial de la justicia consensual radica en que se trata de un tipo de justicia en el cual, son las partes quienes siendo protagonistas en la construcción del acuerdo y generando corresponsabilidad para el cumplimiento del mismo, adquieren su sentido de compromiso, no mediado por la coerción, sino por el reconocimiento del otro y la revalorización propia frente a sus necesidades y las del otro.

Adicionalmente, el panorama de la justicia consensual, tal como se ha presentado hasta aquí, tiene también conexión directa con una finalidad restauradora, pues desde esta perspectiva, los MASC consensuales también pueden perseguir como finalidad un acuerdo restaurador, en el cual, la palabra es el medio indispensable para su construcción y en donde la punibilidad no tiene incidencia directa, a diferencia de la justicia restaurativa aplicada en otros ámbitos como el derecho penal.

Cabe mencionar que, lo que se pretende hasta aquí no es apostar por un abolicionismo de la pena como tal, sino que lo que se quiere con las anteriores consideraciones es abordar la manera como se concreta una justicia consensual como práctica restaurativa que incluye lenguajes simbólicos y que se construye a partir de la voluntariedad de los particulares o las comunidades, sin que necesariamente intervenga el Estado como actor coercitivo para el cumplimiento de los acuerdos; esto, considerando que como trasfondo se tiene el reto de promover prácticas restaurativas, de manera concomitante a la construcción de una cultura de paz y reconciliación desde las comunidades y los territorios.

Desde esta perspectiva el referente para dichas prácticas es el logro

de un acuerdo restaurador, entendido este como aquel por medio del cual se “repara simbólicamente o materialmente a la víctima, que permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada. Debe realizarse la importancia de que la víctima se sienta reparada por las disculpas o por la efectividad del acuerdo reparador” (Larraruri, 2004, p. 448).

Nótese que, si bien dentro de los modelos de justicia en Colombia, se encuentra la justicia retributiva, dentro de la cual se puede encuadrar a la justicia formal, orientada a imponer una pena, un castigo o una sanción a la persona que comete un delito o que controvierte un precepto legal, correspondiendo al legislador, conforme al principio de legalidad, el medir los límites del castigo o la sanción a imponer según la falta; también, tal como se ha mencionado, se puede hablar de una justicia alterna a la judicial, y por tanto, alterna a la justicia retributiva, como lo sería el caso de la justicia consensual, la cual se aplica tanto para gestionar un conflicto en el cual hubo una acción sin daño, como también, para gestionar un conflicto en el cual si hubo una acción con daño, que implique que el afectado reciba restauración. En este último aspecto, identificándose con la justicia restaurativa, en tanto que esta también persigue dicha finalidad restauradora; pero diferenciándose de ella, en tanto que en la justicia consensual no solo hay menor punibilidad, sino que se prescinde de ella.

La justicia restaurativa como tal, tiene un marco normativo dentro del ordenamiento jurídico colombiano en diferentes escenarios, como lo son, el jurídico penal de tendencia acusatoria (artículos 518 al 527 de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal), el de justicia penal para adolescentes (Ley 1098 de 2006), el de convivencia escolar (Ley 1620 de 2013 y Decreto 1965 de 2013), entre otros.

De la misma manera que anteriormente se indicó la existencia de una correlación entre la justicia consensual y los MASC, también es posible hacer un relacionamiento en igual sentido en el caso de la justicia restaurativa respecto de los MASC.

Para empezar, cabe hacer una serie de precisiones al respecto de la justicia restaurativa, para ello se hace necesario indicar, qué no es la justicia restaurativa, a fin de clarificar posteriormente, qué sí es y poder establecer su real alcance. De acuerdo con Howars Zehr (2010) “la justicia restaurativa no es un programa orientado principalmente hacia el perdón y la reconciliación” (p. 11), es decir, de acuerdo con este autor, el objetivo no es motivar a la víctima a perdonar o reconciliarse con sus ofensores; “no es una mediación” (p. 12), es decir las prácticas restaurativas no se limitan a un encuentro entre el ofensor y la víctima, pues de acuerdo con Zehr (2010), para que se lleve a cabo un encuentro restaurador es necesario que el ofensor acepte “en alguna medida la responsabilidad por su delito, puesto que un componente importante de tales programas consiste en identificar y reconocer el mal causado”, si bien esto no implica que en el encuentro restaurador el ofensor asuma la responsabilidad de un delito, si se enfatiza en que el ofensor reconozca que su conducta generó un daño que hay que reparar.

Adicionalmente, Zehr (2010) reconoce que “la justicia restaurativa no es de ninguna manera para todas las situaciones. Tampoco está claro si debiera reemplazar al sistema legal, aún en mundo ideal” (p. 16), pues no sería deseable aplicar un mecanismo de justicia restaurativa si este conlleva a un escenario de revictimización. Por último, Zehr (2010) indica que la justicia restaurativa “no es necesariamente una alternativa al encarcelamiento (...) no se opone necesariamente a la retribución” (p. 17), esto, toda vez que es posible aplicar prácticas restaurativas, paralelamente con la ejecución de sentencias que incluyen una pena privativa de la libertad.

En este orden de ideas, la justicia restaurativa “tiene un especial interés por aquellas necesidades de las víctimas que no son atendidas adecuadamente por el sistema de justicia penal” (Zehr, 2010, p. 19), necesidades estas que pueden resumirse en cuatro según Zehr (2010): i) las víctimas necesitan conocer la verdad de lo sucedido, ii) las víctimas necesitan tener la posibilidad de narrar la historia de lo que sucedió, iii) las víctimas necesitan restitución o reivindicación (pp. 19-20) y por último, iv) las víctimas necesitan

que no se les quite el control de sus vidas, es decir, que las víctimas no sientan “que los delitos sufridos les han arrebatado el control de sus vidas (el control sobre sus propiedades, sus cuerpos, sus emociones, sus sueños)” (Zerh, 2010, p. 20).

En este orden de ideas es posible concluir que, no todos los MASC pueden ser usados como mecanismos de justicia restaurativa o empleados como prácticas restauradoras, tal es el caso, por ejemplo, del arbitramento. Pero, por otro lado, también es posible afirmar que los MASC autocompositivos, pueden emplearse como herramientas de justicia restaurativa, tal como sucede en nuestro caso, en el Código de Procedimiento Penal, de acuerdo al cual, para los delitos querrelables son mecanismos de justicia restaurativa, la conciliación preprocesal —como requisito de procedibilidad para ejercer la acción penal—, la mediación y la conciliación en el incidente de reparación integral, mientras que para el caso de los delitos investigados de oficio, son mecanismos de justicia restaurativa, la mediación y la conciliación en el incidente de reparación integral (Ley 906 de 2001, artículos 521 a 523).

Por último, con respecto a otros MASC que no están tan regulados en Colombia, cabe resaltar su gran potencial como herramientas de justicia restaurativa o como prácticas restaurativas, tales son los MASC consensuales, como la mediación, los círculos de paz, las conferencias restaurativas, la concertación, entre otros. Lo cual será tema a desarrollar más adelante en este texto.

## **Justicia restaurativa y prácticas restaurativas**

Una de las grandes odiseas a las que se enfrentan los operadores jurídicos en la sociedad colombiana, sin duda tiene que ver con las distintas interpretaciones de la justicia restaurativa en diferentes ámbitos, una de las tensiones surge en la forma del tratamiento del conflicto desde las partes, pues en muchos escenarios la interpretación se ve influenciada por la aplicación concomitante de la justicia retributiva, en donde el tema central es el castigo dejando de lado a la víctima.

A partir de la Ley 906 del 2004 se empezó a dar un giro, al integrar a la víctima como uno de los elementos centrales en la gestión jurídico penal y como un sujeto de especial consideración por la justicia en Colombia. Ante esto, es importante partir de una idea, y es que en términos genéricos, todo aquel que ha sufrido un daño se considera como víctima, sin embargo, dicha categoría ha sido objeto de discusión en distintas comunidades académicas en las cuales se discute la pertinencia del término, por tratarse en muchos casos de un concepto que se refiere a una adjetivación pasada, pero que sin duda tiene gran trascendencia política y jurídica, ya que reviste a los sujetos de garantías especiales que le permiten acceder a programas de reparación, como es el caso de quienes ostentan el estatus o categoría de víctimas del conflicto armado colombiano.

En el marco del conflicto armado en Colombia, a las víctimas se les considera como sujeto de especial protección, cuyo calificativo les permite acceder a una serie de derechos que hacen parte de la reparación integral. En este sentido, la Ley 1448 de 2011 definió en su artículo 3 el concepto de víctima del conflicto armado en los siguientes términos:

Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

Lo anterior, abre un panorama de reconocimiento derechos a las personas que de acuerdo a la norma caben dentro de la definición de víctima en Colombia, sustentando un gran abanico de posibilidades para reconocer otras dimensiones del conflicto en cuestión y la forma en que se debe proceder en aras del reconocimiento de los derechos de las víctimas en Colombia, bajo las dinámicas propias de la justicia restaurativa.

Para concebir una justicia restaurativa en el marco del conflicto armado en Colombia es menester considerar lo reglado en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en el cual se configura en Colombia un programa de justicia restaurativa desde el ámbito jurídico-penal. Sin embargo, esta concepción de la justicia, no es exclusiva del ámbito penal, pues al respecto es importante reconocer que donde exista la ocurrencia de un daño hay lugar a la aplicación de las herramientas de esta forma de justicia, que permiten no solo la reparación, sino también, el propiciar un espacio para la restauración de tejidos relacionales deteriorados por la escalada del conflicto y sus efectos.

Uno de los factores que propicia la reparación es la posibilidad de humanizar al Otro que es visto como transgresor, victimario o delincuente, en la medida en que se pueda superar la única versión que se conoce del relato y se le brinde a dicho victimario la posibilidad de tener voz y ser escuchado, a través de prerrogativas como la verdad, el perdón, el reconocimiento del daño, las alternativas de reparación, la garantía de no repetición entre otras. Las cuales se constituyen como algunas de las formas de propiciar el reconocimiento entre las partes, tanto desde de su humanidad como de su fragilidad.

Lo anterior pone de presente que, el reconocimiento entre las partes implica que cada una de ellas tiene una historia que contar en la medida en que se cede el espacio para que cada uno comparta su versión, por lo que cada relato se constituye como uno de esos elementos que persiguen uno de los fines propios de la justicia restaurativa, como lo es la verdad, una verdad que se concibe más allá de una única historia y de la cual cada uno tiene una versión.

Desde la verdad como relato, es posible pensar en las posibilidades de configurar la reparación integral como un punto de partida, en aras de los caminos de la anhelada justicia restaurativa pues, si de fondo también se pretende socializar el proceso, es necesario humanizarlo y conectarlo con los aires no

egoístas de la solidaridad. Este es nuevo horizonte, que nos invita a plasmar un renovado y necesario derecho procesal (Morello, 2002, p. 419).

Desde la perspectiva de la justicia restaurativa, la víctima recibe un protagonismo especial, amparada en derechos concretos, la Ley 1448 de 2011 por ejemplo establece una serie de derechos exclusivos para las víctimas del conflicto armado, los cuales se enuncian en los siguientes términos:

Las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley, tendrán entre otros los siguientes derechos en el marco de la normatividad vigente:

1. Derecho a la verdad, justicia y reparación.
2. Derecho a acudir a escenarios de diálogo institucional y comunitario.
3. Derecho a ser beneficiario de las acciones afirmativas adelantadas por el Estado para proteger y garantizar el derecho a la vida en condiciones de dignidad.

Esta lista enunciada anteriormente, se toma como punto de partida para considerar que los espacios de la justicia restaurativa tienen una estrecha vinculación con el mudo de la ética, cuya práctica jurídica va más allá de una simple reclamación cotidiana, ya que a partir de este enfoque de derechos es posible considerar un espacio en el cual se puede dialogar con el otro más allá de una idea instrumental de sacar provecho, pues, lo que se pone de trasfondo aquí es considerar el dolor y las consecuencias del daño. “La tarea de la razón práctica no consiste sólo en enunciar lo que se debe ser, sino también en tomar carne en las instituciones, transformándolas desde dentro” (Cortina, 2010, p. 42) Desde esta perspectiva, la ética tiene un espacio fundamental para la transformación del conflicto y de la sociedad.

El desafío frente al ejercicio de las herramientas de justicia restaurativa en el marco de la sociedad contemporánea en Colombia, consiste en ponerlas en práctica, siendo la verdad, la

justicia y la reparación un punto central, en aras de fortalecer la justicia restaurativa, en la que no solo se oriente el litigio y la decisión judicial, sino que a su vez, se considere en lo posible la restauración del tejido relacional deteriorado, llevando todos los discursos a una práctica jurídica, en donde la ética tenga un rol protagónico en el momento de tomar decisiones. Pues tal como lo indica Atienza (2002), el ejercicio de una profesión implica no solo el manejo de conocimientos de tipo instrumental, sino de ciertos criterios sobre la justificación o no de los fines (y de los medios para alcanzar ciertos fines), la técnica no se basta así misma (p. 151).

Aquí, el concepto de reconocimiento del Otro desde su diferencia, le aporta al derecho una forma diferente de comprender el fenómeno social del daño, del dolor de aquel que lo padece, pero también desde la perspectiva del otro que lo comete y las transformaciones que van de la mano del enfoque de derechos propio de la justicia restaurativa.

El papel de la alteridad como concepto epistemológico sirve para aproximarse teóricamente a una serie de cuestiones, que se presentan en torno al tema de la justicia restaurativa. Esto, con el fin de observar la inmersión de nuevos elementos en la escena jurídica, política, filosófica y social, que permiten reconocer diferentes ideas sustentadas en el reconocimiento de derechos propios, establecidos en el marco de este tipo de justicia.

El acceso a la justicia restaurativa no se limita al acceso a la jurisdicción, tampoco es exclusivo del derecho procesal, ya que para su configuración se consideran todas las dimensiones de lo humano como cuestiones necesarias para la oportuna reparación, de tal manera que sus componentes comprenden la afectación al patrimonio, al buen nombre, a las relaciones directas y de terceros involucrados e incluso hasta el deseo de plasmar una memoria individual o colectiva para no olvidar la situación que dio lugar al daño, por lo que se presupone en este caso, un encuentro vital entre la vivencia y el concepto, cuyo

escenario permite dibujar mediante relatos los rostros de aquellos que se sienten vulnerables y afectados por el daño.

### **Prácticas restaurativas y lenguajes simbólicos: una mirada desde el Otro a partir de la palabra como acto de justicia**

De acuerdo con Zerh (2010), además de las prácticas restaurativas que se llevan a cabo en algunas comunidades, existen varios escenarios desde los cuales se puede hacer también una aproximación a las prácticas restaurativas, tales como el escenario escolar o el jurídico penal:

Los centros escolares se han convertido en un importante terreno para la aplicación de prácticas restaurativas. Aunque tienen algunas semejanzas con los programas de justicia restaurativa para casos criminales, las prácticas restaurativas implementadas en un contexto educativo necesariamente deben ser sometidas a ciertas adaptaciones para que se ajusten a dicho contexto (Zerh, 2010, p. 51).

Tal como se indicó con antelación, estos entornos ya han sido explorados en nuestro ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, no son los únicos escenarios posibles, de hecho, también es posible su aplicación en otros entornos como en el contexto laboral:

También se están adaptando modelos restaurativos para aplicarlos en lugares de trabajo y para abordar cuestiones y procesos relacionados con la comunidad en su conjunto. Tal como en el caso anterior, estas prácticas guardan ciertas similitudes con los modelos que describiremos a continuación; pero también hay diferencias importantes. Y aunque muchas veces el debate sigue siendo más teórico que práctico, la justicia restaurativa ha pasado a ser parte de la discusión acerca de cómo hacer justicia luego de conflictos o crímenes que afectan a sociedades enteras (Zerh, 2010, p. 52).

Lo anterior resulta interesante para nuestro caso colombiano, si se tiene en cuenta que en el marco de la Ley 1010 de 2016, por

ejemplo, todavía queda más por avanzar en el camino de la justicia restaurativa en los casos de acoso laboral.

Hablando de prácticas restaurativas, algunas comunidades indígenas dan un claro ejemplo de ello, lo cual vale la pena revisar desde sus tradiciones, a fin de avanzar en la aplicación de las mismas en nuestros diferentes contextos, tal como es el caso de algunas comunidades en África o algunas comunidades indígenas en Norteamérica, para quienes “la justicia restaurativa muchas veces facilita la tarea de reevaluar, resucitar, legitimar y adaptar formas tradicionales de responder a la injusticia” (Zerh, 2010, p. 52).

De ahí que, quizás para progresar en el camino de la implementación generalizada de la justicia restaurativa en Colombia, es necesario mirar las tradiciones de estas comunidades, a fin de desarrollar los modelos que han consolidado comunidades enteras en una cultura de la resolución pacífica de conflictos.

La justicia restaurativa puede brindar un marco conceptual para rescatar los aspectos positivos de esas tradiciones y, en algunos casos, desarrollar modelos adaptados que puedan funcionar en las realidades del sistema judicial moderno. De hecho, dos de las manifestaciones más importantes de la justicia restaurativa —las conferencias familiares y los círculos de paz— son adaptaciones (pero no réplicas) de estas prácticas tradicionales.

A continuación, se hará una breve síntesis de cada uno de los mecanismos o prácticas de justicia restaurativa:

Como primero, se tiene la mediación:

La mediación es un tipo de negociación asistida por un tercero neutral e imparcial, a quien las partes le han reconocido poder para conducir el encuentro de mediación facilitando, restableciendo o fortaleciendo la comunicación entre ellas, generando su empoderamiento para que en igualdad de condiciones desarrollen la capacidad de escucha activa, de diálogo, empatía

y de acercamiento mutuo, para que busquen una solución a su conflicto. El mediador no tiene poder decisorio, no enjuicia y en principio no propone fórmulas de arreglo (Castrillón, 2017, p. 471).

La mediación se contempla como mecanismo de justicia restaurativa en el proceso penal (Ley 906 de 2004, artículo 523), en aplicación de la justicia penal para adolescentes (Ley 1098 de 2006) y en el contexto escolar (Ley 1620 de 2013 y Decreto 1965 de 2013), como también en los ámbitos comunitarios y familiar.

Cabe mencionar que la mediación también se encuentra en otros escenarios del ordenamiento jurídico colombiano, pero no como mecanismo de justicia restaurativa, como es en el caso de la solución de controversias para convenir acuerdo colectivo con las organizaciones de empleados públicos (artículo 11 del Decreto 160 de 2014).

Como mecanismo de justicia restaurativa, la mediación tiene como ventajas para la víctima, la posibilidad de que se genere un diálogo con el victimario, dentro del cual sea igualmente posible pedir y recibir disculpas. La oportunidad de reconocerse como personas y no como blanco para atacar, generando responsabilidad frente al daño y mayor probabilidad de que la víctima sea reparada o que reciba una indemnización; así como también, configurar un escenario para que las partes sientan que se hace justicia (González, 2009, p. 65).

En cuanto al victimario, la mediación “brinda la oportunidad de rehabilitación y encausarse nuevamente a la sociedad, además de resarcir el daño causado en lugar de ser castigado. Frente al resarcimiento, el infractor participa por cuanto posee la facultad de negociar” (Márquez, 2012, p. 155).

Las conferencias familiares son una modalidad de conferencias restaurativas en las cuales participa la familia del ofensor y tiene lugar cuando este es menor de edad, en esta práctica restaurativa, la víctima también puede traer al mecanismo a sus familiares y amigos o a quien defienda sus intereses. En estas

conferencias participa un coordinador, que es neutral e imparcial y es el encargado de organizar el desarrollo del mecanismo, al igual que también puede participar un abogado o un defensor de menores, a fin de servir de apoyo a los involucrados en el caso.

Como producto de las conferencias familiares se elabora un plan completo que además de las reparaciones, incluya prevención de conductas y, si fuere el caso, alguna sanción. Este mecanismo es usado en Nueva Zelanda con gran aceptación y desde hace varios años atrás se ha estado empleando en otros países adaptándose a sus propias culturas (Zerh, 2010, pp. 59-61).

Los círculos de paz, también llamados “círculos restaurativos” (salgado, 2014), son prácticas restaurativas en las cuales quienes participan se ubican en círculo, posteriormente, los participantes se van pasando un objeto conocido como pieza para hablar, de modo que solo habla quien tenga en su turno dicho objeto, lo cual permite que todos hablen y se les escuche siguiendo el orden del círculo; en el círculo de paz participa un facilitador, quien enfatiza en el respeto, el hablar desde el corazón, etc.

Quienes participan del círculo de paz pueden hablar de asuntos que tengan que ver con el conflicto que los convoca, como, por ejemplo, “las situaciones que están engendrando el crimen dentro de la comunidad, la necesidad de apoyo que tienen las víctimas y los ofensores, las obligaciones que la comunidad pueda tener, las normas comunitarias y otros asuntos relacionados con la comunidad” (Zerh, 2010, p. 62).

Existen otras prácticas que no buscan reunir al ofensor con la víctima, como el caso de los paneles de impacto a las víctimas, los cuales “permiten que las víctimas cuenten sus historias y motiven a los ofensores a comprender lo que han hecho. Estos paneles son componentes importantes de un enfoque restaurativo y pueden ser considerados como parcial o mayormente restaurativos” (Zerh, 2010, p. 68).

Algo que es común a todas estas prácticas restaurativas es el uso de la palabra como estrategia transformadora y como herramienta para construir los relatos, en donde con cada relato se lleva a cabo un ejercicio de reconocimiento del rostro del Otro, así como de construcción de memoria.

Cada relato tiene una intencionalidad, parte de unos personajes, y dependiendo del estilo con que se cuente, algunos son protagonistas, otros antagonistas y otros personajes de repente se tornan en secundarios, sin embargo, la construcción de memoria no solo implica recordar, sino también olvidar y, concretamente, decidir qué recordar y qué olvidar. Se podría pensar que las vivencias de los protagonistas dotan de identidad dichos acontecimientos, pero sin el Otro, la vida de los protagonistas no tendría sentido.

Este es quizás el punto de partida para pensar en el concepto de alteridad, en tanto que se reconoce que existe Otro que es distinto a mí, un Otro que sufre, que piensa, que vive y que comparte conmigo, un Otro que padece, pero también un Otro que lesiona.

La pregunta acerca del otro no es una pregunta que pueda formularse en términos de, por ejemplo: *¿Quién es, “verdaderamente”, el otro?* Tampoco es una pregunta cuya respuesta pueda conducirnos a la apacible y tranquilizadora conclusión de que “todos somos, en cierto modo, otros” o bien “todos somos, en cierto modo, diferentes” (Skliar, 2002, p.90).

El Otro como víctima, es un Otro que también busca ser reconocido como tal y que por tanto le interesa que ese reconocimiento permanezca en la memoria o en el recuerdo, en donde se reconoce que ese Otro que es víctima tiene un arraigo, viene de un lugar, o hace parte de un territorio, en donde dicho territorio es algo más que un espacio físico, pues la sola presencia de ese Otro como víctima es la extensión del territorio, por cuanto en la memoria de la víctima se identifican a su vez Otros que comparten su misma historia. De ahí que en el reconocimiento del Otro se identifica también un rostro, que a su vez tiene un arraigo y una historia que contar.

De ese Otro se percibe el gesto que denota una emoción, un Otro que clama y da a conocer sus necesidades a través de su rostro, en el cual es posible también evidenciar su sufrimiento, su impotencia e incluso su muerte. A su vez, el Yo construye una idea, define y etiqueta a ese Otro que está ahí, pero al mismo tiempo a través de ese Otro puede también estar definiéndose la experiencia del Yo: “soy mi experiencia del prójimo” (Sartre, 1981, p. 454). “El acceso al rostro es, de entrada, ético. Cuando usted ve una nariz, unos ojos, una frente, un mentón, y puede usted describirlos, entonces usted se vuelve hacia el otro como hacia un objeto. ¡La mejor manera de encontrar al otro es la de ni siquiera darse cuenta del color de sus ojos” (Lévinas, 1985, p.86).

A partir de la experiencia con el reconocimiento del Otro y desde otras formas de justicia que van más allá de la justicia retributiva, se aborda la reparación simbólica como posibilidad en el sistema de justicia, pero también, como derecho de la víctima desde el marco de la justicia restaurativa, en tanto que se constituye como una necesidad de no olvidar los hechos victimizantes o de no dejar atrás los rostros arrebatados por la violencia, pero no olvidados por su comunidad.

En el marco de la reparación simbólica los protagonistas comparten acontecimientos inenarrables, a través de experiencias, rituales o hechos estéticos, en donde el centro no es el transgresor ni en el daño, sino el Otro que sufre y como este puede sanar sus heridas, ya sea individualmente considerado o como una colectividad.

Mediante la Ley 1448 de 2011 (Ley de víctimas) se creó el Sistema Nacional de Atención y Reparación integral a las Víctimas y estableció lo que se constituye como reparación integral: por un lado, se habla de reparación administrativa y por otro lado la reparación simbólica, en cuyo escenario los protagonistas lo integran las comunidades. Esto es posible a través de espacios que la misma comunidad afectada consigue en muchos casos con sus propios recursos.

En el contexto colombiano son innumerables los relatos de hechos victimizantes que se han sumado a los registros del Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). Razón por la cual se evidencia una necesidad académica en un panorama, no de posconflicto, sino de transformación del conflicto, teniendo en este caso como sustrato el hecho de considerar que la reparación simbólica es posible, siempre y cuando el perdón que se dé a los victimarios esté acompañado del componente de verdad, justicia y reparación.

Una reparación simbólica que permite a través de la palabra, la posibilidad de evocar la voz de un ser querido, un hecho del pasado o la posibilidad de nombrar algo innombrable; un perdón que no implica el olvido, en tanto que la memoria también es un componente de reparación simbólica; o una reparación que no necesariamente significa volver las cosas al estado original, en tanto que para muchos casos sería utópico que ello fuera posible en el sentido estricto de la palabra.

Desde aquí es posible pensar en el espacio de lo simbólico como puente hacia la transformación del conflicto. En donde el habla se torna como posibilidad de aquel que nombra, ya sea lo dado o lo indecible. El lenguaje estético le permite a la víctima ir más allá del juego entre aquella exterioridad de los hechos conocidos y aquellos que permanecen ocultos, a la vez que permite conectarse con las profundidades de su ser interior.

En este caso, la palabra puede hacer su aparición y conceder la gracia a una comunidad, a un artista o a una víctima de poder representar sus emociones, transformar su realidad o disipar su dolor; donde quien se acerca a la experiencia estética de la reparación simbólica “habita edificando y edifica poetizando, habitando ‘la casa del Ser’ desde la cual el Ser nos da casa” (Mujica, 2016, p. 232).

Aquí la memoria a través de la palabra, traza aquellas líneas borradas por el dolor en ese rostro que fue arrancado de la faz de la tierra, pero que nunca podrá ser arrancado del alma y del deseo de quienes todavía lo siguen esperando. La memoria se

concreta en la palabra que va más allá del territorio, pues este no es solo un espacio físico, pues tal como se indicó con antelación, nuestro cuerpo es una extensión de nuestra tierra, ella nos habita y se hace recuerdo. “La memoria es la construcción viva del Otro, no como ese que hay que superar, englobar, dominar, sino en tanto Otro, independiente de nosotros” (Lévinas, 2012, p. 94).

Algunas experiencias de quienes la creación poética les ha servido como aporte a la reparación simbólica, coinciden en la necesidad de concederle voz a las víctimas. Es importante afirmar que algunos relatos han quedado plasmados en algunas experiencias poéticas que permiten darle esa voz a las víctimas en Colombia, como es el caso de María Mercedes Carranza y El canto de las moscas o el poema Oración; Horacio Benavides y Conversación a oscuras; Patricia Nieto con Los escogidos; Mery Yolanda y el poema Un día maíz; Felipe García Quintero con su texto Vida de nadie y Nelson Romero Guzmán con su texto Música lenta.

El elemento restaurador de los relatos a través de la voz poética, le permite al sujeto a través de la narrativa encontrarse con las versiones de los hechos y poder narrar lo indecible, para otorgarle voz a esos elementos emocionales que emergen del interior de los sujetos.

Aquí cobra valor el papel del arte en la fotografía, la pintura o la literatura, como una práctica liberadora, como una forma de salir al encuentro con esa exterioridad. Pero al mismo tiempo, como forma de resistencia ante la amnesia social e indiferencia colectiva o como medio para construir nuevos escenarios donde deambulan distintas realidades que esperan ser nombradas.

La palabra del Otro nos concierne colectivamente, no por su mera participación en el seno familiar, o por hacer parte de una comunidad o simplemente por ser diferente. El Otro tiene un espacio no solo en la mente y en el corazón de quienes lo conocen, ese Otro es la puerta de entrada a un momento de transformación en la medida en que ese Otro es la puerta al

mundo ético, en donde la memoria deja de ser un dispositivo de homogenización y se convierte en la identidad de un pueblo a través del arraigo y del poder de contar su propia historia.

Cada miembro de la comunidad tiene una forma única de narrar, a partir de esa diferencia y el respeto por la misma podemos empezar a pensar en un trascender desde lo ético. “La cultura actúa como un filtro, no solamente cuando percibimos las cosas, sino también cuando pensamos e interpretamos eventos” (Matsumoto, 2014, p.1). Así el relato no solo constituye una respuesta por lo sucedido, sino que también es la puerta a la construcción de una identidad colectiva y a la consolidación de lo que se conoce como memoria histórica.

Esto permite diálogo entre la narrativa y la filosofía, pues entre el relato y el concepto es necesario construir un puente: la palabra es el elemento mediador entre lo teórico y lo real, la palabra tiene su fuerza en poder nombrar lo indecible; filosofar por su parte, permite cuestionar la realidad y el mundo dado a través de sus conceptos puestos en dialogo con la experiencia de las víctimas. Las obras de arte narrativas son importantes en la medida en que muestran a la persona deseosa de comprender las emociones; pero también, son importantes por lo que hacen en la vida emocional. No se limitan a representar esta historia, sino que se introducen en ella. En el cultivo de la propia soledad y del mundo interior, contar cuentos y relatos ocupa un lugar crucial (Nussbaum, 2008, 272).

El elemento restaurador de la narrativa le permite al sujeto encontrarse con las versiones de los hechos y poder narrar lo indecible, al mismo tiempo que le otorga voz a esos elementos emocionales que emergen del interior de los sujetos. Aquí cobra valor el papel del arte como una práctica liberadora, como una forma de resistencia a la indiferencia colectiva o como una oportunidad para darle lugar a la construcción de nuevos escenarios donde deambulan distintas realidades.

Es lo que quiere decir Proust cuando sostiene que ciertas verdades

sobre las emociones humanas se transmiten mejor, de un modo verbal y textual, mediante una obra de arte narrativa: solo este tipo de obra mostrará de manera completa y precisa la estructura temporal interrelacionada de los pensamientos emocionales, incluyendo de forma especial las intermitencias del corazón entre reconocimiento y negación de la propia naturaleza necesitada (Nussbaum, 2008, p. 272).

Precisamente Martha Nussbaum en el texto Paisajes del pensamiento, señala el papel de las obras de arte narrativas en el marco de la interpretación del deseo, de las emociones, del encuentro con el otro; lo cual permite descubrir los diferentes matices de los relatos, los cuales conducen al lector a explorar más allá de la aparente historia y lo invitan a salir del egoísmo y emprender un viaje hacia el centro del deseo de los personajes, comprendiendo así sus dramas y el sentido de sus anhelos y exigencias. “Recordar es, sobre todo, un acto creativo. Al relatar, la gente crea, redacta su vida. A veces añaden algunas líneas o reescriben” (Alexiévich, 2015, p.15).

La memoria en este caso, le concede a los testigos y protagonistas de la guerra la posibilidad de narrar lo íntimo de su historia, un relato que les permite retratar a los sujetos con detalles que la opinión pública desconoce.

La memoria le imprime ese toque que va de lo humano a lo trágico, donde las experiencias narrativas posibilitan que se revele que, aún detrás de un acto de crueldad como la guerra existe algo de compasión, solidaridad y empatía.

No escribo sobre la guerra, sino sobre el ser humano en la guerra. No escribo la historia de la guerra, sino la historia de los sentimientos. Soy historiadora del alma. Por un lado, estudio a la persona concreta que ha vivido en una época concreta y ha participado en unos acontecimientos concretos; por otro lado, quiero discernir en esa persona al ser humano eterno. La vibración de la eternidad. Lo que en él hay de inmutable (Alexiévich, 2015, p. 19).

Pues, más que llenarse de historias, el papel de la memoria

es busca responder a la pregunta por los quienes, para luego preguntarse qué pasó, y así, devolverles la identidad a las víctimas a través de la verdad, para finalmente reconstruir la historia y permitir que las víctimas puedan avanzar y no se queden estancadas en el dolor.

## Conclusiones

Las víctimas están movidas por un deseo, un deseo que de la mano de la palabra se satisface más en el decir que en lo dicho, en contar una historia que permita develar el sentido de lo incomprensible de un hecho trágico. A ese sujeto deseante le queda la curiosa necesidad de descubrir el sentido y significado de aquello que solo puede ser dibujado con palabras, las cuales pueden representar un gesto, un grito... o una imagen indescifrable pero que arroja pistas de un suceso... de aquello que es inefable e intenta acercarse a un rostro, a un momento de la historia o a un evento de la memoria, pero que deja la posibilidad de que otros se puedan identificar en una narrativa o en un cuadro pintado con letras, a partir del cual se puedan construir otros significantes desde la experiencia estética como posibilidad de reparación simbólica y como canal para movilizar adecuadamente las emociones con una finalidad sanadora, que conlleve a la construcción de escenarios de convivencia, de reconciliación y de promoción de una cultura de gestión pacífica de conflictos en todos los escenarios de la vida cotidiana.

En manos de la comunidad queda la posibilidad de transferir de manera directa unas emociones inmersas en la palabra y en la experiencia estética de la reparación simbólica, estas emociones, en el caso de las narrativas llegan al oyente y se quedan con él, esto hace que la experiencia estética pase a sus manos y que el autor de la obra estética, o quien construye la narrativa, se desprenda de cierta manera del dolor o experimente de alguna forma una sanidad. Lo que se pone en juego aquí es la experiencia sanadora de la reparación simbólica y como ello contribuye a la memoria y a la reconstrucción del tejido social deteriorado por el escalamiento del conflicto.

## Referencias bibliográficas

Alexiévich, S. (2015). *La guerra no tiene nombre de mujer*. Barcelona: Penguin Random House.

Atienza, M. (2002). *Cuestiones judiciales*. Ciudad de México: Ediciones Coyoacán.

Castrillón, E. (2017). Poder y empoderamiento de las partes en la mediación de conflictos familiares como estrategia de formación ciudadana. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 47(127), 469-494.

Centro de Nacional de Memoria Histórica. (2016). *El derecho a la justicia como garantía de no repetición* (Vol. II). Recuperado de <http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2016/derecho-justicia/el-derecho-de-justicia-como-garantia-de-no-repeticion-tomo-2.pdf>

Congreso de la República. (2011). Ley 1448 de junio 10 por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48096 de junio 10 de 2011.

Congreso de la República. (2004). Ley 906 de agosto 31 por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004.

Cortina, A. (2010). *Justicia cordial*. Madrid: Trotta.

González, A. (2009). *La justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.

Larrauri, E. (2004). Tendencias actuales de la justicia reparadora.

En F. Pérez Álvarez (Coord.). Serta: *in memoriam Alexandri Baratta* (pp. 439-464). Salamanca: Universidad de Salamanca.

Lévinas, E. (1985). *Totalidad e infinito*. Salamanca: Sígueme.

Márquez, A. (2012). La mediación como mecanismo de justicia restaurativa. *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores-*, 15(29), 149-171.

Matsumoto, D. (2000). Etnocentrismos, estereotipos, prejuicios y discriminación. Recuperado de <http://www.enlazandoculturas.cicbata.org/sites/default/files/MAPEP/etnocentrismo.pdf>

Morello, A. (2002). *La justicia, de frente a la realidad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Mujica, H. (2008). *La casa y otros ensayos*. Barcelona: Vaso Roto.

Mujica, H. (2016). *Palabra inicial. La mitología del poeta en la obra de Heidegger*. Medellín: Sílabas.

Nussbaum, M. (2014). *Emociones políticas, ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Barcelona: Paidós.

Nussbaum, M. (2008). *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*. Barcelona: Paidós Ibérica.

Salgado, A. C. (2014). Dos círculos ás conferencias: aproximación ás posibilidades da xustiza restaurativa no sistema da xustiza penal. *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, (2), 19-38.

Sartre, J. P. (1981). *El ser y la nada*. Buenos Aires: Losada.

Sartre, J. P. (2005). *El existencialismo es un humanismo*. Barcelona: Edhasa.

Skliar, C. (2002). *¿Y si el otro no estuviera allí?* Buenos Aires: Miño y Dávila.

Van Manen, M. (2016). *Fenomenología de la práctica*. Popayán: Universidad del Cauca.

Zehr, H. (2010). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Recuperado de [https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el\\_pequeno\\_libro\\_de\\_las\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_las_justicia_restaurativa.pdf).

# CAPÍTULO 7

## Las dinámicas contemporáneas del proceso colectivo y la responsabilidad civil

Andrea A. Meroi <sup>1</sup>

### Resumen

Las manifestaciones presentes de la conflictividad social exhiben múltiples intersecciones entre la responsabilidad civil y sus funciones en el derecho actual, por un lado, y el surgimiento, el auge y las propias funciones del proceso colectivo, por el otro.

Esta colaboración apunta a mostrar la marcha de estas dinámicas contemporáneas, en las que a menudo se cuestionan algunos postulados de las ciencias vinculadas con ambos fenómenos: el derecho de daños y el derecho procesal.

**Palabras clave:** responsabilidad civil, derecho de daños, proceso colectivo, prevención del daño, daños masivos.

### Abstract

The present manifestations of social conflict show multiple intersections between civil responsibility and its functions in current law, on the one hand, and the emergence, the rise and the functions of the collective process, on the other.

<sup>1</sup> Profesora titular de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario (Argentina).

This collaboration aims to show the progress of these contemporary dynamics, in which some postulates of the sciences related to both phenomena are often questioned: the law of damages and the procedural law.

**Key words:** civil liability, damage law, collective process, damage prevention, massive damage.

## Introducción

Fruto de los profundos y acelerados cambios en nuestra vida de relación, las últimas cuatro décadas han acentuado ciertos rasgos de los conflictos sociales que se llevan a los estrados judiciales. Lejos del paradigma exclusivo del conflicto individual —y de la estricta bipolaridad que lo caracteriza— (Entelman, 2002), es dable advertir una nueva dinámica en las controversias sociales. Siguiendo a Lorenzetti (2010), pueden destacarse tres fenómenos:

- a) Conflictos que afectan a una pluralidad de individuos, a partir del surgimiento de una sociedad de masas, de una economía global y de la fuerte evolución de la tecnología aplicada, que introducen riesgos con el potencial de expandirse a grandes grupos y exceder las fronteras nacionales.
- b) Crisis de los bienes colectivos a partir del exceso en el uso de derechos individuales, cual ocurre con los recursos ambientales a raíz del desarrollo y consumo ilimitados.
- c) Limitaciones y menoscabos en los intereses de los ciudadanos como consecuencia de deficiencias estructurales e insuficiencia de las prestaciones públicas.

Estas realidades explican la aparición de conflictos colectivos en múltiples áreas de la juridicidad actual: el derecho ambiental, el derecho del consumidor, el derecho de la competencia, el derecho de las nuevas tecnologías, y tantos más. Claramente, el derecho de daños y la responsabilidad civil no han sido ajenos a este impacto.

## El derecho de daños y la responsabilidad civil

Hace ya largo tiempo que el núcleo fundamental del sistema de

responsabilidad civil se ha desplazado hacia el daño injustamente sufrido. En efecto, la concepción de la responsabilidad como teoría del acto ilícito ha mutado en una teoría del acto dañoso, que pone el acento en la reparación y en la prevención (antes que en la sanción) y a la víctima en un lugar central (y no al autor del ilícito) (Franzoni, 1999; Pizarro-Vallespinos, 2017; Zavala de González, 2015; Ubiría, 2015, entre muchos otros)<sup>1</sup>.

Más allá de la discusión semántica entre derecho de daños y responsabilidad civil (Picasso, 2015), existe un alto consenso en la doctrina civilista en destacar la evolución de sus denominadas “funciones”:

La responsabilidad civil fue perfilada por los códigos decimonónicos con un tinte claramente punitivo, pero el cambio de las circunstancias sociales y económicas producido por el impacto de la Revolución Industrial (particularmente, la aparición del “accidente” como una contingencia consustancial a las economías capitalistas desarrolladas, detrás de la cual es difícil identificar un “culpable”) llevó a un replanteo de ese esquema a partir de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Esta última centuria estuvo signada, casi en su totalidad, por una lucha doctrinal, jurisprudencial y —más tarde— legislativa para abandonar aquel esquema represivo —que era todavía tributario de etapas tempranas de la historia del derecho occidental (el derecho romano primitivo, el derecho medieval)— y consagrar a la reparación de los daños injustamente sufridos como única finalidad del sistema. Pero, paradójicamente, ahora que finalmente se alcanzó este último objetivo, y antes de que las armas empleadas en aquella larga y tortuosa batalla hayan sido siquiera enfundadas nuevamente, surgen múltiples

<sup>1</sup> “La tendencia más reciente puede resumirse en dos fenómenos: por un lado, el traslado de la atención desde el autor del hecho a la víctima; de otro lado, la idoneidad de la cláusula general de injusticia para recibir y atribuir tutela a una serie de intereses distintos de aquellos que son objeto de derechos subjetivos absolutos. Los dos momentos aparecen como complementarios y expresivos del proceso de socialización del costo de los daños, connatural a todos los países más evolucionados. Socialización que se realiza, directamente, emparejando la responsabilidad civil con la institución del seguro obligatorio para algunos sectores de la actividad humana; o indirectamente, a través del empleo de criterios de imputación de responsabilidad que, prescindiendo de la culpa, permiten colocar el costo del daño en cabeza del sujeto mejor capacitado para redistribuirlo sobre la colectividad, bajo la forma del aumento del precio de los bienes cedidos, o bien bajo la forma del recargo de los costos de las primas de seguro en los precios de los productos” (Franzolini, 1999, p. 78).

voces pregonando nuevas finalidades, nuevos objetivos, nuevas “funciones”, entre las que se encontraría, muy particularmente... ¡el castigo del responsable! (Picasso, 2015, p. 5)<sup>1</sup>.

Sin perjuicio de los debates (muchos de ellos no saldados) en torno a los denominados “daños punitivos”<sup>2</sup>, la gran mayoría de los ordenamientos de tradición continental ha avanzado hacia la consagración legislativa de la función “preventiva” de la responsabilidad civil<sup>3</sup>, dirigida a evitar la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

Paralelamente, a esta extensión de las funciones del derecho de daños se ha sumado una nueva dimensión:

No sólo se considera el menoscabo de un derecho subjetivo o de un interés individual, sino que se amplía hasta abarcar los intereses sociales o de incidencia colectiva. En la actualidad la masificación y propagación de los peligros, su carácter difuso, exigen este cambio de enfoque y justifica la aceptación de la existencia con rango propio de los “daños colectivos” (Garrido Cordobera, 2015).

Se trata de categorías jurídicas surgidas al calor de nuevas realidades: la protección jurídica a “bienes colectivos” (categoría no exenta de polémica, pero incontrastable en nuestros ordenamientos: el ambiente, el patrimonio cultural, el trato

---

<sup>1</sup> Muchos años antes Franzolli ya señalaba este estado de cosas desde el derecho italiano: “Se trata de una crisis paradójica, como se la ha definido: de una crisis por exceso de inputs, es decir, provocada por una sobreabundancia de usos y de funciones heterogéneas entre sí. Sancionar, prevenir, restaurar, hacer justicia, vengar, diluir el cálculo de los daños, repartir las pérdidas y los riesgos, colocar los recursos del modo más eficiente, controlar las actividades productivas y los servicios públicos y los servicios públicos, garantizar el funcionamiento óptimo del mercado y el valor primario de la persona humana son tareas demasiado numerosas y contradictorias, no sólo para el Título IX del Libro IV, sino para cualquier sistema positivo. La idea de la reparación de la víctima del daño permanece así, sumergida en una sobreabundancia esquizofrénica de fines y de objetivos, que impide vincular la explosión de la responsabilidad civil con una motivación unitaria, y, por ende, con principios operativos unitarios” (1999, p. 79, con cita de Salvi).

<sup>2</sup> En la Argentina, por caso, finalmente no se los incluyó en el nuevo Código Civil y Comercial, pero están previstos (de manera harto polémica) para el subsistema de derecho del consumidor (ver artículo 52 bis, Ley 24.240, luego de la reforma de la Ley 26.361 de 2008).

<sup>3</sup> Solo por dar un ejemplo, en el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina (en vigencia desde agosto de 2015) se dispone: “Artículo 1708. Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

antidiscriminatorio, la competencia, la información veraz en las relaciones de consumo, la salud pública, etcétera), la masificación de las relaciones sociales y de producción y comercialización de bienes y servicios, la mayor exposición de grandes grupos poblacionales a fuentes de riesgo, el impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación, etc.

Seguramente, por la influencia de la legislación y la doctrina brasileñas (luego transferida al Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal<sup>1</sup>), en Latinoamérica ha ganado aceptación la distinción entre intereses supraindividuales e intereses individuales homogéneos. En el mismo CMPC, artículo 1, se prevé:

Ámbito de aplicación de la acción colectiva. La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:

Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; II Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

Otra gran influencia en este tema —la del modelo de las class actions estadounidenses, reguladas por la Federal Rule 23— se advierte en una subclasificación habitual:

Dentro del derecho privado colectivo distinguimos los daños colectivamente causados de los colectivamente sufridos. Dentro de estos últimos existen las categorías de daños a intereses transindividuales (colectivos y difusos), y plurindividuales (daños masivos). Dentro de los daños masivos o colectivamente sufridos, se separan los “accidentes masivos” y los “daños masivos”. Los accidentes masivos envuelven situaciones en las

<sup>1</sup> Puede verse en [http://www.iibdp.org/images/codigos\\_modelo/IIDP\\_Codigo\\_Modelo\\_de\\_Procesos\\_Colectivos\\_Para\\_Iberoamerica.pdf](http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf)

cuales una cantidad de personas es dañada en un sólo evento, como ocurre en un accidente de aviación, o en la explosión de una bomba, incendios en estadios, etc. En los de “daños masivos”, se presentan supuestos en los que no hay un sólo evento, sino múltiples actos, problemas de causalidad, de competencia, de oponibilidad de eximentes, arribándose a litigios de gran masividad y alta complejidad de resolución (Lorenzetti, 2009).

Estas clasificaciones lo son sin perjuicio del reclamo de una construcción del “caso colectivo” a partir de características comunes a todos ellos, a saber: a) elevado número de sujetos afectados, b) posición similar de los sujetos afectados frente al agente dañoso, c) trascendencia social, económica o política de su discusión y resolución en sede judicial en sede judicial, d) mayor exigencia de tratamiento unitario y e) externalidades económicas indeseadas que se derivan del no tratamiento colectivo (Verbic, 2010; Salgado, 2011).

El daño actual o potencial a esos bienes colectivos, así como la aparición cada vez más frecuente de accidentes masivos o de daños masivos ha impactado en los esquemas clásicos de la responsabilidad civil, creando un corpus propio que, a su turno, habría de conmocionar las formas procesales.

### **El proceso colectivo**

Bajo diversas denominaciones y regulaciones, el proceso colectivo se fue conformando al hilo de estas demandas sociales. No solo se lo pensó como cauce para el tratamiento de intereses sobre bienes colectivos (por ejemplo, la pretensión de recomposición del daño ambiental o la de cese de difusión de publicidad engañosa en el marco de las relaciones de consumo) sino también como fórmula de gestión colectiva de ciertos intereses individuales y en pos de la concreción de variados fines (por ejemplo, la pretensión de resarcimiento de daños individualmente insignificantes pero cuantiosos en su agregación).

En el derecho anglosajón (particularmente, en el derecho

estadounidense, a través de la ya citada Federal Rule 231) es dable constatar la existencia de una herramienta muy poderosa: la class action<sup>2</sup>, un mecanismo de tutela jurisdiccional basado en el poder procesal reconocido a un individuo para actuar en nombre propio y de otras personas similarmente afectadas, que constituyen una clase.

Para la mentalidad de derecho continental siempre ha resultado difícil comprender (o aceptar) la posición de las personas cuyos derechos e intereses constituyen el objeto del litigio sin haber comparecido u otorgado poder al representante. Sin embargo, el sistema descansa<sup>3</sup> en dos axiomas básicos: a) la representación adecuada, b) la protección de los ausentes.

El juez —que goza de amplios poderes instructorios al momento de admitir (“certificar”) la acción de clase— controla que: a) la clase sea tan numerosa que el litisconsorcio sea impracticable, b) existan cuestiones de derecho o de hecho comunes, c) las demandas o defensas de las partes representativas sean típicas, d) las partes representativas protejan equitativa y adecuadamente el interés de la clase.

La notificación a todos los miembros identificados (o razonablemente identificables) de la clase es fundamental. Además de la noticia del pleito, se comunica al integrante que tiene derecho de excluirse (opt out) de la clase y que, caso de no hacerlo, la sentencia que se dicte lo alcanzará cualquiera sea su resultado. De tal modo, la comunicación fehaciente asegura el respeto a las garantías constitucionales y brinda las bases para la extensión de los efectos de la sentencia final.

---

<sup>1</sup> Puedes ver <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>

<sup>2</sup> La literatura es inabarcable. Hemos hecho una reseña en Meroi (2008). V., con provecho, Hensler et al. (2000).

<sup>3</sup> “En la cultura jurídica estadounidense se piensa, aun con disidencias importantes, que el presupuesto fundamental de una decisión considerada justa es el resultado de un proceso en el que todos han tenido iguales posibilidades de expresarse. Los valores más importantes en aquella tradición jurídica son la autonomía individual y la igualdad de oportunidades, que no se tutelan tanto *con* el proceso sino *en* el proceso” (Salgado, 2011, p. 82, con cita de Giussani).

En la Europa de derecho continental, en cambio, existe un marcado rechazo al modelo de las class actions, particularmente en Alemania y Francia.

Desde hace ya varias décadas, se advierte una apertura a las legitimaciones extraordinarias en los casos de tutela de intereses supraindividuales, particularmente en los casos de derecho ambiental y del consumidor y de la competencia (“pretensiones de cese”, “tutela inhibitoria”). Por el contrario, subsiste una especial resistencia al sistema opt out para el caso de los intereses individuales homogéneos, con lo que se plantean alternativas tales como el “proceso modelo”, “proceso tipo”, remisión a la mediación, etcétera, y existen proyectos de reforma a nivel de la Unión Europea y de los países miembros<sup>1</sup>.

En Latinoamérica, el ordenamiento verdaderamente precursor fue el de Brasil. A partir de la sanción de la *Lei de Ação Civil Pública* (1985) y, sobre todo, del *Código de Defesa do Consumidor* (1990), se construyó un sistema de *acciones colectivas* que habría de incidir fuertemente en la región. En un contexto de total novedad, el derecho brasileño comenzó distinguiendo entre intereses supraindividuales (colectivos y difusos) y plurales homogéneos y definiendo esas categorías<sup>2</sup>.

La legitimación para la tutela de dichos intereses se estableció a favor de: a) el Ministerio Público (artículo 82, I, CDC), b) la Unión, Estados, Municipios y el Distrito Federal (artículo 82, II, CDC), c) las entidades y órganos de la administración pública, directa o indirecta, aun sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos (artículo 82, III, CDC), d) asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de estos intereses y derechos (artículo 82, IV, CDC).

Sin la exigencia estadounidense de notificación fehaciente a cada

<sup>1</sup> Respecto de la situación en Italia, puede verse Giussani (2008 y 2009), Kemelmajer (2010). Para el estado de cosas en España, Armenta Deu-Pereira Puigvert (2019).

<sup>2</sup> Puede verse, con provecho, Gidi (2004).

uno de los afectados, el sistema encuentra su equilibrio con la consagración de la denominada “cosa juzgada *secundum eventum litis*” (artículo 103, CDC), esto es, según el resultado del litigio:

La ley brasileña prescribe que una sentencia colectiva obligará a todos los miembros del grupo, pero la sentencia no puede perjudicar sus derechos individuales. Si la acción colectiva es decidida a favor del grupo, todos los miembros ausentes se beneficiarán de la cosa juzgada en la sentencia colectiva. Si es decidida contra el grupo, la pretensión del grupo está precluida, y no puede presentarse la misma acción colectiva de nuevo para ejercitar el mismo derecho —excepto que la primera demanda hubiera sido desestimada por falta de pruebas—, pero los miembros no están obligados por la sentencia colectiva. Ellos pueden aún presentarse ante los tribunales ejercitando acciones individuales en protección de sus derechos individuales (Gidi, 2004, p. 100).

El otro país latinoamericano que asumió la regulación de los procesos colectivos fue Colombia. Ya desde su Constitución Política de 1991 se preveían las “acciones populares” y las “acciones de grupo”, finalmente reglamentadas por Ley 472 de 1998.

Las *acciones populares* son los “medios procesales para la protección de derechos e intereses colectivos. Se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible” (artículo 2). Están legitimados para promoverlas: a) toda persona natural o jurídica, b) ONG, organizaciones populares, cívicas, c) entidades públicas que cumplan funciones de control, d) el Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, personeros distritales y municipales, e) alcaldes y demás servidores públicos, en razón de sus funciones (artículo 12). La sentencia que se dicte tiene efecto de cosa juzgada para las partes y *erga omnes* (artículo 35).

Las *acciones de grupo* están previstas para la protección de

derechos individuales de un “número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios” (artículo 3). Están legitimados para promoverlas: a) las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual “en condiciones uniformes respecto de una misma causa”, b) el Defensor del Pueblo, personeros municipales y distritales, respecto de personas que se lo soliciten o que se encuentren en estado de indefensión (artículo 48). La sentencia que se dicte hace cosa juzgada para quienes fueron parte y para quienes no se excluyeron expresamente (artículo 66).

En mi país, la Argentina, la reforma constitucional de 1994 significó un antes y un después para la tutela colectiva: no solo hubo profundas modificaciones en cuanto a “nuevos derechos y garantías” sino que se incorporó el denominado “amparo colectivo”, que pueden interponer “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines” (artículo 43).

A un cuarto de siglo de esa consagración, el debate principal sigue girando en torno a la delimitación definitiva de los denominados “derechos de incidencia colectiva”, agravado por la ausencia de una legislación que reglamente esta cláusula constitucional. En este sentido, la Ley General del Ambiente (Ley 25.675) y la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240, reformada por la Ley 26.361) lucen insuficientes y deficientes en aquello poco que regulan.

En el camino, un gran activismo jurisprudencial — particularmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— muestra un panorama de importante litigiosidad en este ámbito, con sendos *leading cases* respecto de intereses supraindividuales (caso

Mendoza<sup>1</sup>, popularmente conocido como caso Riachuelo, sobre contaminación ambiental) y de intereses individuales homogéneos (caso Halabi<sup>2</sup>, sobre derechos personalísimos).

En las opciones legislativas de cada país subyace (explícita o implícitamente) un interesantísimo debate en torno a los *finés* que se pueden perseguir con los procesos colectivos.

Sin perjuicio de no poder dar debida cuenta aquí de la profunda, compleja y difícil cuestión de los *finés del proceso*, quizá sea el “proceso colectivo” una de las sedes en que con mayor énfasis y más interesantes despliegues se ha dado esta discusión.

Respecto de los sistemas de enjuiciamiento en general, el tema ha sido abordado por importantes comparatistas, en especial Damaška (1986)<sup>3</sup>, quien distinguió dos tipos extremos —y, por ello, quizá inexistentes de manera pura— de procedimientos: aquellos dirigidos a solucionar conflictos y aquellos dirigidos a implementar políticas (públicas). En un magistral análisis, el profesor de origen croata de la Universidad de Yale sostiene que los sistemas procesales pueden ser interpretados en términos de la interacción entre ingredientes de tres tipos ideales relacionados con los *sistemas de gobierno* (“el estado abstencionista” y “el estado intervencionista”), los *sistemas de autoridad* (“autoridad coordinada” y “autoridad jerárquica”) y los *sistemas procesales* (“adversarial” e “inquisitivo”). Damaška sugiere que casi todos los ejemplos históricos de sistemas reales de cada tipo son híbridos, que combinan elementos de cada tipo ideal de maneras complejas, y que no hay correlación estable entre los diferentes tipos ideales. Por ejemplo, mientras podría esperarse que un Estado intervencionista tenga un sistema jerárquico de autoridad y un sistema predominantemente inquisitivo de procedimiento, esto no es una cuestión de necesidad lógica

<sup>1</sup> CSJN Argentina, 08/07/2008, Mendoza, Beatriz y otros vs. Estado Nacional y otros, v. <https://www.cij.gov.ar/riachuelo.html>

<sup>2</sup> CSJN Argentina, 24/02/2009, Halabi, Ernesto vs. P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04, v. <https://www.cij.gov.ar/nota-615-La-Corte-reconoce-accion-colectiva-y-da-alcance-general-a-un-fallo.html>

<sup>3</sup> Hay edición castellana (2000). Ver, asimismo, la muy buena y completa recensión en Ramírez Carvajal (2009, pp. 27 y ss).

o histórica o institucional. La mayoría de los sistemas actuales reflejan transacciones complejas, algunas de las cuales son más “confortables” que otras (1986, pp. 88 y ss.).

Otro comparatista, Jolowicz, señala que la importancia primordial del proceso civil como modo de resolución de disputas:

De ninguna manera se ve disminuida por el reconocimiento de que el litigio, genéricamente considerado, sirve al menos a otras dos finalidades, conectadas pero distintas, y de que su consecución debería incluirse en los propósitos del derecho procesal. En primer lugar, el proceso civil sirve para demostrar la efectividad del derecho; en segundo lugar, provee la oportunidad a los jueces de desenvolver su función de interpretar, aclarar, desarrollar y, por supuesto, aplicar el derecho (2000, pp. 70-71).

En los procesos colectivos, la discusión corre por andariveles riquísimos y problemáticos: ¿modo de resolver un conflicto o de implementar políticas públicas?; ¿satisfacción de un interés o vía de regular los mercados?; ¿compensación de un daño pasado o mecanismo de disuasión de conductas dañosas futuras?

Precisamente, refiriéndose a los debates actuales en torno a los procesos colectivos en Europa, Hodges afirma que el tema se ha complicado por la evolución de la discusión más allá del tradicional ámbito de compensación de daños y la incorporación de aspectos de cumplimiento de las regulaciones y control de comportamientos sociales (2008). En un notable trabajo, Redish y Berlow vinculan los modelos conceptuales de *class actions* en los Estados Unidos de América con el modelo de teoría política que subyace a cada uno de ellos (2007).

Preguntándose por los fundamentos e implicancias de la tutela colectiva, Salgado (2011, pp. 8-15) encuentra que puede haber:

- a) Motivos de orden práctico y de ajuste procesal: 1) economizar insumos, 2) permitir el acceso a la jurisdicción de los pequeños reclamos, 3) desalentar prácticas antijurídicas masivas, 4) evitar el

- colapso del sistema judicial, 5) evitar decisiones contradictorias en casos análogos, 6) sobreponerse a la ineficacia de la estructura del proceso tradicional, 7) proveer a la igualdad entre las partes.
- b) Implicancias políticas, sociales y económicas, como 1) en los casos de litigios complejos o de reforma estructural, 2) en el ejercicio de la jurisdicción a cargo del poder judicial y el impacto en la división de poderes, 3) en la búsqueda de la optimización de los resultados.

En cualquier caso, las razones del Estado de derecho también están en juego, por lo que:

Es importante que tanto las sentencias como los acuerdos alcanzados dentro de los juicios, analicen a detalle y con vocación democrática los posibles resultados que puedan llegar a causar, tratando de respetar a cabalidad las funciones asignadas a los diversos órganos de poder (ejecutivo, legislativo, judicial) para así evitar distorsiones dentro de nuestro sistema político (Benítez, 2008, p.196)

En definitiva, son los poderes políticos los que deben asumir las definiciones en torno a los fines del “proceso colectivo”, sin perjuicio de que ciertas cuestiones no puedan ser excluidas so pena de atentar contra derechos y garantías constitucionales (por ejemplo, el derecho de acción, el acceso a justicia, la efectividad en la tutela de ciertos derechos, etcétera).

## **Las dinámicas contemporáneas del proceso colectivo y la responsabilidad civil**

### **El proceso colectivo como medio de tutela efectiva de bienes colectivos, en especial para la prevención del daño**

Sin perjuicio de que la “prevención” ha sido señalada como una función admirablemente anticipada en el Código Civil colombiano (Sarmiento Palacio, 2006, pp. 90-91), hubo una evidente reconsideración de la noción de “daño contingente” con el fortalecimiento de los derechos e intereses colectivos en la década de los 80 que desembocó en la necesidad de legislar

una acción de carácter preventivo (Diez Schwerter, p. 269).

Surgen así las acciones populares y las acciones de grupo que :

Atienden los retos del derecho frente a problemáticas como el deterioro ambiental, los desechos tóxicos y peligrosos, la intromisión de la tecnología informática en nuestra vida, no sólo individual sino colectiva, los riesgos a que nos exponemos día a día por falta de seguridad alimentaria, el deterioro de la calidad de vida urbana y rural, la deficiente prestación de los servicios públicos, nuestra desprotección como consumidores y usuarios etcétera, realidades que precisaban instrumentos jurídicos acordes con los nuevos tiempos. (Londoño et al., pp. 1340-1341).

La posibilidad de obtener esta tutela preventiva a través de la acción popular ha sido refrendada por la Corte Constitucional colombiana, que ha resuelto que basta con la existencia de una amenaza a los derechos colectivos para interponerla, con el fin primordial de proteger efectivamente los derechos colectivos, pues se trata de una herramienta de carácter preventivo y el ciudadano no necesita estar frente a un daño materializado para acceder a la protección de dichos derechos (Sentencia C- 644 de 2011).

### **El proceso colectivo como mecanismo para el resarcimiento de daños masivos, en especial de daños individualmente insignificantes**

Si la prevención define en mucho el ámbito de actuación de la tutela respecto de intereses supraindividuales (en Colombia, típicamente, la acción popular), la efectiva vigencia del acceso a la jurisdicción es determinante para que la mayoría de los ordenamientos considere la previsión legislativa de algún tipo de tutela de los intereses individuales homogéneos (en Colombia, típicamente, la acción de grupo).

Encontramos aquí una dinámica virtuosa, de casos que —de no mediar la gestión colectiva— no tendrían respuesta jurisdiccional

alguna. La justificación social de estas nuevas “legitimaciones” suele plantearse, precisamente, en términos de garantía de la defensa en juicio de los derechos involucrados. Dice Trionfetti que:

Las acciones colectivas son instrumentos de protección de la libertad (en sentido amplio) o de la propiedad que posibilitan el acceso a la tutela efectiva de ciertos derechos que, disputados dentro del formato decimonónico de ejercicio de la acción, serían inviables, costosos o de difícil tutela (2006, pp. 155-156).

También se ha afirmado que “el criterio óptimo se da cuando sin la agregación de procesos el acceso a la justicia es inalcanzable” (Lorenzetti, 2010, p. 125).

En el derecho anglosajón —aun desde una perspectiva liberal de respeto a la autonomía individual— se ve a las class actions como un catalizador del logro de los fines individuales: se trata de una herramienta para ayudar a la persona a perseguir sus propios intereses y un medio de profundización de la autonomía al proveerle la opción de una estrategia colectiva alternativa para maximizar sus reclamos a través de un proceso de colectivismo voluntario (Redish-Berlow, 2007, p. 806).

### **El proceso colectivo como posible (y preferente) sustituto de los daños punitivos**

Sin perjuicio de las muchas voces que se alzan a favor de reinstaurar una función punitiva al derecho de daños, existen otras que la rechazan o rehúsan su aplicación generalizada. Es el caso de Picasso, quien da cuenta de un informe en el senado francés que alerta contra esta posibilidad y contra la desaparición de la distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, propiciando en cambio el desarrollo de la acción colectiva como un instrumento mucho más adecuado para el logro de esas finalidades:

Solo la puesta en práctica de una verdadera posibilidad de accionar colectivamente por reparación de los daños de poca

cuantía sufridos individualmente por una pluralidad de víctimas sería hábil para asegurar la prevención de las culpas lucrativas no sancionadas penalmente, reparando eficazmente al mismo tiempo el perjuicio sufrido por la víctima (Picasso, 2015)<sup>1</sup>.

## El proceso colectivo y el principio de “reparación integral”

No existe uniformidad en el abordaje de este tema por parte de los distintos ordenamientos. ¿Hasta dónde debe llegar el proceso colectivo?, ¿cómo afirmar y probar el daño de un elevado número de víctimas, mayoritariamente ausentes del litigio?

Algunas legislaciones prevén la separación de dos etapas del proceso: una de definición de la responsabilidad y condena a resarcir (an debeat) y otra de liquidación y ejecución del daño (quantum debeat). De conformidad con este esquema, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica prevé:

Artículo 23. Liquidación y ejecución individuales. La liquidación y la ejecución de la sentencia podrán ser promovidas por la víctima y sus sucesores, así como por los legitimados para la acción colectiva.

Parágrafo único. En el proceso de liquidación de la sentencia, que podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante, corresponderá a este probar, tan solo, el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización.

Este formato preserva (al menos potencialmente) el principio de reparación integral que rige como postulado en la mayoría de nuestros regímenes legales de responsabilidad civil.

Distinta es la situación, en cambio, para los casos en que el ordenamiento prevé la posibilidad de *liquidación conjunta* de los daños y posterior distribución, ya sea a prorrata (entre todos los integrantes del grupo o formando subgrupos), o a partir de

---

<sup>1</sup> Con cita de “Responsabilité civile: des évolutions nécessaires”, en [www.senat.fr/rap/r08—55824.html](http://www.senat.fr/rap/r08—55824.html)

cálculos actuariales, datos estadísticos, pautas estandarizadas, comparaciones con lucro cesante, pruebas periciales, modelo del “inversor razonable”, entre otras pautas usuales.

Evidentemente, la condena al resarcimiento de un daño que no se afirma ni se prueba sino que se estima prudencial o equitativamente (aunque sea sobre ciertas bases objetivas) no cumple estrictamente con el principio de “reparación integral”<sup>1</sup>.

En el contexto de los derechos humanos y los mecanismos de reparación, se entiende que la reparación integral, “incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral” (Nash, 2004, pp. 57-62), así como otras formas de reparación como garantías de no repetición, rehabilitación y satisfacción (López Cárdenas y Nieto Rodríguez, 2015, pp. 20-21).

No obstante, en muchos casos cabrá preguntarse si existe otra alternativa mejor: los desincentivos a la hora de demandar la liquidación y ejecución, la insignificancia económica individual, la eventual quiebra del demandado frente al cumplimiento estricto de dicho principio, etcétera, pueden conspirar con el “resarcimiento posible” y su eficaz cobro.

Es por ello que en muchos de estos supuestos el modelo de las *class actions* estadounidenses ha previsto la utilización de mecanismos indirectos de compensación —*fluid recovery*— que permiten la distribución de la indemnización a actividades o fines compensatorios de los daños sufridos por la clase (e internalizar los costos de los daños a quien los causó) (Tolosa, 2017). Ello

<sup>1</sup> En algunos casos, se ha considerado “la indemnización decretada por el Consejo de Estado... irrisoria, carente de sentido y no representativa de los verdaderos daños y perjuicios sufridos por las comunidades afectadas” (López Cárdenas y Nieto Rodríguez, 2015, p. 12). Más adelante, los autores insisten: “al respecto, es menester preguntarse si la indemnización decretada en ambas circunstancias fue adecuada y proporcional al perjuicio sufrido por los miembros de cada uno de los subgrupos. Ello en razón a que una indemnización decretada en términos genéricos —bajo el argumento de la equidad— puede confundirse fácilmente con una situación absolutamente arbitraria, como ocurre en el presente caso” (p. 16).

puede ocurrir de muy diversas maneras: reducción de precios (o tasas de interés) futuros, entrega del remanente a ONG vinculadas a la actividad bajo litigio o al Estado, distribución a prorrata entre los integrantes identificados, etc. Volviendo al CMPC:

Artículo 27. Liquidación y ejecución por los daños globalmente causados. Transcurrido el plazo de un año sin la comparecencia de los interesados en número representativo y compatible con la gravedad del daño, podrán los legitimados del artículo 3 promover la liquidación y ejecución colectiva de la indemnización debida por los daños causados.

En suma, la dinámica de la responsabilidad civil en el marco de un proceso colectivo puede llevar a poner en crisis algunos de sus postulados. Lo importante será que cada ordenamiento tenga en claro los fines perseguidos en cada caso para, así, encontrar su propio equilibrio institucional entre todos ellos. Con razón se ha afirmado que:

Quizá resulte una obviedad aclararlo, pero cuanto mayor sea la actividad que pueda realizarse y decidirse, en el marco de la estructura colectiva de solución de conflictos, menores serán las derivaciones posteriores que genere ese proceso —por ejemplo, incidentes individuales— y superiores los logros del sistema, vistos en términos de economizar recursos (Salgado, 2011, p. 297).

En cualquier caso, habrá que tener en claro en qué tipo de conflictos se está dispuesto a sacrificar la reparación integral en pos de la solución total del conflicto y en cuáles no; en qué tipo de conflictos se privilegiará la autonomía de la voluntad y el derecho de defensa en juicio de cada uno de los afectados y cuáles no. En el derecho colombiano y en materia de daño ambiental, se destaca que:

Podemos señalar que la acción de grupo por daños ambientales ha comenzado a evolucionar, de manera que es probable que en un futuro podamos encontrar acciones que desarrollen todos los componentes de la reparación integral en una misma

situación. Incluso, el sistema de reparación en situaciones de carácter ambiental podría llegar a prescindir de la indemnización económica y centrarse en establecer medidas de restitución y rehabilitación del medio ambiente, con un fuerte componente simbólico (López Cárdenas y Nieto Rodríguez, 2015, p. 27)<sup>1</sup>.

## **El proceso colectivo y los óbices a su desarrollo pleno en la responsabilidad civil**

Ya se ha visto cómo a partir de la expansión de las legitimaciones para accionar en las pretensiones preventivas o en la agregación económicamente importante de pretensiones indemnizatorias los demandados se ven muchas veces compelidos a modificar sus conductas o a cumplir con regulaciones ignoradas y, otras tantas veces, son condenados a pagar sumas millonarias.

Los destinatarios de estas pretensiones suelen ser, el propio Estado (en alguna de sus manifestaciones: nacional, regional, estadual, local), y las grandes corporaciones, con fuerte influencia en los poderes políticos.

No extraña, entonces, que los actores colectivos encuentren resistencias a la hora de hacer valer sus derechos, las que pueden manifestarse de muy diversa manera: omisiones legislativas, óbices procedimentales o económicos, criterios restrictivos de admisibilidad de las acciones colectivas, etc. En general, puede decirse que los ordenamientos han sido más generosos a la hora de regular la llamada “tutela inhibitoria de daños” que la “tutela (colectiva) resarcitoria de daños”: estas últimas pueden generar costos ingentes e imprevisibles, tanto a las empresas cuanto al Estado.

Quizá pueda ejemplificarse esta situación con un dato: como ya

---

<sup>1</sup> El primero de los autores se pregunta “si, en el marco de un proceso de reclamación colectivo, es posible que el juez constitucional pueda establecer medidas que vayan más allá de las indemnizaciones de tipo individual y abarquen ciertas modalidades de reparación que — indirectamente— sirvan para proteger y garantizar los derechos o intereses colectivos” (López Cárdenas, 2017, p. 19), contestándose que en principio la jurisprudencia y la doctrina nacional han sido reacias a considerar esta opción, considerando que la acción popular es el mecanismo idóneo para garantizar la protección de los derechos difusos.

dijimos, la Argentina cuenta con un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994, vigente a partir del 1 de agosto de 2015). La comisión encargada de la redacción de un “anteproyecto” propuso una regulación que incorporaba los denominados “derechos individuales homogéneos” y los reglamentaba prolijamente. Lo cierto es que —más allá de los juicios de valor que mereció respecto de varios aspectos<sup>1</sup>—, esa regulación fue eliminada por el Poder Ejecutivo nacional al tiempo de enviar el “proyecto”, con lo que la Argentina sigue sin tener una regulación de los procesos colectivos que brinden seguridad, previsibilidad y estabilidad a justiciables y operadores (Meroi, 2013).

Esas mismas amenazas para el poder político quizá puedan explicar las restricciones al ejercicio de las acciones populares que se denuncian desde la doctrina —*verbi gratia*, exigencias previstas por el Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 para medidas cautelares y creación del requisito previo a la demanda— (Torres-Villarreal e Iregui Parra, 2017).

## Conclusiones

Existe una dinámica inescindible entre cambio social y recepción legislativa. Bien se ha dicho que cada vez que un sector de la realidad social exige criterios especiales de justicia, el derecho va conformándose a ese tipo de exigencias, modificándose las ramas jurídicas existentes y, en algunos casos, constituyendo ramas autónomas<sup>2</sup>. En el propio ámbito del proceso, “criterios especiales de justicia” demandaron la instrumentación de procedimientos especiales para, también, especiales pretensiones: los juicios ejecutivos, las pretensiones cautelares, las pretensiones de menor cuantía, el amparo (o tutela), el *habeas corpus*, los interdictos y tantos más son una clara muestra. En todos ellos, a qué dudarlo, hay sacrificios o postergación de ciertos valores en pos de la consecución de otros, también socialmente ponderables.

La notoria preocupación actual del derecho procesal por las denominadas “acciones colectivas” puede correlacionarse con el

<sup>1</sup> Así, puede verse Giannini (2012) y Salgado (2012).

<sup>2</sup> Cfr. Ciuro Caldani (1984, pp. 184 y ss.).

auge de los estudios de la “acción procesal” en las postrimerías del siglo XIX: entonces se luchaba contra el poder de un Estado absoluto, ahora se ha tomado conciencia de otras formas de poder de extrema concentración y —a veces— de difícil identificación. La masificación de las relaciones sociales y económicas muestra una correlativa masificación de los conflictos a los que es menester dar cauce procesal para su solución.

El propio derecho sustantivo involucrado (en este caso, el derecho de daños) se ve impactado por las *formas procesales* destinadas a “ponerlo en acto”.

He ahí un gran desafío para la equilibrada convivencia de los valores en juego en cada una de esas ramas del mundo jurídico.

## Referencias bibliográficas

Armenta, M. T. y Pereira Puigvert, S. (2019). *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*. Madrid: Marcial Pons.

Benítez, A. (2008). Comentario al artículo 11. En A. Gidi y E. Ferrer (Coords.). *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*. Ciudad de México: Porrúa.

Ciuro, M. (1984). *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política* (Tomo II). Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Damaška, M. (1986). *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*. Nueva Haven: Yale University Press.

Damaška, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Díez, J. L. (2016). La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días. *Revista de Derecho Privado*, 30, 257-286.

Entelman, R. (2002). *Teoría de conflictos*. Barcelona: Gedisa.

Franzoni, M. (1999). La evolución de la responsabilidad a partir del análisis de sus funciones. *Ius et Veritas*, (18), 68-87.

Garrido, L. (2015). Los derechos e intereses de incidencia colectiva. *Jurisprudencia Argentina*, (4), 1181.

Giannini, L. (2012). Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial (aportes para su redefinición). *DJ*, 05.09.2012.

Gidi, A. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Giussani, A. (2008). *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*. Bolonia: Il Mulino.

Giussani, A. (2009). Azione collettiva risarcitoria e determinazione del "quantum". *Rivista di Diritto Processuale*, 64(2), 339-356.

Hensler, D., Pace, N., Dombey-Moore, B., Giddens, E., Gross, J. y Moller, E. (2000). *Class actions dilemmas: pursuing public goals for private gain*. Santa Mónica: RAND Corporation.

Hodges, C. (2008). *The reform of class and representative actions in European Legal Systems*. Portland: Hart Publishing.

Jolowicz, J. A. (2000). *On civil procedure*. Nueva York: Cambridge University Press.

Kemelmajer, A. (2010). La acción colectiva resarcitoria en el código italiano de protección de los consumidores. Paralelismo con la normativa argentina. En Universidad Javeriana (Dir.). *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI* (Tomo IV. Derecho Privado) (pp. 274-346). Bogotá: Temis.

Londoño Toro, B., González Acosta, A. y Figueredo Medina, G. (2009). Diagnóstico del impacto de la ley colombiana de acciones populares y de grupo en sus primeros diez años de vigencia. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 42(126), 1339-1371.

López, C. (2017). La acción de grupo en Colombia como mecanismo de protección y reparación de derechos colectivos. *Revista Internacional CONSINTER de Direito*, 4, 17-41. Doi: 10.19135/revista.consinter.00004.01.

López, C. y Nieto, M. (2015). La acción de grupo como mecanismo de reparación de daños individuales por perjuicios ambientales. *Revista de Derecho Público*, (34), 3-31. Doi: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.34.2015.26>.

Lorenzetti, R. (2009). Responsabilidad civil en el caso de intereses individuales, individuales homogéneos y colectivos. *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, (extra 1), 233-246.

Lorenzetti, R. (2010). *Justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Meroi, A. (2008). *Procesos colectivos. Recepción y problemas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Meroi, A. (2013). Derechos de incidencia colectiva (Debe y haber de un debate no del todo resuelto). *Revista de Derecho Procesal*, (2), 129-183.

Picasso, S. (2015). Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Las-funciones-del-derecho-de-da%C3%B1os-por-Picasso.pdf>

Pizarro, R. y Vallespinos, D. (2017). *Tratado de responsabilidad civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Ramírez, D. M. (2009). *La prueba de oficio. Una perspectiva para el*

*proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.  
Redish, M. y Berlow, C. (2007). The class action as political theory. *Washington University Law Review*, 85(4), 753-813.

Salgado, J. M. (2011). *Tutela individual homogénea*. Buenos Aires: Astrea.

Salgado, J. M. (2012). Derechos colectivos en el proyecto de actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, (10), 29-42.

Sarmiento Palacio, G. (2006). *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Tolosa, P. (2017), Acciones de clase, ‘microdaños’ a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, 3(1), 77-98.

Torres-Villarreal, M. L. e Iregui-Parra, P. M. (2017). Las modificaciones legislativas a las acciones populares en Colombia: ¿avance o retroceso? *Revista de Derecho*, (48), 131-162. Doi: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.48.10150>

Trionfetti, V. (2006). Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos.

En E. Oteiza (Coord.). *Procesos colectivos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Ubiría, F. (2015). *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Verbic, F. (2010). Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación. *Revista Jurídica La Ley*, 769.

Zavala, M. (2015). *La responsabilidad civil en el nuevo Código*. Córdoba: Alveroni Ediciones.

# CAPÍTULO 8

## Daños ambientales: problemas procesales

Lorenzo M. Bujosa Vadell<sup>1</sup>

### Resumen

El derecho al medio ambiente es una situación subjetiva de ventaja de alcance constitucional con reconocimiento relativamente reciente. Todavía son problemáticas sus consecuencias procesales pues las normas jurídicas tradicionales fueron creadas para cubrir unas necesidades muy distintas a las actuales, y más bien operaron como obstáculos para la efectividad de la protección de este derecho. El legislador tardó en reaccionar, aunque sí lo hizo en los últimos decenios hasta con proclamaciones en las cartas políticas; sin embargo, con ello distan de resolverse bastantes de las cuestiones que plantea la realidad práctica. Es paradigmática la perspectiva de la legitimación, que implicó desde los años 70 graves impedimentos al acceso a la justicia en esta materia, pero no menos importantes son los aspectos probatorios o las exigencias de una tutela preventiva que resulta imprescindible, pues en materia ambiental el daño suele ser difícilmente reversible. Aun así, una vez producido tal daño la peculiaridad del bien jurídico protegido hace necesarias consideraciones específicas en las que la delimitación entre lo público y lo privado se ha hecho cada vez más borrosa. De hecho,

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca.

el establecimiento de una objetivación de la responsabilidad ambiental y una atribución a la administración pública de su exigencia cambia los parámetros en cuanto al tratamiento jurídico de los daños.

**Palabras clave:** ambiente, proceso, legitimación, prueba, medidas cautelares.

## **Abstract**

The right to the environment is a subjective situation of advantage of constitutional scope with relatively recent recognition. Its procedural consequences are still problematic because the traditional legal norms were created to cover very different needs from the current ones, and rather they operated as obstacles to the effectiveness of the protection of this right. The legislator was slow to react, although he did in recent decades even with proclamations in political letters; However, this is far from resolving enough of the questions raised by practical reality. The legitimation perspective is paradigmatic, which implied since the seventies serious impediments to access to justice in this matter, but no less important are the probative aspects or the requirements of a preventive guardianship that is essential, because in environmental matters the damage it is usually hardly reversible. Even so, once such damage has occurred, the peculiarity of the protected legal good makes specific considerations necessary in which the delimitation between public and private has become increasingly blurred. In fact, the establishment of an objectification of environmental responsibility and an attribution to the public administration of its requirement changes the parameters regarding the legal treatment of damages.

**Key words:** environment, process, legitimation, test, precautionary measures.

## **Introducción**

La convicción de la necesidad de proteger el medio ambiente es

un avance contemporáneo tan novedoso, desde una perspectiva histórico-jurídica, que ni siquiera aparece en los textos internacionales inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial. La masificación de las actividades socioeconómicas en la segunda mitad del siglo XX, entre sus muchas aristas, ha supuesto también una puesta en peligro<sup>1</sup> de bienes jurídicos que antes no se tenían como tales.

El Derecho se ha visto limitado para dar respuestas juiciosas a esta problemática, a forzar conceptos que no habían sido creados para estas realidades actuales y lo ha hecho básicamente a través de soluciones jurisprudenciales creativas. Ello ante la impotencia de las normas vigentes, puesto que las reformas legislativas son de más largo recorrido, no llegaron tempestivamente a resolver las primeras dificultades prácticas y es dudoso aún que respondan de manera adecuada hoy en día a las complejidades de la protección ambiental.

Es opinión común, sin embargo, la necesidad de prevenir antes que tener que curar, como dice el antiguo refrán castellano. De ahí, la conformación del famoso principio de precaución (Embido, 2010) como parámetro que también debe seguirse en la protección jurídica de los bienes ambientales en general<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Es obligada la cita del famoso libro de Beck, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad* (2006), que, de manera mucho más genérica, plantea este fundamental cambio de paradigma sociológico de inmediatas consecuencias jurídicas. Con aplicación directa a la materia que estamos tratando, ver Esteve Pardo, J. *Derecho del medio ambiente* (2014, pp. 14-17), donde habla del “paradigma del riesgo” y del “derecho del medio ambiente como derecho de regulación y gestión de riesgos”, así como del “novedoso y difícil entorno de la complejidad científica y la incertidumbre”.

<sup>2</sup> La Comisión Europea el 2 de febrero de 2000 aprobó la Comunicación sobre el recurso al principio de precaución [Documento COM (2000) 1 final], donde, con toda la razón, apunta que “la dimensión del principio de precaución va más allá de las problemáticas asociadas a los riesgos a corto o medio plazo, puesto que se refiere también a cuestiones a largo plazo e incluso ligadas al bienestar de las generaciones futuras”. A su vez se constata que: “los responsables políticos se encuentran constantemente frente al dilema de encontrar un equilibrio por un lado entre las libertades y los derechos de los individuos, la industria y las organizaciones, y por otro, de la necesidad de reducir o eliminar el riesgo de efectos peligrosos para el medio ambiente o la salud” y “encontrar el equilibrio correcto para que pueda llegarse a decisiones proporcionadas, no discriminatorias, transparentes y coherentes, y que al mismo tiempo proporcionen el nivel elegido de protección, requiere un proceso de toma de decisiones estructurado, basado tanto en la información científica, como en otras informaciones detalladas y objetivas. Esta estructura la proporcionan los tres elementos del análisis de riesgo: la evaluación del riesgo, la elección de la

y que, como veremos, tiene muy inmediatas consecuencias procesales, pues los órganos jurisdiccionales deben ejercitar su potestad constitucional en consecuencia para evitar la pérdida irreversible del contenido del derecho a proteger y para ejercer como poderes públicos que promueven las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remuevan los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud (artículo 9.2 de la Constitución Española, en adelante CE).

Son muchas las dimensiones que desde el Derecho procesal pueden apreciarse en la protección por daños ambientales, pero en un estudio limitado por el espacio como es este, tal vez sea suficiente apuntar unas cuantas cuestiones centrales para mostrar una panorámica general, tanto de lo que se ha hecho como de lo que falta aún por hacer (Pigrau, 2015)<sup>1</sup>.

### **La dimensión constitucional del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado**

Valiosas declaraciones de derechos humanos, con indudable fuerza de obligar, no contienen referencia alguna a la protección ambiental. La fecha de la aprobación es determinante para ello. Así ocurre con el *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* de 4 de noviembre de 1950. En cambio, constituciones nada recientes como la española, ya contienen la proclamación de un “derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”. No sin alguna paradoja jurídica, pues mientras en el artículo 45 CE se utiliza abiertamente la expresión “derecho”, en el artículo 53.3 del mismo texto constitucional se rebajaron las expectativas ya que en este último se establece que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” y se añade que “sólo podrán

---

estrategia de gestión de riesgo y la comunicación del riesgo”.

<sup>1</sup> Para una muy ilustrativa panorámica comparada, ver Pigrau Solé, A. (Dir.). (2015). El acceso a la justicia de las víctimas de años ambientales: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant lo Blanch.

ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Por tanto, inicialmente se trataba más bien de un principio informador de la actividad legislativa y de la práctica de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, las necesidades reales se impusieron a las limitaciones literales, y a través de una jurisprudencia creativa, que aún hoy relaciona la protección del medio ambiente con derechos fundamentales más tradicionales, ha supuesto una ascensión en el rango jurídico del derecho proclamado en el artículo 45 CE. Y eso ha ocurrido no solo en el ámbito interno, sino también ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>1</sup>, y de forma aún más llamativa, sobre todo al principio, con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues debe recordarse que fue creado básicamente como una institución de control jurisdiccional de un mercado único, por tanto, sin directa relación con el tema que estamos aquí tratando<sup>2</sup>.

## **La necesidad de controles procesales ante el daño ambiental**

Tanto a nivel internacional, como, más concretamente, de Derecho europeo o a nivel interno, las novedades legislativas han sido amplias. Pero el enfoque de nuestro análisis se limita mucho más directamente a un aspecto trascendental que ha supuesto un nuevo hito en la evolución de una disciplina tradicional, que es el Derecho de daños, pues cuando se aplican las categorías antiguas a los novedosos aspectos de la realidad a proteger surgen evidentes dificultades, que vacían de contenido, entre todas ellas, el derecho a proteger.

Cuando hablamos de daño ambiental, desde las perspectiva europea es importante citar la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y

<sup>1</sup> Son destacables, por ejemplo, las SsTEDH del caso López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994, o del caso Guerra y otros contra Italia, de 19 de febrero de 1998.

<sup>2</sup> Sobre la importante jurisprudencia del TJUE respecto al acceso a la información ambiental, es de gran interés el resumen contenido en: [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-05/fiche\\_thematique\\_-\\_environnement\\_-\\_es.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-05/fiche_thematique_-_environnement_-_es.pdf)

reparación de daños medioambientales (Doue 2004, pp. 56-75), que aleja esta materia del régimen de daños del Derecho civil y acoge un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de que “quien contamina paga”. Como suele ocurrir en los textos europeos hay un elenco de descripciones, y entre ellas, al referirse al daño ambiental, utiliza un criterio amplio, pero descriptivo y complejo<sup>1</sup>, como suele ocurrir en Derecho ambiental.

La norma de trasposición española fue la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental (Boe, 2007, pp. 43229-43250), que complementa otras normas de protección ambiental como las previstas en el Código Penal (delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, artículos 325-331, así como los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos, artículos 332-337 bis, y las disposiciones comunes de los tres artículos siguientes) o la legislación sobre acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia (Boe, 2006, pp. 27109-27123)<sup>2</sup>, entre algunas otras que no es necesario citar aquí. En el texto normativo de 2007 se recoge la definición enumerativa de “daño ambiental” en el sentido de la Directiva, aunque con alguna adición<sup>3</sup>. No olvidemos

<sup>3</sup> “a) los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I.

Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes de conformidad con disposiciones que apliquen los apartados 3 y 4 del artículo 6 o el artículo 16 de la Directiva 92/43/CEE o el artículo 9 de la Directiva 79/409/CEE, o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza.

b) Los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el apartado 7 del artículo 4 de dicha Directiva.

c) Los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo”.

<sup>1</sup> Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

<sup>2</sup> “«Daño medioambiental»:

a) Los daños a las especies silvestres y a los hábitats, es decir, cualquier daño que produzca efectos

que la Directiva establece una regulación mínima que puede ser ampliada por los Estados miembros.

Es importante matizar que la responsabilidad ambiental prevista en esta ley no incluye el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, por daños causados a la propiedad privada, por ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Es sabido que la materia ambiental es heterogénea, pero se acoge aquí un concepto estricto de medio ambiente en el que los daños individuales que puedan estar implicados no están acogidos, sino que se regularán por la normativa aplicada a cada caso, básicamente la normativa penal o la normativa de responsabilidad civil tradicional, normalmente extracontractual,

---

adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitats o especies. El carácter significativo de esos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el anexo I.

Los daños a las especies y a los hábitats no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado al amparo de lo establecido en las siguientes normas.

1.º El artículo 6.3 y 4 o el artículo 13 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

2.º La normativa, estatal o autonómica, en materia de montes, de caza y de pesca continental, en el marco de lo establecido por el artículo 28 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres.

b) Los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de agua superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas.

A tales efectos se estará a las definiciones que establece la legislación de aguas.

No tendrán la consideración de daños a las aguas los efectos adversos a los que le sea de aplicación el artículo 4.7 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

c) Los daños a la ribera del mar y de las rías, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como también aquéllos otros que impliquen dificultad o imposibilidad de conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquélla.

d) Los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente debidos al depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo”

pero sin descartar la derivada de relaciones contractuales (Pérez, 1993, pp. 1053 y ss.; Cabanillas, 1996; Aviñó, 2015).

Se trata, en esencia, de asegurar que los operadores<sup>1</sup> de las actividades económicas o profesionales incluidas en esta ley estén obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos. Se trata de una responsabilidad de carácter objetivo porque las obligaciones de actuación se imponen al operador (Lozano, B.; 2009)<sup>2</sup> al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento, lo cual tiene obvias consecuencias procesales, y en particular en materia probatoria.

Se establece además la exigencia de que, ante una amenaza inminente de daños medioambientales originada por cualquier actividad económica o profesional, el operador debe adoptar las medidas preventivas apropiadas y de evitación de nuevos daños. Y tras la producción de los daños se establece la obligación de adoptar una serie de medidas provisionales y definitivas de reparación, de manera innominada (“todas las medidas reparadoras necesarias”).

Como diré seguidamente, se opta por una amplia intervención administrativa, aunque flexible y con posibilidad de que sean particulares interesados quienes inicien el procedimiento, con una ineludible previsión de un posterior control jurisdiccional ante los órganos jurisdiccionales de lo Contencioso Administrativo.

## **La legitimación ante el daño ambiental**

---

<sup>1</sup> Se define al “operador” como “cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. Para su determinación se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración”.

<sup>2</sup> Una de las dificultades prácticas que han sido constatadas ha sido precisamente la dificultad de precisar el concepto de “operador” en el tráfico jurídico.

Cuando se habla de bienes con relevancia colectiva como los englobados en esa categoría tan amplia y heterogénea a la que llamamos “medio ambiente” hay una cierta tendencia, armónica con la desbordante posición de las administraciones públicas en el vigente Estado democrático y social de derecho, de atribuirles importantes funciones protectoras, que en ocasiones rozan una excesiva patrimonialización pública de estos bienes jurídicamente protegidos<sup>1</sup>. No me parece criticable esta opción normativa, siempre que no implique un cierre a la actuación de la propia sociedad organizada para la protección de unos intereses que no son públicos en el sentido de “propios de la administración pública”, sino públicos en cuanto colectivos, es decir, en cuanto sus titulares son la globalidad de sujetos titulares de derechos de una comunidad jurídica (Fiorillo, 2016, pp. 69-78). Es preciso por tanto no reducir la iniciativa para la protección de tales bienes a órganos administrativos o constitucionales en general (por ejemplo, la Fiscalía), sino también incorporar el acceso a la justicia de la propia colectividad organizada (Ebbeson, 2002).

La ya aludida Ley 27/2006, que entre otras cosas prevé una acción popular medioambiental que limita la legitimación activa para las personas jurídicas sin ánimo de lucro (“asociaciones”) que cumplan unos determinados requisitos<sup>2</sup>. Tal acción popular se dirige a impugnar por vía administrativa los actos u omisiones administrativas que vulneren las normas relacionadas con prácticamente cualquier dimensión del medio ambiente<sup>3</sup>. Pero la

---

<sup>1</sup> Así ocurrió con la Ley italiana núm. 349 de 8 de julio de 1986: Legge sulla Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale.

<sup>2</sup> a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular, b) que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa, c) que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.

<sup>3</sup> Protección de las aguas; protección contra el ruido; protección de los suelos; contaminación atmosférica; ordenación del territorio rural y urbano y utilización de los suelos; conservación de la naturaleza y diversidad biológica; montes y aprovechamientos forestales; gestión de los residuos; productos químicos, incluidos los biocidas y los plaguicidas; biotecnología; otras emisiones, vertidos y liberación de sustancias en el medio ambiente; evaluación de impacto medioambiental; acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente; aquellas otras materias que establezca la normativa autonómica.

materia de la responsabilidad medioambiental ya se ha visto que se regula de manera paralela por la Ley 26/2007.

En cuanto al ámbito de los daños ambientales, entendidos en sentido ecológico puro (Ruda, 2008, p. 128) <sup>1</sup>, es claro que se amenaza o se lesiona un bien que es de todos, pero eso demasiadas veces ha implicado que en realidad no era directamente de nadie y por tanto nadie cumplía las exigencias tradicionales de afirmación de titularidad que permiten el acceso a la tutela judicial. Ese fue el gran problema que llevó a llamativas denegaciones de protección que el medio ambiente no se puede permitir.

La Ley 26/2007 se dirige a la exigencia de responsabilidad a los operadores en el sentido de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales. Pero de ello no se deriva una directa legitimación procesal pasiva, porque no se trata de una regulación directamente procesal, sino administrativa. Es la administración competente en cada caso quien ejercerá la exigencia de prevención, evitación o reparación, por supuesto a través del correspondiente procedimiento administrativo.

Respecto a la prevención o evitación de daños podrá exigir al operador que facilite información sobre toda amenaza inminente de producción de daño medioambiental cuando existan indicios de que va a producirse, exigir al operador que adopte inmediatamente las medidas encaminadas a prevenir y a evitar tales daños y requerir su cumplimiento, dar al operador instrucciones de obligado cumplimiento sobre las medidas de prevención o de evitación de nuevos daños que deba adoptar o, en su caso, dejar sin efecto, o bien, ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas de prevención o de evitación cuando concurren determinadas circunstancias.

Por lo que se refiere a la reparación de daños podrá exigir al operador que facilite información adicional relativa a los mismos,

<sup>2</sup> “Dicho calificativo trata de poner de relieve que el daño afecta solo o fundamentalmente al medio ambiente como tal, aunque de modo indirecto pueda afectar también a algunas personas. La idea de que el daño ecológico es puro pone así de relieve que, como se ha apuntado, el medio ambiente, entendido de forma unitaria, no pertenece a nadie en particular”.

adoptar, exigir al operador que adopte o dar instrucciones al operador respecto de todas las medidas de carácter urgente posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales para limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios, exigir al operador que adopte las medidas reparadoras necesarias, dar al operador instrucciones de obligado cumplimiento sobre las medidas reparadoras que deba adoptar o, en su caso, dejar sin efecto, o finalmente, ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas reparadoras cuando concurren determinadas circunstancias (artículos 23 y 47).

Será en caso de incumplimiento de las órdenes de la administración cuando esta requerirá al operador su cumplimiento, dictando para ello una resolución motivada<sup>1</sup>. Todo ello sin perjuicio de la aplicación, en su caso, del régimen sancionador (artículos 35 y ss.).

Los procedimientos administrativos de exigencia de responsabilidad se inician bien de oficio, bien a solicitud del operador o de cualquier otro interesado<sup>2</sup>. Será cuando se agote la vía administrativa el momento en que corresponderá a los órganos jurisdiccionales administrativos entrar a valorar la corrección de la decisión administrativa adoptada. En estos procesos la legitimación pasiva corresponderá a la administración decisora y la activa al interesado que no haya obtenido respuesta favorable a través de los recursos administrativos. Debe añadirse, no

<sup>1</sup> En determinados casos cabe una actuación directa de la propia administración (artículo 23 Ley 26/2007).

<sup>2</sup> Interesado será quien lo es según la regulación general del procedimiento administrativo, pero también cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1.º Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular; 2.º Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengán ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos; 3.º Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por el daño medioambiental o la amenaza de daño. También los titulares de los terrenos en los que deban realizarse medidas de prevención, de evitación o de reparación de daños medioambientales y aquellos otros que establezca la legislación de las comunidades autónomas.

obstante, que la Fiscalía estará también legitimada en cualesquiera procesos contencioso-administrativos que tengan por objeto la aplicación de esta ley, en defensa de la legalidad (artículo 124 CE y Disposición Adicional 8.<sup>a</sup> de la Ley 26/2007).

## La pretensión procesal sobre daño ambiental

El artículo 9 de la ley que comentamos regula la responsabilidad de los operadores y determina que están obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos. También tales operadores están obligados a comunicar de forma inmediata a la autoridad competente la existencia de daños medioambientales o la amenaza inminente de dichos daños, que hayan ocasionado o que puedan ocasionar. Así como a colaborar en la definición de las medidas reparadoras y en la ejecución de las adoptadas por la autoridad competente. Conforme al artículo 14, no estará obligado a sufragar los costes imputables a las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños cuando demuestre que los daños medioambientales o la amenaza inminente de tales daños se produjeron exclusivamente por cualquiera de las siguientes causas: a) la actuación de un tercero ajeno al ámbito de la organización de la actividad de que se trate e independiente de ella, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas o b) el cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato a que se refiere la legislación de contratos de las administraciones públicas<sup>1</sup>.

Pero todo esto no son pretensiones procesales, porque no estamos ante casos de exigencias de responsabilidad ante los tribunales, sino de una materia atribuida a la administración pública en la que ejerce las potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico. Por tanto, de lo que se trata es de una regulación que permite al poder público administrativo ordenar determinadas actuaciones

<sup>1</sup> La propia Ley determina que se exceptúan los supuestos en los que la orden o la instrucción se hayan dictado para hacer frente a una emisión o a un incidente previamente generado por la propia actividad del operador.

de prevención, evitación o reparación de daños ambientales y de aplicar sanciones ante los incumplimientos.

Será al finalizar la vía administrativa cuando entre en juego el control jurisdiccional de la actividad de la administración y, por tanto, el contenido de pretensión podrá ser de nulidad o anulación de la decisión administrativa [artículo 31.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa(LJCA): “El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación”] y, en su caso, la reclamación de los daños y perjuicios irrogados por la indebida aplicación de las medidas (artículo 31.2 LJCA: “También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda”).

## **Los problemas probatorios y la objetivación de la responsabilidad**

Si en cuanto a la legitimación el gran problema en materia ambiental eran las dificultades de acceso de la colectividad al proceso, que ahora acceden de manera indirecta —tras el agotamiento de un procedimiento administrativo—, con respecto a la prueba nos hemos encontrado con frecuencia ante la cuestión clave que ha provocado la escasa eficacia de la normativa de protección medioambiental (Nieto, 2002, pp. 1631 y ss.)<sup>1</sup> porque, en efecto, en numerosas ocasiones los medios de prueba practicados son insuficientes para demostrar el daño y los distintos elementos de la responsabilidad ambiental, con especiales dificultades en cuanto a la prueba pericial (Nieva, Vives-Rego, Corcoy, 2006)<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> En España es bien conocido el caso Aznalcóllar, que terminó con claras insuficiencias procesales fue el caso Aznalcóllar, relativo a unos vertidos químicos que dañaron notablemente un importante parque natural del sur de España. Por otro lado, el caso Prestige, caso de contaminación por el hundimiento de un petrolero frente a la costa noroeste de la Península Ibérica, dio lugar también a una dramática frustración por los escasos resultados procesales obtenidos. Ver con mayor detalle, García Rubio, M. y Álvarez González, S. (Coords.). (2007). La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige. Madrid: Iustel.

<sup>2</sup> Se refieren a las dificultades de la prueba pericial, por la enorme variedad de peritos que pueden participar en los mismos, así como por la, con frecuencia, deficiente recogida de muestras realizadas

que en este ámbito ha sufrido además de una rebaja de garantías procesales (Pérez, 1994, pp. 937).

Por todo ello es un acierto la objetivación de la responsabilidad ambiental (Lambert-Faivre, 2005)<sup>1</sup>, ya que eso supera, por definición, bastantes de las dificultades probatorias que se dan en estos complejos procesos. Ello ha sido a costa de una administrativización de la exigencia de responsabilidad medioambiental (Martín, 2008)<sup>2</sup>.

Con ello, una vez separada la responsabilidad civil clásica entre el causante del daño y el perjudicado —que no se excluye— y la responsabilidad medioambiental en sentido estricto, que queda en el ámbito jurídico-administrativo, se constituye una responsabilidad ilimitada, como dice el propio preámbulo de la Ley 26/2007, por cuanto el contenido de la reparación (o su prevención) consiste en devolver los recursos naturales a su estado original, y las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia en su actuación. Con ello se pretende actuar el principio de que “quien contamina paga” (Gomis, 1998, pp. 93 y ss.; Castroviejo, 2004), pues se trasladan los costes de la reparación (o de la prevención) a los operadores económicos beneficiarios de la explotación de los recursos naturales.

En este sentido, la conformación de la obligación de pagar los correspondientes costes es un punto central en la exigencia de este tipo de responsabilidades. Se hace de una forma negativa: no se está obligado a sufragar el coste de las medidas adoptadas, de prevención, de evitación y de reparación de daños cuando demuestre que los daños ambientales o la amenaza inminente en los primeros momentos del desastre ambiental, además de las dificultades de la valoración probatoria.

<sup>2</sup> “Se puede destacar que, hoy día, la responsabilidad penal se «subjektiviza», poniendo el acento sobre el sujeto culpable, al mismo tiempo que la responsabilidad civil se «objetiviza» destacando la actividad dañosa; movimiento cuya contradicción no es más que aparente, pues precisamente sus dos órdenes de responsabilidad tienen unas finalidades sociales totalmente diferentes, la responsabilidad penal tiene por objeto la punición del culpable, mientras que la responsabilidad civil tiene por objeto indemnizar a la víctima”. En nuestro caso: víctima colectiva, como hemos recordado.

<sup>3</sup> Para estos casos habla de una responsabilidad “a medio camino entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo”.

de tales daños se produjeron exclusivamente por cualquiera de las siguientes causas: a) la actuación de un tercero ajeno al ámbito de la actividad de que se trate e independiente de ella, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas; y b) el cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una administración pública competente, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato a que se refiere la legislación de contratos de las administraciones públicas, salvo que la orden o la instrucción se haya dictado para hacer frente a una emisión o a un incidente previamente generado por el operador (artículo 14.1 Ley 2007) (Peyrano, Berizonce y Pasutti, 2015, pp. 292-293), resalta “que todo tipo de duda razonable que pudiera asaltar al magistrado a la hora de adoptar una decisión en el tema debe resolverse en pro de la tutela del ambiente”).

Por otro lado, también se prevé una exclusión de la obligación de sufragar el coste de las medidas reparadoras, no solo cuando demuestre que no ha incurrido en culpa, dolo o negligencia, lo cual ya supone una importante modificación del *thema probandi*, es decir, de los la afirmación de los hechos que necesita ser probada para obtener la consecuencia jurídica prevista por la norma, sino que además debe concurrir alguna de las circunstancias que expresamente se prevén en el apartado segundo del mismo artículo 14 Ley 26/2007: a) que la emisión o el hecho que sea causa directa del daño medioambiental constituya el objeto expreso y específico de una autorización administrativa otorgada de conformidad con la normativa aplicable a una serie actividades legalmente previstas; y además, será necesario que el operador se haya ajustado estrictamente en el desarrollo de la actividad a las determinaciones o condiciones establecidas al efecto en la referida autorización y a la normativa que le sea aplicable en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño medioambiental y b) que el operador pruebe que el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión, o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento.

Como es obvio, estos condicionamientos legales tienen una incidencia directa en el ámbito probatorio y dificultad, en la práctica, la exención de la obligación objetiva que impone la legislación de sufragar los costes de prevención, evitación o reparación de los daños ambientales (Guerrero, 2010, pp. 127-136)<sup>1</sup>. Todo ello sin perjuicio, naturalmente del derecho de repetición frente a terceros responsables, con o sin culpa, de la amenaza o el daño medioambiental (artículo 16 Ley 26/2007).

### **La imprescindibilidad de medidas preventivas y cautelares**

El principio de precaución es protagonista evidente en materia de protección medioambiental, como ya supieron ver hace años las instituciones de la Unión Europea. Se ha afirmado, con razón, que se trata de la aplicación de un principio general basado en la incertidumbre característica del contexto socioeconómico en que se producen las amenazas y los daños ambientales (González, 2005). La consecuencia directa de esta constatación es que la regulación contiene expresas referencias concretas a la prevención y evitación de daños ambientales, por un lado como obligaciones del operador y, por otro, como potestades administrativas, puesto que de manera directa la administración concernida podrá adoptar en cualquier momento y mediante resolución motivada alguna decisión que tienda a las finalidades derivadas de la concreción del principio de precaución en materia medioambiental: requerimiento de información cuando haya indicios de una amenaza inminente, exigencia de adopción inmediata de medidas encaminadas a prevenir y evitar el daño, dar instrucciones de obligado cumplimiento sobre las medidas concretas a adoptar o, en su caso, dejar sin efecto, e incluso ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas necesarias. Se trata, una vez más de medidas preventivas de carácter estrictamente administrativo, que podrán ser impugnadas por la vía administrativa y, subsiguientemente por la jurisdiccional. En

<sup>1</sup> A partir del reglamento de desarrollo de la ley que se está comentando, la determinación del daño exige que el operador recopile la información necesaria para determinar su magnitud, identifique y caracterice el agente causante del daño y los recursos y servicios afectados, cuantifique la extensión, intensidad y la escala temporal del daño y evalúe la significatividad del daño según el recurso natural y el tipo de agente. Elementos, todos ellos, que no pueden quedarse en meras afirmaciones, sino que deberán justificarse por medio de elementos probatorios.

esta última, que es la que nos interesa como procesalistas, el órgano competente deberá aplicar las valoraciones pertinentes para considerar la aplicación de las medidas cautelares necesarias, que en sustancia, permitan evitar la frustración de la sentencia que finalmente recaiga, pero también la valoración circunstanciada (ponderación) de los diferentes intereses en conflicto, con especial atención a la posible perturbación grave de los intereses generales o de tercero (artículos 129 y 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa) y eso en materia ambiental implica con frecuencia la exigencia de mantener, o aplicar, medidas de carácter positivo, y no meras suspensiones provisionales de decisiones administrativas.

## Conclusiones

Cuando hablamos de daños al medio ambiente las situaciones jurídicas afectadas en sentido amplio pueden ser diversas, por la propia heterogeneidad de las mismas. Podemos encontrarnos con supuestos de daños individuales en un colectivo plural de sujetos, que deberá resolverse en principio por las vías tradiciones de reclamaciones civiles o penales individuales, aunque se desaprovecha así la potencialmente fructífera vía de los procesos colectivos, que nuestra Ley reserva (aparentemente por lo menos<sup>1</sup>) para los daños y perjuicios a los consumidores.

Por otro lado, son frecuentes los supuestos en que se afecta a una colectividad concreta de sujetos, situados por ejemplo en un valle en el que se quiere instalar una industria altamente contaminante. O, incluso, no son extraños casos en que la afección al medio ambiente es tan relevante que todos los sujetos titulares de derechos nos podemos sentir amenazados o perjudicados en nuestro derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. En estos supuestos en que la ligazón subjetiva entre el sujeto titular y el bien jurídico protegido no es tan directa es necesaria también

---

<sup>1</sup> Digo “aparentemente al menos”, porque en mi opinión nada impediría una aplicación analógica de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil previstas específicamente para la protección de los consumidores y usuarios afectados por un determinado perjuicio.

la reclamación por la situación de riesgo o por el daño ya sufrido, pero ya no es posible un ejercicio individual del derecho, que por otro lado posiblemente sería ilusorio por las propias limitaciones del “hombre o mujer común”. Por ello la administración toma como propias las vulneraciones y ejercita las potestades dirigidas a la exigencia de la correspondiente responsabilidad, teniendo en cuenta la prioridad del bien jurídico protegido, de modo que —en la medida de lo posible— sea prevenido el daño, sea evitado o sea restituida la situación anterior a su producción. De este modo, la exigencia de responsabilidad se vuelve pública, y también objetiva.

De todo ello se derivan consecuencias procesales que han sido apuntadas en las páginas que preceden, la principal de las cuales, desde la perspectiva española, es la necesidad de transitar una vía administrativa previa, que si no responde a las expectativas del recurrente, dará paso a la vía jurisdiccional contencioso administrativa en la cual la actitud de los órganos competentes deberá ser especialmente cuidadosa y expeditiva para evitar la frustración de la protección del derecho constitucional a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona.

En la normativa se presume innegablemente que la administración ambiental actúa siempre a favor de tal derecho, aunque se admite que lo puede hacer frustrando otros derechos legítimos que deben ponderarse. Sin embargo, eso no es siempre así. Pero en tales casos entramos en terrenos aún más graves que deberían poderse resolver con el efecto disuasorio, o efecto de prevención general, de la normativa penal aplicable. Más concretamente, con la conocida como prevaricación ambiental<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Las dificultades para ello, desde la perspectiva española, me parecen evidentes, ya que el artículo 329 del Código Penal contempla los supuestos de “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio”, así como “la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”. Pero no entrarían en estos tipos penales las autoridades o funcionarios públicos que no hayan ejercitado sus competencias para prevenir, evitar o reparar el daño ambiental. Lo cual es plenamente coherente con el tenor de los artículos 18 y 21 de la Ley 26/2007, pues tanto respecto a las potestades administrativas en materia de prevención y evitación de daños, como en las de reparación es claro su, por lo menos aparente, carácter facultativo (“podrá adoptar”), que tal vez con una interpretación sistemática desde los principios y reglas constitucionales podría entenderse muy reforzado, pero entiendo que no lo suficiente como para ampliar por esta vía indirecta el ámbito penal que acabo de describir.

## Referencias bibliograficas

Aviñó, D. (2015). La responsabilidad objetiva por riesgo en la reparación de los daños civiles por contaminación industrial, *Diario La Ley*.

Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.

Berizonce, R. y Pasutti, J. (2015). *Tutela judicial del ambiente*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Cabanillas, A. (1996). *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*. Cizur Menor: Aranzadi.

Castroviejo, M. (2004). Quien contamina paga. Un paso decisivo en su aplicación con la directiva sobre responsabilidad ambiental. *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, (65), 29-39.

Chamorro, I. y Orteu, B. (2004). Un nuevo régimen de responsabilidad comunitario por daños al medio ambiente: la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales. *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, (65), 19-28.

Ebbeson, J. (2002). *Access to Justice in Environmental Matter in the EU*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Embid, A. (2010). El principio de precaución. En J. Santamaría (Dir.). *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (pp. 1221-1254). Madrid: La Ley.

Esteve, J. (2014). *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons.

Fiorillo, C. (2016). *Princípios do Direito Processual Ambiental* (6.<sup>a</sup> ed.). San Pablo: Saraiva.

García, M. y Álvarez, S. (2007). *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*. Madrid: Iustel.

Gomis, L. (1998). *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Madrid: Aranzadi.

González, L. (2005). El principio de precaución en el Derecho

de la UE: la aplicación de un principio general basado en la incertidumbre. *Derecho de los negocios*, (174), 5-24.

Guerrero, J. (2010). *La responsabilidad medioambiental en España*. Madrid: La Ley.

Lambert-Faivre, I. (2005). La ética de la responsabilidad. *Práctica de Derecho de Daños*, (32).

Lozano, B. (2009). La responsabilidad medioambiental dos años después: ¿por qué se retrasa su aplicación? problemas y dudas sin resolver. *Diario La Ley*, pp.

Martín, F. (2008). Responsabilidad por daños medioambientales: novedades legales y cuestiones procesales. *Práctica de Derecho de Daños*, (61), 5-40.

Nieto, A. (2002). Medio ambiente y derecho: el ejemplo de Aznalcollar. *Diario La Ley*, pp. 1-8.

Nieva, J., Vives-Rego, J. y Corcoy, M. (2006). Eficacia y admisibilidad de la prueba pericial en el enjuiciamiento de delitos contra el medio ambiente. *Diario La Ley*, pp. 1-9.

Pérez, J. (1994). La prueba en el proceso penal por delitos contra el medio ambiente. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (3), 937-943.

Pérez, J. (1993). La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. *Diario La Ley*, pp.

Peyrano, J. (2015). Aspectos procesales del funcionamiento del principio precautorio en materia ambiental. En R. Berizonce y J.

Pasutti (Coords.). *Tutela judicial del ambiente* (pp. 283-296). Buenos Aire: Rubinzal Culzoni.

Pigrau, A. (2015). *El acceso a la justicia de las víctimas de años ambientales. Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ruda, A. (2008). *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

# CAPÍTULO 9

## Daño medioambiental y la carga de la prueba en la ley procesal ambiental brasileña

Celso Antonio Pacheco Fiorillo <sup>1</sup>, Renata Marques Ferreira <sup>2</sup>

### Resumo

As diferentes hipóteses de degradação ambiental geradoras de lides ambientais (as denominadas ações de degradação ambiental) estão vinculadas à lesão ou ameaça de bens ambientais, em face de todas as noções constitucionais de meio ambiente (meio ambiente natural, cultural, artificial e do trabalho), sendo tuteladas no plano instrumental pelo direito processual ambiental constitucional bem como pelas Leis 8.078/90 e 7.347/85, observando-se tão somente aplicação subsidiária do CPC (Lei 13.105/2015). Dessarte, o ônus da prova no âmbito de referidas ações deve ser interpretado em face das especificidades estabelecidas no superior ordenamento jurídico constitucional que balizam os princípios fundamentais do direito ambiental constitucional bem como dos instrumentos processuais aplicáveis às lides ambientais. Assim, a edição da Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça, ao definir a inversão do ônus da prova para todos os casos de degradação ambiental, reflexo imediato da incidência

<sup>1</sup>Advogado militante na área do direito empresarial ambiental é o primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil sendo também Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Director Académico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidade de Salamanca(ESPANHA) e Miembro del Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca-Grupo de Investigación Reconocido IUDICIUM(ESPANHA).

<sup>2</sup>Pós-Doutora pela Universidade de São Paulo (Escola Politécnica-USP) e Doutora em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora convidada da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo (ESA-OAB/SP).

dos princípios constitucionais da isonomia e da ampla defesa, soube interpretar o direito processual ambiental em harmonia com o que determina nosso superior regramento constitucional delimitador do direito ambiental constitucional ainda que efetivamente não tenha demonstrado a prudência necessária no sentido de melhor estabelecer os bens ambientais específicos sujeitos à aplicação de referida Súmula (meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho).

**Palavras-chave:** danos ambientais - degradação ambiental - lides ambientais - bens ambientais - direito processual ambiental - Ônus da prova.

## Resumen

Los diferentes supuestos de la degradación ambiental que genera litigios ambientales (los llamados acciones de degradación ambiental) están vinculados a una lesión o amenaza de bienes ambientales en la cara de todas las nociones constitucionales del entorno (medio ambiente natural, cultural, artificial y trabajo), se instruyó en el nivel instrumental del derecho procesal constitucional del medio ambiente, así como por la Ley 8.078 / 90 y 7.347 / 85, la observación, ya que solo la aplicación subsidiaria CPC (Ley 13.105 / 2015). De este modo se enfrenta a la carga de la prueba en el contexto de dichas acciones debe interpretarse a la luz de las características establecidas en la ley constitucional superior que marcan los principios fundamentales del derecho ambiental constitucional y los instrumentos de procedimiento para litigios ambientales. Por lo tanto, la cuestión del precedente 618 de la Corte Superior de Justicia, para establecer la inversión de la carga de la prueba en todos los casos de degradación ambiental, la reflexión inmediata del impacto de los principios constitucionales de igualdad y defensa legal, sabía cómo interpretar la ley procesal del medio ambiente en armonía con lo que determina nuestra regramento constitucional superiores que encierra la legislación ambiental constitucional aunque efectivamente no mostró la prudencia necesaria con el fin de establecer una mejor los bienes ambientales específicos sujetos a la aplicación de dicho precedente (medio natural, entorno cultural, entorno artificial y el medio ambiente de trabajo).

**Palabras clave:** daño ambiental, degradación del medio ambiente, litigios ambientales, bienes ambientales, derecho procesal del medio ambiente, carga de la prueba.

## **Abstract**

The different hypotheses of environmental degradation that generate environmental issues (the so-called environmental degradation actions) are linked to the injury or threat of environmental goods, in the face of all constitutional notions of the environment (natural, cultural, artificial and work environment), being protected in the instrumental plan by constitutional environmental procedural law as well as by laws 8,078/90 and 7,347/85, observing only a subsidiary application of the CPC (Law 13.105/2015). Therefore, the burden of proof in the scope of said actions must be interpreted in the light of the specificities established in the superior constitutional legal system that guide the fundamental principles of environmental constitutional law as well as the procedural instruments applicable to environmental issues. Thus, in order to define the reversal of the burden of proof for all cases of environmental degradation, which is an immediate reflection of the incidence of the constitutional principles of isonomy and ample defense, the edition of Supreme Court of Justice 618 was able to interpret environmental procedural law in harmony which determines our superior constitutional rule delimiting the constitutional environmental law even though it has not effectively demonstrated the necessary prudence in order to better establish the specific environmental assets subject to the application of said Summary (natural environment, cultural environment, artificial environment and environment of work).

**Key words:** Environmental damage - Ambiental degradation - Environmental issues - Environmental goods - Environmental procedural law - Burden of proof.

## **Introdução**

Sobre o conceito de ônus da prova, esclarece Giacomo (2002) que: amplo é o desenvolvimento do pensamento de Carnelutti acerca do ônus da prova, da que começou a falar neste livro e da que seguiu ocupando-se em vários dos volumes e monografias posteriores, até os últimos tempos, com aprofundamento incessante, cuja linha não é fácil precisar. Uma tentativa neste sentido pode realizar-se sob três aspectos.

De qualquer forma, esclarece Giacomo Augenti parecer a Francesco Carnelutti exato concluir que quem propõe uma pretensão em julgamento, deve provar os fatos que a sustentem; e quem opõe por sua parte uma exceção, deve provar o fato de que resulta; em outras palavras: quem pretende deve provar o fato ou fatos constitutivos, e quem excepciona, o fato ou fatos extintor, assim como a condição ou condição impeditivas (do fato constitutivo) [...].

Dessarte o ônus da prova, como esclarece Luiz Fux (2001),

Tem sua ratio essendi na circunstancia de que o juiz não pode deixar de julgar (non liquet), impondo-lhe a lei que decida mesmo nos casos de lacuna (art. 126 do CPC, primeira parte Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Ora se o juiz não se exime de sentenciar e a prova não o convence quer quanto aos fatos sustentados pelo autor ou quanto aqueles suscitados pelo réu, deve ele tributar o malogro da palavra a uma das partes para decidir em desfavor desta. Nesse sentido é que se deve empreender a exegese acerca das regras sobre ônus da prova.

**Nosso Código de Processo Civil (CPC, Lei 13.105/2015) define que o ônus da prova, evidentemente no âmbito de sua aplicação<sup>1</sup>,**

<sup>1</sup> Como esclarece Luiz Fux “o processo em si apresenta, num sentido genérico, mas o seu objeto é dividido em três grandes grupos: o penal, o civil e o especial. O primeiro versa sobre o conflito entre o Estado e o réu, sustentando aquele uma pretensão punitiva e o último uma pretensão de liberdade. Esse campo é ocupado pelo Direito Processual Penal e os conflitos que o compõem, diz-se, ‘lide penal’. O processo penal não é o processo civil, que cuida das lides que não encerrem a característica acima e nem se enquadram na categoria de ‘especiais’, como soem ser as lides trabalhistas, eleitorais e penal-militares. Estas são reguladas, respectivamente, pelo Direito Processual do Trabalho, Direito Processual Eleitoral e Direito Processual Penal-Militar. Entretanto, a legislação desses ramos é especialíssima e limitada às peculiaridades do objeto que compõem o respectivo processo; por isso o Processo Civil, pela sua natureza ‘residual’, é a fonte subsidiária de todos esses outros sistemas

incumbe ao autor da ação, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art.373 do CPC). Dessarte, como regra geral a ser aplicada no âmbito de referida lei, cabe a cada umas das partes provar aquilo que apresenta no processo.

Todavia, de forma inovadora, o CPC de 2015 passou a permitir que o juiz determine no caso concreto, uma distribuição do ônus da prova diversa daquela fixada pela regra geral, exigindo sempre, no entanto, “que o faça por decisão fundamentada” dando necessariamente à outra parte a possibilidade de se manifestar sobre a nova atribuição do ônus da prova. Dessarte, e em princípio, para aplicar o art. 373, § 1º, o juiz deve sempre fundamentar a nova distribuição do encargo de provar<sup>1</sup>-Ocorre que a interpretação de referida matéria, no âmbito do direito ambiental, vem causando polêmica com a edição da Súmula 618 (a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental),<sup>2</sup> particularmente em razão de algumas críticas

---

processuais” (Vide Fux, L. (2001). Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001).

<sup>1</sup>Capítulo XII Das Provas

Seção I

Disposições gerais

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

<sup>2</sup> Súmulas

24/10/2018 16:20

“Corte Especial aprova súmulas sobre direito ambiental e bens públicos

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou nesta quarta-feira (24) duas novas súmulas, uma sobre direito ambiental e outra sobre bens públicos.

As súmulas são o resumo de entendimentos consolidados nos julgamentos e servem para a orientação da comunidade jurídica a respeito da jurisprudência do tribunal.

Os enunciados serão publicados no Diário da Justiça Eletrônico, por três vezes, em datas próximas, nos termos do artigo 123 do Regimento Interno do STJ.

Confira as novas súmulas:

Súmula 618: A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental.

Súmula 619: A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias” (Disponível em: [www.stj.

veiculadas pelos meios de comunicação chegando inclusive a apontar a existência de uma “postura ativista” por parte de referida Corte.

Entre as críticas existentes constatamos, por exemplo, a que indica que o STJ estaria fazendo “o oposto do que manda a lei. Ao definir a inversão do ônus para todos os casos de degradação ambiental, o tribunal isentou o juiz de fundamentar a nova distribuição do encargo de provar. O fundamento para a inversão passa a ser a súmula do STJ, e não as peculiaridades do caso concreto. Além disso, a manifestação da parte incumbida de provar torna-se irrelevante, já que a Corte definiu por antecipação que o ônus da prova deverá ser invertido em todas as ações de degradação ambiental”<sup>1</sup> ou ainda, conforme já indicamos anteriormente, aquela destinada a aduzir que o STJ estaria atuando dentro de uma “postura ativista”.

Na verdade, grande parte das críticas revela a absoluta ausência de conhecimento técnico jurídico a respeito das lides ambientais. O tema, a rigor, merece ser interpretado em decorrência das superiores orientações de nossa Lei Maior, particularmente em relação ao direito ambiental constitucional brasileiro e ao direito processual ambiental em vigor. Senão vejamos.

### **Degradação ambiental em face do direito ambiental**

constitucional brasileiro: o meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho e a interpretação do Supremo Tribunal Federal (ADI 3540 e ADI) A Lei 6938/81 define degradação da qualidade ambiental como “a alteração adversa das características do meio ambiente” (art. 3º, II, da lei 6938/81). Dessarte, para entender o real significado do conceito jurídico antes referido, devemos entender é a definição jurídica de meio ambiente.

Com efeito o legislador infraconstitucional tratou de definir o meio ambiente, conforme se verifica no art. 3º, I, da Lei 6.938/81 (a Lei

[jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Corte-Especial-aprova-s%C3%BAmulas-sobre-direito-ambiental-e-bens-p%C3%BAblicos](http://jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Corte-Especial-aprova-s%C3%BAmulas-sobre-direito-ambiental-e-bens-p%C3%BAblicos)).

<sup>1</sup>Disponível em: [<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-jurisprudencia-e-a-lei,70002613889>].

da Política Nacional do Meio Ambiente) sendo certo que em razão da sistematização dada pela Constituição Federal de 1988, o conceito de meio ambiente dado pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente *foi integralmente recepcionado e mesmo ampliado em nosso ordenamento jurídico* vez que a Carta Magna de 1988 buscou tutelar não só o meio ambiente natural, mas também o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente do trabalho do trabalho.

Aludida conclusão é alcançada pela observação do art. 225 da Lei Maior, que, além de definir constitucionalmente meio ambiente como relação jurídica vinculando a pessoa humana aos bens essenciais à sadia qualidade de vida,<sup>1</sup> optou por estabelecer dois objetos de tutela ambiental: “um imediato, que é a qualidade do meio ambiente, e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vêm sintetizando na expressão da qualidade de vida” (Silva, 1994).

Com isso, conclui-se que a definição de meio ambiente é ampla, devendo-se observar que o legislador optou por trazer um *conceito jurídico indeterminado*, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma.

Daí encontrarmos pelo menos quatro significativos aspectos já apontados pela doutrina especializada desde o início do século XX (Fiorillo, 2000) e que acabaram sendo acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, a saber:

A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo

<sup>1</sup> A respeito dos bens ambientais, bem como relação jurídica ambiental, vide Fiorillo, C. (2019). Curso de direito ambiental brasileiro. 19. ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva.

e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006) (grifos nossos).

Dessarte, o Supremo Tribunal Federal ratificando seu entendimento ao adotar o julgamento da ADI 3.540 como verdadeira dicção constitucional interpretativa do direito constitucional a um meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>1</sup> indicou a existência de pelo menos quatro (e não somente um...) conceitos de meio ambiente (meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente

<sup>1</sup> Vide a interpretação do Ministro Luís Roberto Barroso, acolhida pelo STF no RE 519.778-AGR / RN (j. 24.06.2014, 1ª Turma, DJE 01.08.2014), a saber:

“Tal arranjo se justifica em face da absoluta relevância do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A dicção constitucional, que o considera um ‘bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida’ (art. 225, caput), reforça o entendimento doutrinário de que se trata de um direito fundamental, vinculado a um dever de solidariedade de amplitude inclusive intergeracional, como já assentado pela jurisprudência deste Tribunal: ‘[...] a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. – A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural [...]’” (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello).

artificial e meio ambiente laboral), cabendo no âmbito do presente artigo fazer uma breve análise acerca de cada uma das noções indicadas pelo STF em razão de suas características, a saber.

## **Meio ambiente natural**

O meio ambiente natural ou físico é constituído pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, pelo subsolo (inclusive recursos minerais), pela fauna e pela flora. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e meio em que vivem.

O meio ambiente natural é mediamente tutelado pelo *caput* do art. 225 da Constituição Federal e imediatamente, *v. g.*, pelo § 1º, I, III e VII, desse mesmo artigo:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; [...]

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; [...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica,

provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

## **Meio ambiente artificial**

O meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto).

Esse aspecto do meio ambiente está diretamente relacionado ao conceito de cidade. Vale verificar que o vocábulo “urbano”, do latim *urbs*, *urbis*, significa cidade e, por extensão, seus habitantes. Não está empregado em contraste com o termo campo ou rural, porquanto qualifica algo que se refere a todos os espaços habitáveis, “não se opondo a rural, conceito que nele se contém: possui, pois, uma natureza ligada ao conceito de território” (Spantigati, 1969).

O meio ambiente artificial recebe tratamento constitucional não apenas no art. 225, mas também nos arts. 182, ao iniciar o capítulo referente à política urbana; 21, XX, que prevê a competência material da União Federal de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; 5º, XXIII, entre alguns outros.

No momento oportuno, verificaremos detidamente a proteção conferida ao meio ambiente artificial, não só perante a Constituição Federal de 1988 como em decorrência da mais importante norma vinculada ao Meio Ambiente Artificial, que é o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

## **Meio ambiente cultural**

O conceito de meio ambiente cultural (Fiorillo y Ferreira, 2018) vem previsto no art. 216 da Constituição Federal, que o delimita da seguinte forma:

*Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou*

*em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Ressalta o Prof. José Afonso da Silva que o meio ambiente cultural “é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial” (Silva, 1994).

O bem que compõe o chamado patrimônio cultural traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil.

## **Meio ambiente do trabalho**

Constitui meio ambiente do trabalho (Fiorillo y Ferreira, 2018) (ou meio ambiente laboral) o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam ou não remuneradas, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).

Caracteriza-se pelo complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa ou sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que a frequentam (Giampietro, 1988).

O meio ambiente do trabalho recebe tutela imediata pela Carta Constitucional no seu art. 200, VIII, ao prever que:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:[...]

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Por outro lado, a redução dos riscos inerentes ao trabalho vinculado aos trabalhadores urbanos e rurais por meio de normas de saúde, higiene e segurança também passou a ser tutelada no âmbito de nossa Carta Magna conforme observamos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...]

XXIII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Dessarte, a tutela imediata do meio ambiente do trabalho foi fixada pelos dispositivos constitucionais vinculados ao direito à saúde ambiental (arts. 196 a 200 da CF), sendo certo que a tutela mediata do meio ambiente do trabalho concentra-se no caput do art. 225 da Constituição Federal.

Importante verificar, todavia, que a proteção do direito do trabalho é distinta da assegurada ao meio ambiente do trabalho, porquanto esta última busca salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador no ambiente onde desenvolve suas atividades. O direito do trabalho, por sua vez, é o conjunto de normas jurídicas que disciplina as relações jurídicas entre empregado e empregador.

Assim, conforme esclarece Celso Fiorillo, “temos que o art. 225 estabelece quatro concepções fundamentais no âmbito do direito ambiental: a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando

em nosso ordenamento o bem ambiental; c) de que a Carta Maior determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo; d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações”, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal, através de didática lição da Ministra Rosa Weber<sup>1</sup>, teve oportunidade de ratificar o entendimento de referido autor, a saber:

Direta e necessariamente extraídos da cláusula constitucional do direito à saúde tomada como princípio, somente podem ser afirmados, sem necessidade de intermediação política, os conteúdos desde já decididos pelo Poder Constituinte: aquilo que o Poder Constituinte, representante primário do povo soberano, textualmente decidiu retirar da esfera de avaliação e arbítrio do Poder Legislativo, representante secundário do povo soberano. Adotar essa postura frente às cláusulas constitucionais fundamentais não significa outra coisa senão levar a sério os direitos, como bem lembra o renomado professor da Escola de Direito da Universidade de Nova Iorque, Jeremy Waldron: “Nós discordamos sobre direitos e é compreensível que seja assim. Não deveríamos temer nem ter vergonha de tal desacordo, nem abafá-lo e empurrá-lo para longe dos fóruns nos quais importantes decisões de princípios são tomadas em nossa sociedade. Nós devemos acolhê-lo. Tal desacordo é um sinal – o melhor sinal possível em circunstâncias modernas – de que as pessoas levam os direitos a sério. Evidentemente, [...] uma pessoa que se encontra em desacordo com outras não é por essa razão desqualificada de considerar sua própria visão como correta. Nós devemos cada um de nós, manter a fé nas nossas próprias convicções. Mas levar os direitos a sério é também uma questão de como responder à oposição de outros, até mesmo em uma questão de direitos. [...] Levar os direitos a sério, então, é responder respeitosamente a esse aspecto de alteridade e então estar disposto a participar vigorosamente – mas como um igual – na determinação de como devemos viver juntos nas circunstâncias e na sociedade que compartilhamos.

Esse mesmo cuidado deve ser adotado pela Corte no que se refere à cláusula constitucional proclamadora do direito

<sup>1</sup>ADI 4066 /DF Distrito Federal – Ação Direta DE Inconstitucionalidade – Relatora: Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – DJe-043 07.03.2018.

fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida (art. 225), *sobre a qual registro a análise minuciosa de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, para quem a Constituição da República conclui pela presença de quatro concepções fundamentais no âmbito do direito ambiental*: a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, *criando em nosso ordenamento o bem ambiental*; c) de que a Carta Magna determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo; d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações (grifos nossos).

Notamos, portanto, que a cláusula constitucional proclamadora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, já devidamente interpretado pelo Supremo Tribunal Federal conforme verificamos anteriormente, não só reconhece a existência do bem ambiental<sup>1</sup> como bem que não se confunde

<sup>1</sup> Daí a necessidade de se reforçar no plano constitucional a tutela do bem jurídico ambiental conforme estabeleceu o Supremo Tribunal Federal:

“Ementa – recurso extraordinário. Direito penal. Crime ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condicionamento da ação penal à identificação e à persecução concomitante da pessoa física que não encontra amparo na Constituição da República. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental (grifos nossos) 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido” (RE 548181 / PR – Paraná. Recurso extraordinário – Relatora: Min. Rosa Weber – J. 06.08.2013 Órgão Julgador:

com os bens públicos ou com os bens particulares<sup>1</sup> como admite a existência de múltiplas lides ambientais derivadas de diferentes hipóteses de degradação ambiental, sendo certo que a alteração adversa das características do meio ambiente (degradação ambiental) tem necessariamente seu adequado significado jurídico diante de todas as noções constitucionais de meio ambiente (meio ambiente natural, cultural, artificial e do trabalho) devendo ser interpretadas caso a caso.

## Degradação ambiental em face das lides ambientais

o direito material ambiental constitucional como causa de pedir no âmbito do direito processual ambiental brasileiro.

Conforme aduzido anteriormente, as diferentes hipóteses de degradação ambiental têm necessariamente seu adequado significado jurídico diante de todas as noções constitucionais de meio ambiente (meio ambiente natural, cultural, artificial e do trabalho), devendo ser interpretadas caso a caso.

Daí restar claramente evidenciado que *as ações de degradação ambiental são tuteladas pelo direito processual ambiental*<sup>2</sup> que possui

---

Primeira Turma – Publicação Acórdão Eletrônico DJe-213 30.10.2014.

<sup>1</sup> “Ementa: Habeas corpus. Penal e processual penal. Arts. 2º da Lei.176/91 e 55 da Lei 9.605/98. Tutela de bens jurídicos distintos. Revogação. Não ocorrência. 1. Os artigos 2º da Lei 8.176/91 e 55 da Lei 9.605/98 tutelam bens jurídicos distintos: o primeiro visa a resguardar o patrimônio da União; o segundo protege o meio ambiente. (grifos nossos) 2. Daí a improcedência da alegação de que o artigo 55 da Lei 9.605/98 revogou o artigo 2º da Lei 8.176/91. Ordem indeferida.”

HC 89878/SP – São Paulo. Habeas corpus – Relator: Min. Eros Grau – J. 20.04.2010 – Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação DJe-086 14-.05.2010. EMENT VOL-02401-01 PP-00208 RT v. 99, n. 898, 2010, p. 501-503

Em idêntico sentido:

“Habeas corpus. Penal. Processual penal. Extração de ouro. Interesse patrimonial da União. Art. 2º da Lei 8.176/1991. Crime contra o meio ambiente. Art. 55 da Lei 9.605/1998. Bens jurídicos distintos. Concurso formal. Inexistência de conflito aparente de normas. Afastamento do princípio da especialidade. Incompetência do juizado especial federal. 1. Como se trata, na espécie vertente, de concurso formal entre os delitos do art. 2º da Lei 8.176/1991 e do art. 55 da Lei 9.605/1998, que dispõem sobre bens jurídicos distintos (patrimônio da União e meio ambiente, respectivamente), não há falar em aplicação do princípio da especialidade para fixar a competência do Juizado Especial Federal. 2. Ordem denegada” (STF, HC 111.762/RO, 2ª T., Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13.11.2012, DJe 04.12.2012) (grifos nossos).

<sup>1</sup> Com relação à autonomia do direito ambiental brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou conforme ADI 4022, Relatora Ministra Rosa Weber, j. 24.08.2017, publicado em 07.03.2018.

especificidades fixadas a partir de seu balizamento constitucional, sendo certo que no plano infraconstitucional, conforme lembra Celso Fiorillo.

O novo CPC (Lei 13.105/2015) continua sendo aplicado em face das lides metaindividuais e especificamente no âmbito do direito processual ambiental em caráter tão somente subsidiário, vez que – a exemplo do que já ocorria anteriormente – aplica-se ao direito processual ambiental no plano infraconstitucional disciplina própria, a saber, as regras instrumentais estabelecidas fundamentalmente nas Leis n. 8.078/90 e 7.347/85 (grifos nossos).

Daí referido autor explicar que :

A defesa do meio ambiente, em razão da natureza do bem tutelado (o bem ambiental), receberá tratamento direto e primário das normas procedimentais previstas na jurisdição coletiva (CDC + LACP) e somente de forma secundária (subsidiariamente) deverão ser aplicados o Código de Processo Civil e os demais diplomas. Como exemplo, tratando-se de ação popular ambiental, apenas de modo subsidiário e naquilo que não contrariar o procedimento da jurisdição civil coletiva, é que a Lei n. 4.717/65 deverá ser aplicada. Conclui-se, destarte, que, quando se tratar de ação coletiva para defesa do meio ambiente/bens ambientais, deverão ser utilizadas as regras previstas no Título III do Código de Defesa do Consumidor, combinado com o que dispõe a Lei da Ação Civil Pública (grifos nossos) com efeito (Nery y Nery, 2015; Mancuso, 1994).

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, criou diretamente na própria Carta Magna os elementos de toda e qualquer ação ambiental que vise assegurar a defesa do direito material consagrado imediatamente no art. 225 e mediamente em outros dispositivos formadores do meio

---

Por outro lado, o reconhecimento do Direito Ambiental como disciplina autônoma/ramo específico do direito também restou explicitamente considerado no âmbito da nova matriz curricular nacional dos Cursos de Graduação em Direito no Brasil conforme Parecer CNE/CES 635/2018.

ambiente cultural, artificial, do trabalho e natural<sup>1-2</sup>.

Verifique-se inicialmente a garantia constitucional outorgada a brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 5º da CF) de ter assegurada a tutela jurisdicional judicial do direito material ambiental enquanto direito assegurado no plano da Carta da República. O direito material ambiental constitucional, já comentado no presente artigo, diz respeito à *causa de pedir* no âmbito do direito processual ambiental brasileiro (a saber: a indicação dos fundamentos de fato, ou seja, a lesão ou ameaça do direito material observado, autorizador da dedução em juízo e de direito, oportunidade em que o autor procura explicar o *porquê* de seu pedido).

A lesão, ou mesmo a ameaça ao direito material ambiental, acarretará, como informa o próprio inciso XXXV do art. 5º da Carta Maior, a indicação dos *legitimados passivos* (os responsáveis pela lesão ou ameaça ocasionados ao direito material ambiental conhecidos juridicamente como poluidores) e dos *legitimados ativos* (brasileiros ou mesmo estrangeiros residentes no País que, de forma individual ou mesmo organizada, possuem o direito constitucional de agir por meio de *legitimação ordinária ou mesmo extraordinária*<sup>3-4</sup> no que se refere a direitos materiais ambientais individuais/individuais homogêneos ou ainda por meio de *legitimação autônoma*<sup>5</sup> para condução do processo no que

<sup>1</sup> Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2002) explicam que os elementos da ação (partes, causa de pedir e pedido) são os requisitos mais importantes da petição inicial: quem, por que e o que se pede.

<sup>2</sup> Conforme ensina Luiz Fux, “o direito de agir, isto é, o de provocar a prestação da tutela jurisdicional, é conferido a toda pessoa física ou jurídica diante de lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo e tem sua sede originária, conforme anteriormente visto, na própria Carta Magna” (2001).

<sup>3</sup> Adotamos aqui as lições de Nery e Nery, quando estabelecem que existe legitimação ordinária para determinada causa “quando há coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimidade para estar em juízo” e legitimação extraordinária “quando aquele que tem legitimidade para estar no processo como parte não é o que se afirma titular do direito material discutido em juízo” (Código de Processo Civil comentado, cit.).

<sup>4</sup> Para breve análise da substituição processual como espécie do gênero legitimação extraordinária, vide nosso Comentários ao Estatuto da Cidade – Lei 10.257/01 – Lei do Meio Ambiente Artificial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>5</sup> É a chamada legitimação autônoma para a condução do processo, que em nada se assemelha à superada dicotomia antes apontada (legitimação ordinária/legitimação extraordinária), uma vez que elaborada doutrinariamente em proveito da tutela dos direitos materiais constitucionais difusos e coletivos. Vide Fiorillo (1995)

se refere aos direitos materiais ambientais coletivos ou direitos materiais ambientais difusos – *hipótese mais importante no plano constitucional*), sendo certo que compete a ambos elaborar o *pedido* (no caso, a prolação de uma sentença visando assegurar a incolumidade do bem ambiental como regra) endereçado ao Poder Judiciário (órgão jurisdicional judicial com competência estabelecida pela Carta Maior) para que este possa elaborar ordens judiciais (tutelas declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental etc.), em conformidade com o que estabelece o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Dessarte, lembrando os ensinamentos de (Fux, 2001) é da lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo que tem sua sede originária na própria Carta Magna – como é o caso do direito ambiental constitucional – que surge não só o direito de provocar a prestação da tutela jurisdicional conferido a toda pessoa física ou jurídica como toda a superior estrutura instrumental balizadora das ações de degradação ambiental.

## **Ônus da prova nas ações de degradação ambiental em face do direito ambiental constitucional**

### **A prova no direito processual ambiental**

Conforme adverte Vadell (2018), citando Bentham, “el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas y no necessita en principio, de mayores argumentaciones” Com efeito.

O conceito de prova, como destacado por Nelson Nery Jr, estaria associado aos “meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico”, (Nery y Nery, 2015) Sendo certo que, conforme adverte Luiz Fux, o importante, no âmbito jurídico, é “a verdade que migra para os autos, ou seja, a verdade do judiciário” aquela “que importa para a decisão e que timbra de imutabilidade a definição que advém da cognição”) (Forense, 2001).

Sendo, pois uma “propriedade de estar conforme com os fatos ou a realidade”, na definição de Houaiss (2009), podemos entender verdade, em sintonia com a importante lição de Abbagnano (1988), como a qualidade em virtude da qual um procedimento cognoscitivo qualquer se torna eficaz ou obtém êxito, podendo referida caracterização ser aplicada tanto às concepções segundo as quais o conhecimento é um processo mental quanto às concepções que o consideram um processo linguístico ou semiótico. Daí a possibilidade de distinguir cinco conceitos fundamentais de verdade, a saber: 1) a verdade como correspondência; 2) a verdade como revelação; 3) a verdade como conformidade a uma regra; 4) a verdade como coerência; 5) a verdade como utilidade.

O art. 5º, LVI, da Constituição Federal, ao disciplinar a hipótese das provas consideradas inadmissíveis perante o devido processo legal constitucional (provas obtidas por meios ilícitos), indica importante regra geral, verdadeiro princípio aplicável ao processo ambiental, no sentido de estabelecer que no ordenamento jurídico brasileiro são admissíveis todas e quaisquer provas obtidas por meios lícitos.<sup>12234</sup>

<sup>1</sup> Os meios ilícitos dizem respeito aos procedimentos não autorizados pela Carta Magna perante os direitos materiais constitucionais atribuídos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País. Daí o caso líder decidido pelo Supremo Tribunal Federal, citado por Nelson Nery Junior, não admitindo prova de adultério obtida por gravação clandestina em fita magnética, em ação do antigo desquite, por violar evidentemente direito e garantia individual da pessoa humana (Nery Junior, N. (2004). Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais)

<sup>2</sup> Elucidativa a decisão do Supremo Tribunal Federal (Pleno: RTJ 162/3 e RF 335/183, maioria) vinculada ao caso do ex-Presidente da República Fernando Collor: “Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória do microcomputador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF); no primeiro caso, por se tratar de degravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); e no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido gravada ao arripio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 54, X e XI, da CF)”

<sup>3</sup> Regem a prova os seguintes princípios constitucionais: 1) princípio da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), incluído o direito à prova; 2) princípio da proibição da prova obtida ilicitamente (CF, art. 5º, LVI).

<sup>4</sup> Visando “temperar” o conteúdo do art. 5º, LVI, da Carta Magna se estabeleceu em nosso País interessante debate doutrinário (com óbvias consequências práticas) a respeito da aplicação do denominado “princípio da proporcionalidade” (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). Embora não exista previsão expressa em nossa Constituição de aludido “princípio”, à diferença, por exemplo, da Constituição portuguesa de 1974, como destaca Willis Santiago Guerra Filho (Constituição

Por via de consequência, a regra constitucional antes apontada alterou profundamente a estrutura das provas fixadas em decorrência dos subsistemas processuais elaborados sob a égide de constituições pretéritas<sup>1-2</sup>, exatamente destinada a propiciar ao Poder Judiciário a mais ampla e irrestrita visão no sentido de o mesmo cumprir o dever que lhe foi imposto pelo art. 5º, XXXV, de apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito.

É com a orientação constitucional antes aludida que devemos compreender não só a prova como evidentemente o ônus da prova no direito processual ambiental. Vinculados, como recorda Fiorillo (2018):

---

portuguesa – Art. 18º (Força jurídica): 1. os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas; 2. a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (grifos nossos); 3. as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.). Podemos entender, então, seguindo a orientação de Willis, “a essência e destinação do princípio da proporcionalidade”, que é a de “preservar os direitos fundamentais”. Destarte, o princípio da proporcionalidade (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit), também chamado de mandamento da proibição do excesso (Übermaßverbot), “coincide com a essência e destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático”. Em síntese, conforme bem observam Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino, “as exigências do princípio da proporcionalidade, tal como as demais exigências do sistema, parecem impor que se determinem, através de patamares, os direitos e interesses susceptíveis de competirem (de entrarem em colisão) com o direito a restringir, havendo necessidade de medir a força (Dworkin) dos direitos ou dos valores; deve vencer o direito capaz de superar a competição; umas vezes, a questão pode ser resolvida logo em abstracto, outras vezes tal só pode ser analisado em concreto”. Ousamos afirmar, em face do que estabelece nossa Carta Magna e por força do que determina o fundamento contido no art. 1º, III, de nossa Carta Maior, que “o direito capaz de superar” a competição antes referida, no âmbito do sistema constitucional positivo brasileiro, tem na dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, no direito à vida da pessoa humana, seu aspecto mais relevante (Sousa, M.; Alexandrino, J. (2000). Constituição da República portuguesa comentada. Lisboa: Lex, passim; e Guerra Filho, W. (2001). Processo constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos).

<sup>1</sup> A regra no âmbito do direito constitucional é clara: os fatos alegados necessitam de prova perante o que estabelece o devido processo legal.

Daí a importância de observar com atenção a efetiva constitucionalidade de vários dispositivos vinculados às provas no Código de Processo Penal em vigor (arts.155 e s.) e particularmente no Código de Processo Civil (arts. 369 e ss.). É o caso do art. 374, I, do CPC, que estabelece que Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I – notórios; (como se fato notório, em pleno século XXI e em plena sociedade de massas – onde a mídia “constrói” verdades da maneira que bem entende, eliminando direitos da pessoa humana, como se constatou no célebre episódio do caso da Escola Base – pudesse de fato existir sob qualquer aspecto, inclusive jurídico).

<sup>2</sup> Os limites do livre convencimento motivado estão única e exclusivamente na Constituição Federal. Quando os subsistemas (leis etc.) estabelecem que somente por determinado meio se prova um fato, ocorre violação ao art. 5º, LVI, da Carta Magna.

Ao conteúdo do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural, todos os meios legais são hábeis, no plano do direito constitucional positivo brasileiro, e dos subsistemas dele derivados, para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ambiental ou mesmo a defesa do suposto poluidor<sup>1</sup>.

Dessarte, na lição de (Fiorillo, 2018), “o ideal do direito ambiental brasileiro é a busca e o encontro da verdade que “migra para os autos”, dentro da concepção já salientada de restar estabelecida “a verdade do Judiciário”, ou seja, “aquela que importa para a decisão” e que timbrará de imutabilidade a definição advinda da cognição.

Assim, matéria ambiental, o juiz deverá decidir de acordo com seu livre convencimento motivado, atendendo às particularidades adstritas aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos de determinada ação, ainda que não alegados pelas partes em razão das características do direito ambiental amplamente mencionadas no presente artigo.

Por outro lado, é importante ressaltar que, embora a prova pericial e a prova documental se destaquem na aferição concreta das ações de degradação ambiental, pelas próprias características estabelecidas diante da tutela dos bens ambientais, não há hierarquia no plano constitucional entre os meios de prova vinculados ao direito processual ambiental, raciocínio este diretamente ligado à correta compreensão do conteúdo do art. 5º, LVI, da Carta Maior.

O objeto da prova ambiental é, pois, o fato controvertido, ou seja, aquele afirmado por uma parte e contestado especificamente por outra, sendo certo que o destinatário da prova ambiental é o processo ambiental, devendo o juiz julgar segundo o alegado em processo.

---

<sup>1</sup> Merecem ser indicados, entre outros, a *prova documental*, a *prova testemunhal*, a *prova pericial* e, evidentemente, a *inspeção judicial*, no sentido de propiciar ao magistrado, principalmente nas ações ambientais, inspecionar pessoas ou coisas, indo inclusive ao local onde os mesmos se encontrem

## O ônus da prova no direito processual ambiental e a incidência dos princípios constitucionais da isonomia e da ampla defesa<sup>12</sup>

Verificando o art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil, percebemos ser possível a convenção sobre o ônus da prova, permitindo, dessa feita, a sua inversão.

No entanto, não se pode perder de vista, como já tivemos oportunidade de afirmar anteriormente no presente artigo, que aludido diploma se aplica ao processo ambiental tão somente de forma subsidiária vez que, ao falarmos em tutela de bens ambientais (via de regra, coletivos lato sensu), outro plexo de normas instrumentais rege a matéria, qual seja, as superiores normas constitucionais ambientais (no plano material e processual), a Lei 8.078/90 (o denominado Código de Defesa do Consumidor) e a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) que, combinadas, compõem a jurisdição civil coletiva.

Assim, analisemos tais normas.

---

<sup>1</sup> Em matéria de prova vinculada à lide ambiental importante julgado do próprio STJ estabeleceu que o magistrado não pode substituir critérios técnicos por sua própria análise admitindo pois ser fundamental a dilação probatória indicada:

“Ementa: Administrativo – Desapropriação por interesse social – Cobertura vegetal – Critério da unidade – MP 2.183/01. 1. A MP 2.183/01 estabelece que, na avaliação do imóvel expropriado, deve a cobertura vegetal ser avaliada juntamente com a terra nua. 2. Acórdão recorrido que, aplicando a MP 2.183/01, ordenou fosse do valor da avaliação descontado o preço da terra nua. 3. O Tribunal a quo, ao afastar a prova pericial por considerá-la de baixa qualidade, avançou para fazer a sua própria avaliação. 4. O Juiz não pode substituir critérios técnicos por sua própria análise. Assim, ao afastar a perícia, deve ordenar o magistrado o refazimento da prova pericial. 5. Recurso especial do INCRA improvido e provido o recurso dos expropriados” (REsp 815.191-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.12.2006).

<sup>2</sup> “ACP. Dano ambiental. Ônus. Prova. Trata-se da inversão do ônus probatório em ação civil pública (ACP) que objetiva a reparação de dano ambiental. A Turma entendeu que, nas ações civis ambientais, o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado – e não eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu – conduz à conclusão de que alguns direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, pois essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar) o patrimônio público coletivo consubstanciado no meio ambiente. A essas regras, soma-se o princípio da precaução. Esse preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental nocivo. Assim, ao interpretar o art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado com o princípio da precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente lesiva o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento. Precedente citado: REsp 1.049.822-RS, DJe 18-5-2009” (STJ, 2ª T., REsp 972.902-RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 25.08.2009).

A Lei 8.078/90 (o denominado Código de Defesa do Consumidor), em seu art. 1º, dispõe que todas as normas constantes no diploma são de ordem pública, o que significa dizer que não podem as partes convencionar de forma diversa ao estabelecido, tampouco abrir mão das prerrogativas asseguradas. Tratando-se de normas de ordem pública, não estão sujeitas a preclusão, de modo que poderão ser conhecidas a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição, pelo magistrado. Outrossim, independem de provocação das partes, cabendo ao juiz conhecê-las de ofício, o que nos permite concluir que o Código não é regido pelo princípio dispositivo, mas sim inquisitivo.

Nesse contexto, o art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90 dispõe que:  
Art. 6º São direitos básicos do consumidor:[...]

VIII — a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Os requisitos para que o juiz proceda à inversão do ônus da prova são a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança da alegação. Observe-se que o magistrado pode, alternativamente, tomar um ou outro como justificativa da sua decisão de inverter o ônus da prova, o que implica dizer que não é necessário estarem presentes os dois requisitos.

Dessa forma, na lição de Fiorillo (2018) se constata que “a inversão do ônus da prova disciplinada na lei 8078/90(Código de Defesa do Consumidor) é reflexo imediato da incidência dos princípios constitucionais da isonomia e da ampla defesa, a fim de que se estabeleça entre os litigantes o equilíbrio<sup>1-2</sup> (grifos nossos).

<sup>1</sup> O referido autor já adotava desde 2004 o entendimento da incidência dos princípios constitucionais da isonomia e da ampla defesa em sua obra *Princípios do Processo Ambiental*. Vide Fiorillo (2004).

<sup>2</sup> A Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ noticiou que a América Latina Logística do Brasil S.A. (ALL) deveria pagar por perícia em ação do Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS) por danos ambientais causados por incêndio às margens de linhas férreas. Os funcionários da empresa teriam atado fogo na vegetação para limpeza lateral dos trilhos, e a

Além disso, fácil concluir que a inversão é ope judicis, e não ope legis, como ocorre no art. 333 do Código de Processo Civil, ou seja, dar-se-á por obra do magistrado, que verificará se estão presentes os requisitos legais para ela.

Daí a importância dos aludidos princípios visando interpretar a matéria com fundamento no que determina nossa Lei Maior.

## **ônus da prova no direito processual ambiental em face do**

---

queimada alastrou-se por 40 hectares. A decisão é da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A inversão do ônus pela perícia foi determinada pela Justiça local, que entendeu possível a aplicação da medida quando o MP é autor de ação que defende direitos ambientais difusos, coletivos ou individuais. O ministro Francisco Falcão citou o parecer do Ministério Público Federal (MPF) para negar o recurso da empresa.

Pelo entendimento do MPF, a inversão do ônus da prova em ação civil pública é viável em razão da responsabilidade objetiva por dano ambiental, da previsão do Código de Defesa do Consumidor (CDC, artigo 6º, inciso VIII) e dos princípios da precaução e internalização dos riscos. Portanto, afirmou o ministro, quem assume o risco de dano ambiental tem o dever de repará-lo, suportando também o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.

O ministro Teori Zavascki discordou do relator. Para ele, não se pode confundir o princípio da inversão do ônus da prova (demonstração da existência de um fato) com o da inversão do ônus financeiro (adiantamento das despesas decorrentes da realização de atos processuais). A empresa não teria que pagar por perícia pedida pelo autor, exemplificou o ministro, já que, se o último a requereu, é porque tinha a responsabilidade processual de provar o que alegou. Caso contrário, não tendo esse dever processual, caberia à empresa provar que o alegado pelo autor seria falso, com os meios que escolhesse.

Portanto, concluiu o ministro em voto vista, mesmo em ação civil pública deveria ser aplicado ao MP o entendimento cabível em relação à Fazenda pela Súmula 232/STJ, que afirma a obrigação do órgão público em depositar de forma prévia os honorários de peritos. O ponto de vista foi seguido pela ministra Denise Arruda.

Já o ministro Benedito Gonçalves apresentou um terceiro entendimento. Em seu voto vista, o ministro expôs que a empresa não discordou da aplicação do princípio da inversão do ônus da prova do CDC em ação por dano ambiental, mas sim de que as alegações do autor não seriam verossimilhanças. Por isso o recurso, nesse ponto, não poderia ser apreciado, porque essa verificação exigiria a reavaliação dos fatos. Para o ministro, a súmula citada não se aplicaria no caso por se tratar de processo coletivo, com regras específicas. Além disso, a perícia fora pedida por ambas as partes. Assim, com fundamentos diferentes, acompanhou a conclusão do relator.

O julgamento foi encerrado com o voto vista do ministro Luiz Fux, que, também por motivos diversos, seguiu a conclusão do relator. Em sua análise, a inversão do ônus da prova pressupõe a melhor capacidade da parte incumbida para trazer ao processo elementos que permitam o convencimento do juízo em um ou noutro sentido. Por exigir apreciação de provas e fatos, essa avaliação escaparia ao STJ em recurso especial. Com esse ponto ultrapassado, o ministro afirmou que a inversão do ônus da prova acarreta inevitavelmente a inversão da responsabilidade por seus custos, ressalvados os casos de assistência gratuita ou aqueles em que são invertidos, sem qualquer fundamento, somente os encargos financeiros. Vide REsp 1.049.822 UF: RS Registro: 2008/0084061-9 Recurso Especial – Autuação: 18.04.2008.

## **princípio constitucional da isonomia:**

O art. 5º, caput, e inciso I, da Carta Magna estabelecem que todos são iguais perante a lei.

No que se refere ao processo ambiental, constatamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes, bem como os acusados em geral, devem receber do Poder Judiciário tratamento isonômico, o que significa reconhecer a igualdade jurídica entre aqueles que sob o ponto de vista econômico/social/cultural são de fato iguais e a desigualdade jurídica entre aqueles que sob o ponto de vista econômico/social/cultural são de fato desiguais.

O direito constitucional brasileiro, ao assegurar juridicamente tratamento diferenciado aos consumidores (art. 5º, XXXII), aos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º), aos habitantes das cidades (arts. 182 e 183), às crianças e aos adolescentes (arts. 227 a 229), aos idosos (art. 230), aos índios (art. 231), aos portadores de deficiências (arts. 37, 203 e 227) etc., realiza, no plano normativo, aquilo que Nelson Nery Junior conceitua como “dar tratamento isonômico às partes”<sup>1</sup>, diante de um eventual conflito de interesses que possa ocorrer em virtude de ameaça ou lesão a direitos vinculados às pessoas antes referidas, possibilitando, dessarte, a efetiva prestação da tutela jurisdicional judicial vinculada às diferentes hipóteses que possam ocorrer na vida real<sup>2</sup>.

Assim, o direito constitucional brasileiro, ao assegurar a

---

<sup>1</sup> Ao comentar o Princípio da Isonomia na Constituição Federal, o autor explica que “a igualdade de todos perante a lei é garantida pela CF, projetando-se também no plano do Direito Processual Civil, onde significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento igualitário (CPC 125 I). Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Igualdade no sentido de garantia constitucional fundamental quer significar isonomia real, substancial e não meramente formal” (Código de Processo Civil comentado, cit.).

<sup>2</sup> Segundo Alcméon de Cróton, isonomia é “o perfeito equilíbrio das propriedades que constituem o corpo: a saúde; seu contrário é a monarquia, que é o predomínio de uma propriedade sobre a outra, o que constitui a doença”. Segundo Epicuro, isonomia é o perfeito equilíbrio e a perfeita correspondência de todas as partes ou os elementos do todo no infinito. Vide Abbagnano, N. (1988). Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes.

brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à vida em todas as suas formas como valor essencial do direito ambiental, estabelece tratamento jurídico diferenciado àqueles que controlam a ordem econômica do capitalismo, visando a finalidades implícitas a referido sistema.

O conteúdo jurídico do princípio da isonomia no direito processual ambiental vai refletir, portanto, conforme pudemos observar, em todos os aspectos instrumentais aplicáveis à defesa em juízo do meio ambiente.

Daí se admitir no direito processual ambiental, a exemplo do que ocorre nos subsistemas antes referidos em que se reconhece uma das partes como mais fraca diante de determinada relação jurídica a necessidade de adotar alguns mecanismos destinados a “equilibrar” a relação poluidor/pessoa humana; é a hipótese, como destaca Fiorillo (2018) “de mencionar, a exemplo do que ocorre no direito das relações de consumo, a possibilidade de inverter o ônus da prova estatuído no art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, em proveito do conteúdo do princípio da isonomia no direito ambiental brasileiro”.

### **O ônus da prova no direito processual ambiental em face do princípio constitucional da ampla defesa**

Como consequência do que estabelece o art. 1º (Estado Democrático de Direito), a Constituição Federal, ao fixar o conteúdo do art. 5º, LV, assegura o contraditório e a ampla defesa a todo e qualquer litigante e mesmo a acusados em geral, seja em processo judicial, seja ainda em processo administrativo, não só em obediência aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, mas com o objetivo de impedir que alguém possa ser privado da liberdade ou mesmo de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV).

Dessarte, os poluidores em potencial, na condição de litigantes ou mesmo como acusados diante das lides ambientais, têm assegurado o direito constitucional de serem informados sobre a existência e conteúdo de qualquer processo ou acusação (princípio do contraditório) para que, se entenderem pertinente ou mesmo necessário, possam reagir.

O princípio constitucional do contraditório no direito processual

ambiental se caracteriza, por via de consequência, em assegurar aos potenciais poluidores o direito de informação vinculado à existência de acusações ou processos adstritos às lides ambientais, para que eles possam ou não reagir diante de casos concretos, o que significa observar o princípio constitucional informado pelo art. 5º, XXXV, da Carta Maior, sempre em consonância com o que estabelece o art. 5º, LV, de nossa Constituição Federal.

Uma vez observada a existência da garantia do contraditório (bem entendido, nas palavras de Nelson Nery Junior, como “a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade das partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”), terão os potenciais poluidores a oportunidade de se defender de forma ampla, geral e irrestrita com a utilização de todos os meios e recursos inerentes ao seu direito de efetivamente reagir, por força do que estabelecem o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV) e o princípio da admissibilidade das provas (art. 5º, LVI), sempre em obediência ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV)<sup>1</sup>.

Para que possam ser privados da liberdade ou mesmo de seus bens – alguns dos objetivos dos legitimados ativos nas ações ambientais –, os potenciais poluidores têm, por via de consequência, assegurado constitucionalmente, como dissemos, o devido processo legal tanto em sentido material como processual, o que lhes garante o direito de contestar especificamente o fato afirmado em juízo pelos legitimados ativos em matéria ambiental, utilizando todas e quaisquer provas obtidas por meios lícitos. Claro está que a igualdade de armas (*Waffengleichheit*) no direito processual ambiental será observada à luz de uma paridade relativa, na medida em que os legitimados ativos e passivos nas ações ambientais estão, via de regra, adstritos ao conteúdo jurídico do princípio da isonomia no direito ambiental brasileiro.

---

<sup>1</sup>Importante julgamento do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 252.245-7 – Paraná, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, recorrentes: Município de Medianeira e outros e recorrido: Ministério Público Federal), anulou Acórdão do TRF da 4ª Região (que dera provimento a agravo de instrumento para o fim de manter a liminar que determinara o fechamento da denominada “Estrada do Colono”, por invadir a área de preservação ambiental do Parque Nacional do Iguaçu) por ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV).

Todavia, é importante ressaltar que os potenciais poluidores não só têm à sua disposição todos os meios de prova admitidos no plano constitucional como poderão impugnar toda e qualquer decisão judicial proferida em causa ambiental, seja ela decisão provisória (medidas liminares), seja ela decisão definitiva (sentença).

A igualdade de armas restará, por via de consequência, evidenciada quando, diante da possibilidade constitucional autorizadora não só do direito de agir como de concessão de medida liminar aos legitimados ativos, viabilizar-se o direito constitucional dos potenciais poluidores de impugnar referida ação e de impugnar decisão judicial, o que será feito, conforme orientação fixada, caso a caso, seja pelos princípios constitucionais, seja pelos diferentes subsistemas de direito processual existentes em nosso ordenamento jurídico, sempre no sentido de ratificar o que estabelece o art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

## **Conclusão**

A edição da Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça, ao definir a inversão do ônus da prova para todos os casos de degradação ambiental, ainda que efetivamente não tenha demonstrado a prudência necessária no sentido de melhor estabelecer o bem ambiental específico a que se refere a lide ambiental (meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho), soube interpretar o direito processual ambiental exatamente em harmonia com o que estabelece nosso superior regramento constitucional delimitador do direito ambiental constitucional. Ainda que, cabe repetir, elaborada com atenção tão somente ao meio ambiente natural – o que revela a fragilidade da mesma devendo ser interpretada cum grano salis – soube interpretar o ônus da prova diante das denominadas “ações de degradação ambiental” vinculada ao que determina nosso direito ambiental constitucional brasileiro e em obediência aos que estabelecem os princípios fundamentais balizadores do direito processual ambiental em vigor.

## **Referências bibliográficas**

Abbagnano, N. (1988). *Dicionário de filosofia*. San Pablo: Martins

Fontes.

Alcalá-Zamora, N. (1965). *Estudios de derecho probatorio*. Concepción: Universidad de Concepción.

Arruda, A. (1991). *Código do consumidor comentado*. San Pablo: Revista dos Tribunais.

Barbosa, J. (2005). O neoprivatismo no processo civil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, (7), 13-30.

Carnelutti, F. (1982) *La prueba civil*. Buenos Aires: Depalma.

Carnelutti, F. (2002) *A prova civil*. Campinas: Bookseller.

Carpi, F. y Taruffo, M. (2018). *Comentario breve al Códice di Procedura Civile*. Padova: Cedam.

Cavallone, B. (1991). *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova: Cedam.

Denti, V. (1992). L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, (46), 709-713.

Diaz, A. (2004). *La prueba em la nueva Ley de enjuiciamiento civil*. Barcelona: Bosch.

Fiorillo, C. (1995). *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. San Pablo: Revista dos Tribunais.

Fiorillo, C. (2000). *Curso de direito ambiental brasileiro*. San Pablo: Saraiva.

Fiorillo, C. (2004). *Princípios do processo ambiental*. San Pablo: Saraiva.

Fiorillo, C. (2018). *Direito processual ambiental brasileiro. A defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil (7.a ed.)*. San Pablo: Saraiva.

Fiorillo, C. (2019). *Curso de direito ambiental brasileiro (19.a ed.)*. San Pablo: Saraiva.

Fiorillo, C. y Ferreira, R. (2014). *Comentários ao Estatuto da Cidade. Lei 10.257/01. Lei do Meio Ambiente Artificial* (6.a ed.). San Pablo: Saraiva.

Fiorillo, C. y Ferreira, R. (2018). *Tutela jurídica da saúde em face do direito ambiental brasileiro-saúde ambiental e meio ambiente do trabalho*. Río de Janeiro: Lumen Juris.

Fux, L. (2001). *Curso de direito processual civil*. Río de Janeiro: Forense.

Giampietro, F. (1988). *La responsabilità per danno all'ambiente*. Milán: Giuffrè.

Guerra, W. (2001). *Processo constitucional e direitos fundamentais* (2.a ed.). San Pablo: Celso Bastos.

Houaiss, A. (2009). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Río de Janeiro: Objetiva.

Mancuso, R. (1994). *Ação popular*. San Pablo: Revista dos Tribunais.

Nery, N. (2004). *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. San Pablo: Revista dos Tribunais.

Nery, N. y Nery, R. (2002). *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor* (6.a ed.). San Pablo: Revista dos Tribunais.

Nery, N. y Nery, R. (2015). *Comentários ao Código de Processo Civil*. San Pablo: Revista dos Tribunais.

Previti, S. (2018). *Le prove civili*. Padova: Cedam.

Silva, J. (1994). *Direito constitucional ambiental*. San Pablo: Malheiros.

Sousa, M. y Alexandrino, J. (2000). *Constituição da República portuguesa comentada*. Lisboa: Lex.

Spantigati, F. (1969). *Manuale di diritto urbanistico*. Milán: Giuffrè.

Taruffo, M. (2008) *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Vadell, L. (2018). *Cooperación procesal penal y prueba*. En *Atelier* (Ed.). *La prueba en el proceso* (pp. 525-554). Barcelona: Atelier.

# CAPÍTULO 10

## La reparación integral y el daño a la salud en la jurisprudencia del consejo de Estado Colombiano

Angy Plata Álvarez <sup>1</sup>

### Resumen

El presente escrito es producto de un ejercicio investigativo adelantado desde el quehacer al servicio de la rama judicial y como docente y coordinadora de un semillero en Derecho Procesal y plasma los fundamentos para la presentación de la ponencia que lleva el mismo título en el marco del VI Seminario Internacional, realizado por la Red Interinstitucional para el Estudio del Derecho Procesal y la Justicia.

El tema central de la versión 2019 del evento ha sido Nuevas Tendencias del Derecho de Daños y sus Problemáticas Probatorias.

Se pretende con este escrito exponer y analizar la evolución de la figura del daño a la salud a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado en Colombia, para con ello determinar la relación e incidencia que ha tenido la reparación integral en el mismo. Con esto, además, se busca evidenciar la tendencia en lo que refiere a dicho perjuicio y en sí a la responsabilidad del Estado desde la óptica de la máxima corporación de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, licenciada en inglés de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, especialista en Derecho Procesal Contemporáneo, especialista en Contratación Estatal y magíster en derecho procesal de la Universidad de Medellín, docente y coordinadora de investigación formativa (trabajos de grado y semilleros de investigación) de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Correo electrónico: [angieplata27@hotmail.com](mailto:angieplata27@hotmail.com) y [angy.plataal@unaula.edu.co](mailto:angy.plataal@unaula.edu.co)

**Palabras clave:** responsabilidad estatal, daño, perjuicio, indemnización, reparación, reparación integral, Estado social de derecho.

## **Abstract**

The present document is the product of an early investigative exercise from the work at the service of the judicial branch and as a teacher and coordinator of a seedbed in procedural law and reflects the main foundations for the presentation of the paper that bears the same title in the framework of the VI International Seminar, conducted by the Interinstitutional Network for the Study of Procedural Law and Justice.

The central theme of the 2019 version of the event has been New Trends in Damage Law and Its Probation Problems.

It is intended with this writing to expose and analyze the evolution of the figure of damage to health from the jurisprudence of the Council of State in Colombia, to thereby determine the relationship and incidence that comprehensive reparation has had in it. With this in addition, it is sought to demonstrate the tendency in what refers to said damage and in itself to the responsibility of the State from the perspective of the maximum corporation of the Contentious Administrative Jurisdiction.

**Key words:** State responsibility. Hurt. Damage. Compensation. Repair. Integral repair Rule of Law.

## **La Constitución Política como primer paso para la comprensión del concepto de daño**

Para poder abordar de manera exitosa el concepto de daño y establecer el papel del mismo dentro de un determinado ordenamiento jurídico, resulta prudente primero conocer el texto Constitucional que irradia este último, para de acuerdo a él determinar qué tan ajustado se encuentra al mismo y la tendencia que debe asumir su tratamiento.

En la actualidad, Colombia cuenta con una Constitución Política que llama a un juicioso estudio, puesto que fue expedida en un momento importante del país conllevando a un gran impacto en diferentes esferas (social, política, jurídica), significando un gran avance en todas ellas, y creando instituciones importantes para la materialización de los derechos y el cumplimiento de los fines del Estado.

La actual Constitución de Colombia fue promulgada en la Gaceta Constitucional número 114 del domingo 4 de julio de 1991, luego de durar más de 100 años con la Constitución de 1886. Su antecedente radica en que el país se encontraba atravesando momentos difíciles, el narcotráfico se encontraba desbordado, a diario se comunicaban noticias de muertes, tiroteos, atentados, bombas, zozobra y miedo.

Todas las entidades estatales se encontraban en un círculo de violencia que no permitía a las personas tener esperanza y confianza en el Estado, y el gran paso que conllevó a la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente se dio por parte de miles de estudiantes universitarios del país, lo cual resulta sumamente esperanzador y constituye un mensaje a los jóvenes de hoy para que se inmiscuyan y se preocupen por el futuro social, político, legislativo, ambiental y económico del país.

Hay quienes sostienen que la Constitución del 91 no cumplió el principal objetivo para el cual fue convocada, esto es, el logro de la paz y, consecuentemente la garantía de la vida, pero sin lugar a dudas constituye un gran cambio que ha permitido la garantía de los derechos.

Tan solo el texto del preámbulo<sup>1</sup> contempla importantes

<sup>1</sup> “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente” (negritas añadidas).

aspectos que implicaron un cambio de paradigma nacional (soberanía popular, protección de Dios como evidencia cultural del país pero abandonando el carácter confesional, características importantes de un Estado Social de derecho como asegurar la vida, la convivencia, y la garantía de un orden político, económico y social justo, entre otros).

En su artículo 1, la Constitución proclama y reconoce a Colombia como un “Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (negrillas añadidas).

Lo anterior implica la existencia de un Estado garantizador, de bienestar, que se preocupa por la satisfacción de los intereses generales pero que además reconoce la vida humana. No obstante, a lo largo de su articulado también aparecen indicios de una ideología neoliberal, la cual se caracteriza por la búsqueda del Estado en la generación de riqueza, abierto a la tecnología, propenso a la seguridad, al fortalecimiento de la justicia, a la contratación con particulares para la realización de obras y la prestación de servicios públicos, y a la privatización de las empresas estatales para la obtención de rentas.

Se determina que en el mismo artículo primero (y se reafirma con el artículo 3 que establece que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público, y que el pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes) que se trata de una democracia participativa y pluralista.

En el artículo 2 la Constitución contempla la máxima directriz que debe inspirar todo tipo de actuación estatal a través de la consagración de los fines esenciales del Estado, así:

- Servir a la comunidad.
- Promover la prosperidad general.

- Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.
- Facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.
- Defender la independencia nacional.
- Mantener la integridad territorial.
- Asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Asimismo, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Aunado a lo anterior, el artículo 90 de la Constitución contempla la denominada cláusula general de responsabilidad, indicando que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Si bien muchos doctrinantes le reconocen como la norma que da pie para el desarrollo de la responsabilidad estatal en Colombia, luego de revisar el artículo 2 ya mencionado, considera la autora de este escrito que es esta la norma base que permite y da pie al estudio de la responsabilidad estatal, pues son todas las autoridades las que están establecidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y el desconocimiento de ello es el que debe ser reprochado, y si causa un daño, conllevar a su reparación o indemnización.

### **El daño: elemento esencial de la responsabilidad y su papel en un Estado social de derecho**

Uprimny (2016) manifiesta que las reflexiones acerca del sistema

judicial y sus reformas no debe ser un asunto puramente de expertos, sino también de la ciudadanía en general, dado que, pese a tratarse de un tema completo y que a veces resulta técnico y aburrido, sin un sistema judicial eficaz e independiente es imposible consolidar un Estado de derecho sólido o lograr el desarrollo económico. Sumado a ello, el sistema judicial no debe estar orientado únicamente a garantizar la seguridad del mercado, sino también a defender la democracia y los derechos fundamentales.

En palabras de Pérez (2011), la concepción de los derechos fundamentales determina, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de originar y ejercer las funciones estatales. De acuerdo a esto, los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana. En profundidad, el autor refiere:

En su significación axiológica objetiva los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista (Pérez, 2011).

Admitiendo, entonces, la importancia del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en un Estado de derecho, puede concluirse de forma lógica que su vulneración conlleva algún tipo de consecuencia.

El reconocido exconsejero de Estado Enrique Gil (2001), acuñando la llamada *era del daño* realiza una disertación muy interesante en la cual advierte la necesidad de efectuar un replanteamiento sobre los esquemas jurídicos, a efectos de establecer si se adecuan a los actuales comportamientos y modificaciones estructurales en la sociedad. Luego de señalar los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial, dedica especial atención al daño y los tres aspectos que, de acuerdo a la doctrina y la justicia, le caracterizan: ser directo, personal y cierto.

En lo que respecta a la imputación como juicio empírico valorativo, y partiendo del reconocimiento del contenido del artículo 90 Superior, Gil (2001) afirma que la imputabilidad conecta el daño con el sujeto en la medida en que se produce una mutación o se transforma una realidad. Gil, desarrollando el que denomina *principio de la integridad o indemnidad en la evaluación del daño*, advierte que el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, no es otra cosa que la positivización de la postura jurisprudencial, el “sistema de valoración equitativa” y la de la “observancia de los criterios técnicos actuariales” en la determinación o cuantificación de los perjuicios materiales (2001).

Igualmente afirmó que la reparación integral ya constituía un principio general, en materia de responsabilidad, expresado así: “se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado”. Para el efecto citó un aparte de la Sentencia C-197 de 1993 por medio de la cual, la Corte Constitucional expresó que el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite. Lo anterior guarda plena congruencia con lo previsto por los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, que contemplan:

- Artículo 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

- Artículo 2356. Responsabilidad por malicia o negligencia. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación:
- El que dispara imprudentemente un arma de fuego.
- El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
- El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

Henao (1998) sostiene que con independencia de la forma como se conciban en términos abstractos, los elementos necesarios de la responsabilidad, lo importante es recordar, conforme a Hineirosa que:

El daño es la razón de ser de la responsabilidad y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil.

De acuerdo con lo anterior, el autor concluye que el daño es entonces, el primer elemento de la responsabilidad, de modo que, al no estar presente, torna inficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla en el servicio. Pese a lo anterior es importante advertir que en palabras de Henao (1998) pueden ocurrir ocasiones en las que, a pesar de existir el daño, no procede declarar la responsabilidad. Esto por cuanto el daño es requisito indispensable pero no suficiente para que se declare la responsabilidad. Para el efecto expone dos hipótesis en las que no se declara la responsabilidad pese a haber existido el daño:

- El daño existe, pero no se puede atribuir al demandado (como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas).
- El daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo (como cuando no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre).

Dentro del estudio del daño que realiza Henao (1998) plantea una regla simple: el daño debe ser indemnizado plenamente. Lo cual se traduce en que la reparación del daño deje indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o al menos, en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso. Igualmente cita la Sentencia C-197 de 1993 mediante la cual la Corte Constitucional señaló que “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite”.

Según lo anterior, en Colombia procede la reparación del daño, y nada más que el mismo, lo cual difiere de la tendencia en países de corte anglosajón en donde aplica el concepto de daño punitivo, que busca además dar un ejemplo, permitiendo sobrepasar sin problema la regla planteada. No obstante, su consagración a nivel constitucional responde a la materialización del reconocimiento del papel de la dignidad de la persona dentro del Estado social de derecho, procurando dejarla indemne frente a la situación o hecho que le dañó.

Tal como lo traduce la reconocida doctrinante Diana María Ramírez, del texto original del profesor Taruffo (2011), a partir de los años 70 se ha desarrollado y extendido un imponente movimiento garantista, que básicamente ha delineado la dimensión de las garantías, en el siguiente sentido:

- Garantías del juez, como la independencia, externa e interna y la imparcialidad.
- Garantías de acceso de todos los ciudadanos a las tutelas jurisdiccionales.

- Garantías del proceso, que debe ser rápido, simple y eficiente.
- Garantías de las partes (prueba y contradicción).
- Garantías de la decisión, como la justicia y la veracidad del procedimiento y la obligatoriedad de la motivación de la sentencia.
- Garantías de completa tutela, como la disponibilidad de medidas cautelares y de formas de ejecución capaces de asegurar la efectividad de la decisión y de la tutela efectiva de los derechos.

De acuerdo con lo anterior, garantizar la aplicación de tan importante postulado de raigambre constitucional se convierte en una de las prioridades a acoger conforme a las garantías mencionadas. Pero el interrogante que surge es ¿en qué términos debe realizarse la indemnización o reparación del daño? En términos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Ricardo Hoyos Duque (1997), el daño se debe indemnizar de acuerdo con el postulado de la reparación integral que debe presidir todo el tema de responsabilidad.

### **La reparación integral del daño y su relación con el daño a la persona**

Un importante aspecto que ha estudiado el derecho de daños durante muchos años, y que aún resulta pertinente repasar es la distinción que existe entre las nociones de daño y perjuicio, pues de forma común y sistemática, tanto doctrinantes como las Altas Cortes les han dado trato de sinónimos.

Aportes importantes del profesor Bénéoit, los hermanos Mazeaud y Marcel Soussé permiten hacer una clara distinción entre ambos conceptos así: mientras el daño es un hecho que se traduce en una lesión, el perjuicio es el menoscabo del patrimonio de una persona en concreto (Henao 1998). Recogiendo las palabras de Rousegin-Baville, Henao (1998) señala que para que el daño y el perjuicio sean indemnizables, deben ser personales, directos

y ciertos. Además, refiere que así como el daño debe resultar directo, supone el nexo de causalidad entre el daño definido como la alteración material exterior y el perjuicio entendido como las consecuencias de dicha alteración sobre un patrimonio.

Aclarado lo anterior, resulta importante resaltar el contenido del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, dado que el mismo establece la reparación integral para el afectado, en los siguientes términos: “dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (subrayas añadidas).

No obstante lo anterior, vale la pena señalar que ni en dicha norma, ni en la Constitución, o en otra disposición normativa, se expone con claridad cuáles son las categorías y parámetros que deben ser reconocidos para considerar que se ha cumplido con el criterio de la reparación integral. Lo único que queda claro sin lugar a dubitaciones, es que la reparación integral responde a un principio que debe ser observado por el juez a la hora de emitir una condena por un daño causado, y se materializará con el reconocimiento de los daños y perjuicios que se logre demostrar fueron irrogados a la víctima.

En todo caso, entendiendo que los perjuicios morales o el daño a la salud son perjuicios inmateriales que afectan bienes incorpóreos, y hacen parte del ser de la persona en su aspecto más íntimo, se procurará hablar, no de reparación sino de indemnización, puesto que generalmente son bienes que por su naturaleza están fuera del comercio, contrario a lo que ocurre frente a los perjuicios materiales, donde sí se habla de reparación.

Koteich (2012) sostiene que la centralidad del problema del daño y su liquidación es una característica del derecho moderno, que no lo tiene ya como un accesorio dentro del proceso de responsabilidad civil dado que a la víctima lo que normalmente interesa es el *quantum* o suma concreta en que se traducirá ese derecho a la reparación que le habrá sido previamente reconocido; para ella no es suficiente la declaratoria de responsabilidad en cabeza del causante del daño, resultado necesario para una posterior condena pero a la postre meramente descriptivo del derecho que busca materializar. Lo que ella persigue es que la reparación y su medida se compadezcan con el agravio que le ha sido causado.

Refiere la catedrática en mención que de ello resulta el llamado *daño extrapatrimonial a la persona*, cuyo reconocimiento como fuente de responsabilidad civil es un tema que, si bien ha ocupado a la ciencia jurídica, y conforme cita a Busnelli, hoy cobra una inusitada vigencia en virtud del interés creciente por la protección de los derechos fundamentales del hombre (integridad psicofísica, honra, buen nombre, intimidad, entre otros, trazándose así un nuevo andar de la responsabilidad civil hacia una más completa tutela (resarcitoria) de la persona humana.

Para Koteich (2012) esta no ha sido una tarea fácil, la cual ha requerido de diversos esfuerzos de la jurisprudencia y la doctrina para adecuar los distintos ordenamientos (normalmente carentes de la previsión que autorice la indemnización del daño extrapatrimonial en todas sus formas) a los dictámenes de esa conciencia social que manda a indemnizar el daño en forma integral, con independencia de la que haya sido su fuente u origen y el bien sobre el cual haya recaído, resalta, además, que esta figura del daño a la persona —que ha sido ignorada por los códigos tradicionales— se ha impuesto recientemente como objeto de estudio de particular interés a los jueces y legisladores, representando, como lo dice Busnelli, un desafío en términos de sistematización y coherencia respecto de los conceptos codificados de la materia en general.

Al explicar en qué consiste el daño a la persona, parte de la definición tradicional que lo concibe como aquel perjuicio que, tal como lo advirtió Hinestrosa, no puede clasificarse entre los patrimoniales o económicos, y que está constituido por los efectos perjudiciales de un hecho lesivo que no tiene una entidad tangible (como el dolor, el sufrimiento moral, los complejos), o que, teniéndola, no admiten una equivalencia exacta en dinero, como el daño a la salud o el perjuicio fisiológico); con prescindencia en ambos casos de los eventuales efectos patrimoniales negativos (Koteich, 2012).

El primero y más importante de esos intereses o bienes de la personalidad, cuya lesión deriva en lo que llamamos “*daño a la persona*”, se considera que es, naturalmente, el derecho a la vida y a la integridad psicofísica de la persona, seguido luego por el derecho al honor, al nombre, a la identidad personal, a la intimidad, a la imagen, entre otros. En cuanto al derecho a la integridad psicofísica, resultan importantes los desarrollos realizados en Italia frente al *daño a la salud* y en Francia frente al *perjuicio fisiológico* (Koteich 2012).

Rojas (2019), planteando desafíos procesales de las indemnizaciones en Colombia, afirma que un primer problema es la falta de claridad sobre la autonomía del daño a la persona como un perjuicio indemnizable, lo cual repercute directamente en la reparación de las víctimas quienes, según la jurisdicción territorial de que se trate, enfrentarán mayores o menores dificultades para obtener la compensación de los perjuicios. El segundo problema tiene que ver con la conceptualización del daño.

El autor en comento, haciendo un diagrama de dispersión de las divergencias de la rama judicial, plantea el daño a la persona como un perjuicio extrapatrimonial diferente al daño moral o al daño a la vida de relación. No obstante, de acuerdo a lo expuesto, puede advertirse que el daño a la persona es tan amplio que en su mismo seno pueden incluirse lo que hoy es el daño a la salud, y los perjuicios ya desarrollados y desechados por el mismo Consejo

de Estado como: daño fisiológico, daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia.

Otro interrogante que surge a partir de lo planteado hasta el momento en la presente disertación es, ¿cuáles son los perjuicios que deben repararse o indemnizarse? Al respecto, surgen dos respuestas trazadas a partir del devenir jurisprudencial de la máxima corporación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

- Se debe reparar el daño ocasionado, y reconocer todos los perjuicios generados como consecuencia del mismo.
- Se debe reparar el daño ocasionado, y reconocer los perjuicios que tenga establecidos como precedentes el Consejo de Estado.

Si a partir de lo anterior nos cuestionamos ¿Cuál es el deber ser? La respuesta será la número uno, mientras que si es ¿Cuál es el que se aplica hoy en día? La respuesta será la número dos. Este trabajo nace, precisamente, como una crítica a la forma en la que el Consejo de Estado colombiano ha contestado, pues desde la teoría plantea que la reparación integral debe darse al reconocer reparando todos los daños y perjuicios ocasionados, mientras que en la práctica realiza un listado de perjuicios que se reconocen, y a lo largo de su jurisprudencia los muta, no solo en su denominación, sino además en aspectos tan importantes como a favor de quién se pueden reconocer o no.

El punto de partida de esta discusión se construye a partir de las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado el día 28 de agosto de 2014, principalmente las dictadas en los expedientes número 3117 y 28832, que con otras seis sentencias de unificación constituyeron el insumo para el documento final, aprobado mediante acta de la misma fecha, y ordenado mediante acta n.º 23 del 25 de septiembre de 2013, denominado *referentes para la reparación de perjuicios inmateriales*, según el cual, se recopila la línea jurisprudencial y se establecen criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.

En dicho documento, el Consejo de Estado, a través de la Sala Plena de la Sección Tercera, estableció unos criterios indemnizatorios para los perjuicios: morales y daño a la salud, así como afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados con base en cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y quienes solicitan la reparación (parentesco y relación no familiar), para tal efecto se establecieron unas tablas concretas, lo cual, por muchos, no era otra cosa que el establecimiento de unos topes indemnizatorios. Para el caso puntual del daño a la salud, se adoptó una tabla que tiene como eje central la pérdida de la capacidad laboral (tabla 10.1).

Tabla 10.1. Pérdida de la capacidad laboral y porcentaje de reconocimiento

<b>Gravedad de la lesión</b>	<b>Reconocimiento en SMLMV</b>
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

El Consejo de Estado advirtió en dichos pronunciamientos, que el reconocimiento por este concepto únicamente sería procedente para la víctima directa del daño, introduciendo con ello un cambio jurisprudencial de gran relevancia, si se tiene que dicho perjuicio se reconocía a otras personas catalogadas como víctimas indirectas del daño, ya fuese en casos de lesiones o deceso.

La adopción de estas sentencias, y especialmente del documento mencionado, conllevó al fenecimiento en la jurisprudencia del Consejo de Estado del llamado daño a la vida de relación, bajo el entendido que solo se indemniza el daño a la salud de la víctima directa. Me pregunto entonces:

- ¿Dónde quedó todo lo dicho de la reparación integral y del deber de indemnizar todo perjuicio causado?

- ¿Qué pasa si se logra demostrar en el proceso que se causó el daño a la vida de relación a una víctima indirecta?, ¿podría un juez negarlo?

Es de reconocer que la primera acepción asumida por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación mencionadas y conforme al criterio de liquidación que estableció (según el porcentaje de pérdida de capacidad laboral), se percibió como un retroceso en la materia por dos razones: i) por lo que evoca la nueva denominación del perjuicio: un tema físico o funcional, ii) por limitar el reconocimiento del perjuicio a la víctima directa.

No obstante, la sensación generada por la primera razón, fue superada cuando el Consejo de Estado en sentencia del 28 de enero de 2015, con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicado 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), analizando el caso de un niño que sufrió graves lesiones con ocasión de una granada que explotó en sus manos (y que había encontrado minutos antes con un amigo de juegos), al que se le determinó una pérdida de la capacidad permanente de 42,79 %, estableció que para el reconocimiento del daño a la salud, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.

- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

Analizadas las variables en el caso concreto, el Consejo de Estado reconoció un total de 135 SMLMV<sup>1</sup> discriminados así:

- 25 SMLMV por la variable denominada “*factores sociales*” referida a complejos causados en el menor.
- 80 SMLMV por la variable denominada “*anomalía permanente*” referida a la pérdida de la capacidad y el impedimento para cumplir adecuadamente funciones de la mano.
- 30 SMLMV por la variable denominada “*edad de la víctima*” al encontrar que la víctima solo tenía 15 años al momento de los hechos, y por ende deberá padecer el perjuicio durante largo tiempo.

Si dicho caso se hubiese resuelto a la luz de las directrices planteadas en la sentencia del 28 de agosto de 2014, únicamente habría podido reconocerse por concepto de daño a la salud la suma de 80 SMLMV pero, gracias a la aplicación de las variables en comento, puede advertirse una condena y una reparación más apegada a criterios de integralidad y justicia.

En ese sentido es innegable el avance planteado por el Consejo de Estado, que incluso podría servir como argumento para, sencillamente, reconocer el perjuicio denominado daño a la persona. Viendo las variables planteadas por el Alto Tribunal, en éstas podrían encuadrarse tanto el daño fisiológico, como el daño a la vida de relación, la alteración a las condiciones de existencia, y el daño fisiológico mismo.

Pese al gran avance alcanzado con dicha providencia, el Consejo

<sup>1</sup> SMLMV, salario mínimo legal mensual vigente.

de Estado, nuevamente, incurrió en un retroceso, al plantear que el reconocimiento por concepto de daño a la salud sería procedente únicamente para la víctima directa.

Si en gracia de discusión pensáramos que lo que se quiso por parte del Consejo de Estado fue generar en este perjuicio un ajuste, transición o evolución de carácter terminológico, ¿por qué entonces decir que solo se puede reconocer a la víctima directa? Acaso la madre de un joven que queda en estado cuadripléjico como consecuencia de un accidente ¿no sufre un daño en su salud?, ¿acaso toda la familia no sufre un cambio en su dinámica familiar?, ¿cómo explicarle al grupo familiar que el perjuicio que viven a diario con ocasión del hecho sufrido por su familiar, para la justicia no es más que un imaginario?.

En consideración respetuosa de la suscrita, la posición adoptada por el Consejo de Estado en dicho documento y las sentencias de unificación que lo alimentan, es directamente contradictoria del principio de la reparación integral, pues más que fijar unas bases o mínimos, ha sido acogida como unos límites, sumado al hecho de afirmar que la indemnización por concepto de este perjuicio solo procede frente a la víctima directa.

A lo largo de esta disertación lo que se quiere es concluir que, en un proceso de responsabilidad, el juez está obligado a condenar la reparación de los perjuicios que se demuestre fueron causados, y no los que el Consejo de Estado diga que existen o frente a quién proceden.

De acuerdo con Sandoval (2013), la expresión reparación integral en el contexto jurídico goza de una fuerza de cohesión realmente innegable, y pese a que el legislador, los jueces y la doctrina, han reconocido la indeterminación y la vaguedad que implica su adaptación a los casos concretos, se recurre a ella para dar solidez a los argumentos y expresar, las más de las veces, la búsqueda de la justicia a través del derecho.

Los aspectos planteados en este escrito quieren evidenciar la

incompatibilidad de la actual posición del Consejo de Estado frente al reconocimiento del perjuicio denominado daño a la salud con el principio de reparación integral mencionado, y más allá de ello con el artículo 90 de la Constitución Política y los postulados derivados de un Estado social de derecho.

No encuentra lógica la autora de este escrito en el proceder de la Alta Corte, al reconocer durante años un perjuicio reconocido como daño a la vida de relación a personas cercanas a la víctima directa de un daño antijurídico, como los padres, los hijos, cónyuges y compañeros permanentes, para un día sencillamente echar al traste años de resoluciones judiciales uniformes, y llanamente afirmar, que ese perjuicio desapareció, y en su lugar se erige uno nuevo, el daño a la salud, que solo puede ser reconocido a la víctima directa. Nuevamente, ¿No debe el juez condenar al reconocimiento y pago de todos perjuicios que resulten probados?.

Quizás el gran problema se deba a que como lo indica Sandoval (2013), algunos han entendido que el objetivo de la reparación integral está directamente relacionado con la apreciación concreta y precisa que se pueda llegar a efectuar de los perjuicios ocasionados al afectado, y con su traducción directa en un equivalente monetario que refleje, a ciencia cierta, la real magnitud de las consecuencias del hecho dañoso. Lo anterior se traduce en que la reparación integral solo opere frente a perjuicios materiales o patrimoniales.

Cosa contraria se da en la valoración de lo no patrimonial, por cuanto estando alejados de un patrón de referencia o paralelo, la estimación de su cuantía quedará sujeta a una aproximación judicial subjetiva como paliativo o compensación por los daños sufridos. Con ello concluye que esto ha llevado a que se afirme cuando se trata de daño a la persona en sentido escrito, esto es, al margen de sus consecuencias económicas, la completa reparación o reparación íntegra, se convierte en una entelequia (Sandoval 2013).

El autor en cita sostiene que el establecimiento de tarifas legales y jurisprudenciales en materia de indemnización a las víctimas de algunas actividades y para ciertas categorías de daños es una cuestión de primer orden en la discusión actual del derecho de daños, lo cual tiene relevancia y conexión con la intención de evitar la explosión de elevadas condenas reparatorias. Consonante con ello, afirma que la reparación in natura y la imposibilidad de tasar con cierta suficiencia los daños a la persona han llevado a que se ponga en duda el valor del principio de la reparación integral y se establezcan vías de reducción a los daños en casos excepcionales. La idea es conceder una reparación a la víctima que no solo aparezca como adecuada y razonable, sino que confiera certeza para casos semejantes para el futuro (Sandoval 2013).

Conforme a los argumentos expuestos, se evidencia la necesidad urgente de pronunciamiento del legislador, de forma concreta y precisa en lo que refiere al principio de reparación integral, como criterio obligatorio que deba tener en cuenta el juez al momento de resolver los casos de responsabilidad, estableciendo y calificando los tipos de daños y perjuicios, y un derrotero para su reconocimiento, que resulten congruentes y proporcionales con los derechos fundamentales de la persona, analizada desde la necesidad de proteger su dignidad humana.

Sin ser una total afrenta a los avances realizados por el Consejo de Estado en materia de perjuicios, por cuanto las variables establecidas para la liquidación del perjuicio denominado daño a la salud resultan sumamente apropiadas y lógicas, resulta importante resaltar que la construcción normativa que se plantea como necesaria, debe ser producto del análisis de la jurisprudencia de la Alta Corte desde la primera acepción del daño o perjuicio fisiológico y el daño a la vida de relación, para reconocer que quien es titular del reconocimiento judicial de un perjuicio, sencillamente es quien, al interior del proceso se ha demostrado, lo ha sufrido, así se trate de persona diferente a la víctima directa.

## **Conclusiones**

La Constitución Política colombiana en sus artículos 2 y 90 consagra la fuente normativa de la responsabilidad Estatal,

la cual no puede concebirse de manera aislada al Estado social de derecho adoptado en la Carta Magna, que parte del reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

Por otra parte, tanto el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia del Consejo de Estado han reconocido la reparación integral como un principio que debe observarse en los procesos de responsabilidad, de manera que la víctima que ha sufrido el daño realmente reciba la reparación o indemnización de todos los perjuicios que le han sido causados.

A lo largo de su jurisprudencia, el Consejo de Estado ha reconocido dos tipos de perjuicios: materiales e inmateriales. Los primeros, los ha desarrollado a partir de dos modalidades: lucro cesante y daño emergente. Los segundos los ha desarrollado en diferentes categorías:

- Morales.
- Daño fisiológico.
- Daño a la vida de relación.
- Alteración a las condiciones de existencia.
- Daño a la salud.
- Afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados.

De manera concomitante, el Consejo de Estado ha permitido el reconocimiento de perjuicios materiales e inmateriales, exceptuando en todo caso que se conceda más de uno de los siguientes: daño fisiológico, daño a la vida de relación, alteración a las condiciones de existencia y daño a la salud.

Según la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado, de alguna manera se puede evidenciar que en el orden que han sido mencionados en el párrafo anterior, se trata del mismo perjuicio sometido a diversas mutaciones.

Pese a que en sus versiones anteriores, la máxima corporación

de la jurisdicción Contencioso Administrativa había aceptado la causación y reconocimiento del perjuicio de daño a la vida de relación tanto en la víctima directa como en personas cercanas afectivamente, al acuñar el concepto de daño a la salud, se planteó como limitante que el mismo solo puede ser reconocido para la víctima directa, contradiciendo con ello, no solo la realidad que puede probarse al interior de un proceso, sino desconociendo además los postulados del principio de reparación integral, plasmado en un ordenamiento jurídico que responde a un Estado social de derecho que tiene como núcleo central el reconocimiento y la protección de la dignidad humana.

Es precisa la regulación por parte del legislador, de forma concreta y precisa del principio de reparación integral, como criterio obligatorio que deba tener en cuenta el juez al momento de resolver los casos de responsabilidad, estableciendo y calificando los tipos de daños y perjuicios, y un derrotero para su reconocimiento, que resulten congruentes y proporcionales con los derechos fundamentales de la persona, reconociendo la dignidad humana y respetando toda una evolución jurisprudencial realizada al interior del Consejo de Estado en materia de perjuicios.

### **Referencias bibliograficas**

Constitución Política de la República de Colombia. (1991). Gaceta Oficial de la República de Colombia n.o 116 de julio 20 de 1991.

Congreso de la República de Colombia. (1873). Ley 84 de mayo 26. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial 2867 de mayo 31 de 1873.

Consejo de Estado. (1997). Sentencia 10605 de octubre 9. C.P. Hoyos, R.

Consejo de Estado. (2014). Documento final aprobado mediante Acta de agosto 28. Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Documento ordenado mediante acta n.o 23 de septiembre 25 de 2013, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial

y se establecen criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.

M.P. Santofimio, J., Gil, E., Pazos, R., Conto, S., Andrade, H. y Rojas, D. Recuperado de <http://adwa.co/wp-content/uploads/2015/04/Reparacion-De-Perjuicios-Inmateriales-Consejo-De-Estado-.pdf>

Gil Botero, E. (2001). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado* (2.a ed.). Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Henao, L. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Koteich Khatib, M. (2012). La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pérez Luño, A. (2011). *Los derechos fundamentales* (10.a ed.). Madrid: Tecnos.

Rojas Quiñones, S. (2019). Desafíos procesales de las indemnizaciones en Colombia. *En Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá.

Sandoval Garrido, D. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado*, (25), 235-271.

Taruffo, M. (2011). Reflexiones sobre garantismos y garantías. *Temas Procesales*, (27), 17-37.

Uprimny Yepes, R. (2016). Un sistema judicial para profundizar la democracia. En: *Democracia, justicia y sociedad: diez años de investigación en Dejusticia*. Bogotá, Colombia. Mauricio García Villegas y María Adelaida Ceballos editores. Colección Dejusticia.



# CAPÍTULO 11

## Responsabilidad del Estado por omisión en regulación: el caso de los productos transgénicos en Colombia

Lorena Isabel Rivera Montoya<sup>1</sup>, Camilo Andrés Garzón Correa<sup>2</sup>

### Resumen

Los organismos genéticamente modificados (OGM), comúnmente denominados transgénicos, se incluyeron en el comercio mundial como una solución a la crisis de hambre que históricamente azota al planeta y que se ha convertido en una de las principales causas de muerte en el mundo, sobre todo en países en desarrollo. Sin embargo, existen razones serias y fundadas para dudar de la inocuidad de tales organismos, tanto para la salud humana como para el medio ambiente. Estos cuestionamientos provienen de científicos y grupos de ambientalistas que hoy llaman la atención del mundo para que se realicen rigurosos estudios especializados, que demuestren la conveniencia de continuar manipulando, liberando, comercializando e ingiriendo productos que contengan OGM. Algunos países han decidido no permitir la comercialización de estos productos en sus territorios hasta tanto no se demuestre que no representan riesgo alguno para la humanidad, esto basados en el principio

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia, especialista en Derechos Humanos de la ESAP. Correo electrónico: lorena.rivera04@hotmail.com

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín, magister en Derecho de la Universidad EAFIT, jefe de programa de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, seccional Medellín. Correo electrónico: Camiloa.garzon@ucc.edu.co;

de precaución que ha sido resaltado en protocolos y tratados internacionales. En Colombia hay una carencia legislativa al respecto, razón por la cual no puede descartarse la posible responsabilidad patrimonial del Estado frente a los posibles daños que se puedan eventualmente ocasionar a la salud humana, teniendo en cuenta los llamados de atención mundial que se han hecho en torno a los posibles efectos nocivos que pueden acarrear, además de la violación de los derechos del consumidor, en cuanto los derechos de información y elección.

**Palabras clave:** organismos genéticamente modificados (OGM), responsabilidad del legislador, responsabilidad de Estado, daño antijurídico.

### **Abstract**

Genetically Modified Organisms -OGM, commonly called transgenic, were included in world trade, as a solution to the hunger crisis that historically plagues the planet, becoming one of the leading causes of death in the world and mostly in countries Developing. However, there are serious and well-founded reasons to doubt about the safety of such organisms, both for human health and for the environment, from scientists and environmental groups that today attract the attention of the world, so that they are realized rigorous specialized studies, which demonstrate the convenience of continuing to manipulate, release, commercialize and ingest products containing GMO. Some countries have resorted to not allowing their commercialization, within their territory, until it is demonstrated that they do not represent any risk to humanity, based on the precautionary principle, highlighted in International Protocols and Treaties. In Colombia, there is a lack of legislation in this regard, which is why the possible patrimonial responsibility of the State cannot be ruled out against the possible damages that may be caused to human health, taking into account the global attention calls that have been done around the possible harmful effects that can lead, in addition to the violation of the rights of the consumer, as far as the rights of information and election.

**Key words:** genetically modified organisms –OGM; responsibility of the legislator; state responsibility; unlawful damage.

## Introducción

En 1991 la Constitución Política dio surgimiento al nuevo Estado social de derecho en el cual el ser humano ya no es considerado un medio sino, por el contrario, un fin. Tal como lo indicó la Corte Constitucional: “el sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana” (Sentencia T-002 de 1992). Ahora bien, si se tiene en cuenta que en el mundo se estaban desarrollando múltiples actividades, particularmente en la órbita tecnológico-científica, que permitieron en la humanidad importantes beneficios en todos los órdenes, desde la posibilidad de navegar los grandes océanos hasta conectarnos estando a miles de kilómetros de distancia, hasta el desarrollo de técnicas contemporáneas que se encuentran dentro de los linderos más básicos de las sociedades, a saber: la alimentación: se entiende que el Estado avizorara la necesidad de efectuar control, supervisión y vigilancia de determinadas actividades, que incidieran en la materialización de lo que se conoce como un estado bienestar, que propende por el progreso integral de sus administrados, poniendo al servicio de estos todas las entidades y herramientas de las cuales está provisto.

A la par de esos mencionados avances tecnológicos y científicos, también se originaron desarrollos biotecnológicos que dieron paso a la creación de una serie de productos de orden alimenticio en los cuales, en un principio, se encontró la salida a la demanda de sostenibilidad alimentaria que reclaman los asociados. Tales productos han sido denominados transgénicos y, precisamente, este será el tema por desarrollar en este texto. Lo primero será describir aspectos conceptuales y científicos de los OGM y los eventuales efectos nocivos que pueden acarrear para el consumo humano. Luego continuaremos con la identificación de los aspectos jurídicos que establecen la competencia y responsabilidad del Estado frente al seguimiento en el comercio de estos alimentos, los derechos de los consumidores y cómo

pueden verse vulnerados. Finalizando con la identificación del régimen de responsabilidad aplicable en Colombia y las sanciones internacionales que se hayan producido en el extranjero, cuya relación causal tenga una fuente a priori, a saber, los productos genéticamente modificados.

Así las cosas, para el desarrollo de los objetivos planteados, se empleó un enfoque hermenéutico, consistente en la observación documental, lo que implicó un proceso de indagación por medio de una cabal búsqueda de fuentes de información. Se realizó así una indagación desde lo interdisciplinario, de la cual hacen parte los análisis científico, médico y, por supuesto, jurídico- político, que permitieron determinar varias de las características propias de esta monografía, en aras de sentar una postura crítica y reflexiva frente a la liberación, producción, comercialización e ingesta de dichos productos, en tanto que, como se evidenció, son muchos países los que actualmente se encuentran en total zozobra frente a los posibles daños que puedan desencadenarse para la salud humana y el medio ambiente, la liberación y comercialización de tales productos.

### **Organismos modificados genéticamente (OGM) o transgénicos**

El mundo contemporáneo ha venido atravesando por un sinnúmero de cambios y avances, los cuales, aunados al fenómeno de la globalización, han dado paso al desarrollo e impulso de nuevas tecnologías y adelantos científicos que tienen como objetivo principal mejorar las condiciones de vida de la humanidad, haciendo más sencillas y ágiles la realización de algunas actividades que anteriormente demandaban del ser humano mayor esfuerzo y tiempo. Es, precisamente, en el marco del progreso tecnológico y científico que se da el surgimiento de la biotecnología.

De acuerdo con el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, ratificado por Colombia mediante la Ley 165 del 9 de noviembre 1994, en su artículo 2, se entiende por biotecnología “toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus

derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos”.

Acorde a la anterior definición, el *Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del convenio sobre la diversidad biológica*, hecho en Montreal, el 29 de enero de 2000, ratificado por Colombia mediante la Ley 740 del 24 de mayo de 2002, artículo 3, ha establecido que:

Por *biotecnología moderna* se entiende la aplicación de:

- a. Técnicas in vitro de ácido nucleico, incluidos el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos, o
- b. La fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional.

Hoy, la biotecnología es empleada, entre otros usos, en la fabricación de productos para el consumo humano que, en el entorno mundial, ha sido el resultado de un avance agroeconómico propio de países que encuentran en estos productos una salida a la demanda de sostenibilidad alimentaria que reclaman sus asociados. Estos avances biotecnológicos han dado origen a unos productos denominados transgénicos u organismo genéticamente modificado que, según la definición planteada por el *Diccionario de Biología*, Oxford-Complutense (1998), citado por Cataldi (2003), es:

Transgénico: término que describe un organismo cuyo genoma incorpora y expresa genes de otras especies. Los individuos transgénicos se crean por ingeniería genética, utilizando los vectores adecuados para insertar el gen extraño que se quiera en una célula fertilizada o en un embrión en su desarrollo inicial. Por ejemplo, el gen que controla la hormona del crecimiento de las ratas puede ser introducido en un huevo fertilizado de ratón, con lo que los ratones que nazcan tendrán hormona de crecimiento de rata. Los organismos transgénicos tienen un

gran potencial económico; se pueden hacer animales de granja transgénicos que produzcan determinada proteína terapéutica en su leche, o que tengan una hormona del crecimiento potente, capaz de proporcionar animales con abundante carne. Igualmente podemos lograr plantas resistentes a enfermedades mediante las adecuadas técnicas transgénicas.

Por su parte, la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, ha indicado que, OGM es: “el organismo, con excepción de los seres humanos, cuyo material genético haya sido modificado de una manera que no se produce naturalmente en el apareamiento ni en la recombinación natural.” Así pues, en términos técnicos, son OGM aquellos que se les insertan genes de otras especies, empleando técnicas de ingeniería genética, cuyo objetivo es que el organismo adquiera mayores propiedades o características que no poseía, optimizando su resistencia a infecciones, plagas, virus o enfermedades, que conlleven a mejorar, su rendimiento y, por tanto, a aumentar la oferta de estos, es decir, a obtener una mayor producción. En igual sentido, Duque (2010) ha indicado qué:

*Un transgénico es un organismo modificado genéticamente (OGM) o también llamado organismo vivo modificado (OVM), se trata de un organismo vivo no natural, que ha sido concebido por el hombre de manera artificial mediante manipulación genética, gracias a las técnicas de ingeniería genética. Que consiste en tomar segmentos del ADN de un ser vivo para introducirlos en el material genético de otro ser, así dando vida a un nuevo organismo que cuenta con características de ambos seres.*

## **Ventajas de los organismos genéticamente modificados**

Quienes están a favor de estos productos, resaltan diferentes aspectos positivos, entre las cuales encontramos, en primer lugar, la posibilidad de optimizar la calidad de las cosechas, haciéndolas más resistentes a plagas, enfermedades y condiciones climáticas, lo que conllevaría a tener mayores producciones, mejorar la oferta y superar la hambruna mundial, que es sin dudas una de las principales causas de mortalidad. Y, en segundo lugar, la posibilidad

de reducir los costos a lo largo del proceso de producción, ya que, al ser más resistentes a plagas, enfermedades y condiciones climáticas, se tendrá que invertir menos en plaguicidas y demás insumos necesarios para su producción. Tal como lo han indicado Hernández y Serna (2000): “las principales ventajas de los organismos modificados genéticamente son: la resistencia a las plagas, a las enfermedades, y a las condiciones climatológicas y ambientales adversas”. En la actualidad son muchos los países que cultivan productos transgénicos, entre los cuales encabezan la lista, países como: Estados Unidos (principal productor de semillas transgénicas), Brasil, Canadá, India, China, Paraguay, Sudáfrica, entre otros, tal como lo revela la tabla 11.1 elaborada por Clive (2012).

Tabla 11.1. Superficie mundial de cultivos biotecnológicos en 2012 (millones de hectáreas por país)

(Millones de hectáreas)			
1	EE.UU.*	69,5	Maíz, soja, algodón, canola, remolacha azucarera,
2	Brasil*	36,6	Soja, maíz, algodón
3	Argentina*	23,9	Soja, maíz, algodón
4	Canadá*	11,6	Canola, maíz, soja, remolacha azucarera
5	India*	10,8	Algodón
6	China*	4,0	Algodón, papaya, álamo, tomate, pimentón
7	Paraguay*	3,4	Soja, maíz, algodón
8	Sudáfrica*	2,9	Maíz, soja, algodón
9	Pakistán*	2,8	Algodón
10	Uruguay*	1,4	Soja, maíz
11	Bolivia*	1,0	Soja
12	Filipinas*	0,8	Maíz
13	Australia*	0,7	Algodón, canola
14	Burkina Faso*	0,3	Algodón
15	Myanmar*	0,3	Algodón
16	México*	0,2	Algodón, soja
17	España*	0,1	Maíz
18	Chile*	<0,1	Maíz, soja, canola
19	Colombia	<0,1	Algodón
20	Honduras	<0,1	Maíz
21	Sudán	<0,1	Algodón
22	Portugal	<0,1	Maíz
23	Rep. Checa	<0,1	Maíz
24	Cuba	<0,1	Maíz
25	Egipto	<0,1	Maíz
26	Costa Rica	<0,1	Algodón, soja
27	Rumanía	<0,1	Maíz
28	Eslovaquia	<0,1	Maíz
<b>Total</b>		<b>170,3</b>	

Fuente: elaborado por el autor

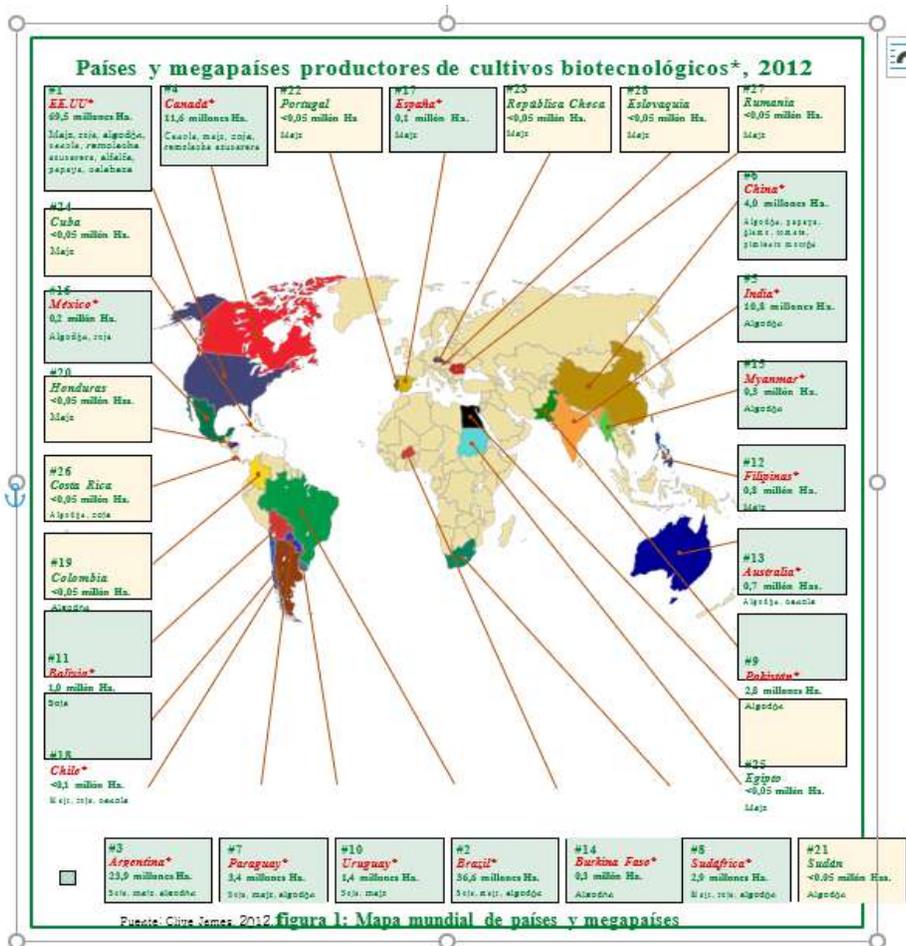


Figura 11.1. países y megapaíses productores de cultivos biotécnicos  
Fuente: elaborado por el autor.

## Posibles riesgos del consumo de los organismos genéticamente modificados

Aunque a primera vista estos avances biotecnológicos representan una alternativa o una solución a los problemas de producción de alimentos para el consumo humano, no puede negarse que los problemas de hambre mundial aún persisten pese a haberse aumentado la producción de alimentos en el mundo con la implementación de los OGM. A este respecto, Cuéllar (2012) nos indica que:

*Las consecuencias del implemento de cultivos transgénicos las podemos observar en las dramáticas cifras que nos muestra la crisis alimentaria actual: más de mil millones de personas, uno de cada seis habitantes del planeta, pasan hambre a pesar de que, nunca en la historia, se había producido tanta comida como ahora. La producción de alimentos desde los años 60 hasta hoy se ha multiplicado por tres, mientras que la población mundial tan solo se ha duplicado.*

En la actualidad existen razones fundadas para considerar que los productos transgénicos representan un peligro inminente para la humanidad, por lo que a corto, mediano y largo plazo el mundo podrá evidenciar las consecuencias catastróficas, no solo para la salud humana sino también para el medio ambiente, dada la posible alteración de los ecosistemas que puede ocasionarse a partir de la liberación de OGM que por procesos de polinización o por efectos del aire mismo, pueden transmitir los genes mejorados a las demás especies tradicionales, lo que conllevaría a la extinción de éstas últimas. Tal como lo ha planteado Larach (2001):

Por último, el temor de que el consumo de alimentos transgénicos provoque riesgos para la salud surge por no contar con respaldo científico razonable que demuestre que estos alimentos son inocuos. Se trata de riesgos como el de transferencia de toxinas o de compuestos alergénicos de una especie a otra, creación de nuevas toxinas o aparición de reacciones alérgicas insospechadas.

Respecto a los potenciales riesgos que pueden ocasionarse en el medio ambiente, Blanco (2000) expone que:

En la tercera edición de setiembre del año 99, la revista Nature informó, durante una investigación de biólogos de la Universidad de Chicago, que plantas de mostaza que contenían un gen modificado, diseñadas para tolerar el herbicida Dupont, transfirieron el gen modificado a plantas de mostaza cercanas en una proporción veinte veces superior a la observada en las plantas de mostaza convencionales, poniendo así en duda las

afirmaciones de la industria sobre que las plantas genéticamente modificadas no plantean un riesgo ambiental mayor que el de las plantas naturales. Esto es así, pues la interacción de los organismos vivos dentro del ecosistema es activa y constante.

De otra parte, no existen estudios científicos serios y contundentes que demuestren que, efectivamente, los productos transgénicos son inofensivos para los humanos y, que su vez, sirvan para darle tranquilidad a la población que hoy ve con desconfianza y recelo el consumo de dichos productos.

Respecto a la salud humana, se ha expresado que el consumo de productos transgénicos puede desencadenar serias implicaciones para órganos internos vitales para la subsistencia de los humanos, como consecuencia de los altos niveles de toxinas, contenidos en estos, pues tal como lo plantea el experto de la Comisión Europea en transgénicos, catedrático en biología molecular, especialista en toxicidad de variedades transgénicas y herbicidas, el doctor Guilles-Eric Séralini (2009), se han demostrado, en test realizado en ratas, daños por el consumo de productos con esta biotecnología. Los animales de prueba ha presentado:

Un aumento del 20 al 40 por ciento de triglicérido y grasa, en la sangre de las hembras; un diez por ciento de aumento del azúcar; un siete por ciento de aumento de peso del hígado; del tres al cinco por ciento de aumento de peso corporal y disfunciones en los riñones. Y para los machos, alteraciones en los parámetros del hígado y del riñón, aunque ligeramente inferiores. Estos son claros signos de toxicidad.

Prueba de lo anterior es que la Organización de Naciones Unidas ha optado por prohibir algunos de estos productos, pues ha advertido los efectos nocivos que tienen para la especie humana, así lo ha manifestado Duque (2010):

Actualmente se comercializan más de 10.000 productos que, en principio, pretendían atacar el hambre mundial, de los cuales la ONU ha prohibido 12 por encontrar alimentos contaminados

que han atacado en el ser humano varios de sus órganos como hígado, riñones, tiroides, entre otros. Cabe resaltar que a lo anterior se suman muchas enfermedades como cáncer de mama en mujeres muy jóvenes y diferentes enfermedades de las que aún no se han logrado establecer las causas reales.

Contrario a lo inicialmente pensando, los transgénicos no constituyen una alternativa idónea para mitigar la hambruna mundial, en tanto que generan potenciales riesgos que podrían cobrarle a la humanidad un costo muy alto en comparación con el beneficio recibido.

En Colombia, algunos entes de poder no han sido ajenos a la preocupación mundial que ha suscitado la ingesta de productos transgénicos, al revelarse algunos estudios indicativos de las fuertes amenazas que estos constituyen para la especie humana. Por ello, el Consejo de Estado en un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil (2005), en respuesta a la consulta realizada por el entonces Ministro Agricultura y Desarrollo Rural, Andrés Felipe Arias Leiva, que tenía por objetivo establecer si de acuerdo con la normatividad vigente en el país, era necesario contar con licencia ambiental para importar y comercializar semillas transgénicas, para lo cual, el órgano consultor, manifestó que:

En relación con la salud humana existen temores por los efectos que los OGM pueden generar una vez hayan entrado en la cadena alimenticia animal y humana. Se afirma que como no se puede garantizar la estabilidad de las modificaciones genéticas introducidas tampoco es posible predecir qué pasará una vez estos alimentos lleguen al aparato digestivo humano y animal. Si a esto se adiciona que dentro del procedimiento de creación de OVM se utilizan, entre otros, virus con resistencia a los antibióticos, las posibilidades de recombinación y mutación nos enfrentan a la posibilidad de que los seres humanos desarrollen por ejemplo ese tipo de resistencias o alergias.

El alto tribunal aprovechó, en esa misma ocasión, para hacer un llamado de atención a reflexionar acerca de los instrumentos jurídicos y el apoyo científico necesario para afrontar con

responsabilidad, considerando las generaciones venideras, todo lo concerniente a la liberación en el ambiente de estos cultivos.

De otra parte, y en virtud del concepto anteriormente indicado, se tiene que, en nuestro país, el ente encargado de autorizar la importación, producción y venta de semillas transgénicas es el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), ello sin perjuicio de la competencia del ejecutivo para ajustar los reglamentos frente a este tema.

### **Competencia del Estado frente al seguimiento de los productos transgénicos**

La vigente Constitución se dio a la tarea de incluir una serie de derechos sociales, económicos, culturales, colectivos, ambientales, entre otros, en los que se puede ver claramente la posición protectora y garantista asumida en su creación, en la cual abordó un tema tan trascendental y que repercute directamente en el bienestar pretendido, como es la salud pública. Por ello, el artículo 8 de la normativa superior, estableció como “obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.” Así mismo el artículo 65 dispone que:

La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras.

Igualmente, la Constitución determina que el Estado tiene la obligación de regular la calidad de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, para ello entonces, en virtud del artículo 78 *ibídem*, debía el Congreso expedir un estatuto de consumidor. Aunado a esto, se estableció el derecho de todas las personas a gozar de un medio ambiente sano, así como la obligación legal de garantizar la participación de la comunidad en aquellas decisiones en las cuales pueda verse afectada (artículo 79 de la Constitución Política).

Finalmente, la Carta Política señala en su artículo 81, que: “el Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional”.

De lo anterior, se puede afirmar que la competencia y responsabilidad del Estado frente al seguimiento y control, no solo de los productos transgénicos, sino de todo tipo de productos alimenticios, tiene origen constitucional, y es una de las garantías instituidas por el constituyente. Asimismo, es oportuno indicar que existen tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia, que acorde con los postulados constitucionales, también preceptúan ese deber de seguimiento y control estatal, lo que resulta apenas lógico, dado que todo lo relacionado con el tema alimenticio lleva implícito un asunto tan significativo como el de la salud pública, que repercute en las esferas de la salud mundial, además de todo lo concerniente al medio ambiente. Estos son temas que trascienden fronteras y que preocupan al mundo entero, máxime si recordamos que nos encontramos ante un mundo que busca la globalización, haciéndose más común la utilización de una de sus herramientas fundamentales, consistente en la concreción de acuerdos comerciales entre dos o más países, con la finalidad de eliminar o minimizar de manera sustancial los aranceles entre los Estados partes, a los que bien se les ha denominado tratados de libre comercio (TLC) con los cuales se comercia, principalmente, alimentos.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de las Naciones Unidas, reunidas del 3 al 14 de junio de 1992, en Río de Janeiro, con la cual se reafirma la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, establece como principio número 15, el de precaución, así:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Dicho principio está direccionado a brindar una mayor protección al medio ambiente, implica una gestión del riesgo, que no puede, en ningún caso, confundirse con el principio de prudencia, pues como lo indican García y Lacouture (2003):

Para la Comisión de las Comunidades Europeas, en su comunicación 01.02.2000 sobre el recurso al principio de precaución, es necesario hacer la «diferencia entre el concepto de prudencia y la aplicación del principio de precaución». La prudencia hace referencia a las políticas de evaluación del riesgo, mientras que el principio de precaución se aplica en la gestión del riesgo cuando la incertidumbre científica no permite una evaluación completa del riesgo y cuando los responsables consideren que el nivel elegido de protección del medio ambiente y de la salud humana, animal o vegetal puede verse amenazada.

Igualmente, el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro, el 5 de junio de 1992 y ratificado por Colombia mediante la Ley 165 del 9 de noviembre 1994, sometido a control constitucional tanto el texto del tratado como la ley, mediante Sentencia C- 519 del 21 de noviembre de 1994, en su artículo 1 señala frente a los objetivos que:

Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.

Asimismo, en su artículo 6, establece que los Estados partes deben propender por la implementación y ejecución de medidas y estrategias orientadas a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, lo que nos confirma que temas tocantes con el medio ambiente, son de preocupación internacional. De otra parte, el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del

convenio sobre la diversidad biológica, hecho en Montreal, el 29 de enero de 2000, ratificado por Colombia mediante la Ley 740 del 24 de mayo de 2002, sometido a control constitucional tanto el texto del tratado como la ley, mediante la Sentencia C- 071 del 4 de febrero de 2003. Dicho Protocolo dispone como objetivo:

Artículo 1. Objetivo. De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos.

De igual manera, se estipula que los Estado partes deberán tomar las medidas legislativas, administrativas y de otro tipo, que sean pertinentes para cumplir con las obligaciones derivadas del protocolo.

El protocolo en comento estableció, la obligación que tiene los Estados de informar, educar y promover la participación del público, en pro de velar por la seguridad de la transferencia, manipulación y utilización de los organismos vivos modificados en relación con la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, sin desconocer los potenciales riesgo para la salud humana. El protocolo propende porque cada Estado parte desarrolle a nivel interno las medidas y estrategias necesarias, con el fin de proteger a sus gobernados de los efectos adversos que puedan derivarse de la transferencia, manipulación y utilización de los organismos vivos modificados (OVM), tanto para la salud pública como para el medio ambiente, fundándose en el principio de precaución, en aras de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

Es pertinente resaltar la Ley 740 de 2002 que, como ya se indicó, ratificó el Protocolo de Cartagena, se encuentra reglamentada por el Decreto 4525 del 6 de Diciembre de 2005, que tiene como finalidad

establecer el marco regulatorio de los organismos vivos modificados, en el que se indica que por regla general, es competencia del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a través del Instituto Colombiano Agropecuario, autorizar mediante la expedición de un acto administrativo, el movimiento transfronterizo, tránsito, manipulación y utilización de dichos organismos que puedan tener efectos adversos para el medio ambiente y la diversidad biológica, teniendo en cuenta los riesgos para la salud humana, la productividad y la producción agropecuaria, con la salvedad de que la competencia será directamente del Ministerio indicado, cuando se trate de organismos vivos modificados destinados exclusivamente para el uso ambiental. Por ejemplo, en los casos en que se les insertan a las semillas tradicionales, la toxina bt, que busca que las plantas sean más resistentes a algún insecto específico. Además, se estableció, que la competencia radicará en cabeza del entonces Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, cuando tales organismos sean destinados exclusivamente para la salud o la alimentación humana. Para lo cual, se requiere que se realice previamente una evaluación del riesgo, en la cual se identifiquen, entre otras cosas, los riesgos y su magnitud, la estimación de probabilidad de su ocurrencia, la valoración de los potenciales efectos directos e indirectos sobre la salud humana, el ambiente y la biodiversidad, la producción o productividad agropecuaria y, cuando se requiera, los potenciales efectos socioeconómicos que puedan derivarse, por decir algo, cuando el OVM se emplee en la fabricación de algún tipo de medicamento o en la fabricación de maíz transgénico. Asimismo, se estableció en dicha normativa la creación de unos comités técnicos nacionales de bioseguridad, entre los cuales tenemos:

- Comité Técnico Nacional de Bioseguridad para organismos vivos modificados —OVM— con fines agrícolas, pecuarios, pesqueros, plantaciones forestales comerciales y agroindustria. Conformado por: el ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado, el antes ministro de la Protección Social o su delegado; hoy Ministerio de Salud y Protección Social, el ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o su delegado, el director de Colciencias o su delegado y el gerente del Instituto Colombiano

Agropecuario —ICA— o su delegado.

- Comité Técnico Nacional de Bioseguridad para organismos vivos modificados —OVM— con fines exclusivamente ambientales. Conformado por: ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o su delegado, el ministro de la Protección Social o su delegado y el director de Colciencias o su delegado.
- Comité Técnico Nacional de Bioseguridad para OVM con uso en salud o alimentación humana exclusivamente. Conformado por: el ministro de la Protección Social o su delegado, el director del Instituto Nacional para la Vigilancia de Medicamentos y Alimentos —INVIMA— o su delegado y el director de Colciencias o su delegado.

Del mismo modo, se precisó que los encargados de ejercer el control y seguimiento de las actividades autorizadas con organismos vivos modificados son: el Ministerio de la Protección Social (actualmente Ministerio de Salud y Protección Social), el Instituto Nacional de Vigilancia de Alimentos y Medicamentos —INVIMA—; el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; el Instituto Colombiano Agropecuario —ICA—; el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y las demás autoridades ambientales. Y se instituyó que las autoridades competentes deberán brindar información, participación al público y que tanto dichas autoridades como las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades con organismos vivos modificados, deberán diseñar y promover programas de educación dirigidos a los usuarios, consumidores y a toda la comunidad en general, que permitan fortalecer el conocimiento y la percepción pública, tanto de los beneficios como de los riesgos que puedan ocasionarse en el desarrollo de actividades con éstos organismos. Igualmente, señala que, la autoridad competente podrá establecer disposiciones en relación con la información que deberá suministrar a los usuarios y consumidores, en las etiquetas y empaques de los organismos vivos modificados autorizados.

La Ley 9 del 24 de enero de 1979 por la cual se dictan medidas sanitarias, consagra como objeto en su artículo 1, la protección del medio ambiente, estableciendo las normas generales que sirven de fundamento a las disposiciones y reglamentaciones requeridas para preservar, restaurar y mejorar las condiciones necesarias en lo que a la salud humana se refiera, y los procedimientos y las medidas que deben adoptarse para la regulación, legalización y control de los descargos de residuos y materiales que afectan o puedan afectar las condiciones necesarias del ambiente. Entendiendo por condiciones necesarias del ambiente las requeridas para garantizar el bienestar y la salud humana. La ley sub examine, se caracteriza por ser bastante extensa y contentiva de una serie de controles sanitarios necesarios para la fabricación, almacenamiento, etiquetado, transporte, etc., de alimentos, drogas, medicamento, cosméticos. Así como, la vigilancia y control de epidemias y enfermedades, entre otras cosas. Finalmente, establece en su artículo 594 que “la salud es un bien de interés público”. Y en su artículo 596, que “todo habitante tiene el derecho a vivir en un ambiente sano en la forma en que las leyes y los reglamentos especiales determinen y el deber de proteger y mejorar el ambiente que lo rodea”.

### **Normatividad sobre organismos vivos modificados del Instituto Colombiano Agropecuario**

La Ley 101 de 1993 (Ley general de desarrollo agropecuario y pesquero), en su artículo 65, que fue modificado por el artículo 112 del Decreto 2150 de 1995, estableció que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a través del ICA, debía desarrollar las políticas y planes encaminados a la protección de la sanidad, la producción y la productividad agropecuarias del país, por ello, sería el responsable de ejercer acciones de sanidad agropecuaria y el control técnico de las importaciones, exportaciones, manufactura, comercialización y uso de los insumos agropecuarios destinados a proteger la producción agropecuaria nacional y a minimizar los riesgos alimentarios y ambientales, provenientes del empleo de los mismos y a facilitar el acceso de los productos nacionales al mercado internacional.

Así las cosas, se tiene que tal establecimiento público, es el encargado de velar por la sanidad animal y vegetal. Para tales efectos, ha expedido ciertas resoluciones, entre las cuales destacaremos las siguientes, por ser las más significativas en lo que a organismos vivos modificados se refiere, así:

- Resolución 001063 del 22 de marzo de 2005 “por la cual se expiden normas para el registro de personas que realicen actividades de importación, comercialización, investigación, desarrollo biológico y control de calidad de organismos modificados genéticamente (OGM) de interés en salud y producción pecuaria, sus derivados y productos que los contengan”<sup>1</sup>.
- Resolución 000946 del 17 de abril de 2006 “por la cual se establece el procedimiento para el trámite ante el ICA de solicitudes de organismos vivos modificados, OVM; se aprueba el Reglamento Interno del Comité Técnico Nacional de Bioseguridad, CTNBio para OVM con fines exclusivamente agrícolas, pecuarios, pesqueros, plantaciones forestales comerciales y agroindustria, y se dictan otras disposiciones”<sup>2</sup>.
- Resolución 000682 del 24 de febrero de 2009 “por medio de la cual se implementa el manejo, bioseguridad y seguimiento para siembras comerciales en el país de algodones genéticamente modificados con resistencia a ciertos insectos lepidópteros y/o tolerancia a la aplicación de herbicidas”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Esta resolución establece los requisitos necesarios para: obtener el registro como importador de un OGM, para obtener el registro como unidad de investigación donde se desarrollen o se manipulen animales o microorganismo modificados genéticamente, para obtener el registro como unidad investigativa donde se manipulen OGM en contención. Así como las obligaciones de los titulares de los registros.

<sup>2</sup> Establece el trámite de solicitudes de todos los OVM, con fines exclusivamente agrícolas, pecuarios, pesqueros, plantaciones forestales comerciales y agroindustria, reglamento del CTNBio (sesiones, funcionamientos, presidencia, secretaría técnica, tratamiento de los temas e incompatibilidades).

<sup>3</sup> Implementa el Plan de Manejo, Bioseguridad y seguimiento que deben cumplir los titulares de cultivos de algodón genéticamente modificado, indica los fines de dicho plan, realiza algunas definiciones pertinentes al tema, señala las recomendaciones, obligaciones y prohibiciones a los

- Resolución 970 del 10 de marzo de 2010 “por medio de la cual se establecen los requisitos para la producción, acondicionamiento, importación, exportación, almacenamiento, comercialización y uso de semillas para la siembra en el país, su control y se dictan otras disposiciones”. Esta resolución consagra los requisitos tanto generales como específicos para la solicitud del registro ante la Dirección Técnica de Semillas, que debe efectuar toda persona natural o jurídica que se dedique a la producción, importación, exportación, almacenamiento de semillas, investigación en fitomejoramiento y/o evaluación agronómica. Asimismo, las facultades que concede el registro y obligaciones, entre otros<sup>1</sup>.

Del estudio de las anteriores resoluciones, se tiene que el ICA cuenta con poca normativa o regulación frente al tema de organismos vivos modificados, al igual que estudios científicos sólidos para la autorización del movimiento transfronterizo, tránsito, manipulación y utilización de dichos organismos que demuestren la verdadera importancia que dicho asunto merece. Lo que resulta alarmante, teniendo en cuenta que la siembra de cultivos modificados genéticamente aumenta aceleradamente, pues según cifras reveladas por Hurtado (2013), en un artículo para el periódico Kienyke.com, se evidencia que:

De acuerdo con los datos suministrados por el Instituto Agropecuario (ICA), al cierre del año pasado se sembró un total de 75.046 hectáreas de maíz, 28.178 ha de algodón genéticamente modificado y 12 ha de flores (claveles y rosas azules). En el país hay 5 cultivos genéticamente modificados aprobados para siembra de algodón, maíz, rosas azules, claveles azules y soya.

De otra parte, es importante tener de presente que mediante

---

que está sometido el agricultor. Así como las sanciones a las que éste se puede hacer acreedor.

<sup>3</sup> Reglamenta y controla la producción, acondicionamiento, importación, exportación, almacenamiento, comercialización, transferencia a título gratuito y uso de semillas sexuales, asexuales, plántulas o material micropropagado de todos los géneros y especies botánicas para siembra de cultivares obtenidos por medio de técnicas y métodos de mejoramiento convencional, etc.

la Decisión 345 del 21 de octubre de 1993, la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aprobó el Régimen común de protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales que, posteriormente, fue reglamentado en Colombia a través del Decreto 533 del 8 de marzo de 1994 por el cual se reglamenta el Régimen común de derechos de los obtentores de variedades vegetales, en el que se le entregó la competencia al ICA para que aplicara dicho régimen y se le confirieron, entre otras funciones, otorgar el certificado de obtentor, abrir y llevar acabo el Registro nacional de variedades vegetales protegidas. Tal régimen tiene entre sus finalidades inicialmente, brindar un reconocimiento a los obtentores de variedades vegetales, mediante la concesión del certificado, previo cumplimiento de las exigencias previstas en tanto en la decisión como en el decreto, y a partir de allí, proteger sus derechos de propiedad intelectual sobre dichas variedades. Lo que puede resultar bastante interesante para efectos de establecer responsabilidades futuras sobre aquellos obtentores, en el caso de llegarse a demostrar que dichas variedades causen algún tipo de perjuicio para la salud humana o el medio ambiente.

### **Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA)**

Este instituto es un establecimiento público del orden nacional, de carácter científico y tecnológico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Salud y perteneciente al Sistema de Salud, con sujeción a las disposiciones generales que regulan su funcionamiento. Creado por mandato del artículo 245 de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, con el objetivo de ejecutar políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva el

cual se reglamentó a través del Decreto 1290 del 22 de junio de 1994, en el cual se especificaron sus funciones.

Ahora bien, frente a la normativa relacionada con organismos vivos modificados, podemos señalar, la Resolución 5109 de 2005, emitida por el Ministerio de la Protección Social por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado que deben cumplir los alimentos envasados y materias primas de alimentos para consumo humano. En la que se indican cuáles son los requisitos generales que deben cumplir los rótulos o etiquetas de los alimentos para consumo humano, envasados o empacados, además de que son el INVIMA y las entidades territoriales de salud que tengan responsabilidades técnicas, las encargadas de realizar la evaluación de la conformidad, expedir el correspondiente certificado y ejercer las funciones de vigilancia y control de estos.

Por otra parte, encontramos la Resolución 4254 del 22 de septiembre de 2011, emitida igualmente por el Ministerio de la Protección Social, se indica allí, en qué casos es necesario dicho rótulo o etiqueta en los OGM, los cuales deben además de cumplir con lo establecido en dicho reglamento, también deberán cumplir con los requisitos señalados en materia de rotulado o etiquetado de alimentos envasados y materias primas para consumo humano de la normatividad sanitaria vigente; y al mismo tiempo indicó en qué casos se exceptúan del rótulo o etiqueta en mención, así como que es competencia del INVIMA y de las direcciones territoriales de salud, ejercer la debida vigilancia y control. El rotulado o etiquetado en mención es de trascendental importancia en toda clase de productos y más aún en el caso de aquellos productos contentivos de OGM, pues con ello se estaría informando al consumidor qué tipo de alimentos está comprando y, a su vez, se le estaría brindando la posibilidad de que este elija libremente si desea consumirlos o no. Para reforzar lo planteado, se trae a colación lo manifestado por García y Lacouture (2003) al respecto:

El etiquetado debe ser visible en el producto OGM o producto que contenga OGM, además el rótulo debe imponerse una vez

otorgada la licencia de producción, liberación o comercialización de OGM. El etiquetado tiene que ser detallado, es decir, debe ir acompañado de la nota: ESTE PRODUCTO HA SIDO MANIPULADO GENÉTICAMENTE, de tal forma que cualquier persona pueda identificar qué clase de producto está adquiriendo.

Contribuyendo de esta manera a la materialización de dos derechos bastante significativos en el plano de los consumidores, el de información y elección, teniendo en cuenta que en su mayoría estos productos hacen parte de la canasta familiar. En este sentido, Hernández y Serna (2000) nos indican que:

Actualmente, productos transgénicos como: el tomate, la soya, el maíz, la calabaza, la papa, el trigo, y el girasol, entre otros, hacen parte de los productos exhibidos en los supermercados y consumidos tanto por los hombres como por los animales. Por lo anterior, es importante resaltar que la composición de estos productos es diferente a la de los productos cien por ciento naturales ya que se trata de productos sometidos previamente a un proceso de ingeniería genética. Es por esta razón, que en beneficio de los consumidores es necesario crear un mecanismo de identificación de los OGM que los diferencie de los que no son OGM.

Salvaguardando, los derechos de los cuales gozan los consumidores y que constituyen a su vez, una garantía para la seguridad e integridad de aquellos, así como la protección de sus intereses de índole económico.

## **Derechos del consumidor**

Como se indicó precedentemente, en virtud del artículo 78 de la normativa superior, el Congreso de la República debía crear un estatuto del consumidor, el cual se introdujo con la expedición de la Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones, la cual tuvo posteriormente algunas modificaciones a través del Decreto 2184 de 2012 por el cual se corrigen yerros en la Ley 1480 del 12 de Octubre de 2011. Dicha ley establece en su artículo 1, su objetivo, así:

Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a:

1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad.
2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.
3. La educación del consumidor.

El objetivo propuesto por la citada ley es plenamente aceptable si se tiene en cuenta que el consumidor carece en muchas ocasiones del conocimiento suficiente y necesario para formarse un juicio de valor frente a los productos o alimentos que va a adquirir, lo que no le permite dimensionar la calidad y cantidad de riesgos que pueden derivarse de la ingesta de estos, llevándole incluso, a poner en riesgo su propia integridad física. Y en tratándose de organismos modificados genéticamente, la protección que ofrece el estatuto del consumidor, toma mayor relevancia, tomándose en consideración, las potenciales consecuencias que pueden resultar de estos. Tal como lo han señalado García y Lacouture (2003):

Los consumidores se encuentran en una posición de inferioridad, en virtud de las cualidades de dispersión y escasez de conocimientos frente a las fuerzas de producción y comercialización de bienes y servicios, que requiere para satisfacer sus necesidades. En materia de alimentos transgénicos, la situación no es diferente, con el agravante de la falta de certeza científica, tanto en la cadena de producción y comercialización como en el consumidor. En virtud de la cual la inferioridad se hace más notoria y la necesidad de protección y garantía es más intensa.

Las prerrogativas arriba indicadas, en lo que a organismos genéticamente modificados se refiere, en Colombia no tienen

mucha aplicación, pues no se ejecutan los planes, programas y proyectos suficientes con el fin de brindarle a los consumidores que son, en últimas, los directamente afectados, la información requerida para saber y comprender en qué consiste la biotecnología moderna, cómo a partir de ella se crean organismos genéticamente modificados, qué son; y mostrar con qué respaldo científico se cuenta para establecer la inocuidad de los mismo. Por lo que se puede decir, que el derecho de información, no se concreta, en tanto que no se brinda información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea y, por ende, tampoco pueden elegir libremente, ya que su conocimiento frente a dicho asunto se encuentra vedado. Frente a esto, Duque (2010) ha indicado que:

Se dice que las decisiones en materia de alimentos genéticamente modificados han sido tomadas exclusivamente por los gobiernos y las grandes multinacionales, que poco han tenido en cuenta a los que se ven directa o indirectamente afectados, como los agricultores y los consumidores.

También, se critica mucho el hecho de que no se hicieran campañas educativas, pues los medios de comunicación acaparan la atención en noticias que son para su beneficio y no en educar a la gente o por lo menos informarla, para que el espectador desde su conocimiento pueda decidir de manera más objetiva y tener una visión crítica acerca de los transgénicos.

De otra parte, la normativa en mención establece en su artículo 6, frente al productor la obligación de asegurar la calidad, idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrece en el mercado, instaurando así mismo, las sanciones a las que se hará acreedor, en caso de incumplir la obligación impuesta.

Acorde a esto, el artículo 20 *ibídem*, preceptúa frente a la responsabilidad por productos defectuosos, la existencia de una responsabilidad solidaria entre el productor y el expendedor, por los daños generados por tales productos. Entendiéndose como daño, a la luz de este artículo: “1. Muerte o lesiones corporales,

causadas por el producto defectuoso; 2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso”. Definiendo lo que se considera como producto defectuoso, en el artículo 5 numeral 17 de la legislación en comento, así: “producto defectuoso es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”. Teniéndose pues, que quien comete el error que da lugar a que el producto sea defectuoso, es ni más ni menos que su productor, como lo expresa Villalba: “por ende, un producto defectuoso es aquel que a consecuencia de un defecto atribuible al productor causa daño al consumidor del bien o servicio” (2014).

Así las cosas, tenemos que el Estado es por disposición constitucional y legal el responsable de la inspección, vigilancia y control de la comercialización de productos alimenticios, incluidos aquellos contentivos de organismos genéticamente modificados y existe también, responsabilidad solidaria entre el productor y expendedor de estos, por los daños derivados de productos defectuosos.

Ahora bien, es pertinente hacer claridad que en Colombia, de acuerdo a la normatividad vigente, no es necesario contar con licencia ambiental para la importación, producción y venta de semillas transgénicas, basta solo con obtener la autorización que expide el ICA, para tales efectos. Tal como lo establece el Consejo de Estado (2005) en la consulta ya antes mencionada:

De acuerdo con lo expuesto, para la importación, producción y venta de las semillas transgénicas, no se requiere de licencia ambiental sino de la autorización expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario ICA, en aplicación de los artículos 291, 301 del Decreto ley 2811 de 1974, 65 de la Ley 101 de 1993 y la Ley 740 de 2002. Esta última exige la evaluación de riesgos, que consiste en un análisis científico, exhaustivo, coherente y responsable que tenga en cuenta el ecosistema receptor y por supuesto su impacto frente a la biodiversidad y la salud humana; evaluación que deberá materializar los principios de eficacia y transparencia, precaución, evaluación paso a paso y caso a caso, información y publicidad, y responsabilidad, para cada planta y semilla transgénica que se pretenda introducir al país.

Reiterando, la exigencia establecida en el Protocolo de Cartagena, referente a la evaluación del riesgo, que, sin asomo de duda, es un aspecto fundamental para garantizar la protección de la salud humana y la conservación del medio ambiente, que preceptúa la Carta Magna.

## **Responsabilidad del Estado**

La eventual responsabilidad Estatal que puede generarse por los daños causado a la salud humana, en torno a la comercialización e ingesta de productos contentivos de organismos genéticamente modificado, es de carácter extracontractual y patrimonial, que tiene fundamento constitucional en el mencionado artículo 90 que ha sido considerado la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Así pues, es pertinente para efectos de ilustrar y sustentar mejor, la posibilidad existente de endilgarle responsabilidad patrimonial al Estado por este tópico, explicar el concepto de lo que se ha denominado como daño antijurídico. La jurisprudencia de la Corte Constitucional expone que:

Respecto a la noción de daño antijurídico, ya esta Corporación, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha indicado que éste puede definirse como aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar. De esta manera, la responsabilidad del Estado podría configurarse no solo cuando el daño es el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también, cuando en el ejercicio normal de la función pública se causa lesión a un bien o derecho del particular, el cual no está obligado a soportar. No obstante, para que el Estado deba responder patrimonialmente, no basta con que se cause el perjuicio antijurídico, sino que éste haya sido causado por alguna autoridad en el ejercicio de sus funciones (Sentencia C-100 de 2001).

Acorde a lo planteado por esta Corporación, el Consejo de Estado (2005) ha manifestado que:

Por ello, la jurisprudencia nacional, siguiendo algunos parámetros de la doctrina extranjera, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución española y 90 de la Constitución colombiana, ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho” ; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación.

De allí pues que no podrá predicarse la existencia de un daño antijurídico cuando la víctima estuviere en la obligación jurídica de soportarlo, dado que ha sido la misma ley la que le ha impuesto dicha carga. Reafirmando lo anterior, el Catedrático Nader (2010) sostiene frente al concepto de dicho daño que:

Dicha noción de daño antijurídico delimita conceptualmente este como la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar. Se requiere, además de lo anterior, para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico la existencia de dos condiciones: la existencia de un daño antijurídico y que dicho daño sea imputable a una persona de derecho público, condiciones que vienen a constituirse así en los elementos de la responsabilidad desde la perspectiva de esta teoría.

Sin embargo, el daño antijurídico causado no podrá haber sido consentido, aceptado o patrocinado por quien pretende su indemnización. Lo que es plenamente aceptable, si se analiza a la luz del principio general del derecho, que sostiene que “nadie puede alegar su propia culpa”. Pues resultaría abusivo y contrario a la buena fe, que la víctima premedite de manera dolosa la ocurrencia del daño con la intención de obtener del Estado una indemnización de carácter patrimonial. A este respecto, el Consejo de Estado (2005) ha señalado:

En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser acusado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede

ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares.

Ahora bien, el concepto de daño antijurídico es de vital importancia, ya que constituye el núcleo central de cualquier título de imputación. Por ello, el Consejo de Estado ha reiterado en varias de sus sentencias, que en cualquier proceso en el que se debata la responsabilidad patrimonial del Estado, lo primero que debe analizarse es que efectivamente, el daño sí haya ocurrido, pues de no ser así, carecería de fundamento fáctico y jurídico la indemnización de un daño que no se ha causado.

Seguidamente, el accionante, que sería en este caso quien pretende la indemnización por parte del Estado, debe demostrar, además el hecho generador del daño, que debe atribuírsele a la administración, y el nexo causal. Este último es la relación existente entre el hecho y el daño, y que tiene como objetivo esencial evitar que se concedan indemnizaciones por la ocurrencia de aquellos hechos que no han sido causa determinante en la generación del daño que se reclama. Frente al nexo causal, Patiño (2008) ha manifestado que:

El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad.

Reseñados estos tres elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado y partiendo de la premisa, de que el Estado, como principio rector que establece el orden social y que por mandato constitucional está constituido para el servicio de la comunidad en el cuidado de su

vida, honra y bienes, podemos deducir desde un punto de vista holístico, que en el evento de la existencia de un daño antijurídico que tenga relación causal con los productos contentivos de OGM, estaríamos en presencia de una responsabilidad extracontractual del Estado. Empero, ¿qué título de imputación se le endilgaría a ese ente jurídico y político? Para ello, es oportuno abordar a grandes rasgos, los títulos de imputación más utilizados en aquellos asuntos en los cuales se tiene en entredicho, la responsabilidad patrimonial del Estado.

### **Falla en el servicio**

Este tipo de responsabilidad se fundamenta en una irregularidad propia de las funciones del Estado, configurándose a partir de la no prestación, la prestación defectuosa o la prestación tardía del servicio. Así, unas de las principales características de esta situación sub examine, indicadas por Ríos (2013), es que:

Implica que el Estado no ha actuado teniendo el deber jurídico de hacerlo, ha actuado de forma defectuosa o tardía. Es, por tanto, un título aplicable cuando se constata el incumplimiento de las obligaciones que el sistema jurídico asigna al Estado en su condición de garante general de los patrimonios en un Estado social de derecho.

En este orden de ideas, este título de imputación puede originarse tanto por una acción o una omisión, que puede traducirse, en el incumplimiento de los deberes de la administración o el cumplimiento defectuoso de los mismos.

### **Daño especial**

Este título de imputación, según la doctrina, está inspirado en un marco de principios constitucionales, como la igualdad, la equidad y la solidaridad. En este caso, la actuación de la administración es plenamente lícita y legal, pero con ella se le genera al particular, el rompimiento de las cargas públicas. Así lo ha indicado el Consejo de Estado (2007):

Por manera que la jurisprudencia ha definido al daño especial, como aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas.

## **Riesgo excepcional**

Aquí el Estado se encuentra actuando en el marco de la legalidad, cumpliendo con los fines que la Constitución y la ley le han asignado, despliega actuaciones que resultan siendo peligrosas, conllevando a que se genere un riesgo superior, que termina por exceder las cargas impuestas a los particulares. Fundamentándose en la necesidad de restablecer del principio de igualdad. Así lo expone Ríos (2013):

En la fundamentación de este título jurídico se considera que para el cumplimiento de los fines constitucionales y legales, el Estado en algunos casos debe realizar actividades que, aunque legítimas, son intrínsecamente peligrosas, como el manejo de armas de fuego, la conducción de vehículos o el transporte de energía. En tales eventos, para la satisfacción de los intereses sociales, el Estado necesariamente genera un riesgo distinto a los demás niveles de riesgo que la Corte Constitucional identifica como: riesgo mínimo (en el que se encuentran todas las personas por el hecho de nacer, como el riesgo de enfermarse o morir) y riesgo ordinario (derivados de la vida en sociedad y cuya fuente es externa al individuo).

Ahora bien, de las anteriores categorías de imputación al Estado, surge un nuevo elemento interrogativo que se debe resolver, ¿cuál de ellos es aplicable en lo acá analizado? Teniendo en cuenta todo lo expuesto, por mandato constitucional la producción de alimentos debe gozar de especial protección por parte del Estado, debiendo para ello disponer de leyes que regulen el control de calidad de bienes y servicios que sean ofrecidos y prestados a

la comunidad, al igual que la información que deba suministrarse al público en su comercialización: que es el Estado el encargado de regular el ingreso y la salida de los recursos genéticos y su utilización, conforme al interés nacional.

Sumado esto, los tratados internacionales que referentes al tema de organismos genéticamente modificados ha ratificado —cuyo fundamento central gira en torno al principio de precaución— que debe aplicarse siempre que exista peligro de causarse un daño grave o irreversible. En el caso en concreto tiene como finalidad aportar a la protección en el marco de la transferencia, manipulación y utilización segura de los organismos genéticamente modificados, a la conservación de la diversidad biológica, sin dejar de lado los potenciales riesgos, para lo cual, debe realizar una evaluación de riesgo, en tanto que no existen estudios científicos sólidos que sirvan para demostrar la inocuidad de dichos organismos, tanto para la salud humana como para el medio ambiente.

Conforme a la normativa brevemente reseñada, se tiene por disposición legal la facultad del ICA para expedir la respectiva autorización para la importación, producción, y venta de las semillas transgénicas, para lo que previamente, debe haber realizado la evaluación del riesgo, sin perjuicio de la facultad que ostenta el INVIMA, para vigilar y controlar la calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva, además de vigilar que efectivamente, se cumpla con la exigencia atinente al etiquetado y rotulado de los productos que tienen entre sus componentes organismo genéticamente modificados.

Adicional a esto, se debe tener en cuenta que el Estatuto del Consumidor señala entre los derechos de los cuales gozan los consumidores, el de información y educación; el título de imputación apropiado, sería el de *falla en el servicio*, pues el Estado es el garante principal de velar por la salud humana

de sus asociados, convirtiéndolo así en un tópico de la salud pública y que, como se indicó precedentemente, facultó a unas entidades públicas en dicha labor, tales como el ICA y el INVIMA las cuales, podríamos decir, que no cumplen a cabalidad con la misión encomendada prestando indebidamente el servicio, por cuanto inaplican el principio de precaución, al que deben aferrarse ante los posibles riesgos que pueden ocasionar tales organismos para la salud humana y para el medio ambiente y ante la ausencia de estudios científicos que los desvirtúen. De esta manera, la atribución de la responsabilidad la constituye la omisión, atendiendo a la inactividad del servicio que significa, ante todo, el incumplimiento del rol y deberes del Estado, de inspección, vigilancia, control y protección en este tipo de relaciones alimentarias o medioambientales.

Sin embargo, también podría pensarse igualmente en el título de imputación de *daño especial*, en el cual la actuación es legal, pero ocasiona un daño antijurídico, en un caso en el que las condiciones fácticas sean como estas: tanto el ICA como el INVIMA, cumplen las funciones propias que se le han conferido, así como con el principio de precaución, la evaluación del riesgo y las demás directrices dadas por el *Protocolo de Cartagena*, y aun así, el producto compuesto por un OGM produce un daño significativo y probado a un grupo, toda vez que el grupo de personas empezó a padecer de una(s) enfermedad(es), debido a la ingesta del producto, y ya se habían realizado advertencias por parte de un grupo de ambientalistas y científicos, acerca de los efectos adversos del producto, generándose un rompimiento de las cargas públicas, que amerita una reparación estatal con el objetivo de restablecer el equilibrio de dichas cargas.

### **Sanciones internacionales respecto de los organismo genéticamente modificados**

A pesar de que a nivel internacional no existen sanciones en contra de algún Estado por la manipulación, liberación y comercialización de OGM, debe anotarse que sí existen

algunos países que han expedidos legislaciones que le dan un tratamiento mucho más riguroso al tema de los OGM, basados en el principio de precaución consagrado en la Declaración de Río sobre el medio ambiente, al igual que en el Protocolo de Cartagena, con la finalidad de proteger a sus ciudadanos y al medio ambiente de los impactos negativos que pueden acarrear estos organismos. Tal es el caso de la República del Perú, en el continente americano, en el cual existe una moratoria que va hasta el año 2020, la cual se estableció mediante la Ley 29811, aprobada el 4 de noviembre de 2011, durante la cual se impide el ingreso al territorio nacional de transgénicos, en pro de permitir una adecuada evaluación, prevención y gestión de los impactos potenciales sobre la biodiversidad nativa. Sin embargo, y pese a la prohibición legal, la norma venía siendo transgredida, por lo que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental —OEFA—, que es un organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio del Medio Ambiente, publicó la escala de las multas para quienes infrinjan la moratoria vigente, como una medida tendiente a efectivizar la normatividad al respecto.

Asimismo, debe resaltarse el caso de la Unión Europea, en la cual cada país integrante de ella tiene la potestad de regular su propia normativa al respecto de los OGM o transgénicos dentro de su territorio, determinando sí los permite o los prohíbe. Encontrándose que en su mayoría todos los países, con excepción de España, ven con recelo la posibilidad de permitir el ingreso de aquellos.

Finalmente, en el continente africano, Kenia, prohibió mediante decreto el ingreso de los OGM, en consideración a la gran incertidumbre que versa sobre este tema, acerca de sus riesgos potenciales.

## **Conclusiones**

Así pues, se tiene que el mundo hoy se encuentra en vilo frente a las inminentes amenazas que derivan de la producción, comercialización e ingesta de productos transgénicos y que nos llevan a preguntarnos si realmente este tipo de productos son una verdadera respuesta a los problemas de hambre que azotan al mundo entero o son, más

bien, un juego económico y de poder que solo busca favorecer a unos cuantos a expensas de sacrificar la vida humana y el planeta mismo, pues a pesar de la utilización de OGM para efectos de mejoramiento de la calidad y cantidad de las producciones, no se demuestra una disminución significativa del flagelo de la hambruna mundial, que azota a la humanidad. Pues, tal como lo ha indicado Guzmán (2014) del diario El País de España, actualmente las multinacionales que producen transgénicos han puesto sus ojos en África, con la intención de expandirse en dicho continente, aduciendo que esta es una solución para acabar con el hambre, lo que es un desacierto, en tanto que ello, solo llevará a empeorar más su situación:

Portanto —contrariamente a la hipótesis de la industria— para acabar con el hambre, la introducción de semillas privadas en los países africanos no hará más que empeorar las situaciones de hambrunas, pues los pueblos se vuelven dependientes bajo la privatización de las semillas. Además, la alteración genética producida daña la biodiversidad y altera los ciclos naturales del campo.

Por esto, es urgente e imperioso, que la población mundial aborde este tema con mucha precaución y cautela, y que se desplieguen rigurosos estudios científicos que ayuden a establecer cuáles son las ventajas y las desventajas de dichos productos, y que, además, se le permita tener mayor participación a los que en últimas son los directamente afectados, estos son, los consumidores, previa educación e información.

En el caso colombiano, se tiene que es el Estado el encargado, por mandato constitucional y legal, de ejercer vigilancia y control de la producción de alimentos, de regular el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos a la comunidad, al igual que la información suministrada al público, de regular el ingreso y salida del país de recursos genéticos y su utilización acorde con el interés nacional, además de proteger las riquezas culturales y natural de la nación. Y complementario a esto, la Constitución consagra el derecho de todas las personas a gozar de un medio ambiente sano.

De otro lado, bien puede concluirse que no existe una normativa integral que recoja a plenitud, todo lo relacionado con los OGM y las exigencias legales que requieren la manipulación, comercialización y liberación de dichos productos, que evidencien la aplicación del principio de precaución y el cabal cumplimiento de las normas de orden internacional que han sido debidamente ratificadas, en torno a este tópico, ante la incertidumbre y la carencia de estudios científicos sólidos que demuestren la inocuidad de dichos organismos. Así pues, se requiere con apremio, la expedición de una ley que regule dicho asunto, y que cuente para su elaboración con el apoyo de todas las entidades gubernamentales y no gubernamentales que tenga conocimientos útiles sobre el tema, así como la opinión de la ciudadanía, previa educación e información, en la cual se tenga como objetivo principal la protección de la salud pública y la diversidad biológica.

A más de esto, se tiene que en lo que respecta a los OGM, se quebrantan los derechos de información y elección de los consumidores, que consagra el estatuto del consumidor, pues no se ha brindado la suficiente información y educación de aquellos que serán los directamente afectados con las consecuencias que generen la comercialización e ingesta de los productos contentivos de tales organismos, y que los adquieren y consumen, con la falsa noción de que son los productos que tradicionalmente han consumido. Además, deben tenerse presente las obligaciones que dicho estatuto les impone a los productores y expendedores, así como las responsabilidades que pueden endilgárseles por aquellos daños ocasionados por productos defectuosos.

Asimismo, se puede indicar que existe la posibilidad de que el Estado sea declarado patrimonialmente responsable, por los daños antijurídicos causados como consecuencia de la manipulación, transferencia y comercialización de OGM, bajo el título de imputación de falla en el servicio, que se considera, es el más acertado para este caso, ante la indebida prestación de los servicios o facultades que se le han sido conferidas al ICA y al INVIMA, y que eventualmente pueden ser solidariamente responsables, por las falta de vigilancia y control reprochadas.

## Referencias bibliograficas

Constitución Política de la República de Colombia. (1991). Gaceta Oficial de la República de Colombia n.º 116 de julio 20 de 1991.

Blanco Garrido, S. (2000). *Apuntes para un régimen de la responsabilidad en el ámbito de la actividad biotecnológica*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Clive, J. (2012). Global Status of Commercialized Biotech/GM CROPS: 2012. Recuperado de <https://www.isaaa.org/resources/publications/briefs/44/executivesummary/pdf/Brief%2044%20-%20Executive%20Summary%20-%20English.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (1979). Ley 9 de enero 24 por la cual se dictan Medidas Sanitarias. Diario Oficial 35308 de julio 16 de 1979.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 99 de diciembre 22 por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41146 de diciembre 22 de 1993.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 100 de diciembre 23 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41148 de diciembre 23 de 1993.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 101 de diciembre 23. Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero. Diario Oficial 41149 de diciembre 23 de 1993.

Congreso de la República de Colombia. (1994). Ley 165 de noviembre 9 por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre

la Diversidad Biológica”, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. Diario Oficial 41589 de noviembre 9 de 1994.

Congreso de la República de Colombia. (1998). Ley 446 de julio 7 por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Diario Oficial 43335 de julio 8 de 1998.

Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 740 de mayo 24 por medio de la cual se aprueba el “Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica”, hecho en Montreal, el veintinueve (29) de enero de dos mil (2000). Diario Oficial 44816 de mayo 29 de 2002.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1480 de octubre 12 por medio de la cual se crea el Estatuto del Consumidor en Colombia. Diario Oficial 48220 de octubre 12 de 2011.

Consejo de Estado. (2005). Sentencia 41001-23-31-000-1990-05732-01(12158) de diciembre 5. C.P. Hernández, A.

Consejo de Estado. (2005). Sentencia 1687 de noviembre 23. C.P. Arboleda, E.

Consejo de Estado. (2007). Sentencia 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421) de marzo 8. C.P. Correa, R.

Corte Constitucional. Colombia. (2001). Sentencia C-100 de enero 31. M.P. SÁCHICA, M.

Cuéllar, Y. (2012). Análisis normativo de los cultivos transgénicos en Colombia y propuesta de un modelo agroalimentario protector de los derechos de los campesinos y consumidores. Recuperado de <http://repository.unilivre.edu.co/bitstream/10901/7421/1/>

CuellarCastroYulianaCarolina2012.pdf

Diccionario de Biología, Oxford- Complutense (1998), Citado por Cristiane Cataldi. Recuperado el 16 de Junio de 2015 en: [http://intranet.ufsj.edu.br/rep\\_sysweb/File/vertentes/Vertentes\\_30/cristiane\\_cataldi.pdf](http://intranet.ufsj.edu.br/rep_sysweb/File/vertentes/Vertentes_30/cristiane_cataldi.pdf)

Duque Gómez, E. (2010). *Los alimentos transgénicos más allá de una medida para disminuir el hambre mundial* (Tesis de pregrado). Universidad Sergio Arboleda, Bogotá.

García, M. y Lacouture, H. (2003). Implicaciones jurídicas de los alimentos transgénicos en Colombia. *Revista de Derecho*, (20). Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2895/1982>

Guzmán, J. (2014). ¿África libre de transgénicos? Recuperado de [http://elpais.com/elpais/2014/09/01/planeta\\_futuro/1409581353\\_015870.html](http://elpais.com/elpais/2014/09/01/planeta_futuro/1409581353_015870.html).

Hernández, F. y Serna, N. (2000). *Tratamiento legal de la responsabilidad derivada de los movimientos transfronterizos de los organismos modificados genéticamente* (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Recuperado de <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis24.pdf>

Hurtado, C. (2013). Transgénicos, ¿un demonio en el que cree Colombia? Recuperado de <http://www.kienyke.com/economia/transgenicos-un-demonio-en-el-que-cree-colombia/#>

Instituto Colombiano Agropecuario. (2005). Resolución n.º 001063 de marzo 22 por la cual se expiden normas para el registro de personas que realicen actividades de importación, comercialización, investigación, desarrollo biológico y control de calidad de Organismos Modificados Genéticamente (OMG) de interés en salud y producción pecuaria, sus derivados y productos que los contengan. Recuperado de <https://www.ica.gov.co/getattachment/3d0d2038-2e65-4e65-b253->

2d26e94ed103/1063-1.aspx

Instituto Colombiano Agropecuario. (2006). Resolución n.º 000946 de abril 17 por la cual se establece el procedimiento para el trámite ante el ICA de solicitudes de Organismos Vivos Modificados, OVM; se aprueba el Reglamento Interno del Comité Técnico Nacional de Bioseguridad, CTNBio para OVM con fines exclusivamente agrícolas, pecuarios, pesqueros, plantaciones forestales comerciales y agroindustria, y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <https://www.ica.gov.co/getattachment/dab1a876-86af-4586-bcc3-4e5abf58e850/946.aspx>.

Instituto Colombiano Agropecuario. (2009). Resolución n.º 682 de febrero 24 por medio de la cual se implementa el Plan de Manejo, Bioseguridad y Seguimiento para siembras comerciales en el país de algodones genéticamente modificados con resistencia a ciertos insectos lepidópteros y/o tolerancia a la aplicación de herbicidas. Diario Oficial 47280 de marzo 3 de 2009.

Instituto Colombiano Agropecuario. (2010). Resolución n.º 970 de marzo 10 por medio de la cual se establecen los requisitos para la producción, acondicionamiento, importación, exportación, almacenamiento, comercialización y/o uso de semillas para la siembra en el país, su control y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47648 de marzo 11 de 2010.

Irisarri Boada, C. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano* (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

Larach, M. (2001). El comercio de los productos transgénicos: El estado del debate internacional. Recuperado de <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/19328/larach.pdf>

Londoño Toro, B. (2003). El primer fallo sobre transgénicos en Colombia: los retos y dificultades judiciales de interés público. Recuperado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/dyj/dyj02/>

dyj-5-beatriz.pdf

Mendoza, L. (s.f.). Documental de History Channel sobre alimentos transgénicos [Archivo de video]. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=LfzT\\_gt9zFE](https://www.youtube.com/watch?v=LfzT_gt9zFE)

Ministerio de la Protección Social. (2005). Resolución n.º 5109 de diciembre 29 por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado que deben cumplir los alimentos envasados y materias primas de alimentos para consumo humano. Diario Oficial 46150 de enero 13 de 2006.

Ministerio de Protección Social. (2011). Resolución n.º 4254 de septiembre 22 por medio de la cual se expide el Reglamento Técnico que establece disposiciones relacionadas con el rotulado o etiquetado de alimentos derivados de Organismos Genéticamente Modificados – OGM para consumo humano y con la identificación de materias primas para consumo humano que los contengan. Diario Oficial 48204 de septiembre 26 de 2011.

Nader Orfale, R. (2010). Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Recuperado de <http://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/view/144>.

Organización de las Naciones Unidas. (1992). Convenio sobre la diversidad biológica. Recuperado de <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Recuperado de <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>

Organización de las Naciones Unidas. (2000). Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica. (2000). Recuperado de <https://www.conacyt.gob.mx/cibiogem/images/cibiogem/comunicacion/publicaciones/cartagena-protocol-es.pdf>

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2001). Directiva 2001/18/CE de marzo 12 sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02001L0018-20150402&from=ES>

Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Recuperado de <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp14/hectorEduardoPatino.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. (2005). Decreto 4525 de diciembre 6 por el cual se reglamenta la Ley 740 de 2002. Diario Oficial 46115 de diciembre 7 de 2005.

Presidencia de la República de Colombia. (2012). Decreto 2184 de octubre 26 por el cual se corrigen yerros en la Ley 1480 del 12 de octubre de 2011. Diario Oficial 48598 de octubre 29 de 2012.

Presidencia de la República de Colombia. (1994). Decreto 1290 de junio 22 por el cual se precisan las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA y se establece su organización básica. Diario Oficial 41406 de junio 24 de 1994.

Presidencia de la República de Colombia. (1994). Decreto 533 de marzo 8 por el cual se reglamenta el Régimen Común de Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales. Diario Oficial 41273 de marzo 11 de 1994.

Presidencia de la República de Colombia. (1995). Decreto 2150 de diciembre 5 por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diario Oficial 42137 de diciembre 6 de 1995.

Riechman, J. (2002). *Qué son los alimentos transgénicos*. Barcelona: RBA libros.

Riguetti, B. (2009). Ambiente: constatan contaminación de transgénicos en cultivos de maíz. Consultado el 15 de febrero de 2015 en base de datos ProQuest.

Ríos Tovar, L. (2013). *Aplicación de los títulos jurídicos de imputación en casos de actos terroristas y su incidencia en la reparación de víctimas* (Tesis de maestría). Universidad de Manizales, Manizales. Recuperado de [http://ridum.umanizales.edu.co:8080/jspui/bitstream/6789/753/1/Rios\\_Lucero\\_2013.pdf.pdf](http://ridum.umanizales.edu.co:8080/jspui/bitstream/6789/753/1/Rios_Lucero_2013.pdf.pdf)

Slow Food Terres de Lleida. (2012, mayo 14). Conferencia del profesor Guilles-Éric Séralini sobre los transgénicos, IV Fira SF Lleida [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=fMepAAkehA4>

Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. (1993). Decisión 345 de octubre 21 sobre el Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales. Recuperado de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co089es.pdf>

Villalba Cuéllar, J. (2014). La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano. Recuperado de <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar27/4-la-responsabilidad-por-producto.pdf>



# CAPÍTULO 12

## La prueba, el proceso y el derecho de daños: algunas perspectivas complejas<sup>1</sup>

Diana María Ramírez Carvajal <sup>2</sup>

### Resumen

Hasta hace pocos años, los estudios de Derecho privado, para lograr la indemnización de perjuicios, se centraban en las normas de responsabilidad civil y la prueba la enfocaban en la culpa del sujeto responsable. Sin embargo, hoy, este enfoque jurídico cambia radicalmente y en diversos espacios académicos y jurídicos, se discute sobre una perspectiva de la responsabilidad civil que se ha denominado el Derecho de daños. Este enfoque intenta definir que el proceso se centra en la víctima, a través del principio de protección del más débil, que lo más importante es el daño y que la culpa y la determinación del sujeto dañoso, son estructuras secundarias de la responsabilidad.

Pues bien, esta discusión, desde el punto de vista procesal, tiene un enfoque específico centrado en la prueba y en el nexo causal. El proceso leído desde la prueba, rompe esquemas tradicionales y enfoca el mundo al revés, en términos de la física cuántica. Es, por tanto, de acuerdo a estas perspectivas en discusión, una

<sup>1</sup> Texto producto de la investigación *Los principios de la justicia civil*, dirigido por Michele Taruffo, financiado en Colombia por la Universidad Católica de Oriente.

<sup>2</sup> Profesora investigadora, adscrita al grupo de investigaciones jurídicas de la Universidad Católica de Oriente. Correo electrónico: [radiana21@hotmail.com](mailto:radiana21@hotmail.com)

lectura del Derecho, poco o nada conocida. De eso trata este texto, de enfocar el Derecho de daños desde la visión procesal y con él se inician una serie de reflexiones sobre las implicaciones que en el proceso debido y la prueba, producen estas nuevas tendencias del Derecho, ancladas en el daño.

**Palabras clave:** prueba, procesos, daño, ley.

## **Abstract**

Until a few years ago, private law studies, to achieve compensation for damages, focused on civil liability standards and the evidence focused on the fault of the responsible party. However, today, this legal approach changes radically and in various academic and legal spaces, a civil liability perspective that has been called the right of damages is discussed. This approach tries to define that the process focuses on the victim, through the principle of protection of the weakest, that the most important thing is damage and that the fault and determination of the harmful subject are secondary structures of responsibility.

Well, this discussion, from a procedural point of view, has a specific focus on evidence and the causal link. The process read from the test, breaks traditional schemes and focuses the world upside down, in terms of quantum physics. It is therefore, according to these perspectives under discussion, a reading of the law, little or nothing known. That is what this text is about, to focus on the right of damages from the procedural vision and with it a series of reflections on the implications that in the due process and the test, produce these new tendencies of the law, anchored in the damage, begin.

**Key words:** test, processes, damage, Law.

## **La ley sustantiva, en el derecho de daños**

La ley sustantiva se comprende como la base de la decisión

judicial. Esta ha sido la tradición, empleada en el proceso como la prevalencia del derecho sustancial (Constitución Política de Colombia, artículo 228). Algunas de estas codificaciones, datan de miles de años, como las compilaciones romanas.

Cuando se estudia el Derecho de daños, este presenta su génesis en la responsabilidad civil, y su ley fundante se relaciona con la antigua *lex aquilia*, según dicen algunos doctrinantes como Bernal (2013), quien afirma que:

Las jurisdicciones del derecho continental recibieron una fuerte influencia de la ley Aquilia del derecho romano. Esta ley limitaba el ámbito del derecho de daños a la compensación de los daños antijurídicos: Danum Iniuria Datum. Esta limitación del alcance del derecho de daños es una propiedad que se mantiene en los sistemas jurídicos continentales. Es también una verdad incuestionable.

En sentido contrario, pero con una argumentación débil, Llamas sostiene que:

La responsabilidad basada en la culpa no tiene su verdadero origen en la Lex Aquilia, sino que es más bien un producto de la concepción cristiana del hombre y de la vida. Por eso, tuvo un giro determinante en el siglo XX, donde el eje de la responsabilidad civil ya no es el sujeto responsable, sino el objeto de la responsabilidad, o sea, la reparación del daño (2010, p. 44).

Al parecer, Llamas pretende llevar el discurso hacia modelos religiosos, porque es una forma más simple, o por lo menos más expedita para evitar los compromisos que la responsabilidad civil tiene y ha tenido con la ley sustancial, que por milenios, ha sido la determinante en sus relaciones jurídicas. En efecto, así como en la responsabilidad civil, en general, la tradición jurídica latinoamericana, ha puesto en el centro del derecho, las leyes sustantivas. Y esta forma de entender el mundo jurídico, produce unas consecuencias sociales específicas, como intentar regular la conducta de las personas, siempre con el espejo de la ley, y también centrar el conflicto en las representaciones fácticas

de la norma. Es por ello que esta tradición ha producido un tipo específico de proceso judicial de responsabilidad, aquel centrado en modelos de culpa y compensación. En este, el eje de la responsabilidad civil, se asienta sobre las normas que contienen lo que se ha denominado tradicionalmente, la causalidad jurídica, que no es más que la tipificación de la conducta dañosa.

La causalidad jurídica surge cuando “una norma toma en consideración un nexo de causalidad material, calificándolo jurídicamente y atribuyéndole consecuencias jurídicas. En este sentido, la causalidad jurídica es sólo el ropaje jurídico que una norma atribuye a un nexo causal” (Taruffo, 2008, p. 258). Son algunos ejemplos sobre esta forma de razonar la causalidad, los siguientes:

- La calificación de la conducta calificada “responsable”, que trae el Código Civil colombiano cuando afirma “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (artículo 2341).
- La sucesión procesal, que se asigna a los herederos de un sujeto dañoso o al que se beneficia del daño, donde por ley “es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin haber tenido parte en él, solo es obligado hasta la concurrencia de lo que valga el provecho que hubiere reportado” (Código Civil colombiano, artículo 2343).
- La solidaridad en la responsabilidad, cuando la norma afirma que “si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa”, según el Código Civil, artículo 2344.
- La conducta ajena que genera responsabilidad en una persona, pues la ley ordena que se es responsable, no solo de las propias acciones para el efecto de indemnizar

el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado (Código Civil colombiano, artículo 2347) o del ocasionado por sus trabajadores.

También son parte de estos ejemplos la responsabilidad del ebrio por daños causados por su delito o culpa (Código Civil, artículo 2345), la de personas que tienen a cargo menores o dementes (Código Civil, artículo 2346) o la responsabilidad que se predica por los actos de los hijos menores, que habiten en la misma casa (Decreto 2820 de 1974 artículo 65) y también por el daño causado por un animal fiero (Código Civil, artículo 2353).

En el mismo sentido, obran normas más genéricas de responsabilidad, califican la conducta para delinear la causalidad jurídica, como los alimentos que se deben al hijo<sup>1</sup> o a las personas de la tercera edad. Y, por último, puede también mencionarse la responsabilidad por actividades peligrosas (Código Civil, artículo 2356), que es mucho más compleja pues según la interpretación de la ley, incluye actividades con arma de fuego, daños en las vías, conducción de automóvil o maquinaria y la prestación de los servicios de energía, entre otros.

Como puede desprenderse de la lectura anterior, la causalidad jurídica es la tipificación normativa —hecha por el legislador— de las conductas de las personas. Y, cuando el proceso centra su atención en esta tipificación, le da toda la fuerza a este enunciado de “culpas probables” y les resta fuerza a los demás elementos del conflicto, que en el caso de la responsabilidad serían el daño, la indemnización integral y la prueba del nexo causal.

---

<sup>1</sup> El Código Civil colombiano, artículo 413, y la Corte Constitucional, en Sentencia C-875 de 2003 manifestaron que “la obligación alimentaria, contemplada de tiempo atrás en el Código Civil, encuentra hoy fundamentos mucho más firmes en el propio texto de la Constitución Política, particularmente en cuanto respecta a los niños (art. 44 CP), a las personas de la tercera edad (art. 46 CP), a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 CP) y al cónyuge o compañero permanente (art. 42 CP), y es evidente que el legislador no sólo goza de facultades sino que tiene la responsabilidad de establecer las normas encaminadas a procurar el cumplimiento de los deberes a cargo del aumentante, las acciones y procedimientos para que los afectados actúen contra él y las sanciones aplicables, que pueden ser, como resulta del ordenamiento jurídico vigente, de carácter civil y de orden penal. (Sentencia C-657 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)”.

Esta es la herencia del derecho occidental, centrar la atención de jueces y abogados en las normas del derecho sustantivo e identificar, dentro del proceso, si estas normas se cumplieron o se incumplieron. Ello parte en términos de subsunción de la conducta, de la relación que se pueda establecer con la situación fáctica que enuncia la ley, cuyo contenido siempre será general, impersonal y abstracta.

Sin embargo, las nuevas tendencias presentan el principio del fin, de la prevalencia del derecho sustancial (Constitución Política de Colombia, artículo 228), prevalencia que no ha tenido en cuenta que “desde las postrimerías del siglo XIX, era patente el ocaso de la burguesía liberal, mientras los códigos civiles, sus hijos legítimos, daban muestras apenas nacidos de senilidad e inadaptación a los cambios vertiginosos que alboreaban con la aparición gradual pero incontenible del Estado social” (Llamas, 2010).

La tradición formalista, que abogó en la Constitución de 1991 por esta prevalencia sustantiva, empieza a ceder espacio y a reconocer, por su importancia, los elementos fácticos y los hechos probatorios, y esto, debido a que el elemento más importante del Derecho de daños es el nexo causal, no es la norma y sus “hechos ficción”, y tampoco es el sujeto dañoso o responsable. Lo primero, para que la víctima tenga un resarcimiento pleno y justo, es construir y probar el nexo causal, porque la causalidad jurídica y el sujeto responsable, solamente obtienen fuerza en el proceso, cuando se estructura correctamente el nexo causal.

Es así que el Derecho de daños cobra fuerza por sobre la responsabilidad civil, cuando cambia el discurso, que por muchos años descendió sobre la tipificación de culpa en la conducta del sujeto dañoso. Es decir, cuando se aleja de la subsunción normativa de la causalidad jurídica. El Derecho de daños centra la discusión en el proceso, en el daño y en la víctima y su resarcimiento integral. Ello propicia que el derecho sustantivo deje de ser la prioridad en el proceso y que este gire sobre su propio eje, para centrarse en la construcción del nexo causal.

Una de las mayores diferencias que puede establecerse, entre un proceso de responsabilidad civil tradicional, que parte de la tipificación o causalidad jurídica y un proceso judicial centrado en el derecho de daños, está en el nexo causal pues, como ya se ha dicho, el Derecho de daños da prioridad al daño sufrido por la víctima y deja en segundo lugar la subsunción de la conducta culposa que propone el legislador. La consecuencia jurídica se busca en el estudio del hecho y no en la aplicación de la norma.

Esto tiene sentido, debido a que la norma sustantiva, que describe hechos comunes y probables, no contiene una fórmula para crear el nexo causal. La ley no ha establecido, como si lo ha hecho para las conductas tipificables, una estructura que permita reproducir el nexo causal a través de una figura como la subsunción. Por eso, para obtener el nexo causal, se deben construir y fundamentar, otros hechos, que quedan fragmentados en el proceso, son los hechos probatorios. Estos tienen entidad compleja, a veces serán evidentes aunque parciales, otras veces serán psíquicos<sup>1</sup>, internos<sup>2</sup> o circunstanciales, pero a través de ellos se propicia la conexión, de los hechos empíricos ordinarios, con el daño.

En este sentido, resulta plausible afirmar que, a diferencia de la causalidad jurídica, el trabajo con el nexo causal es más complejo. Esto es así porque:

El nexo causal no es —al menos a partir de la famosa crítica de Hume y de Kant— un evento empírico observable o perceptible como cualquier otro hecho material. Es más, la relación de causalidad no es en absoluto un suceso empírico asimilable de algún modo a los otros sucesos que constituyen la causa y el efecto: lo que se percibe al entrar en contacto con el mundo de los sucesos empíricos son los hechos X y Y, pero nadie ha visto o percibido nunca el nexo causal que los vincula (Taruffo, 2012, p. 262).

Esto significa que el nexo causal en el proceso, se construye a partir

<sup>1</sup> La estructuración del hecho psíquico hace parte de un extenso estudio realizado por Luis Muñoz Sabaté en su tratado de probática judicial. Al efecto se puede consultar Muñoz (1992).

<sup>2</sup> Como cuando se reconduce la conducta del sujeto dañoso por culpa o por dolo.

de nuevos hechos, que tienen una única forma de comprobación probatoria, lo circunstancial. Si ello es así, entonces la causalidad jurídica no es objeto de prueba (Taruffo, 2012, p. 259), únicamente es objeto de determinación de la probable conducta dañosa, pues su finalidad no va más allá de la asignación de responsabilidad. Pero antes de estructurar en el proceso, la causalidad en el sentido jurídico, se debe establecer una causalidad empírica, creando la conexidad causal entre dos eventos.

Esta variación en el orden de las prioridades se complejiza, cuando en el proceso se evidencia que las situaciones fácticas son múltiples, a veces independientes, o a veces solidarias, y que ellas propician una cadena lineal de concausas o una causalidad múltiple que debe ser estudiada con cuidado y detalle, hasta llegar al efecto daño.

Estas situaciones fácticas complejas, son cada vez más frecuentes, pero están fuera del mundo del legislador. Hoy son casos debatidos con multicausalidad colateral en el resultado dañoso: el uso del glifosato (BBC, 2019) como causa de la aparición de cáncer en algunas personas expuestas de manera directa a este químico, y el uso del asbesto (Instituto Nacional de Cáncer, 2017) como causa del cáncer en personas que manipulan sus componentes. Estas discusiones no podían sustentarse probatoriamente hasta hace poco, y es cierto que el proceso se fallaba sobre bases estadísticas o incluso sobre presunción de culpa, o peor aún sin prueba. Sin embargo, ahora con el conocimiento científico y el avance en la aplicación de la prueba pericial y la ciencia en el proceso, existe una alta probabilidad de demostrar con veracidad el nexos causal.

Es posible acortar la distancia que aún hoy se estima entre la ciencia y el Derecho, entre demostración científica y la acción de probar en el proceso. No se puede ceder nuevamente espacio a una confianza irracional de la convicción del juez, sobre la causalidad jurídica, pues más veces de las que se espera, el juez intentará resolver por fuera de la prueba o incluso sin prueba, y

ello no es una decisión justa ni basada en el derecho. Siempre se debe tener presente que “ese indispensable contacto con la realidad de la vida solo se obtiene mediante la prueba, único camino para que el juez conozca los hechos que le permitan adoptar la decisión legal y justa para cada caso concreto” (Devis, 2002, p. 6).

Se reconoce que en el proceso judicial, ha sido largo y tortuoso el camino desde la prueba sensorial — como el testimonio — hacia la prueba con fundamentos científicos:

Es muy difícil detectar el momento preciso en el que un principio o descubrimiento científico cruza la línea que hay entre la etapa experimental y aquella en la que es demostrable. En algún lugar de esta zona de penumbra, el valor de la evidencia a su favor debe ser reconocido y, mientras que los tribunales recorren un largo camino para admitir testimonios expertos derivados de principios científicos o descubrimientos bien reconocidos, aquello de lo que estas pruebas se deducen debe estar lo suficientemente fundado para tener la aceptación general en el área relevante (Vásquez, 2019, p. 73).

Hoy se vive otra realidad probatoria, el caso ícono, sobre la verdad en la prueba científica, se encuentra:

En el caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals*, 1993, donde se adoptan criterios para admitir o excluir los medios de prueba científica presentados por las partes: a) la controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica o la técnica en la que se fundamenta la prueba, b) el porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de estándares correspondientes a la técnica, c) la publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, y d) la existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada. Además, el conocimiento científico debe ser directamente relevante y concretamente útil para decidir sobre los hechos del caso (Taruffo, 2012, p. 283).

Todo ello da cuenta, de que el proceso de responsabilidad civil

sí tiene bases para una evolución importante, si bien inició con la romana ley Aquilia en una época donde la prueba era tal vez únicamente perceptiva, ya en el siglo XXI, la discusión gira en torno al Derecho de daños, que sistemáticamente lleva el proceso a desatender como prioridad la causalidad jurídica y a concentrar esfuerzos en favor de la víctima y su resarcimiento integral, esto implica un procesamiento serio de los hechos y el daño. Y este es un avance que, sin lugar a dudas, pone en el centro del proceso y la justicia, a la prueba.

### **Sobre los hechos en el derecho de daños**

El derecho de daños propende por un proceso províctima, esto propicia, como ya se ha enunciado, un proceso centrado más en los hechos y en la prueba del nexo causal, que en el derecho sustantivo que busca la tipificación de la conducta dañosa.

Son varias las modelaciones al respecto. En el derecho de daños, se estudian:

Casos en los que los individuos resultan responsables de reparar ciertos daños que, en estricto sentido, no han causado. Esto es así cuando de la creación de un riesgo deriva la generación de un daño, los individuos que generaron el riesgo se ven obligados a reparar el daño causado porque las víctimas, no deben llevar la carga de las pérdidas (justicia distributiva).

Algunas veces los individuos son responsables de pagar indemnizaciones que van más allá de lo correspondiente a la estricta reparación de los daños antijurídicos causados (los llamados daños punitivos), con el fin de retribuir y de disuadir a otros agentes de llevar a cabo comportamientos idénticos o similares.

También se les reconoce a las víctimas potenciales la facultad de iniciar acciones judiciales (como el recurso de amparo) con el fin de prevenir el acaecimiento de daños antijurídicos previsibles.

O para imponer a los agentes el deber de tomar precauciones, con relación a los riesgos generados que puedan representar

consecuencias negativas de carácter incierto (Bernal, 2013, p 91).

Esta posición del derecho de daños, en ruta directa a la discusión de los hechos, está relacionada con la doctrina internacional (Taruffo, 2002; Marcial Pons, 2004; Ferrer, 2007), que viene sosteniendo, que lo central en el proceso judicial, son los hechos.

A ello también se debe la ampliación de las teorías de reparación desde la justicia correctiva hacia la justicia retributiva, porque se sostiene que ambas:

Institucionalizan el principio de acuerdo con el que todo agente debe ser responsable por sus acciones y asumir responsabilidad por sus consecuencias negativas. Al igual que la justicia correctiva, el principio de prevención, se relaciona con el deber de no causar daños antijurídicos en circunstancias de certeza empírica (Bernal, 2013, p. 90).

Se integra así, un caleidoscopio que lleva a la justicia, a enfocarse en la construcción del nexo causal material. Se deben atender múltiples aspectos de la realidad en los que el daño<sup>1</sup> emerge desde su sentido ordinario, para trazar un nexo causal fundado en nuevos hechos, que se expanden desde la realidad, como fuente de responsabilidad, porque en la justicia retributiva y preventiva, el daño puede venir de un riesgo indebido, que no tiene el deber de soportar la víctima, o de un deber de mayor cuidado o también, por la aplicación del principio de precaución.

Se afrontan así problemas prácticos, no solo se debe construir un nexo causal complejo, sino que además se debe atender a la falta de tangibilidad de “los hechos”, generadores del daño. Todo proceso debe asumir esta realidad, los hechos no existen (en tiempo presente de conjugación), los hechos existieron<sup>2</sup>, en

<sup>1</sup> Sentencia radicada 2107 de 2018, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Entendido por la doctrina de esta Corte, como “la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio”.

<sup>2</sup> A veces esta afirmación en el Derecho, se toma como algo sin importancia. Pero el lector deberá

pasado. Incluidos aquellos que conforman el nexo causal, que son los hechos probatorios. Es decir, a los hechos los rodea una estela de circunstanciación, en cuanto a tiempo, modo y lugar, que ya pasó en el mundo material y que por tanto los deja fuera del alcance demostrativo mediático.

Las acciones de construcción fáctica que realizan las partes, sobre los hechos del proceso, son viables porque cuando el hecho ocurre y tiene vida (aunque solo sea un instante), deja una huella “fragmentada”, bien en el recuerdo de las personas que lo presenciaron o en documentos o evidencias de las más diversas categorías. Por ello, aunque los hechos no existen, en tiempo presente, el que hayan existido en tiempo pasado, los hace “reconstruibles”, aunque sea parcialmente. Para ello los sujetos procesales deben realizar diversas actividades.

Pues como lo sustenta (Bernal, 2013, pp. 93-97) en la metáfora de la Buena Samaria, no se activa el derecho de daños por violación de las normas, sino por la incerteza o falta de previsión en la formulación de los hechos. El derecho de daños es útil para la “compensación de estas deficiencias”, las cuales se complejizan según este autor, en múltiples vertientes como son la ausencia de certeza en relación con el objeto de reparación, o con el sujeto llamado a reparar, o ausencia de integridad moral de los individuos que se rehúsan a asumir sus acciones y la ausencia de interés por evitar los daños.

Estas múltiples “incertezas”, se producen porque el proceso, además de la complejidad fáctica expuesta en los hechos por un universo narrativo, donde se tiene presente que con probabilidad, las narraciones de los abogados no sean verdaderas, porque ellos no tienen la obligación de decir la verdad, ya que los abogados no tienen un deber de verdad, en los códigos deontológicos, que explican la falta a la verdad como la prohibición de ser conscientemente mentirosos (Taruffo, 2010, p. 106 y ss.), esta situación también es predicable de las partes procesales.

reflexionar sobre aspectos cotidianos de la vida, para dar una correcta dimensión a la no existencia de los hechos. No es lo mismo tener un auto que haber tenido auto. Existe una diferencia enorme, entre tener y haber tenido. Esta diferencia está anclada a las leyes de la física, que no permiten dar marcha atrás al reloj del tiempo en el universo.

Esos múltiples fragmentos, signados de incerteza narrativa, en que se esparcen los hechos, son recogidos por la prueba en la modalidad de fuentes, con ellas se inicia el trabajo de la causalidad fáctica material para construir el nexo causal.

Por todo lo expuesto, ha sido tan lento en el proceso lograr acuerdos sobre la prueba del nexo causal, e incluso más veces de las esperadas:

Se ha dejado por fuera el nexo de causalidad. Por eso hoy se habla de la constitucionalización del Derecho de daños, y en Derecho administrativo, se busca la responsabilidad objetiva tras el artículo 90 de la Constitución. Incluso en algunas sentencias el Consejo de Estado, se ha manifestado que no es necesario probar la causalidad o el nexo causal, que es suficiente la situación fáctica con algunos elementos de responsabilidad (Pérez, 2018, p. 806 y ss.).

Ello demuestra cómo la construcción teórica de la estructura básica de la responsabilidad, a partir del derecho de daños, que se afianza en el estudio de los hechos, está impulsada por fuerzas contrarias, estas fuerzas bidireccionales entran en fricción permanente mostrando la inestabilidad que produce un cambio de paradigma.

Este cambio de paradigma, a través del llamado proceso províctima, propende a veces por la laxitud plena, como esto de que el nexo causal no se requiere probar, pero la causación en el derecho de daños, siempre debe comprometer un esquema fáctico mínimo, denominado nexo causal material (Sentencia para radicado 5502 de 2001, Corte Suprema de Justicia), donde se articulan múltiples fuentes de prueba. Esta construcción permite al proceso lograr una verdad probable, sobre los daños que se deben reparar a la víctima.

Por supuesto, es más simple trabajar en una decisión judicial sin prueba y sin nexo causal. Es más fácil fundar la sentencia sobre lo creíble que sobre la verdad de los hechos en el proceso

de daños, escudándose en que es un proceso en favor de las víctimas y que con algunos elementos de responsabilidad basta. Los hechos creíbles requieren un menor esfuerzo analítico, solo implica articular argumentos y mínimos esfuerzos probatorios, con el fin de producir “convicción” en el juez.

A diferencia, articular fragmentos fácticos y pruebas para demostrar la verdadera ocurrencia de los hechos, es una escala de mayor complejidad analítica en el proceso. Esto es así porque, “no existe ninguna coincidencia o correspondencia entre verosimilitud y verdad. Un hecho que se considera verosímil (porque responde a la normalidad del contexto) puede ser falso, si la realidad de aquello que ha sucedido no se corresponde con lo que el enunciado narra” (Taruffo, 2010, p. 106 y ss.). Es decir, lo verosímil en relación con lo verdadero, se satisface con un estándar de comprobación más flexible y esto es lo que se pretende cuando se afirma que el nexo causal no se prueba.

Sin embargo, el derecho en Latinoamérica busca que el proceso se falle sobre la verdad y no sobre lo verosímil. Algunos ejemplos (Ramírez, 2018, p. 341) de esto son: Argentina con la Constitución de 1994, la cual permite la recuperación del Estado de derecho y, por expansión jurisprudencial, el alcance de la garantía de acceder a un proceso justo. Bolivia con la Constitución de 2009, la cual consolida un Estado unitario social de derecho, soberano y democrático, que adopta el debido proceso. Brasil que, en su Constitución, indica expresamente que “nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal” con lo que instituye el derecho fundamental al proceso justo.

En el mismo sentido, la carta política de Colombia adopta como fin supremo “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, y el conocimiento” (Constitución Política de Colombia) y de forma específica ordena como parte del debido proceso, el “derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones

injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra” (Constitución Política de Colombia, artículo 29).

Entonces, esto no es decisión de los jueces ni de los magistrados, no están autorizados a obviar la prueba solo porque se encuentran en contextos de difícil comprobación. Si se pretende tener justicia y verdad en la decisión judicial, es un imperativo construir el nexo causal, con la mayor probabilidad de ocurrencia que permitan las fuentes de prueba. Así se concentra la decisión en la causalidad material o empírica tanto específica como general, dejando en segundo término la jurídica.

La causalidad empírica general, aporta al proceso tendencias, las que potencialmente servirán al juez de guía. Por ejemplo, se argumenta de manera general que el uso del cigarrillo es peligroso para la salud. Esta afirmación expresa una conexión entre tipos de hechos, de contenido general, “el cigarrillo es peligroso para la salud” y por tanto “todo el que utilice cigarrillo probablemente tendrá una afectación a la salud”. De ahí, que, a través de confrontaciones estadísticas, y de un estudio de casos en los hospitales de Medellín (por ejemplo), se pueda establecer un porcentaje determinado de riesgo, por ejemplo “en la ciudad de Medellín el 40 % de las personas que mueren de cáncer han sido fumadoras de cigarrillo”. Pero este tipo de causalidad puede ser usada por el juez cuando necesita probar tendencias, modelaciones, riesgos probables frente a conductas del colectivo. No aporta a la función demostrativa de los hechos del litigio, mas sí aporta a la fundamentación de la sentencia, para determinados casos.

La causalidad general como se puede deducir, no da ningún dato sobre la causalidad material específica y dado que el proceso busca solucionar un caso concreto, su interés se centra en la causalidad específica, que debería dejar demostrado en el proceso cómo es que dos eventos han ocurrido juntos, provocando un resultado dañoso. En la sentencia judicial la

contundencia de la prueba, determina la justicia, por ello como lo expone la Corte Suprema de Justicia, el daño debe ser “reparable, inequívoco, real y no eventual o hipotético, cierto y no puramente conjetural” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 10297 de 2014).

En ese sentido, la Corte, interpretando al legislador (Código Civil colombiano artículo 2341: “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”), ha señalado como presupuestos axiológicos y concurrentes de la responsabilidad extracontractual, “el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre estos factores” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Radicado No. 5502). El elemento que sincroniza todo ello no es otro que la prueba, por tanto “se debe tener cuidado de no confundir la causalidad con la simple asociación o vinculación entre hechos, pues no se trata de una simple ocurrencia, de una serie sucesiva de actos, sino de que uno sea consecuencia del otro, de que sean interdependientes” (Pérez, 2018, p. 823).

### **Complejidades de la prueba del nexo causal**

En la migración que realiza el Derecho de daños, desde la culpa del derecho sustantivo tradicional, hacia el daño como situación fáctica, se dice que:

Importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca. El protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado. Así, lo relevante hoy no es la antijuridicidad (a veces inexistente) de la conducta que causa el daño, sino la antijuridicidad del daño mismo (Llamas, 2010, p. 45).

En este sentido, el Derecho de daños se argumenta a partir del proceso centrado en la víctima. Y por ello centra su atención

en lo que es objeto de procesamiento, en los hechos y en las pruebas. Los primeros dan cuenta de la vulneración del bien jurídico protegido y deben exponer al juez con toda claridad los extremos de la Litis, esto es, el contradictorio; y los hechos probatorios, demuestran su ocurrencia verdadera.

Si ello es así, es el proceso algo más que un conjunto de etapas formales en pro de la aplicación de la ley sustantiva, “el proceso se defiende como un método epistémicamente válido y racional para el descubrimiento de la verdad, no tiene por fin último alcanzar la verdad sobre los hechos, sino que está vinculado con el valor constitucional y social de la verdad” (Taruffo, 2010, p.155 y ss.).

Es esta perspectiva, es recomendable maximizar la colección de las pruebas en el proceso, como lo propuso Bentham, ya que esta maximización permitiría dar un cierto valor a todo lo que se presenta en el proceso. Esto es importante para procesos complejos como los que se producen en el Derecho de daños, la maximización de las pruebas llevará a los sujetos procesales a trabajar desde varias lógicas, desde varios grados, desde varias probabilidades, dando contexto y claridad a las múltiples causas que están en discusión, con la finalidad de clarificarlas. Según sea más compleja la causa —como en los procesos de responsabilidad médica— se requiere de un trabajo dialógico mayor, donde todos los sujetos procesales interactúen, escuchando atentamente los argumentos y refutando con razones.

Es a este punto muy útil reconocer, que la complejidad de los procesos multicausales en el Derecho de daños se beneficia de un buen director del proceso con poderes. El proceso “difícil” refleja eficiencia, en la medida en que lo dirija un juez capacitado para generar equilibrio entre las partes, y para dar claridad a los hechos complejos. Ello implica, según Trocker (1974, p. 7)<sup>1</sup>, establecer un mejor funcionamiento en el proceso, minimizando las subjetividades en cuanto a la prueba del nexo causal.

<sup>1</sup> “La scelta tra un giudice sostanzialmente passivo e vincolato alle iniziative delle parti e dei loro difensori, e un giudice attivo e dinamico munito di ampi poteri di direzione formale e materiale del processo, appare come un’alternativa tra libertà e costrizione, tra certezza ed arbitrio”.

Siguiendo a Taruffo (2008), determinar la prueba del nexo causal, equivale a establecer la verdad de una conexión empíricamente inexistente. Para ello:

Lo primero es determinar que el nexo puede expresarse narrativamente de diversos modos y además ser simple o extremadamente complejo porque se configuran líneas de concausas, por ello el primer control sobre el nexo causal es que el enunciado debe ser completo y además preciso, integrando todos los eventos que lo definan.

Es obvio que la causa y el efecto como eventos empíricos deben estar plenamente probados y que esta prueba se podrá lograr con cualquier medio probatorio.

La prueba del nexo entre estos dos eventos empíricos no puede demostrarse de manera directa sino solo en forma inferencial, demostrando que existe una ley de “cobertura”, que en términos generales es nomológica porque se funda en una ley de cobertura y es deductiva porque al menos en principio es general.

En la prueba del nexo causal, se desplaza la prueba a la ley de cobertura, que no puede ser simplemente afirmada, conjeturada o presupuestada, su existencia debe ser probada, en este punto el juez debe ser un consumidor y no un productor de leyes causales.

La ciencia, es quien formula las leyes de cobertura sobre las que se funda a su vez la inferencia del nexo causal, entonces son las denominadas pruebas científicas las que deben ofrecer al juez los conocimientos que le son necesarios para la individualización de las leyes causales. Por ello resulta apenas obvio, que se requiera un esfuerzo profundo y serio en la prueba del nexo causal.

Un proceso de responsabilidad, sin comprobación del nexo causal, resultaría una burla a la justicia. Serían arbitrariedad judicial rampante, casos como los que expone Llamas:

- 1) Kathleen Robertson de Austin (Tejas) fue indemnizada con

780.000 dólares por un jurado tras romperse un tobillo después de tropezar y caerse por culpa de un niño que estaba corriendo en una tienda de cocinas. Los dueños de la tienda se sorprendieron al ser obligados a pagar dicha cantidad, más aún al saber que el niño que tan mal se había comportado era el hijo de la señora Robertson. 2) Un restaurante de Filadelfia, tuvo que pagar a Amber Carson de Lancaster, Pensilvania, 113.500 dólares después de que resbalara con un refresco y se rompiera el coxis. Dicho líquido estaba en el suelo porque ella se lo había lanzado a su novio media hora antes durante una pelea. (2010, pp. 35 y ss.).

Estos son ejemplos típicos de casos donde un proceso no se reflexiona desde la prueba, se evidencia una decisión sin nexo causal. Una violación flagrante no solo al principio de la prueba que es parte integral del debido proceso, sino además al derecho de contradicción, de defensa y de tutela judicial efectiva.

Se insiste sobre la necesidad, como imperativo procesal, de construir probatoriamente la categoría de nexo causal en el Derecho de daños, todo ello en contravía de lo que sostiene Pagliaro citado por Taruffo (2008, p. 264), cuando sostiene que es suficiente “el convencimiento moral motivable y motivado de que existen leyes de cobertura”.

Si esta necesidad probatoria, como imperativo procesal se asume, son varios los aspectos que se deben estudiar a fondo.

Cuando de probar el nexo causal se trata, la constatación de las pruebas que tienen base en el sentido común, tales como los testimonios, la inspección judicial, los documentos y los informes técnicos, más no científicos, son muy restringidas. Este tipo de medios de pruebas se fundamenta en la percepción, obtenida por los diversos sujetos, de acuerdo a su experiencia con los fenómenos y con base de conocimiento general. Este análisis lo realiza el hombre de cultura media, por ello en el proceso requiere control y valoración estricta por parte del juez. No está demostrado que:

La experiencia común sea apta para construir inductivamente generalizaciones dotadas de una forma lógica y de un contenido cognoscitivo equiparable al de las leyes científicas. A veces encontramos máximas de experiencia que no son más que la traducción de leyes científicas de carácter general en los términos del sentido común y de la cultura media. En estos casos el juez verificará la condición de que la vulgarización de la ley científica no haya traicionado su significado originario, de tal forma que se pueda equiparar la máxima de la experiencia a la ley científica y utilizarla como ley de cobertura de la inferencia causal. En los casos en que las máximas de experiencia carezcan de apoyo científico o estadístico, es decir correspondan a una afirmación fundada únicamente en la experiencia, parece que debemos excluir que el juez pueda obtener la ley de cobertura de la inferencia causal a partir de su ciencia privada, improvisándose como aprendiz de brujo. La prueba científica es pues, indispensable (Taruffo, 2010, pp. 267-271).

Si la prueba científica es indispensable, el juez debe controlar el uso indiscriminado del perito, pues este es el medio para aducir la ciencia dentro del litigio. En el tratamiento del perito, la doctrina ha propiciado posturas mixtas y diversas, a saber: algunos sostienen, en términos generales, que el informe pericial es solamente un medio de prueba<sup>1</sup> en el que una persona experta “opina” sobre hechos del proceso y que como resultado busca comprobar su ocurrencia. Por tanto, esta prueba queda sometida, al igual que cualquier otra, a la contradicción de las partes, al sistema de aducción, a rendir explicaciones en audiencia y a ser libremente valorada por el juez. Otros discuten que, aunque esté catalogada como medio de prueba, el perito —en vez de ser un medio de prueba ordinario— es un auxiliar del juez<sup>2</sup>. El riesgo central de esta postura está en que se crea una especie de simbiosis conceptual, en la que el juez

<sup>1</sup> Chioenda (1940, p. 230), aunque no presenta una exposición clara de la naturaleza jurídica de da tratamiento de medio de prueba. Por su parte, Guasp (1996, p. 417) indica que “el perito o sus declaraciones constituyen un auténtico medio de prueba, equiparable en teoría a los restantes medios que el derecho probatorio reconoce”. Arazi, R. (1986). La prueba en el proceso civil. Buenos Aires: La Rocca, p.267. Ver también normas como el Código Procesal Civil de Perú, artículos 262-266 y del Código Procesal Civil de Chile de 1902, que actualmente está en discusión para reforma, y el anterior Código De Procedimiento Civil colombiano de 1970.

<sup>2</sup>En este mismo sentido, se expresan Döhring, E. (1986). La prueba. Buenos Aires: Ejea, p. 245 y Bentham, J. (1971). Tratado de las pruebas judiciales. Buenos Aires: Ejea, p.92

queda sin ninguna maniobrabilidad para apartarse de la postura del perito, quien además se ha posesionado momentáneamente como funcionario de la justicia ad-hoc. Podría sostenerse que el perito produce un complemento de la decisión del juez y, por tanto, este último solo puede llevar a cabo una valoración muy restringida. Por último, están las reformas más recientes<sup>1</sup> que presentan el dictamen pericial —oral o escrito— como un medio de prueba, lo que no impide considerar a los peritos como auxiliares y colaboradores de la justicia (controlables por el juez). Bajo este esquema, las partes —de manera preprocesal— pueden contratar peritos y realizar informes que podrán ser presentados en el proceso a instancia de parte. Sin embargo, el juez ejerce sobre estos un control detallado, ya que tiene poder para intervenir de diversas maneras: se le permite desde interrogar hasta proponer un perito totalmente nuevo.

Como se expuso ante la asociación internacional (Ramírez, 2018, p. 440) se encuentran algunas medidas de control para la prueba pericial en la justicia arbitral que pueden ser utilizadas por el juez según lo considere pertinente:

*Pre-hearing meeting* que permite a los peritos (obrantes en el caso) acercar sus posturas o, al menos, delimitar sus discrepancias, antes de que se celebre la audiencia para la práctica de la prueba. Esto permite audiencias más precisas y con menos gastos.

La conferencia de peritos, que los peritos procedan a ratificar su informe en presencia de los demás peritos designados.

*Sachs Protocol*, sistema en el que cada parte debe proponer una lista de potenciales peritos y de cada una de las listas el tribunal debe elegir a uno de los peritos propuestos, quienes formarán el denominado “equipo de expertos”.

Asesoramiento técnico específico durante la práctica de la prueba pericial. Este asesor técnico podría participar en la práctica de la prueba de la misma forma que los abogados de

---

<sup>1</sup> Ver como ejemplos el Código General del Proceso colombiano: Ley 1564 de 2012, artículos 167 a 182.

las partes intervienen en las cuestiones jurídicas, pero sin que sus intervenciones puedan considerarse en modo alguno como una prueba pericial” (Jiménez-Blanco, 2016, pp. 51-55).

Todas estas, son medidas plausibles de realizar en cualquier proceso en el que se espere encontrar la verdad de hechos técnicos, tecnológicos o científicos. Siempre podrán plantearse formas de encontrar respuestas contrastadas y de acuerdo con las diversas complicaciones que surgen en cada proceso. También se debe cuidar el manejo de la estadística en la configuración probatoria del nexo causal. Aparentemente la estadística es una ciencia de comprobación, pero su correcto manejo dista mucho de la distribución de frecuencias, de tal forma que dos eventos que tengan una relación causal de alta frecuencia, no significan comprobación del nexo causal.

La presencia de una frecuencia estadística según la cual X y Y se presentan juntos en una misma muestra con una probabilidad del 30 por ciento, o del 50 por ciento o incluso superior pero no cercana al 100 por 100, no permite fundar una inferencia que justifique la inclusión de que X ha causado a Y. Se hace referencia *a una frecuencia estadística que no puede ser asumida como regla de cobertura*, debemos concluir que el enunciado relativo al nexo causal específico no ha sido probado. Esto incluso en contra de alguna doctrina que sostiene que una frecuencia estadística elevada es apta para ofrecer la prueba de un hecho, porque a veces son preferibles -aunque no sean seguras, a los resultados de las pruebas judiciales ordinarias.

La postura frente a este tipo de frecuencias estadísticas es de que “el juez, debe considerar el hecho como no probado y decidir en consecuencia (por ejemplo, rechazando las pretensiones de la demanda que se basan en ese hecho)” (Taruffo, 2008. pp. 266-267). Adicionalmente, Taruffo (2010, p. 272- 276) hace un llamado a atender con cuidado en la prueba del nexo causal, el estándar probatorio, como una adecuada confirmación de la verdad del mismo, ya que el estándar justifica la conclusión final del juez.

No existen estándares o criterios al respecto que se refieran específicamente a la prueba del nexo causal. Por ello, es necesario acudir, aunque sea sintéticamente, a los criterios referidos a la valoración de las pruebas en general. Si se adopta el criterio del proceso penal más allá de duda razonable, para la existencia del nexo causal, es necesario que se demuestre más allá de duda razonable el hecho causa, el hecho efecto. Y la ley de cobertura idónea. Ahora, en el proceso civil no existen estándares de prueba como en el penal, pero eso no significa que el juez sea libre de llevarse por sus intuiciones, la valoración de la prueba no puede ser arbitraria e irracional. Un criterio es la probabilidad prevaleciente, que aplica la probabilidad baconiana o lógica, que se refiere al grado de confirmación que una hipótesis sobre un hecho obtiene sobre la base de inferencias realizadas a partir de los elementos de prueba disponibles. Esta fórmula consiste en la combinación de dos reglas: la regla del más probable que no y la regla de la prevalencia relativa de la probabilidad. El juez deberá escoger como verdadero el enunciado que haya recibido el grado relativamente mayor de confirmación sobre la base de pruebas disponibles, debe tener en cuenta que en una cadena de inferencias, si uno de los anillos causales no supera el test de la probabilidad lógica prevaleciente, al cadena causal entera resultará carente de confirmación probatoria y fracasará la demostración del nexo causal entre el hecho indicado como causa inicial y el hecho identificado como efecto final.

Por último, y ya en otra perspectiva de la prueba del nexo causal, se debe atender el tema de la constitucionalización de la justicia, pues hoy el proceso se llena de principios y por eso el proceso abre la discusión del bien jurídicamente tutelado a un conjunto de principios, que adquieren categoría de derechos fundamentales y a esto se le denomina “debido proceso” (Constitución Política de Colombia, artículo 29).

En esta conjugación de principios, unos más que otros, son de gran importancia para la correcta administración de justicia, es así que defensa, contradicción y prueba son nucleares en la relación jurídica procesal, para fundar el conocimiento sobre

la ocurrencia de los hechos, centrando la decisión judicial en el valor justicia.

Estos principios cobran especial sentido en el derecho de daños, que remite al denominado proceso províctima, basado en que “el principio en favor de la víctima, que erige a la defensa del débil (en sentido jurídico)” (Llamas, 2010, p. 45), ya que cuando se protegen derechos fundamentales a una parte, se pueden desmejorar los derechos fundamentales a otra de las partes. Es una revisión de equilibrio que debe hacer el juez.

Al respecto y en defensa del proceso, este nunca ha estado pensado o ha sido propuesto en beneficio de alguna de las partes, o en beneficio de víctima alguna, el proceso de hecho pretende el equilibrio de las partes en la discusión de la causa fáctica para obtener consecuencias jurídicas, deseables, legítimas, legales, constitucionales y, por sobre todo, justas. Esta es la línea filosófica del Estado de derecho, el proceso en el derecho de daños no se puede convertir en un mecanismo, para dañar con “cierta” validez jurídica, a quien ocasionó un daño.

Desde esta perspectiva, el proceso transita sobre un mar de incertidumbre, como el caso de daño de paraplejia que sufrió un buceador por descompresión y a continuación se narra:

El hospital valenciano decidió trasladar al herido por tierra al hospital de Barcelona (más cercano), que por helicóptero a pesar del buen tiempo que hacía. En la primera instancia se desestimó la pretensión indemnizatoria de 600 mil euros, por no estar acreditada la relación de causalidad en el retraso en el tratamiento de la cámara hiperbárica y el resultado. No obstante, el tribunal Supremo alcanza la conclusión opuesta, por pérdida de oportunidad consistente en este caso en la privación de la oportunidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud, pues cuando mayor la demora en recibir el tratamiento, mayores son los riesgos de agravar la lesión neurológica (Llamas, 2010, p. 50).

Estos son casos donde la prueba no da cuenta de la relación entre el daño y el actuar, solamente se “presume” un incremento del riesgo, aunque potencialmente podría decirse que el haber trasladado al accidentado por una vía aérea, no aseguraba un mejor resultado del obtenido, o peor aún podría haber ocasionado otro daño mayor. Son modulaciones del proceso, que deben llevar a formas de calcular la probabilidad del daño, en suplantación de la prueba, “era conveniente para el buen hacer de la justicia dotar a la máxima de un sostén jurídico y para ello las primeras valoraciones de la misma fueron y siguen siendo en ciertos ámbitos, que, dado un hecho lesivo producido en una situación de riesgo científico, surge inevitablemente una presunción de mal hacer o mala práctica del demandado” (Muñoz, 2009, p. 51).

Desde la perspectiva del proceso províctima, parecería que apunta a dar sentencias no correspondientes con la prueba de la causalidad, ni del manejo adecuado de la ley de cobertura, “sino sencillamente de daño. Hay daño antijurídico porque se privó de oportunidades de alcanzar un mejor resultado”. En realidad, el trasfondo del proceso sí detectó un error probatorio del nexo causal, y este trasfondo complejo se denomina “pérdida de oportunidad”; pues se genera la pregunta sin respuesta, y ¿qué hubiera ocurrido si lo trasladan por helicóptero? La solución, para el caso fue asignar la responsabilidad al hospital, porque su deber era establecer un análisis científico, ley de cobertura, previo a la toma de la decisión para intervenir al accidentado.

El proceso províctima, no abandona la prueba del nexo causal, para centrarse en el daño única y exclusivamente, lo que significa es que frente a un vacío, se aplican otros remedios probatorios, como las presunciones, los enunciados estadísticos o la carga dinámica de la prueba. Estos problemas son comunes en casos de alta complejidad, como los procesos multicausales de responsabilidad médica, o los procesos colectivos por responsabilidad en daño por contaminación ambiental. En estos procesos es un imperativo el avance científico, para normalizar

los estándares probatorios de la decisión jurídica y evitar presunciones o desviaciones por riesgo infundado.

La prueba en procesos “multicausales” como el de la responsabilidad médica, donde no es posible identificar si es más favorable mover o no mover a un herido, enviarlo por tierra o someterlo a una altura de helicóptero, retirarle un órgano adicional comprometido o dejárselo hasta tanto sufra sintomatología, propician, que el problema del nexo causal se incremente. Son ejemplo de esto las causas de toxicidad a cientos de personas por desechos químicos en un río, producto de la minería ilegal o daños por el uso de medicamentos usados, que estaban contaminados o vencidos. Habrá muchas personas conocidas y desconocidas, que sufrieron tipologías de daños diversos.

Ejemplo, el caso Volkswagen (El País, 2016) que enfrenta problemas por control de emisión de gases en once millones de vehículos diésel, es un proceso que aún no termina. No es posible establecer la prueba concreta del daño ocasionado por este volumen de vehículos, en relación con un volumen mucho mayor de personas. Sin embargo, un daño se puede concretar a partir de identificar los once millones de compradores. De esta manera se puede establecer el daño y la compensación, probable. “Se ha tomado en serio el principio *in dubio pro consumatore*, consagrado al máximo nivel, el constitucional” (Llamas, 2010, p. 56).

Como explica Taruffo, esta es “*área de previsiones probabilísticas*”, de esta manera, la prueba se concentra en identificar los compradores del automóvil, y en verificar la probabilidad de daño que se le haya producido. Se saca un porcentaje, a partir del número de compradores encontrados, y no se trabaja con un cien por ciento de casos específicos.

La causalidad material general, por vía de probabilidad estadística, se aplica en casos donde la concreción del nexo causal depende de lo que se denomina una prueba diabólica o imposible. Esto tiene cierta correspondencia

Con la máxima *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas). Se trata de una máxima importada del derecho anglosajón de la que se ha servido muy particularmente la jurisprudencia para resolver la prueba en los casos de responsabilidad por daños, sea ya profesional o del producto, y cuyo origen suele señalarse rememorando una histórica y vieja sentencia del juez inglés Erle (1865) que dijo que cuando una cosa está al cuidado del demandado o de sus criados y ocurre un accidente, siendo éste de tal naturaleza que en el curso normal de los acontecimientos no hubiese tenido que ocurrir, si quienes tienen su manejo lo hubiesen tratado con cuidado, entonces puede o debe presumirse en ausencia de suficiente prueba en contrario, que el accidente fue causado por negligencia del demandado. La máxima se suele aplicar normalmente en los casos donde aparece, en la responsabilidad por daño, una *probatio diabólica* (Muñoz, 2009, p. 50).

En cuanto a la evolución de la “no antijuridicidad” en la responsabilidad civil, expone Llamas (2010, p. 52-53) una línea de evolución así:

Para la doctrina tradicional la obligación de reparar el daño se basaba en el reproche de la ilicitud del acto que lo causó, es la noción de responsabilidad como reacción jurídica privada frente a lo injusto o deber de reparación de la conducta antijurídica o sea ilícita, en cuanto contraria a una norma, para unos imperativa o prohibitiva, o simplemente por lesionar un interés merecedor de tutela jurídica. Con *Pantaleón en España y Raynaud en Francia se pasa a la culpa, no se indemniza* porque se haya obrado de forma ilícita o antijurídica, sino porque se imputa un daño a la conducta del agente sobre la base de la culpa.

Se refiere posteriormente al daño injustamente causado, con lo que la antijuridicidad se acaba predicando del daño y no de la conducta que lo causa. La conducta genera responsabilidad cuando no está justificada, lo que significa el ejercicio regular del derecho a probar. Solo se atribuye al causante el daño injusto, y únicamente se considera injusto el perjuicio que es causado sin derecho.

Las nuevas dimensiones del derecho de daño, lo llevan de vuelta a la no antijuridicidad tras la necesidad de protección de los intereses colectivos y difusos a través de las acciones colectivas. En la indemnización por daño a consumidores, nace un nuevo concepto de antijuridicidad, donde se responde por el daño injustamente producido, no por la conducta injusta. En palabras de Alterini, este daño injustamente producido es difuso, no lo recibe directa e inmediatamente nadie, se proyecta sobre la comunidad en general. Se concede acción cautelar para prevenirlo y acción indemnizatoria para repararlo.

En esta línea evolutiva, la responsabilidad, en cuanto a derecho de daños, se complejiza y cambia de sentido en su eje de trabajo, especialmente cuando se trata de casos por multicausalidad o cuando se trata de derechos difusos como los daños ambientales o daños a los consumidores. “Es lo que en el siglo 19 se denominó teoría de las equivalencias de las situaciones. Para después pasar a la teoría de la causalidad múltiple y luego entrar a un juicio de la probabilidad” (Pérez, 2018. p. 831).

En los casos donde sea viable construir probatoriamente el nexo causal, se tiene el deber jurídico de hacerlo, para que los parámetros de verdad y de justicia, de que es capaz el proceso judicial, no se vean burlados. Todos los elementos de la responsabilidad, a excepción del nexo causal, son hechos empíricos, por tanto, se prueban con cualquier medio de prueba que exista a disposición del proceso. El nexo causal se prueba por inferencias.

Como explica Taruffo (2018), si W es una ley general, entonces a H como hipótesis llego a una deducción, porque ser una regla general. Modelo lógico deductivo. Nomológico deductivo.

Siempre se empieza con la hipótesis que es lo que se debe establecer, con una regla de inferencia, por ejemplo **deductiva** y se busca la evidencia, las pruebas o indicios para conectarlos.

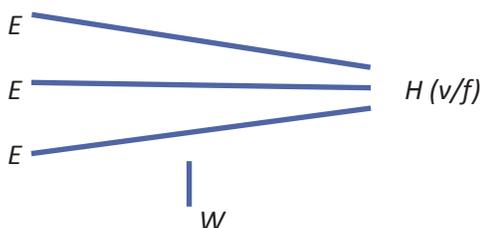
Si la conclusión es deductiva se puede hablar de una hipótesis 100 % viable, pero no hay generalizaciones absolutas. Pero

si la estadística habla del 90 % se debe establecer que H no estará al 90 % probablemente porque la H ocurrió o no ocurrió. Entonces decidir a favor de H puede ser razonable, pero siempre dependerá del contexto y del tipo de regla de inferencia que se tiene, es decir de W.

*El problema en el proceso puede ser más grave, porque en W puede haber solo una máxima de experiencia. Y puede ser que esta W necesite estar justificada.*

La cadena de justificaciones sobre W es otro método de análisis, organizando la manera como se conectan las reglas de sentido general o de sentido común. Es analizar las generalizaciones, que no están todas en el mismo nivel.

Esta estructura, E, H, W, puede ir también encadenada a otra igual con E, H y W. Es una cadena lineal de indicios. Conectados siempre porque la H resulta verdadera y esta produce E. Se construye una articulación en cadena. *Entonces un indicio si puede ser base de otro indicio.* Otro ejemplo, tal vez el más difícil pero el más importante.



Este es un tipo de lógica posiblemente inductiva que depende del tipo de caso.

El silogismo necesita que se tengan las premisas, la regla base y los hechos principales, y así se busca la conclusión, pero el verdadero problema es cómo se llega a las premisas.

Si cada uno de estos por sí solo confirma la hipótesis, tenemos tres indicios fuertes que llegan a la misma conclusión estamos cerca de la conclusión verdadera. Esto es **concordancia**.

Otra opción es que ninguno de los indicios o E, sea posible para que la H quede confirmada, pero si todos son suficientes, en conjunto justifican.

Ejemplo: Berlusconi contra un caso de corrupción donde paga a un juez por su decisión 400 millones de euros, obtuvo 6 años de cárcel el juez y otros iguales al abogado.

Fue típicamente indicios, la casación revisó indicio por indicio y cada uno no tenía fuerza para sostener la hipótesis y absolvió. Esto en penal.

En la demanda civil por daños, Taruffo expuso en el proceso cómo los indicios tenían que ir en conjunto no en individual porque es un error de conformación de la valoración de la prueba. Hasta casación se fue positiva la condena y generó más de 1000 millones de euros. Así los indicios son entonces una base necesaria como prueba en el proceso.

## Conclusiones

Parecería que la invitación del Derecho de daños, cuando busca centrar su eje sobre el daño y no sobre la responsabilidad, conlleva a alivianar la prueba del nexo causal y dejar en manos de la presunción legal o de la presunción judicial el resultado final del proceso indemnizatorio.

En esto hay diversas posturas, algunos afirman que no es posible, ya que en el proceso judicial “es vital el nexo causal para no caer en responsabilidad objetiva. Esta regla general se excepciona solamente con las actividades peligrosas. La ley colombiana<sup>1</sup> prohíbe la responsabilidad objetiva como norma rectora” (Pérez, 2018, p. 823).

Otros afirman que, si es con relación al Estado:

---

<sup>1</sup> Código Penal colombiano, artículo 90. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

Se pueden dar condenas sin el nexo causal demostrado. Hay de 2009 en adelante, una posición preponderante, de que no se requiere nexo probado por acción o por omisión, cuando hay imputación jurídica, que se da como objetiva. Luego entonces se aplica la teoría de la constitucionalización del derecho de daños, que ha desbordado el análisis de la culpabilidad y de la causalidad, porque se aplican normas que permiten la posición de garante del Estado (Pérez, 2018, pp. 805 y ss.).

No obstante, este texto se ha centrado en demostrar que la prueba del nexo causal, por compleja que ella sea, es fundamental para la correcta administración de justicia. En la práctica el Derecho de daños se extiende a otras características normativas, que responden a casos complejos que hoy circundan lo que se conoce como la sociedad del riesgo. Como expone Bernal (2013, p. 91), el derecho de daños supera la justicia correctiva.

Existen casos en los que los individuos resultan responsables de reparar ciertos daños que, en estricto sentido, no han causado. Esto es así cuando de la creación de un riesgo deriva la generación de un daño. Se repara porque al haber generado el mayor riesgo, las víctimas no deben llevar la carga de las pérdidas (justicia distributiva).

Otras veces los individuos son responsables de pagar indemnizaciones que van más allá de lo correspondiente a la estricta reparación de los daños antijurídicos causados (los llamados daños punitivos) con el fin de retribuir y de disuadir a otros agentes de llevar a cabo comportamientos idénticos o similares.

Y, finalmente, ciertas jurisdicciones les reconocen a las víctimas potenciales la facultad de iniciar acciones judiciales (como el recurso de amparo) con el fin de prevenir el acaecimiento de daños antijurídicos previsibles, o para imponer a los agentes el deber de tomar precauciones con relación a los riesgos generados que puedan presentar consecuencias negativas de carácter incierto.

El problema puede ser especialmente difícil, en la responsabilidad médica, o en problemas sobre la contaminación del medio ambiente, que provoca daño no determinado a muchos ciudadanos. Pero en tanto se perfeccionan las reglas sobre pruebas complejas, se pueden aplicar remedios de cálculos probabilísticos o de estadística.

El juez debe hacer esfuerzos reales porque la justicia y la verdad en el proceso sean tangibles, especialmente cuando el proceso enfrenta problemas complejos, debe ser creativo y recursivo. En poco tiempo llegará la ciencia a cubrir todas las necesidades probatorias.

## Referencias

Arazi, R. (1986). *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Rocca.

Constitución Política de la República de Colombia. (1991). Gaceta Oficial de la República de Colombia n.º 116 de julio 20 de 1991.

BBC. (2019). Glifosato: un jurado de EE.UU. determina que el herbicida más usado en el mundo fue un “factor sustancial” en un caso de cáncer. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47645376>.

Bentham, J. (1971). *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ejea.

Bernal, C. (2013). ¿Es el derecho de daños una práctica de justicia correctiva? En D. Papayannis (Ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social* (pp. 81-100). Barcelona: Marcial Pons.

Chiovenda, G. (1940). *Instituciones de derecho procesal civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Congreso de la República de Colombia. (1873). Ley 84 de mayo 26. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial 2867 de mayo 31 de 1873.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 de junio 24 por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial 44097 de julio 24 de 2000.

Consejo de Estado. (2018). Sentencia 00451 de agosto 16. M.P. Conto, S.

Corte Constitucional. Colombia. (1997). Sentencia C-657 de diciembre 3. M.P. Hernández, J.

Corte Suprema de Justicia. (2001). Sentencia 5502 de abril 4. M.P. Jaramillo, C.

Corte Suprema de Justicia. (2014). Sentencia SC 10297 de agosto 5. M.P. Salazar, A.

Corte Suprema de Justicia. (2018). Sentencia SC 2107 de junio 12. M.P. Tolosa, L.

Devis, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial* (Tomo I). Bogotá: Temis.

Döhring, E. (1986). *La prueba*. Buenos Aires: Ejea.

El País. (2015). Las claves del escándalo Volkswagen. Recuperado de [https://elpais.com/economia/2015/09/22/actualidad/1442929060\\_472526.html](https://elpais.com/economia/2015/09/22/actualidad/1442929060_472526.html).

Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Gascón, M. (2004). *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Guasp, J. (1996). *Estudios jurídicos*. Madrid: Civitas.

Instituto Nacional del Cáncer. (2017). Exposición al asbesto y el riesgo de cáncer. Recuperado de <https://www.cancer.gov/espanol/cancer/causas-prevencion/riesgo/sustancias/asbesto/hoja-informativa-asbesto>.

Llamas, E. (2010). *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid: La Ley.

Ministerio de Justicia. (1974). Decreto 2820 de diciembre 20 por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, acordando con las modificaciones introducidas por el Decreto 772 de 1975. Diario Oficial 34249 de febrero 4 de 1975.

Muñoz, L. (1992). *Tratado de probática judicial* (Tomo I. La prueba del hecho psíquico). Barcelona: JM Bosch.

Muñoz, L. (2009). *Curso de probática judicial*. Madrid: La Ley.

Pérez, D. (2018). La prueba del nexo causal y sus dificultades en casos de responsabilidad extracontractual del Estado. En *XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá.

Pérez, J. (2018). En *XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá.

Ramírez, D. (2018). Independencia del perito y resguardo de su idoneidad técnica. En Atelier (Ed.). *La prueba en el proceso*. Barcelona: Atelier.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trota.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2010). *Simply la verdad*. Barcelona: Marcial Pons.

Trocker, N. (1974). *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milán: Giuffré.

Vásquez, C. (2019). La prueba pericial en la experiencia estadounidense. En Tribunal Constitucional Plurinacional (Ed.). *Teoría de la prueba* (pp. 69-116). La Paz: Tribunal Constitucional Plurinacional.

